



DEPATAMENTO DE POSGRADOS

Trabajo de Monografía previo a la obtención del Título de Especialista en Derecho
Constitucional

Tema: EL GARANTISMO EN EL PENSAMIENTO DE FERRAJOLI

(Breves nociones)

Alumno: Abogado Gabriel Correa Barzallo

Director: Doctor Santiago Jara Reyes

Cuenca - Ecuador

2016

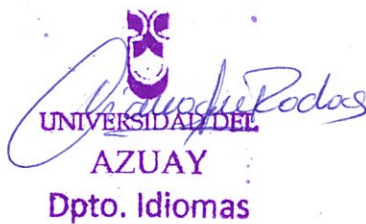
RESUMEN:

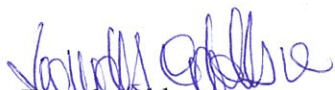
En el presente trabajo investigativo se abordarán los principales y más relevantes aspectos que caracterizan la teoría garantista del doctrinario italiano Luigi Ferrajoli. En primer término se analizarán las distintas acepciones que admite el término “garantismo”, mismo que puede entenderse como un modelo normativo de derecho, como teoría del derecho y como una filosofía política, cada una con sus consecuencias. Otra de las nociones desarrolladas a lo largo de la investigación, es la relación de la teoría garantista con las aristas formal y sustancial del concepto de democracia y sus implicaciones respecto de los derechos fundamentales y las características que distinguen a éstos de los derechos patrimoniales. Por último, el tratamiento cabal de la teoría garantista demanda el análisis del mismo como un método o mecanismo de garantías fundamentado en el respeto y consideración de la dignidad humana, atributo del cual derivan aquellas expectativas en que se constituyen los derechos fundamentales.

"Guarantism-in the thought of Luigi Ferrajoli - (Brief notions)," prior to obtaining the title of Specialist in Constitutional Law

ABSTRACT

This research work will address the main and most relevant aspects that characterize the legal "guarantism" theory of the Italian philosopher Luigi Ferrajoli. First, the different meanings of the term "guarantism" will be analyzed; each of which can be understood with its significances as a regulatory model of law, as a theory of law, and as a political philosophy. Another notion developed during this research, is the relationship of the legal *guarantism* theory with a formal and substantial facet of the concept of democracy and their implications in regard to the fundamental rights and the characteristics that distinguish them from patrimonial rights. Finally, the proper treatment of the legal *guarantism* theory demands its analysis as a guarantee scheme or method based on respect and consideration for human dignity; attribute from which the expectations that constitute fundamental rights are derived.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN	1
EL CONCEPTO DE GARANTISMO Y SUS ACEPCIONES	4
1. Garantismo como modelo normativo de derecho	5
2. El Garantismo como teoría del derecho	6
3. El Garantismo como filosofía de la política	8
CAPÍTULO 1. GARANTISMO Y DEMOCRACIA	12
1.1. Definición de democracia	12
1.2. Democracia Plebiscitaria o formal	15
1.3. Democracia constitucional o sustancial	16
1.4. Las garantías en la democracia constitucional	18
CAPÍTULO 2. GARANTISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES	21
2.1. Definición formal de los derechos fundamentales	21
2.2. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales	23
2.3. Derechos fundamentales y democracia sustancial	27
2.4. Derechos fundamentales y ciudadanía	30
CAPÍTULO 3. EL DERECHO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS	33

3.1.	Dignidad, igualdad y protección de los derechos fundamentales	33
3.2.	Garantismo, desobediencia y resistencia	37
3.2.1.	Contenido de la obligación moral de obedecer las leyes	38
3.3.	Los derechos contra los poderes	41
3.4.	Micropoderes salvajes y desigualdad sustancial	42
CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE SENTENCIA		46
4.1.	Antecedentes y Problema jurídico	46
4.2.	Consideraciones de la Corte Constitucional	48
4.3.	Resolución	53
4.4.	Comentario personal	54
CONCLUSIÓN		59
BIBLIOGRAFÍA		61

EL GARANTISMO EN EL PENSAMIENTO DE FERRAJOLI

(Breves nociones)

INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo investigativo se analizarán los principales y más importantes aspectos que integran la teoría garantista formulada por el jurista italiano Luigi Ferrajoli.

En primer término debemos aclarar que la teoría garantista de Ferrajoli aparece como la teoría del derecho correspondiente al estado constitucional surgido a partir de la segunda posguerra y la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y otros tratados internacionales de reconocimiento y protección de derechos humanos.

La investigación iniciará con el tratamiento de las distintas acepciones que admite el término garantismo, que según Ferrajoli puede ser entendida como como modelo normativo de derecho, como teoría del derecho y como filosofía de la política, cada una con sus implicaciones.

Otro componente trascendental dentro de la teoría garantista es la noción de democracia y sus dos dimensiones, formal y sustancial, de cuya distinción se derivan importantes consecuencias respecto de los límites de las decisiones de la mayoría, los órganos competentes, la forma de adopción de medidas y el sistema de garantías previsto dentro de la democracia sustancial.

El garantismo se constituye como una teoría construida con el objeto de tutelar el desarrollo y efectivo goce de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana, por lo tanto es necesario delimitar, con la mayor precisión posible, este concepto, el de derecho fundamental, que dentro de la teoría garantista se constituye con un componente formal y uno sustancial; además se tratará el tema de las distinciones existentes entre los derechos fundamentales y los patrimoniales, diferencias de las cuales derivan importantes consecuencias en materia de garantías; otro aspecto que por su importancia e implicaciones se abordará es la conexión existente entre los derechos fundamentales la democracia sustancial y la ciudadanía, noción esta última que ha sido objeto de profundas discusiones sobre todo por su relación con el fenómeno de la globalización.

La teoría garantista de Ferrajoli también asigna al derecho el papel de constituirse como un sistema de garantías fundamentado en el respeto y consideración de la dignidad humana, característica, atributo del cual derivan todas aquellas expectativas que son los derechos fundamentales; partiendo de esta consideración, analizaremos el tema del garantismo en relación con la resistencia y desobediencia de los actos de poder público, es decir, la resistencia y desobediencia como respuesta al conflicto que puede plantearse entre el derecho vigente y derechos fundamentales, entre la obligación política de observar las normas aunque su aplicación resulte injusta y la facultad autodeterminativa de la persona.

La presente investigación finalizará con el análisis de una sentencia en la que se evidencie como los órganos jurisdiccionales se sirven y actúan las nociones que

componen la teoría garantista en la práctica para la tutela, desarrollo y efectivo goce de los derechos fundamentales.

EL CONCEPTO DE GARANTISMO Y SUS ACEPCIONES:

Dentro del léxico jurídico y en los términos más amplios, la garantía es entendida como toda técnica de tutela de derechos o bienes individuales establecida por el ordenamiento jurídico; así, podemos hablar de garantías reales y personales.

Sin embargo, en el pensamiento de Luigi Ferrajoli el Garantismo constituye toda “técnica de tutela de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2010, p. 61), es decir, se trata de mecanismos o instrumentos de defensa de los intereses individuales frente a las potenciales violaciones ocasionadas por parte de otros sujetos particulares y principalmente del aparato estatal, tutela obtenida mediante el establecimiento de límites y vínculos a la actuación de los poderes públicos o privados con el objeto de maximizar la realización y minimizar las amenazas de dichos derechos.

El Garantismo es una propuesta surgida dentro del Derecho Penal como objeción y oposición a la progresiva disconformidad generada entre normatividad de este modelo en el nivel constitucional y la escasa efectividad en los niveles inferiores, con el riesgo de convertir dicho modelo en una mera declaración.

Para Luigi Ferrajoli el término “Garantismo” admite tres acepciones: la de un modelo normativo de derecho, que se constituye como la teoría propia del Estado constitucional de derecho e inspira “la construcción de las paredes maestras del Estado de derecho que tiene por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las varias formas de ejercicio arbitrario del poder” (Bobbio, 1989, prólogo a Derecho y Razón p. 13); en segundo lugar, constituye una teoría jurídica de la validez y de la efectividad, en tal sentido, supone una hipótesis que mantiene la

separación entre ser y deber ser en el derecho; y, en tercer lugar, el Garantismo es una filosofía política en virtud de la cual se impone la obligación de justificar externamente el derecho y el estado atendiendo los bienes e intereses cuya tutela es su razón de ser.

1. *Garantismo como modelo normativo de derecho:*

En la primera de las acepciones propuestas por Ferrajoli para delimitar la noción de la que nos ocupamos, el Garantismo se constituye como la principal característica funcional del estado de derecho. Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho observa en el estado de derecho un ordenamiento jurídico, es decir, trata ambas categorías como sinónimas cuando indica: “si se reconoce en el estado un orden jurídico, todo estado es un estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica... todo estado, en este sentido, tiene que ser un estado de derecho, puesto que todo estado es un orden jurídico” (Kelsen, 1982, p. 320).

Con la aparición del estado de derecho surge la distinción respecto a la génesis y ejercicio del poder: poder o gobierno *sub lege* (o sometido a ley) y poder o gobierno *per leges* (o mediante leyes).

El poder *sub lege* puede entenderse en sentido formal o lato y sustancial o estricto: en el primer caso referimos a que todo poder debe ser otorgado por la ley y ejercido en las formas y bajo los procedimientos en ella preestablecidos. Desde este punto de vista, todo estado, por el hecho de constituir un orden jurídico, está sometido a ley, lo cual no implica el respeto a los derechos fundamentales, por

cuanto en los regímenes autoritarios y aún en los totalitarios se observa que el poder tiene una génesis legal.

Por otra parte, el sentido estricto sugiere que todo poder debe ser limitado por ley, misma que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos. Este tipo de poder se identifica con el estado constitucional, y, particularmente, con aquellos provistos de una Constitución rígida; en este sentido, según Ferrajoli, la noción "estado constitucional" se identifica con el Garantismo:

Designa no simplemente un <<estado legal>> o <<regulado por la ley>>, sino un modelo de estado nacido de las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas... cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes; b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes (Ferrajoli, 2009, p. 856 y 857).

2. *El Garantismo como teoría del derecho:*

El Garantismo constituye un medio de tutela de los derechos básicos de los administrados, mecanismo que debe encontrarse previsto y desarrollado en el ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, el Garantismo sólo se realiza a través de su positivación en el marco del estado de derecho; esta afirmación que

actualmente parece obvia, no la fue en los inicios del estado moderno, época en la que la forma estatal del derecho y la forma jurídica del estado constituyeron verdaderas revoluciones jurídico – políticas e institucionales.

Lo dicho encuentra asidero cuando recordamos la naturaleza diametralmente opuesta de la experiencia jurídica premoderna, en donde el derecho carecía de un sistema de fuentes unitarias y exclusivas, sino que se trataba de un derecho jurisprudencial y doctrinal y además alimentado por las fuentes estatutarias que reglaban algunos sectores de la vida civil. La consecuencia era una pluralidad de fuentes y de ordenamientos jurídicos coexistentes (imperial, feudal, canónico, etc.) y constantemente en conflicto, de lo cual derivaba la falta de certeza y sobre todo la falta de integridad e incoherencia del derecho premoderno.

La novedad introducida en la experiencia jurídica moderna no se refiere a los contenidos del ordenamiento sino “sobre todo a la forma <<legal>>, <<convencional>>, o <<artificial>>, es decir, <<positiva>>, del derecho vigente” (Ferrajoli, 2009, p. 869); consiguientemente, la aproximación al derecho vigente deja de ser corte iusnaturalista: *veritas, non auctoritas facit legem*, para transformarse en la iuspositivista: *auctoritas, non veritas facit legem*; consecuentemente, aparece el principio de legalidad como principio de reconocimiento y legitimación de las normas jurídicas vigentes y válidas y al mismo tiempo del moderno estado de derecho.

El principio de legalidad, representa el postulado jurídico sobre el cual se basa la función garantista del derecho frente al poder, legalidad concebida en dos sentidos: como mera legalidad, en cuyo caso se trata de una fuente formal de vigencia de las

normas jurídicas, al establecer los métodos que deben seguirse y los órganos responsables, en forma exclusiva, de la producción jurídica, lo que deriva en garantía de certeza y de libertad frente a los poderes, que en su ausencia actuarían desbocadamente.

Como estricta legalidad, el principio de legalidad se constituye en fundamento sustancial de validez de las normas, a través del cual la producción jurídica debe ajustarse a los contenidos elementales de los derechos fundamentales de los administrados, impidiendo que el aparato legislativo traiga a la vida jurídica normas que inobserven o restrinjan dichos contenidos.

3. *El Garantismo como filosofía de la política:*

Desde un tercer punto de vista el Garantismo se constituye como una doctrina filosófico – política que, partiendo de la separación entre ser y deber ser del derecho, permite la crítica y deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas.

Para realizar una correcta aproximación a esta acepción de Garantismo resulta necesario referirnos a las doctrinas políticas que fundamentan los sistemas políticos (estado y derecho) sobre sí mismos y aquellas que, por el contrario, los fundan sobre finalidades sociales.

Las doctrinas del primer tipo son denominadas por Luigi Ferrajoli “*auto – poyéticas*”; en éstas el estado se considera un fin en sí mismo, por cuanto se entiende que incorpora valores ético – políticos de naturaleza supra – social o supra

– individual, para cuya conservación, desarrollo y robustecimiento deben instrumentalizarse el derecho y los derechos de las personas.

Las corrientes auto – poyéticas parten de un punto de vista interno del estado, por cuanto tratan al ente estatal como fin o valor que subordina a sí mismo tanto a los individuos cuanto a la sociedad; al efecto estas doctrinas buscan una justificación superior o *desde arriba* como afirma Ferrajoli, poniendo como ejemplo aquellas sociedades premodernas que fundamentaban la soberanía estatal en entidades metafísicas como Dios, la religión, la naturaleza, etc. No obstante, el advenimiento de la edad moderna no ha significado la superación de doctrinas de esta naturaleza, como puede observarse en los regímenes liberal – nacionalistas, fascistas y estalinistas, que de diversas maneras han justificado la primacía del estado frente al conglomerado social y al individuo en particular.

Otra de las características de las doctrinas auto – poyéticas es su consideración del principio de legalidad:

“Estas ideologías asumen el principio de legalidad no sólo como principio jurídico interno sino también como principio axiológico externo, plasmando la legitimidad política sobre la legalidad jurídica y confiriendo a las leyes valor, y no sólo validez o vigencia, únicamente en base al valor asociado apropiadamente a su forma o peor aún a su fuente” (Ferrajoli, 2009, p. 881). Con esta afirmación Ferrajoli indica que este tipo de teorías justifican la existencia del estado y del derecho desde sí mismos, sin que exista una crítica externa de las instituciones vigentes al no realizar la separación entre moral y derecho. No obstante, dicha separación no implica que el

derecho no incorpore valores o principios morales, pues entre derecho y moral existe una “relación conceptual necesaria con la moral” (Ferrajoli, 2009, p. 12).

Enfrentadas a las teorías auto – poyéticas se encuentran las doctrinas hétero – poyéticas, que enuncian que “el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola” (Ferrajoli, 2009, p. 881). Por el contrario, estas ideologías parten de un punto de vista externo al ente social y a sus asociados, al pensar a las personas como fines y valores con respecto a los cuales el estado y el derecho se instrumentan como medios instaurados para su defensa.

Las doctrinas hétero – poyéticas se basan en una fuente de legitimación externa o desde *abajo*, es decir, desde la sociedad entendida como el agrupamiento de personas, de fuerzas y clases sociales, en consecuencia, comprenden al derecho y al estado como un artificio creado por el hombre para que le sirva de instrumento.

Con fundamento en estas teorías Ferrajoli manifiesta: “Lo natural de por sí no es en efecto el estado o el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo artificial no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los deberes y los poderes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y/o limitarlos” (Ferrajoli, 2009, p. 902), consecuentemente, desde el punto de vista de legitimación externa, el estado y el derecho no son ni un valor ni un fin, por el contrario, constituyen un producto fabricado por las personas. Así lo entiende Hobbes, quien citado por Ferrajoli manifiesta: “es mediante el arte como se crea ese

gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido” (Ferrajoli, 2009, p. 883); consecuentemente, estas invenciones, estado y derecho, no se consideran en sí como valores, sino por el contrario como desvalores que están supeditados a la carga de una justificación externa y a posteriori.

CAPÍTULO 1 – GARANTISMO Y DEMOCRACIA

1.1. *Definición de democracia:*

Luigi Ferrajoli se aproxima a la definición de democracia partiendo del concepto dominante para completarla posteriormente; desde este punto de vista, entiende a la democracia así:

“La democracia consiste únicamente en un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder —directo o a través de representantes— de asumir decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica de “democracia”, sino también la concepción unánimemente compartida —desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl— de la teoría y de la filosofía política” (Ferrajoli, 2010, p. 77).

Esta concepción dominante es llamada por Ferrajoli democracia formal o procedimental, por hacer referencia al conjunto de formas y procedimientos idóneos para garantizar la expresión de la voluntad popular, esto es, mediante esta noción se da respuesta a las preguntas sobre el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (regla de la mayoría) de las decisiones; sin embargo, esta concepción excluye la referencia al *qué*, (qué debe decidirse y qué no debe decidirse), es decir, al contenido de esas decisiones.

Por el motivo expuesto, Ferrajoli considera a la concepción dominante una definición incompleta para una perspectiva garantista, funcional, únicamente, desde el punto de vista político, por carecer de contenido, es decir, por no fijar *qué* se puede decidir y *qué no* se puede decidir, consecuentemente, la ausencia de contenido torna al concepto una fórmula vacía, que puede aplicarse tanto a regímenes garantistas como a los no garantistas.

Debemos tener presente que el principal objetivo que Ferrajoli persigue con su paradigma garantista es la limitación de todo tipo de poder, consecuentemente, la perspectiva política de la democracia constituye un mecanismo de poder que también requiere límites, mismos que se alcanzan mediante la introducción de otra dimensión, una sustancial.

La democracia sustancial cumple con la finalidad de limitar al poder de dos maneras: garantizando los derechos de libertad y desarrollando los derechos sociales; así, la dimensión sustancial aparece como elemento necesario para la limitación del poder en la democracia formal.

La reelaboración del concepto de democracia realizada por Ferrajoli, se sustenta en las falencias presentadas por la concepción política: la falta de idoneidad aclarativa frente a las actuales democracias constitucionales y la necesidad de crear garantías de supervivencia de la propia democracia política. En efecto, la democracia constitucional no postula que el respeto a las formas y procedimientos sea suficiente para legitimar cualquier decisión, consecuentemente, es falso que en ellas (las democracias constitucionales) el poder del pueblo, o sea de la mayoría o de sus

representantes, sea la única fuente de legitimación de las decisiones y que por tal motivo dicho poder sea ilimitado; por el contrario, el poder de la mayoría se encuentra jurídicamente limitado no sólo en lo que a las formas respecta, sino también en lo que dice relación con los contenidos de su ejercicio, en suma, se trata de un poder sometido al derecho, en concreto, a aquellas normas constitucionales que consagran el principio de igualdad y los derechos fundamentales. Dentro de las democracias constitucionales existe un área prohibida o coto vedado a las decisiones de la mayoría política, sin que por tal motivo pueda afirmarse que tales regímenes sean antidemocráticos.

Por otra parte, la falta de fronteras de carácter sustancial puede significar la eliminación de la propia democracia política: “para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría” (Ferrajoli, 2010, p. 79). Efectivamente, la democracia constitucional no puede permitir su propio quebrantamiento: siempre es posible que haciendo uso de los mecanismos democráticos se supriman los mismos métodos democráticos. Los regímenes nazista y fascista constituyen un claro ejemplo de cómo la democracia política, en ausencia de límites sustanciales, puede suprimir sus propios mecanismos, es decir, por mayoría, se ha podido suprimir los derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, etc.

Ante estas circunstancias, la noción de democracia sustancial se presenta como una garantía de supervivencia de las democracias políticas y un elemento protector de los derechos fundamentales.

1.2. *Democracia Plebiscitaria o formal:*

Ferrajoli entiende a la democracia plebiscitaria como un sistema de adopción de decisiones políticas basado o constituido en la omnipotencia de la mayoría o en el principio de soberanía popular.

Dentro de un sistema democrático plebiscitario, el poder absoluto de la mayoría deviene en la anulación de las reglas y límites a la Función Ejecutiva, del principio de división de los poderes y de las funciones de control y garantía que les corresponden a los aparatos legislativo y judicial; asimismo, dentro de esta especie, existe latente la posibilidad que la mayoría pueda justificar cualquier abuso, posibilidad no sólo teórica, sino que ha sido verificada en los regímenes nazista y fascista del siglo XX.

Una democracia en la que exista un poder absoluto, es decir, no sometido a control alguno, resulta manifiestamente inconstitucional, pues una constitución establece, justamente, un sistema de límites y vínculos a todo tipo de poder, público o privado. Desde este punto de vista, la democracia plebiscitaria adopta una connotación absolutista, que puede asimilarse a la noción actual de democracia liberal o liberalismo, entendida como aquel régimen que no establece normas y límites a la libertad de empresa, en este sentido podemos afirmar que la democracia liberal ha terminado por describir un sistema carente de reglas que limiten la actividad del mercado y de la mayoría.

Una democracia que participe de éstas características resulta incompatible con los principios del garantismo, cuya esencia reside en la consideración de la

democracia como “sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, técnicas de control y de reparación contra sus violaciones.” (Ferrajoli, 2010, p. 27); no obstante lo dicho, el garantismo no constituye la negación de la regla de la mayoría, significa, únicamente, que la misma vale solamente para lo que Ferrajoli denomina “esfera de lo discrecional” que se halla circunscrita justamente por los derechos fundamentales de los individuos.

1.3. *Democracia constitucional o sustancial:*

Ferrajoli manifiesta que la formulación de esta dimensión de la democracia es el resultado de una transformación esencial del modelo acerca del papel del derecho, producido a partir de la segunda posguerra con la aparición de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración universal de los derechos humanos, la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1948, documentos que constituyen la línea de partida del constitucionalismo actual y que afirman la idea sobre la cual se erige este modelo de democracia: el consenso de masas (regla de la mayoría), aunque fuere mayoritario o unánime, no puede ser la única fuente de legitimación del poder.

Esta necesidad de legitimar no sólo formalmente sino también sustancialmente el ejercicio del poder, redefine el valor de la constitución como norma dirigida a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de los ciudadanos, principios negados por los regímenes nazista y fascista del siglo pasado, función

garantista materializada gracias a “aquella verdadera invención de este siglo”, como indica Ferrajoli, que es el carácter rígido de las constituciones y, consecuentemente, la sujeción de todos los poderes al derecho.

La rigidez de las constituciones o la garantía de su rigidez, significa el reconocimiento de las constituciones como normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión de procedimientos especiales para su reforma y del control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales, de lo cual deriva un cambio del modelo del derecho y surgimiento de una arista constitucional o sustancial en la democracia.

Dentro de la experiencia jurídica moderna resulta natural y obvio caracterizar a las constituciones como normas rígidas y supraordenadas; sin embargo, para la cultura de la época en la que apareció la referida institución, no existía en el imaginario de los juristas la noción de una ley por encima de las leyes, pues el modelo paleopositivista se fundamentaba en la autoridad absoluta de la ley como única fuente del derecho, de ahí que el parlamento era concebido como omnipotente.

La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales que impone obligaciones y prohibiciones al ejercicio del poder, incorpora una dimensión sustancial en la democracia, la que se agrega a la dimensión formal o procedimental; en efecto, en las modernas constituciones coexisten dos tipos de normas: las formales, es decir, aquellas que regulan la organización del poder y garantizan la dimensión formal de la democracia política, que se refiere al *quién* y el *cómo* de las decisiones; y, las sustanciales, esto es, las que reconocen los derechos

fundamentales y establecen los principios de su aplicación, garantizan la dimensión material de la democracia sustancial, referida al *qué* no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales.

1.4. Las garantías en la democracia constitucional:

Existen varios tipos de garantías dentro de un régimen democrático constitucional, mismos que dependen de la naturaleza de las expectativas que cada derecho fundamental resguarde; así, dichas expectativas pueden ser positivas o de prestación, o, negativas o de no lesión. Considerando esta distinción, Ferrajoli elabora una clasificación primaria de las garantías, denominándolas positivas a aquellas que imponen al poder público una obligación de comisión, y negativas, a las establecen una obligación de omisión. En efecto, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales pueden prever expectativas de prestación, como ocurre con los derechos sociales, por ejemplo los derechos a las prestaciones de salud, a la subsistencia, a la seguridad social, todas estas expectativas imponen obligaciones de actuación al poder público, es decir, para cumplir con la norma constitucional el estado debe poner en marcha su aparataje y encaminarlo a brindar el máximo de prestaciones en determinado campo, teniendo presentes las posibilidades materiales y jurídicas; por el contrario, cuando se trata de expectativas negativas, como en el caso de los derechos de libertad, a la integridad física, a libertad de expresión, de asociación, de ideología política, a la inviolabilidad de

domicilio, etc., el estado debe abstenerse de ejecutar actos que perturben el pleno disfrute y desarrollo de esas expectativas negativas en que consisten los derechos de libertad.

Ferrajoli realiza una segunda clasificación de las garantías señalando: “también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos) que se generan con la violación de los derechos subjetivos.” (Ferrajoli, 2010, p. 64). Este tipo de garantías operan una vez que las expectativas de prestación o de no lesión, es decir, los derechos subjetivos en que consisten los derechos fundamentales han sido vulneradas; en efecto, la actividad estatal puede, mediante acción u omisión, afectar derechos de las personas y colectivos sociales.

De la cita transcrita se sigue otra clasificación propuesta por el autor: las garantías primarias o sustanciales consistentes en obligaciones o prohibiciones que corresponden a derechos garantizados; y, las garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones impuestas a los órganos judiciales de sancionar los actos ilícitos o la declaración de los actos inválidos que vulneren derechos subjetivos.

Dentro de tal esquema podemos hablar de normas primarias, cuando disponen obligaciones o prohibiciones a los distintos poderes, y, normas secundarias a las que predisponen las garantías de anulación de actos ilícitos en los casos de desconocimiento de normas y garantías primarias.

“La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen; su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes, prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad.” (Ferrajoli, 2010, p. 64).

De la cita transcrita se concluye que la observancia o el cumplimiento de las garantías primarias se realiza mediante la satisfacción primaria de los derechos garantizados por ellas, mientras que la ejecución de las garantías secundarias se da por medio de una adecuada actividad judicial, en lo que respecta a la sanción de los actos ilícitos y/o inválidos que afecten a esas expectativas positivas o negativas en las que consisten los derechos. Un ejemplo de ineffectividad de estos dos tipos de garantías se evidencia en los casos de crímenes contra la humanidad, cometidos por los estados y sus gobernantes alrededor del mundo, casos en los cuales se vulneran los derechos reconocidos en la Declaración Universal de 1948.

CAPÍTULO 2 – GARANTISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. *Definición formal de los derechos fundamentales:*

Para entender de mejor manera el rol de los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo y garantismo modernos, primero haremos una breve referencia a la definición teórica, formal o estructural que sobre los derechos fundamentales ha desarrollado Ferrajoli:

“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesión sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y, por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (Ferrajoli, 2007, p. 19).

Señalamos en líneas anteriores que la definición de derechos fundamentales formulada por Ferrajoli tiene un carácter teórico, pues a pesar de estar referida a derechos positivizados, prescinde del hecho que tales expectativas de prestaciones o de no sufrir lesiones se encuentren reconocidos en constituciones o leyes fundamentales, es decir, no se trata de un concepto referido a determinada constitución u ordenamiento; sin embargo, es preciso señalar que es un elemento

característico de los derechos fundamentales el hecho de ser adscritos a las personas, ciudadanos o capaces de obrar por un ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la definición citada tiene carácter o naturaleza formal o estructural, en el sentido que prescinde de la naturaleza de los intereses y necesidades que tales previsiones tutelan, centrándose, únicamente, en el carácter universal de su reconocimiento, lo cual determina que cierta expectativa se constituya como derecho fundamental. En efecto, la universalidad de esas expectativas positivas o negativas es una de sus características más relevantes, por cuanto se traduce en la prohibición de alienar o enajenar aquellos intereses reconocidos como derechos fundamentales.

La garantía de esta universalidad se consigue a través de su reconocimiento en cartas constitucionales o leyes fundamentales supraordenadas a cualquier poder:

“Si son normativamente de <<todos>> (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”. (Ferrajoli, 2004, p. 39).

No obstante, es preciso aclarar que la universalidad de los derechos fundamentales no es absoluta, sino relativa a la clase de sujetos titulares de los mismos; en efecto, esta característica es asignada a las expectativas atribuidas por el ordenamiento a las personas, por su calidad de tales, a los ciudadanos y capaces de obrar, es decir, existen derechos cuya titularidad es atribuida por la norma al ciudadano o al capaz de obrar, en consecuencia, serán fundamentales los intereses

que correspondan a la totalidad de los individuos que componen esa clase o comparten ese *status*, el de ciudadano o capaz de obrar.

2.2. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales:*

La definición de derechos fundamentales tratada en el acápite anterior los define como derechos subjetivos adscritos a los individuos en virtud de su *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar; sin embargo, existen otros derechos (los patrimoniales) que sin ser fundamentales son tratados, genéricamente, como derechos subjetivos, consecuentemente, nos encontramos ante situaciones heterogéneas que son categorizadas bajo el mismo concepto, por lo que se vuelve indispensable realizar una adecuada distinción de dichas nociones.

Según Ferrajoli existen cuatro diferencias de estructura entre los derechos fundamentales y las demás prerrogativas que se categorizan como derechos patrimoniales:

La primera diferencia la extraemos de la propia definición que Ferrajoli formula, la universalidad en la imputación de la titularidad de los derechos. Tanto el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, como los civiles de propiedad y de disponer de los bienes objeto de propiedad, son derechos universales (*omnium*), entendiendo el término en su sentido amplio de la “cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares” (Ferrajoli, 2004, p. 46), por lo tanto, son reconocidos en idéntica forma y medida a todos los sujetos situados en el *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar; por el contrario, los derechos patrimoniales, como los

de crédito, de propiedad, prenda o hipoteca, son prerrogativas que corresponden a un titular con exclusión de los demás, esto es, corresponden a cada sujeto en diferente forma y medida.

Esta universalidad predicada de los derechos fundamentales los ubica como fundamento o base de la igualdad jurídica, consistente en una igualdad en derechos, mientras que los derechos patrimoniales se constituyen como la base de la desigualdad jurídica y, por ende, de la desigualdad en derechos. En efecto, todas las personas somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o de profesar determinada fe religiosa. No ocurre lo mismo cuando hablamos de derechos patrimoniales, caso en el que cada persona es propietario de diversos bienes, en diferente medida y con exclusión de los demás. Así, una persona es titular del derecho de propiedad sobre determinado bien o de cierto crédito sin que otros puedan participar de dicha titularidad.

La segunda diferencia que Ferrajoli advierte entre los derechos fundamentales y patrimoniales, se halla íntimamente relacionada con la universal imputación de aquellos, es decir, en virtud de esta universalidad los derechos fundamentales se constituyen como prerrogativas indisponibles, inviolables, intransigibles, inalienables y personalísimas; en efecto, los intereses y necesidades reconocidos como derechos fundamentales no varían y no son acumulables, por ejemplo, no cabe que los individuos seamos jurídicamente más libres (libertad de pensamiento, de tránsito, de convicciones políticas), por el contrario, los derechos patrimoniales, como el derecho de propiedad o el de crédito, pueden acumularse, enajenarse, embargarse, en

resumen, son pasibles de ser libremente negociados por sus titulares sin que ello tenga relevancia respecto de sus prerrogativas fundamentales.

La universalidad de los derechos fundamentales aparece como consecuencia la indisponibilidad de los derechos subjetivos en que aquellos consisten, lo cual implica que los mismos se encuentran “sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado” (Ferrajoli, 2007, p. 32); y son indisponibles en un doble sentido: de forma activa, en tanto el sujeto titular de derechos fundamentales carece de la facultad de alienar su propia vida o libertad; y, en sentido pasivo, en virtud de no ser limitables por ningún tipo de poder público o privado; dentro de un estado constitucional de derecho ninguna mayoría puede decidir privar de la vida o libertad a ninguna persona, es decir, los derechos fundamentales constituyen un límite infranqueable que ningún poder puede transgredir.

Ferrajoli advierte una tercera diferencia entre derechos fundamentales y patrimoniales, originada en el título del cual provienen. Los derechos patrimoniales, por su calidad de disponibles, pueden constituirse, modificarse o extinguirse mediante actos jurídicos, generalmente, de tipo negocial. Por el contrario, los derechos fundamentales son atribuidos *ex lege*, es decir, imputadas a los individuos por medio de normas generales de rango constitucional; en virtud de esta característica, Ferrajoli categoriza a los derechos fundamentales como normas, mientras que los derechos patrimoniales constituyen situaciones jurídicas predisuestas por normas.

Que los derechos fundamentales sean normas implica realizar una identificación entre las normas que reconocen los derechos fundamentales y los propios derechos fundamentales reconocidos, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, recogido en el numeral 5 del art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, no es otra cosa que la norma que él mismo expresa, por tanto, los derechos fundamentales constituyen *normas téticas* según la terminología utilizada por Ferrajoli.

Por otra parte, los derechos patrimoniales son “siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y pre-dispuestas por las normas que los prevén como sus efectos” (Ferrajoli, 2004, p. 49), consecuentemente, la propiedad sobre un determinado bien no está dispuesto por una regla general, sino que dicha propiedad específica está predispuesta como un efecto de las normas que reglan el derecho de propiedad, calificadas como *hipotéticas* por Ferrajoli.

Por último, Ferrajoli establece una cuarta diferencia entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales: a los primeros se los clasifica como derechos horizontales, en virtud que las relaciones jurídicas mantenidas entre los titulares de los derechos patrimoniales son de tipo negocial o civilista; mientras que los derechos fundamentales son calificados como derechos verticales, porque las relaciones que se establecen entre sus titulares son de tipo publicista (el individuo frente al estado).

Asimismo, esta distinción incide en el comportamiento que deben observar los destinatarios de las obligaciones surgidas por los derechos; para el caso de los derechos patrimoniales, existe una prohibición de no lesión generalizada, cuando nos

referimos a los derechos reales, y cuando de se trata de derechos de crédito, la particular obligación de comportamiento de cierta persona para con su acreedor. Por el contrario, los derechos fundamentales imponen prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación al estado, de cuya observancia depende la validez de las leyes y demás actos del poder público.

2.3. *Derechos fundamentales y democracia sustancial:*

Según Ferrajoli, los derechos fundamentales expresan la dimensión *sustancial* o *material* de la democracia, en oposición a su arista *formal* o *política*; esta afirmación, aunque relacionada con el contenido de los derechos fundamentales, es decir, con la naturaleza de las necesidades para cuya tutela son reconocidos, es consecuencia del análisis efectuado respecto de los caracteres de estructura de los derechos fundamentales: universalidad, indisponibilidad, igualdad y reconocimiento habitualmente constitucional, lo cual los sustrae del poder de la mayoría y del mercado. Los caracteres señalados, tornan a las expectativas positivas o negativas en que consisten los derechos fundamentales en vínculos y límites materiales impuestos *ex lege* a los poderes de la democracia formal y del mercado que en su ausencia serían absolutos.

Siguiendo la noción del hobbesiana del contrato social, los sujetos entienden que no pueden convivir civilmente dentro de un estado de naturaleza, pues el *hombre es el lobo del hombre*, en tal virtud, deciden ceder parte de sus libertades a un ente imaginario creado a efectos de tutelar aquella convivencia pacífica perseguida; en el

mismo sentido, los ciudadanos asociados bajo la figura estatal determinan la existencia de ciertas necesidades e intereses vitales que competen a todos los componentes sociales, en tal virtud, dentro del pacto fundamente, los estipulan bajo la forma de normas o derechos fundamentales, y en cuanto tales, universales, inalienables y generalmente reconocidos en las Constitución o Cartas Fundamentales.

Dentro de este contexto, las características estructurales de los derechos fundamentales se constituyen en la técnica o garantía prevista para la tutela de aquellas necesidades e intereses identificados como vitales o fundamentales, es decir, dichos caracteres tienen como efecto la sustracción de tales necesidades a la disponibilidad de las mayorías políticas y las fuerzas desmedidas del mercado.

“Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia” (Ferrajoli, 2007, p. 36).

De lo dicho se denota el carácter sustancial impreso por los derechos fundamentales al estado de derecho y a la democracia constitucional; las normas que los reconocen imponen obligaciones *sustanciales*: positivas o de prestación en caso de derechos sociales y negativas o de abstención en tratándose de derechos de libertad, y son *sustanciales* precisamente por no referirse a la *forma*, es decir, al *quién* y al *cómo* de las decisiones políticas o legislativas que versen sobre derechos

fundamentales, se relacionan, más bien, con los contenidos de los derechos, es decir, con la naturaleza de los intereses y necesidades establecidos como vitales para toda persona, en consecuencia, la faceta *sustancial*, se relaciona con el *qué* de las decisiones, esto es, *qué* es lícito decidir o no decidir.

“Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben lo que podemos llamar *esfera de lo indecidible*: de lo *no decidible que*, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.” (Ferrajoli, 2009, p. 51).

Por lo expuesto se puede concluir haciendo una identificación entre Estado de derecho y la dimensión sustancial de la democracia, pues las dos nociones expresan la misma idea: la del sometimiento del derecho al derecho. En efecto, las normas que constituyen los derechos fundamentales establecen un sistema de límites y vínculos supra ordenado a todo poder, condicionando su actuación, misma que no puede rebasar la *esfera de lo indecidible*, es decir, las decisiones políticas y legislativas no pueden perturbar, injustificadamente, aquellas prerrogativas que constituyen la esencia del derecho, prerrogativas cuya afección significa la extracción de su contenido y su ineffectividad material. Por el contrario, en tratándose de derechos sociales, su desarrollo requiere de la máxima intervención estatal, de forma que el contenido de estos derechos se vaya incorporando en atención de las posibilidades fácticas y jurídicas, en consecuencia, la actividad estatal debe enmarcarse en la

denominada *esfera de lo indecible que no*, es decir, el ente estatal no puede dejar de adoptar decisiones impuestas por aquellos vínculos establecidos por los derechos fundamentales.

2.4. *Derechos fundamentales y ciudadanía:*

La titularidad de los derechos fundamentales, generalmente reconocidos a nivel constitucional, depende del *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar, según la definición formulada por Ferrajoli y que hemos venido siguiendo en el presente trabajo; sin embargo, las cartas fundamentales estatales no son los únicos documentos que reconocen derechos fundamentales a las personas, así, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, producto de la revolución francesa; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, pensada a partir de las nefastas experiencias del nazismo y el fascismo y las múltiples cartas y tratados internacionales sobre derechos de las personas han producido un efecto internacionalizador de los derechos fundamentales, transformándolos en derechos supra estatales y, con ello, *fundamentales* no sólo dentro de los estados en cuyas constituciones o leyes fundamentales han sido reconocidos sino que “son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional” (Ferrajoli, 2007, pág. 40).

No obstante el progreso que significa esta internacionalización de los derechos fundamentales, tal efecto corre riesgo de verse afectada por las doctrinas de ciertas

corrientes político – filosóficas que basadas en un concepto deformado de la noción de ciudadanía, la han establecido como presupuesto para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

La adopción de tal criterio significaría un retroceso de las conquistas conseguidas con la aparición de las cartas internacionales de derechos, mismas que corresponden a otras tantas luchas sociales originadas en la ruptura de circunstancias ignominiosas, excesivas e insoportables para los colectivos sociales históricamente discriminados del goce de ciertas libertades. Ahora, en el momento en el que se verifica el mayor crecimiento de las interdependencias y las desigualdades entre países ricos y países pobres, ahora, cuando los fenómenos migratorios han adquirido relevancia mundial, “en suma, llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, se ha negado su universalidad, condicionado todo su catálogo a la ciudadanía con independencia del hecho de que casi todos, exceptuando los derechos políticos y algunos derechos sociales, son atribuidos por el derecho positivo –tanto estatal como internacional- no sólo a los ciudadanos sino a todas las personas” (Ferrajoli, 2009, pág. 55).

Es claro que los fenómenos migratorios sobre los países desarrollados y la indetenible globalización, constituyen problemas que afectan a la humanidad en su conjunto y cuya relevancia está destinada a aumentar. Por lo dicho, se puede afirmar que esta situación se tornará cada vez más insostenible y peligrosa por los intereses afectados, y que su única forma de evolución significa la superación de la ciudadanía como presupuesto para el reconocimiento de derechos.

“Pero también es claro que si se quiere prevenir gradual y pacíficamente estos resultados y al mismo tiempo dar respuestas inmediatas al que es, ahora ya, el problema más grave de la humanidad y el mayor desafío de la democracia, la política y, antes aun, la filosofía política debería secundar estos procesos, tomando conciencia de la crisis irreversible de las viejas categorías de la ciudadanía y soberanía” (Ferrajoli, 2007, pág. 43).

CAPÍTULO 3 – EL DERECHO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

3.1. *Dignidad, igualdad y protección de los derechos fundamentales:*

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, determina: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; por otra parte, el numeral 7 del art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”.

La dignidad humana es concebida como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de toda persona, constituyendo, por tanto, un elemento cualificativo del individuo en cuanto tal, pasando a formar parte de su condición de ser humano, motivo por el cual es reconocida y garantizada por el orden jurídico estatal e internacional, como se observa de las normas transcritas.

La dignidad viene a constituirse como característica específica de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, cualidad que erige a la persona como fin en sí mismo, de forma que se evita su instrumentalización para un fin diverso o ajeno.

Günter Durig entiende a la dignidad de la persona como esa característica específica que lo distingue de la naturaleza impersonal y lo faculta para, con base en su sola decisión, tomar conciencia de sí y determinar por sí mismo su conducta, dando forma y sustancia a su existencia y al medio en el que se desenvuelve. Toda persona debería ejercitar su libre autonomía, independientemente de su realización efectiva en un caso concreto, por lo cual, quienes padecen graves enfermedades mentales, son titulares de la misma dignidad y merecedores de igual respeto que cualquier otro ser humano física y mentalmente capaz.

De este modo, la dignidad humana se establece como valor supremo y principio jurídico, constituyendo el eje director esencial de todo el orden jurídico y fuente de derechos fundamentales, con el efecto de que todo el sistema jurídico debe ser interpretado y aplicado de forma que dicha cualidad se realice de la mejor manera.

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido tal perspectiva en sentencia de 26 de junio de 2008, al determinar:

“Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige

respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;” (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, Rol No. 976).

En virtud de lo expuesto por el Tribunal Constitucional chileno es posible afirmar que la dignidad humana tiene una posición de privilegio frente a los derechos fundamentales, pues éstos encuentran su origen en aquella, por lo cual el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado en contra de la dignidad rechazarse absolutamente; en consecuencia, la dignidad de la persona se instituye como una barrera insuperable para el ejercicio de los derechos fundamentales y como un límite a toda reforma constitucional que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla, por tanto, constituye el *minimum* invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe reguardar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

De la afirmación constitucional de la dignidad humana se establece la primacía de la persona cuanto valor y, en consecuencia, de todas sus específicas y diversas identidades, asignándoles igual valor y protección. Cada persona constituye un conjunto identidades a las que se debe otorgar el mismo reconocimiento y garantía. Sobre esta base se asienta el moderno principio de igualdad jurídica, el cual debe considerarse desde dos puntos de vista: el primero, como valor incorporado de manera indistinta a todas las personas, en los términos del numeral 2 del art. 11 de la CRE: 2. “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”; esta concepción del principio de igualdad es compartido por Ferrajoli quien manifiesta: “El valor de la igualdad consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona

un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás.” (Ferrajoli, 2009, pág. 906).

En un segundo sentido la igualdad se establece como un desvalor asociado a otra especie de diferencias, las de carácter económico y social; en este sentido, las diferencias, en lugar de ser rasgos característicos de las distintas identidades del individuo, se imponen como privilegios o discriminaciones sociales que instituyen desiguales entre las personas, perjudicando su igual valor.

Ferrajoli ha convenido en denominar a la primera arista de este principio como igualdad formal y a la segunda, igualdad sustancial, constituyéndose, en ambos supuestos, como precepto normativo. No obstante, esta función normativa es distinta entratándose de uno u otro caso, pues la afirmación de la igualdad formal implica que las personas deben ser tenidas por iguales sin considerar que de hecho son distintas, por sus diversas identidades de raza, sexo, opiniones políticas, etc., las cuales requieren reconocimiento, respeto y garantía. Por otra parte, en virtud de la igualdad sustancial se establece que los individuos deben ser hechos tan iguales como sea posible, sin excluir que materialmente son social y económicamente desiguales, es decir, en este caso, las desigualdades también deben ser reconocidas pero con el objeto de ser removidas o compensadas en la mayor medida de lo posible.

Considerando lo expuesto, Ferrajoli afirma que el moderno principio de igualdad jurídica, tanto formal cuanto sustancial, puede ser definida como igualdad en derechos fundamentales; en efecto, los derechos fundamentales constituyen

aquellas técnicas en virtud de las cuales la igualdad es garantizada o perseguida. En este sentido, los derechos de libertad intentan afirmar la igualdad formal, por cuanto su objeto es tutelar aquellas diferencias personales para las que prescriben tolerancia, por tanto, se constituyen en derechos a la diferencia, esto es, a ser individuos distintos de todos los demás. Por otra parte, los derechos sociales posibilitan la igualdad sustancial, pues se trata de expectativas a prestaciones y por tanto a la remoción de aquellas desigualdades prescritas como intolerables.

3.2. *Garantismo, desobediencia y resistencia:*

La primacía que el garantismo asigna a la persona le confiere, también, autonomía frente al conflicto que puede plantearse entre el derecho vigente y derechos fundamentales, enfrentamiento que recuerda la antigua tensión existente entre derecho y moral, es decir, entre la obligación política de observar las normas aunque su aplicación resulte injusta y la facultad de la persona de auto determinarse.

El problema que deriva de tal estimación de la persona, se limita a la establecer si en los modernos estados de derecho existe la obligación de cumplimiento de las normas aunque fueren injustas, y, de existir tal obligación, su alcance y efectos.

En términos generales, de la existencia de una norma jurídica deviene la obligación, también jurídica, de observarla, de acatarla; esta obligación posee la misma naturaleza de la norma que la prescribe; no obstante, de lo afirmado no podemos concluir que dicha obligación tenga carácter moral también, como del

hecho que una norma sea jurídicamente válida no se deriva, necesariamente, el hecho que sea moralmente justa.

Si bien es cierto que de la afirmación de la existencia de una obligación jurídica no podemos derivar, válidamente, la coexistencia de la obligación moral de cumplirla, tampoco podemos afirmar la inexistencia de tal obligación, y, ni siquiera en el caso de norma injusta, podremos afirmar la existencia de la obligación moral de no cumplirla.

Los enunciados descritos son hipótesis morales derivadas únicamente de otras hipótesis morales respecto de las actitudes prácticas frente al derecho según su validez o invalidez y su justicia o injusticia, que requieren de una explicitación moral, es decir, filosófico – política. Al efecto, se subdividirá el problema en dos subproblemas: a que obliga o en que consiste la obligación moral de obedecer las normas; y, dentro del estado de derecho, que sujetos se hallan sometidos a tal obligación.

3.2.1 Contenido de la obligación moral de obedecer las leyes:

Para el análisis de este aspecto se han distinguido dos versiones. La primera calificada de extremista y absoluta, que defiende la total confusión entre derecho y moral, y, consecuentemente, de la justicia con la validez. Para esta primera versión el acatamiento de la norma debe ser absoluto, dado que las leyes producidas atendiendo el procedimiento legal, regular, se consideran, por tal hecho, también justas, independientemente de su contenido y su relación con los derechos fundamentales.

La versión moderada es la que asigna al derecho un carácter instrumental, esto es, un valor práctico que consiste en el resguardo del orden y la paz; para esta versión, la obediencia de la norma está condicionada de dos formas:

“en el sentido de que la obligación moral de obedecer las leyes supone el reconocimiento de su efectiva idoneidad para el establecimiento del orden y, sobre todo, en el sentido de que el orden no es el valor supremo y ha de ser pospuesto cuando entra en conflicto con otros valores, como los del respeto a la vida, la libertad, la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores. La obediencia a las leyes estaría, en suma, prescrita por una norma moral, o si se quiere política, de forma condicionada a su coherencia con otras normas morales de valor superior”. (Ferrajoli, 2009, pág. 922).

La versión moderada establece una obligación condicionada que presupone la aceptación asimismo condicionada del ordenamiento jurídico, con el objeto de ratificar únicamente aquellas normas que contienen obligaciones que nuestra moralidad estime justas o al menos no injustas.

Sin embargo, a juicio de Ferrajoli, esta obligación moral resulta inconsistente: su obligatoriedad depende en tal medida del juicio moral del propio obligado por lo que efectivamente no se trataría de una obligación, degenerando, a lo sumo, en una obligación solamente discrecional, respecto de la cual Ferrajoli señala: “Me parece evidente que una obligación tan condicionada en relación con leyes que colisionen con valores morales o civiles que se estimen particularmente relevantes no tiene ningún espacio.” (Ferrajoli, 2009, pág. 923); las normas generalmente resguardan

valores que nuestra conciencia moral determina superiores o más importantes que los del orden, siendo aquellos y no éste los que justifican moralmente la obediencia así como la desobediencia de las normas: en el supuesto de la norma penal que sanciona el homicidio será la tutela del valor supremo de la vida la que justifique su obediencia, no así el reducido valor asociado al orden o la legalidad.

Una vez establecido el alcance y sentido de la obligación moral de obedecer las leyes, corresponde referirnos a los destinatarios de esa obligación. El análisis de este aspecto plantea dos sub interrogantes que deben despejarse: la primera, definir a qué obliga la obligación de obediencia a las leyes y la segunda, la determinación del sujeto obligado.

Según el criterio de Ferrajoli, la obligación política o moral de obediencia a las leyes incumbe a los funcionarios públicos en general y a los jueces en particular. Para estos sujetos el sometimiento al derecho es incondicionado, obligación que surge del ejercicio de la opción de aceptación del cargo público, en virtud del cual el ordenamiento les impone la función pública de aplicar las leyes. Una vez que estos sujetos se hallan investidos de función pública, la aplicación fiel y puntual de la norma deja de ser una cuestión de conciencia, sobre todo dentro del paradigma del estado de derecho sujeto al principio de legalidad. El ejemplo más gráfico es el del juez penal, quien se halla prohibido de orientar sus decisiones sobre la base de sus personales convicciones morales, por el contrario, debe someterse a las dicciones de la Ley aun cuando éstas contrasten con tales convicciones. Sin embargo esta obligación no es absoluta, pues se establece sólo respecto de la norma válida además de vigente, es decir, valorada únicamente sobre la base de los parámetros

constitucionales establecidos al efecto, juicio realizado en función de cierta autonomía moral y responsabilidad política inevitables.

Según Ferrajoli, fuera del caso de los funcionarios públicos delegados para la aplicación de la Ley, no existe otro sujeto dentro del estado de derecho, que se halle moralmente obligado a respetar las leyes; esta afirmación es consistente a pesar de los esfuerzos realizados por algunos doctrinarios que han pretendido imponer, sin éxito, tal obligación al jurista, criterio errado si consideramos que el jurista no desarrolla una actividad jurídica de aplicación y producción del derecho válido, sino por el contrario, se limita a cumplir una función teórica.

3.3. Los derechos contra los poderes:

La supremacía que el garantismo asigna a la persona sobre el estado se manifiesta, también, en la función normativa delegada al derecho en relación con los poderes públicos o privados, constituyéndose en instrumento de sujeción del poder que de otro modo puede tornarse absoluto.

El método por el cual el derecho como instrumento consigue o logra cierto grado de minimización del poder es la idéntica garantía y maximización de los derechos fundamentales y la correspondiente limitación e instrumentalización de las situaciones jurídicas de poder; unos y otras se distinguen por los efectos cuyo ejercicio produce en la órbita de los terceros, así los primeros se ejercen mediante acciones que no afectan los derechos fundamentales de terceros, mientras que las segundas producen, indefectiblemente, efectos en la esfera jurídica ajena.

Dentro del estado de derecho esa función normativa asignada al Derecho se consiguen mediante la garantía y máximo desarrollo de los derechos, así la norma que protege al trabajador limita el poder que el empleador ejerce en virtud de su posición económica; las leyes que disciplinan las relaciones familiares o la propiedad contribuyen de igual forma a limitar la actuación del más fuerte en beneficio de la parte débil de la relación, es decir, las libertades de las personas depende de la Ley, cuya función, según Kant, consiste en hacer convivir las libertades de todos, evitando que su ejercicio debocado afecte las prerrogativas o expectativas de terceros, convirtiéndose en un poder.

No obstante, la función normativa del derecho es limitada, existen ámbitos que se encuentran sustraídos a su efecto, concretamente, dicha función no se ejerce *hacia abajo*, con lo cual nos referimos a la esfera doméstica o netamente privada, ni tampoco *hacia arriba*, en las relaciones internacionales entre Estados. La existencia de estos sectores posibilita la formación de “micropoderes y macropoderes salvajes”, que resultan ser formas violentas e ilimitadas de poder que llegan a afectar los poderes jurídicos y el orden general del estado de derecho.

3.4. Micropoderes salvajes y desigualdad sustancial:

El tratamiento de este tema requiere una referencia sobre la distinción entre situación jurídica y derecho fundamental; así, la primera es una modalidad de comportamientos productora de efectos jurídicos en la esfera propia y generalmente en la de terceros también; consisten en poderes o deberes procedentes de causas o

títulos específicos que instauran situaciones de desigualdad jurídica; los derechos fundamentales, por su parte, los entendemos como inmunidades o facultades reconocidas a todos "... con independencia de cualquier título y ejercidas únicamente mediante comportamientos meramente lícitos que no interfieren jurídicamente en la esfera de otros sujetos" (Ferrajoli, 2009, pág. 909).

Un claro ejemplo de situación jurídica es el derecho de propiedad, el cual se constituye como efecto de un título previo, en virtud del cual se ejecutan actos de disposición productores de efectos posteriores en la esfera propia y/o ajena, los que se traducen como derechos y obligaciones correlativos; por el contrario, el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión, no depende de título o acto de adquisición alguno, así como tampoco produce efectos jurídicos en la esfera de otro sujeto, motivo por el cual los derechos fundamentales se encuentran en la base de la igualdad jurídica.

Dentro del ámbito en que se ejercen o desenvuelven las situaciones jurídicas, conviven y se desarrollan los denominados poderes extrajurídicos. Se les otorga tal calificativo en virtud que se desenvuelven en el marco de instituciones vacías de contenidos jurídicos que van colmándose, en la práctica, con los más heterogéneos y en ocasiones ilegales contenidos, o porque se extienden fuera de cualquier institución jurídica, como ocurre en las relaciones de pareja, en las relaciones comerciales hasta llegar a las actividades de poder abiertamente criminales.

De lo expuesto se concluye que los poderes jurídicos cuanto los extrajurídicos, constituyen la base de las desigualdades entre las personas. Los primeros vienen a

establecer las desigualdades jurídicas o formales, mientras que los segundos, implantan las denominadas desigualdades sociales o sustanciales, que de hecho resultan ser mayormente lesivas en virtud de la naturaleza tendencialmente ilimitada de dichos poderes extrajurídicos. Al respecto Montesquie ha manifestado que el poder, tanto público como privado, a falta de límites, tiende a acumularse en formas absolutas.

“El poder tiene el efecto específico de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción; y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y ajena que le acompaña.” (Ferrajoli, 2009, p. 933).

El nivel de progreso de una democracia se evidenciará, en cuanto a su arista sustancial, no sólo en la expansión de los derechos y sus garantías, sino también mediante la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y órbitas de poder, persiguiendo la tutela y mayor grado de desarrollo de los derechos. El antiguo modelo de estado paleo liberal ha confundido las nociones de derechos y poderes, lo cual ha preservado el máximo número de espacios de la intervención estatal, reservándolos a la libertad del ciudadano: la familia, la fábrica, las escuelas, los hospitales, etc.; sectores que han sido democráticamente reformados mediante la introducción de límites y vínculos legales a las potestades privadas (que en su ausencia tienden a volverse absolutos) y a través de una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. Un claro ejemplo lo representa el avance del derecho laboral, desde las primeras reformas sobre el horario de trabajo hasta la regulación

del trabajo de mujeres embarazadas y niños, medidas que establecen un sistema de obligaciones que limitan el poder privado del empleador.

CAPÍTULO 4 – ANÁLISIS DE SENTENCIA

4.1. *Antecedentes y Problema jurídico:*

El señor Omar Alberto Franco Becerra comparece ante la Corte Constitucional colombiana e interpone la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40 numeral 6, 241 y 242 numeral 1 de la Constitución Política colombiana con el objeto de obtener la declaratoria de inexecutable, según la terminología utilizada por dicha Corporación, del artículo 1 de la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003 por “medio de la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 1 de la Ley 860 de 2003 modifica el régimen de acceso a las pensiones por invalidez causadas por enfermedad o accidente, mismo que se encontraba previsto en la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 que reglamenta el Sistema de Seguridad Social Integral colombiano.

El accionante señor Omar Alberto Franco Becerra manifiesta que el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 vulnera el principio de progresividad de los derechos sociales reconocido en el Art. 48 de la Constitución, por cuanto fija unos requisitos para conceder la pensión de invalidez más gravosos que los requeridos anteriormente por el Art. 39 de la Ley 100; puntualmente, indica que la disposición denunciada “...aumenta la cantidad de semanas cotizadas requeridas para tener derecho a percibir la pensión de invalidez, de 26 a 50”, y, además, impone un requisito de fidelidad al sistema exigiendo que se “haya cotizado el 20% del tiempo

transcurrido entre cuando cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de invalidez.”.

Por otra parte, el demandante estima que la norma acusada desconoce la prohibición de regresividad contenida en el artículo 53 de la Carta Magna colombiana, ya que el régimen instituido por el Art. 1 de la Ley 860 resulta desfavorable en comparación con el nivel prestacional reconocido por la normativa precedente, sin que pueda observarse una finalidad constitucional significativa que avale la medida; al respecto manifiesta: “no se entiende justificada la medida de establecer que el trabajador haya tenido que cotizar el 20% del tiempo transcurrido entre la fecha en que arribó a la edad de 20 años y el momento de la primera calificación de invalidez (...) no existe un propósito constitucional importante que se pretenda alcanzar con esta medida como tampoco establece un régimen de transición que permita a los trabajadores amparados por la reglamentación anterior continuar disfrutando de sus derechos adquiridos”.

La Corte Constitucional considera que el problema jurídico que se plantea a través de la demanda de inconstitucionalidad propuesta se centra en determinar si las disposiciones constantes en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 desconocen los principios consagrados en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política colombiana, para cuyo efecto es necesario el examen de los aspectos que a continuación detallo: 1.- Si el órgano legislativo inobservó el precepto de progresividad de los derechos (seguridad social) al emitir las normas contenidas en los numerales 1 y 2 del Art. 1 de la Ley 860, al incrementar el número de semanas de cotización requeridas para conceder la pensión de jubilación por invalidez,

desatendiendo de esta forma el Texto constitucional; y, 2.- Si el órgano legislativo contradice la Constitución al momento de establecer la exigencia de fidelidad al sistema, pues el régimen anterior previsto en el Art. 39 de la Ley 100, requería solamente: 1.- 26 semanas de cotización al tiempo de suceder el estado de invalidez; o, 2.- si el afiliado dejare de cotizar el requisito es haber realizado al menos 26 semanas de aporte dentro del año inmediatamente anterior al de verificación del estado de invalidez.

4.2. Estimaciones de la Corte Constitucional:

Como primera consideración la Corte Constitucional realiza una comparación de los cambios normativos con respecto a las exigencias para constituirse en beneficiario de la prestación de pensión por invalidez, indicando que el sistema precedente se hallaba determinado en el Art. 39 de la Ley 100, misma que para el otorgamiento de dicha prestación requería: 1.- invalidez laboral igual o mayor al 50%; y, 2.- 26 semanas de cotización al tiempo de suceder el estado de invalidez; o, si el afiliado dejare de cotizar el requisito es haber realizado al menos 26 semanas de aporte dentro del año inmediatamente anterior al de verificación del estado de invalidez.

Éste sistema resulta reformado por la norma del Art. 1 de la Ley 860 norma que para el reconocimiento de la prestación de pensión por invalidez, exige: Nivel de invalidez superior al 50%; y, en tratándose de invalidez por enfermedad, registrar 50 cotizaciones dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la invalidez y una fidelidad al sistema de al menos 20% del período decurrido entre la fecha de cumplimiento de

los 20 años de edad y la de la primera evaluación de la invalidez; para el caso de invalidez causada por accidente, el requerimiento era la cotización de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al hecho causante de la misma, y la fidelidad de al menos 20% del período decurrido entre la fecha de cumplimiento de los 20 años de edad y la de la primera evaluación de la invalidez (Sentencia No. 428/09 de 1 de julio de 2009, Corte Constitucional Colombiana, Bogotá DC, Anexo 1).

En segundo lugar, la Corte colombiana analiza el significado y alcance de los principios de progresividad de los derechos y la prohibición de regresividad presuntamente afectados por la disposición del Art. 1 de la Ley 860, señalando al respecto la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia, reconocen el principio de progresividad de los derechos fundamentales, entre los cuales se cuenta la Seguridad Social, y, como necesaria implicancia, la proscripción de adopción de medidas que impliquen regresión del nivel prestacional alcanzado. El Art. 48 de la Constitución colombiana consagra el principio de progresividad de los derechos fundamentales: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley...”.

El principio señalado consiste, básicamente, en la limitación impuesta al legislador de emitir normas que impliquen un retroceso en el nivel prestacional dispuesto

anteriormente por la Ley, de no mediar motivo suficiente y válido desde el punto de vista constitucional. Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indica que el principio de prohibición de regresividad es ampliamente aceptado como regla general a nivel doctrinario y jurisprudencial, al manifestar: "...las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga."; (párrafo 9 de la Observación General no. 3 – 1990 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Consecuentemente con lo manifestado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Corte Constitucional en la sentencia analizada manifiesta que en virtud del mandato de progresividad se impone una restricción a la amplia libertad de configuración del legislador, limitación establecida por el nivel de protección alcanzado. Sin embargo, señala la Corte Constitucional, la prohibición a la que nos venimos es relativa, pues la misma Corporación ha emitido precedentes jurisprudenciales en los que sostiene que un cambio regresivo en la normativa puede ser válido constitucionalmente, siempre que se verifique justificación suficiente de parte del Estado, sobre las razones ineludibles que justifiquen una regresión en el desarrollo de un derecho social, en concreto: "1.- que

la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; 2.- que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; 3.- que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; 4.- que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; y, 5.- que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.” (Sentencia No. 428/09 de 1 de julio de 2009, Corte Constitucional Colombiana, Bogotá DC, Anexo 1).

Con objeto de enfatizar el carácter relativo de la prohibición de regresividad, la Corte se refiere a lo manifestado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, órgano que ha manifestado que las disposiciones regresivas son, *prima facie*, opuestas al Pacto, sin embargo, no están absolutamente prohibidas, pues el principio de conservación ante modificaciones legislativa interviene como una proscripción, pero de ninguna manera absoluta de medidas regresivas. En consecuencia, se trata de una prohibición en tanto no exista justificación válida y suficiente para hacer más exigentes las regulaciones pensionales.

Otro de los aspectos fundamentales que considera la Corte en la sentencia analizada son las nociones de proporcionalidad y razonabilidad en la evolución normativa en materia pensional; para tratar el tema la Corporación se refiere a las nociones de derechos adquiridos, como situaciones en las que se ha consolidado la serie de exigencias contempladas en la norma que autorizan a su titular a exigir la prestación en cualquier época y de legítimas expectativas, como aquellas situaciones en las cuales tales presupuestos no han sido consolidados de conformidad con la Ley, pero

resulta suficientementefactible que lleguen a consolidarse en el futuro, de no verificarse una modificación sustancial en el orden jurídico.

Enlazada con las nociones anteriores aparece la de potestad configurativa del legislador en materia pensional, indicando que a tal respecto la Corte, en reiteradas ocasiones, ha identificado un extenso margen de configuración que posee la Legislatura en esta materia, de conformidad con lo previsto en los Arts. 48 y 365 de la Constitución, potestad en virtud de la cual la Función Legislativa no se está obligada a mantener en el tiempo las expectativas legítimas que las personas tienen de conformidad con las leyes vigentes en determinado momento.

Sin embargo, manifiesta la Corte, dicha potestad configurativa no se la puede ejercer sin limitación alguna, ya que toda modificación legislativa debe observar preceptos de justicia y equidad, además, de justificarse la proporcionalidad y razonabilidad de la medida. En tal sentido indica que las expectativas de los aspirantes a cierto régimen prestacional deben "...ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas, de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social." (Sentencia No. 428/09 de 1 de julio de 2009, Corte Constitucional Colombiana, Bogotá DC); en consecuencia, las expectativas legítimas que los afiliados abrigan al amparo de un determinado régimen y que están próximas a consolidarse, deben ser objeto de regímenes de transición, en virtud de los cuales el legislador yendo más allá de la protección de los derechos adquiridos, ampare las expectativas de quienes estén próximos a consolidar esa serie de condiciones contempladas en la ley, que le facultarán exigir

el derecho en su momento; en consecuencia, el legislador, en ejercicio de su facultad configurativa, debe establecer un régimen de transición en el cual se evite que una medida que afecte una expectativa generada bajo la vigencia de una norma, resulte afectada por una norma ulterior, agravando a quienes aspiraban consolidar sus derechos bajo el régimen anterior.

4.3. Resolución:

En función de las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional colombiana estima que la disposición del Art. 1 de la Ley 860 a través de la cual se modifican algunas normas del Sistema General de Pensiones estatuido por la Ley 100 desconocen los principios de progresividad y prohibición de regresividad, por cuanto imponen condiciones más rigurosas para el acceso y reconocimiento de la pensión de jubilación por invalidez: 1.- aumento de la cantidad de semanas cotizadas durante el período anterior al de aparición del estado de invalidez; 2.- imposición de la exigencia de fidelidad al sistema de seguridad social, medida que incrementa el grado de protección a aquellos trabajadores que han cotizado continuamente, desde el inicio de su vida laboral, medidas que se muestran claramente regresivas.

La conclusión a la que arriba dicha Corporación se basa en la demostración de las siguientes condiciones: 1.- la disposición denunciada determina exigencias más gravosas para la concesión de la prestación de pensión de invalidez; las medidas señaladas no se fundamentan en motivos suficientes que faculten al legislador a reducir el nivel prestacional conseguido; 3.- menoscaban en mayor medida a personas adultas mayores y aquellas que por su situación de vulnerabilidad

son beneficiarios de protección estatal especial; y, 4.- no contempla regulaciones adicionales que impidan la afectación de las expectativas legítimas de los afiliados generadas de conformidad con el régimen anterior.

Las consideraciones anteriores llevan a concluir que las exigencias establecidas en el artículo 1 de la Ley 860 desconocen los principios constitucionales de prohibición de medidas regresivas y progresividad, motivo por el cual la Corte Constitucional colombiana resuelve declararlos inexecutable puesto que la argumentación de descargo no ha conseguido desvanecer la presunción de regresividad y evidenciar la necesidad de la exigencia de conformidad con la finalidad perseguida.

4.4. Comentario personal:

En el presente capítulo hemos citado una sentencia dictada por la Corte Constitucional Colombiana, dentro del proceso propuesto con el objeto de obtener la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, norma que según el impugnante contraría los principios y disposiciones contenidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, concretamente, la vulneración del principio de progresividad de los derechos sociales y la prohibición de regresividad del nivel prestacional alcanzado.

Hemos estimado conveniente analizar una sentencia de la República Colombiana por cuanto su estructura, en cuanto organización política, es muy similar a la ecuatoriana, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Carta Magna colombiana, que prevé: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades

territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”; consecuentemente, la aplicación y desarrollo de los principios que componen la noción de estado social deberían aplicarse de forma consistente en los dos casos.

En la sentencia bajo análisis la Corte Constitucional colombiana, cumpliendo con su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, realiza una exposición respecto de la evolución normativa en relación con los requisitos para obtener la pensión de invalidez en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, modificados por la Ley 860 de 2003 cuya declaratorio de inconstitucionalidad ha sido requerida.

Sobre tal evolución normativa indica que la el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 viene a establecer mayores exigencias para el reconocimiento de dicha pensión, circunstancia que afecta los principios de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales; la Corte señala que los principios cuya vulneración se alega no tienen carácter absoluto y que las medidas regresivas se presumen contrarias al ordenamiento, prima facie, siendo factible su incorporación al orden normativo siempre que exista una consideración estricta y más cuidadosa de todas las posibles alternativas, además de estar precedida de una justificación suficiente en caso de afección de los niveles prestaciones de derechos sociales.

La sentencia analizada expone con claridad la función garantista que cumplen los máximos órganos de interpretación constitucional (Corte Constitucional), Corporación

que invoca las nociones de democracia sustancial para señalar el límite de la potestad de configuración legislativa, actividad que no sólo debe desarrollarse en función del *quién* y el *cómo* de las decisiones, sino que además debe completarse e integrarse con la noción del *qué* puede o no puede ser decidido.

El estado constitucional se encuentra provisto de un sistema integral de garantías, que no se restringen al ámbito judicial; dentro del orden constitucional se prevén dos tipos de garantías: la primera, que opera en función de los poderes del Estado; y, la segunda, con respecto a los derechos y el papel de la justicia constitucional. A su vez el primer tipo de garantía se subdivide en tres especies: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales.

Por la materia sobre la que versa la sentencia analizada desarrollaremos la noción de garantía normativa que, para en el ordenamiento ecuatoriano, se encuentra prevista en el artículo 84 de la Constitución Política, norma que prevé: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”; en concordancia encontramos el precepto contenido en el numeral 4 del artículo 11 *ibídem*: “El ejercicio de los derecho se regirá por los siguientes principios: 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”; como se ha venido manifestando en la

presente investigación, el concepto de estado constitucional integra a la noción de democracia una arista sustancial, constituida por la importancia especial atribuida a los derechos fundamentales y a su tutela, como señala Ramiro Ávila Santamaría dentro del orden constitucional "...cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los cejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligados a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que pueda y corresponda, los derechos;" (Ávila, 2008, p. 93).

El sistema garantista se integra con la previsión de garantías jurisdiccionales que a su vez se clasifican en función de los derechos que tutelan: "...aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan "de protección", las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina "hábeas corpus", las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman "acción de cumplimiento" y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina "acción extraordinaria de protección"." (Ávila, 2008, p. 93).

Este control judicial de la actividad legislativa constituye uno de los aspectos más importantes del garantismo, pues este concepto encuentra uno de sus principales fundamentos en el sometimiento del poder al derecho, lo cual en las democracias constitucionales consiste en la existencia de un área prohibida o coto vedado a las decisiones de la mayoría política, sin que tal restricción pueda entenderse como una falencia antidemocrática del régimen.

La sentencia sometida a análisis rectifica la actuación legislativa hacia el cumplimiento de las finalidades de la democracia, en efecto, los derechos sociales constituyen expectativas de positivas que requieren de la actividad del aparato estatal para su desarrollo y satisfacción, afirmación vinculada con la prohibición de regresividad del nivel prestacional alcanzado, que constituye otro tipo de garantía que opera una vez que las expectativas en qué consisten los derechos fundamentales han sido vulneradas, garantías secundarias o jurisdiccionales impuestas a los órganos judiciales para sancionar y expulsar del ordenamiento jurídico los actos inválidos que vulneren derechos subjetivos; en efecto, las decisiones políticas y legislativas no pueden perturbar, injustificadamente, aquellas prerrogativas que constituyen la esencia del derecho, atributos cuya afección significa un vaciamiento del contenido de su contenido y su ineffectividad material.

La Corte Constitucional luego de analizar las consideraciones sobre las cuales se modifica los requisitos para el otorgamiento de la pensión de invalidez resuelve declarar inconstitucional y, consecuentemente, expulsar la norma acusada del ordenamiento jurídico por cuanto la reforma introducida mediante la Ley 860 de 2003 no ha sido suficientemente justificada, vulnerando los principios de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales contenidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución colombiana.

CONCLUSIÓN:

El presente trabajo investigativo ha versado sobre los aspectos de mayor trascendencia dentro a teoría desarrollada por Luigi Ferrajoli. En primer término se ha establecido el concepto general y más amplio de garantismo y las distintas acepciones que el término admite dentro de la teoría de Ferrajoli.

Del análisis se puede concluir que el garantismo, como mecanismo de limitación del poder, sólo puede aplicarse dentro de un orden político dentro del cual los administrados cedan parte de sus libertades a un órgano inmaterial superior encargado de velar por el respeto de las expectativas positivas o negativas en que constituyen los derechos y por su máximo desarrollo y efectivo goce; dentro de un ordenamiento con este carácter, el Garantismo se constituye como el principal rasgo funcional del estado de derecho.

En el ejercicio del poder público el aparato estatal puede llegar a afectar aquellas expectativas cuya tutela le ha sido encomendada. Por tal motivo se vuelve imperioso el establecimiento de garantías positivas y negativas, primarias y secundarias que permitan el restablecimiento de derechos conculcados y su adecuada reparación.

Del análisis de la teoría garantista se concluye que su aplicación implica, per se, la inclusión en la definición de democracia de una arista sustancial, lo cual transforma la noción que comúnmente se tiene de democracia, como mecanismo de toma de decisiones por la mayoría, misma que erradamente se consideraba omnipotente.

Dentro de la democracia constitucional no existe ningún poder absoluto, ni público ni privado, mismos que se encuentran limitados por los derechos fundamentales los que se hallan provistos de mecanismos de garantía que impidan que su enunciación sea únicamente lírica.

Efectivamente, la primera de estas garantías es la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales, mecanismo que impone obligaciones y prohibiciones al ejercicio del poder, incorporando una dimensión sustancial en el concepto de democracia, que viene a integrarse con la dimensión formal o procedimental, esto por efecto de la coexistencia dos tipos de normas en las cartas fundamentales modernas, las formales, es decir, aquellas que regulan la organización del poder y garantizan la dimensión formal de la democracia política, que se refiere al quién y el cómo de las decisiones, y, las sustanciales, las que reconocen los derechos fundamentales y establecen los principios de su aplicación, garantizan la dimensión material de la democracia sustancial, referida al qué no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales.

Un sistema político desprovisto de mecanismos que garanticen e impongan un límite a los poderes públicos y privados desembocará inevitablemente en el desconocimiento de las expectativas mínimas a las cuales toda personada tiene derecho, en función de la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA:

Alexy Robert, Balkin Jack M., Levinson Sandord, Dworkin Ronald, Carbonell Miguel, Pozzolo Susanna, García Figueroa Alfonso, García Jaramillo Leonardo, Aguiló Regla Josep, Atienza Manuel, Bayón Juan Carlos, Ferreres Comela Víctor, Vazquez Rodolfo, Gargarella Roberto, Zagrebelsky Gustavo. (2010). *El canon neocostitucional*. Madrid. Trotta.

Ávila Santamaría Ramiro, Grijalva Jiménez Agustín y Martínez Dalmau Rubén. (2008). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito. V&M Gráficas.

Carbonell Miguel y Salazar Pedro. (2009). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid. Trotta.

Ferrajoli Luigi. (2009). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli Luigi. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli Luigi. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli Luigi. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli Luigi. (2010). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta.

Kelsen Hans (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Madrid. Trotta.

Sentencia No. 428/09 de 1 de julio de 2009, Corte Constitucional Colombiana, Bogotá DC. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-428-09.htm>.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, Rol No. 976.

https://www.camara.cl/camara/camara_tc3.aspx?prmART=1&prmROL=1218&prmIDA=1854.