

Aproximación a la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli y su proyección en Colombia*

An Approach to Luigi Ferrajoli's Legal Theory and Its Application in Colombia

Melba Luz Calle Meza**

Universidad Militar Nueva Granada

melba.calle@unimilitar.edu.co

Daniela Carolina Forero Dueñas***

Universidad Militar Nueva Granada

u0602006@unimilitar.edu.co

Yenifer Yeraldin Rodríguez Castillo****

Universidad Militar Nueva Granada

u0601633@unimilitar.edu.co

Resumen

El artículo estudia los elementos básicos del pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli para indagar en qué medida dicha teoría puede contribuir a esclarecer algunos vacíos, incertidumbres y cuestionamientos significativos sobre el alcance de la paz en el plano jurídico y político. El problema de

Fecha de recepción: 04 de febrero de 2019

Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2019

* Para citar este artículo: Calle Mesa, M. L., Forero Dueñas, D. C., y Rodríguez Castillo, Y. Y. (2019). Aproximación a la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli y su proyección en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (50), 163- 184. Universidad Libre(Bogotá). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5810>

Artículo producto del proyecto de investigación INV-DER 2559 de 2018, titulado “La noción de derechos fundamentales vitales y su garantía como condición necesaria para la paz. Sobre la influencia de la teoría política de Immanuel Kant en el constitucionalismo pacifista de Luigi Ferrajoli y la necesidad de su realización en Colombia”, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada, vigencia 2018, y liderado por Melba Luz Calle Meza, Ph. D.

** Profesora de Teoría e Historia Constitucional de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0590-624>. Correo electrónico: melba.calle@unimilitar.edu.co

*** Estudiante de la Facultad de Derecho del Campus Nueva Granada (CNG) y auxiliar de investigación del proyecto INV-DER 2559 de 2018 de la misma facultad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1762-1423>. Correo electrónico: u0602006@unimilitar.edu.co

**** Estudiante de la Facultad de Derecho del CNG y auxiliar de investigación del proyecto INV-DER 2559 de 2018 de la misma facultad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0808-4953>. Correo electrónico: u0601633@unimilitar.edu.co

investigación se sintetiza en la siguiente pregunta: ¿cuáles son los elementos básicos del pacifismo jurídico de Ferrajoli, qué proyección tiene en el ordenamiento jurídico local el pacifismo jurídico y cómo su teoría puede contribuir al desarrollo conceptual y normativo de la paz en Colombia?

La estrategia metodológica utilizada es eminentemente cualitativa, de alcance descriptivo, explicativo y propositivo; así las cosas, la investigación se basa fundamentalmente en el análisis y la síntesis de las principales obras del autor, para plantear de forma condensada los aspectos conceptuales y teóricos del pacifismo jurídico, así como algunas de las principales críticas a sus tesis. A continuación, se revisa el sistema constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para establecer el grado de proximidad del ordenamiento jurídico local con el pacifismo jurídico. Finalmente, se concluye que la teoría del pacifismo jurídico de Ferrajoli puede contribuir al desarrollo conceptual y normativo de la paz positivada en la Constitución colombiana de 1991.

Palabras clave: pacifismo jurídico, Luigi Ferrajoli, proceso de paz en Colombia, Constitución Política de 1991

Abstract

This article explores the essentials of Luigi Ferrajoli's legal pacifism to find out to what extent it may contribute to clarify uncertainties regarding significant gaps in and questions about the scope of peace at the legal and political levels. The research problem is encapsulated in the following question: What are the basic elements of Ferrajoli's legal pacifism, what application does legal pacifism have in the local legal system and how can his theory add to the conceptual and regulatory development of peace in Colombia?

The methodological strategy employed is eminently qualitative with a descriptive, explanatory, and purposive scope. Therefore, this research is based primarily on the analysis and synthesis of the author's main works to establish concisely the conceptual and theoretical aspects of legal pacifism, as well as some of the major criticism of his thesis. Then, the constitutional system and the Constitutional Court's case law are reviewed to determine how close the local legal system is to legal pacifism. Finally, it is concluded that Ferrajoli's theory of legal pacifism can support the conceptual and regulatory development of peace embodied in the Colombian Constitution of 1991.

Keywords: Legal pacifism, Luigi Ferrajoli, peace process in Colombia, Constitution of 1991.

Introducción

Colombia presentó un avance muy significativo en su historia constitucional con el “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable

y duradera” (“Acuerdo final”), firmado el 24 de noviembre de 2016 por el Gobierno de Juan Manuel Santos y la exguerrilla de las FARC-EP, ratificado por unanimidad en el Congreso de la República, porque con estas negociaciones se logró finalizar una guerra de más de cincuenta

años y desmovilizar al grupo guerrillero más grande, fuerte y antiguo de Latinoamérica, que atacó, durante demasiado tiempo, con gran violencia y eficacia, a las instituciones y a ciudadanos inocentes (Calle Meza, 2014). El Estado colombiano se ha caracterizado por este tipo de patología sociopolítica, que, por lo demás, subsiste actualmente con otros actores, como las guerrillas del ELN o el EPL, los grupos violentos financiados por el narcotráfico que ocupan el territorio antes dominado por las FARC (Clan del Golfo, bloque Meta, bloque Libertadores del Vichada y disidencias, milicias y desertores de las FARC) y los llamados grupos armados organizados (GAO), que, por lo general, tienen su origen en la desmovilización paramilitar de mediados de la década del 2000 (Cosoy, 2017).

El “Acuerdo final” generó, sin embargo, una radical oposición por parte de sectores sociales ultraconservadores representados por el partido político Centro Democrático, liderado por Álvaro Uribe, oposición que dividió al país en dos en el plebiscito de 2016 (Basset, 2018).

El uribismo ganó las elecciones de 2018, y hoy, tanto la clase política en el poder como el sector de la sociedad que representa no se sienten prioritariamente obligados a construir una paz estable y duradera (“¿Hacia dónde va la política de paz de Duque?”, 2018). Ciertamente, la implementación de la paz no es un programa principal del actual Gobierno, y el presidente Duque anunció el fin de las negociaciones con el ELN en respuesta al atentado terrorista perpetrado el 17 de enero de 2019 contra la Escuela de Cadetes de la Policía General Santander, que dejó como saldo 21 víctimas mortales y más de 50 heridos (“El Gobierno desconoce”, 2019).

Estos hechos demuestran la fragilidad de la paz alcanzada; además, en la cultura jurídica local subsisten vacíos y cuestionamientos significativos sobre el alcance de la paz en el plano jurídico y político (Escobar, Cárdenas, Benítez y Mantilla, 2011).

Por esta razón, aquí se plantea estudiar los elementos básicos del pacifismo jurídico de Ferrajoli, para averiguar en qué medida dicha teoría puede contribuir a esclarecer algunas incertidumbres. El problema de investigación se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿cuáles son los elementos básicos del pacifismo jurídico de Ferrajoli, qué proyección tiene en el ordenamiento jurídico local el pacifismo jurídico y cómo su teoría puede contribuir al desarrollo conceptual y normativo de la paz en Colombia?

La hipótesis de la investigación es que el sistema jurídico colombiano instaurado con la Constitución de 1991 positivó el principio de búsqueda de la paz a través del derecho en el preámbulo, en su título sobre derechos fundamentales y en los artículos sobre los estados de excepción y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Estas características del ordenamiento jurídico local, según una interpretación sistemática, implican que, en el modelo constitucional de derecho, los gobiernos están obligados a continuar la búsqueda negociada de la paz y les están vedadas las iniciativas y los recursos a mecanismos de guerra, salvo en el caso de legítima defensa del Estado.

La estrategia metodológica es principalmente cualitativa con un alcance descriptivo, explicativo y propositivo. La investigación se basa fundamentalmente en el análisis y la síntesis

de las principales obras de Ferrajoli, para plantear de forma condensada los aspectos conceptuales y teóricos del pacifismo jurídico, así como algunas de las principales críticas a sus tesis. A continuación, se revisa el sistema constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para establecer el grado de proximidad del ordenamiento jurídico local con el pacifismo jurídico. Finalmente, se encuentra que la teoría del pacifismo jurídico de Ferrajoli puede contribuir al desarrollo conceptual y normativo de la paz positivada en la Constitución colombiana de 1991.

La teoría sustancial del derecho

Según Ferrajoli, a partir de la primera mitad del siglo XX, debido a las duras lecciones impartidas por las tragedias derivadas de fenómenos como el nazismo y el fascismo, surge la necesidad de refundar el derecho y las instituciones políticas desde la teoría del derecho (Ferrajoli, 2010). Con este objetivo, el iusfilósofo italiano propone una teoría sustancial (no solo formal) del derecho, con el fin de otorgarles efectividad y protección a los derechos con base en los principios constitucionales (Ferrajoli, 2015). Esta evolución ha significado una concepción *neoiuspositivista* que supera al Estado legislativo de derecho correspondiente al modelo *paleoiuspositivista* (Ferrajoli, 2010).

Dicho progreso teórico se enmarca en el paradigma de la democracia constitucional: el Estado constitucional de derecho debe reunir unas condiciones para que cumpla con unas mínimas garantías de protección de los derechos fundamentales y con el mantenimiento de la paz y la seguridad (Ferrajoli, 2015).

Asimismo, en las últimas décadas del siglo XX, Ferrajoli articuló una crítica desde la teoría jurídica a las “nuevas guerras” impulsadas por los Estados Unidos y sus aliados, tales como la guerra del Golfo o de Afganistán, y también la prolongación de la guerra de Colombia, que hacen parte del gran proyecto de afianzamiento de una nueva supremacía de tipo militar, fundamento de la globalización neoliberal (Ferrajoli, 2004).

Lo que plantea Ferrajoli en contra de las nuevas guerras es una lógica basada en la protección de los sujetos más débiles y en la limitación del poder de los más fuertes en todos los ámbitos (público, privado, de mercado, etc.), mediante el llamado *constitucionalismo rígido de los derechos*, porque con el lenguaje de los derechos se puede fundamentar una crítica de la realidad institucional y extrainstitucional, dado que la teoría jurídica debe realizar dos tareas básicas: a) identificar las violaciones y los incumplimientos de las premisas normativas reconocidas por el poder, con su consecuente deslegitimación, y b) no permanecer al margen, sino comprometerse con la formulación de alternativas garantistas previstas en el propio ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 2004).

En este orden de ideas, Ferrajoli adopta rigurosamente el principio de la oposición radical entre guerra y derecho. Su argumento fundamental es que la guerra concebida como sanción es un contrasentido no solo moral sino jurídico.

Desde el punto de vista moral, las nuevas guerras han demostrado que no hay “guerra justa”, porque los desarrollos de las armas de destrucción masiva han hecho que la guerra y sus consecuencias sean absolutamente

incontrolables. Asimismo, la respuesta militar a actos de violencia terrorista es un contrasentido, pues precisamente con ella no se logra proteger los derechos de los más vulnerables. En consecuencia, el único uso de la fuerza legal moralmente válido es el defensivo, a través de las vías establecidas por la Carta de las Naciones Unidas. Desde el punto de vista jurídico, el derecho solo puede ser instrumento de civilización en la medida en que sea capaz de dar una respuesta asimétrica a la violencia (Pisarello, 2004). En consecuencia, toda guerra que no sea estrictamente defensiva es ilegal.

Nuevo paradigma de la democracia constitucional

Ferrajoli distingue entre la forma democrática y la sustancia democrática para señalar que en el modelo constitucional de derecho se requieren tanto la primera como la segunda; es decir, el sufragio universal, fundado en la representación popular, como método de formación de las decisiones políticas, solo asegura la forma democrática de la selección de los gobernantes, pero no implica que las decisiones tomadas por la mayoría tengan una sustancia democrática.

Fue sobre la base de la conciencia de la insuficiencia de la dimensión solo formal de la democracia como, en la segunda posguerra, se afirmó el paradigma de la democracia constitucional como sistema de límites y vínculos sustanciales —el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales— a las decisiones de cualquier mayoría. (Ferrajoli, 2015, pp. 42-43)

El paradigma de la democracia constitucional se puede entender, por tanto, como un sistema de límites y vínculos sustanciales a los derechos

fundamentales por parte de los poderes públicos. Pero el cambio radical respecto del modelo legislativo o paleopositivista, según Ferrajoli, consiste en que tales límites y vínculos sustanciales no son políticos o externos al derecho, sino que son parámetros jurídicos, internos, exigencias jurídicas de los ordenamientos constitucionales. Esta es la gran innovación del modelo constitucional que surgió después de la Segunda Guerra Mundial en Europa, cuyo resultado es el complejo paradigma de la democracia constitucional y su doble dimensión formal y sustancial; en este sentido, *sustancia* significa lo que está prohibido decidir, por un lado, y lo que es obligatorio decidir, por otro, independientemente de las mayorías (Ferrajoli, 2015).

Este cambio de paradigma implica una correspondencia o conexión biunívoca tanto entre derecho y política como entre teoría del derecho y teoría política. Esta correspondencia garantiza los derechos de libertad y los derechos sociales constitucionalmente establecidos, bajo el modelo garantista de la democracia constitucional, en la medida que se deslegitiman todas aquellas normas que atenten contra los principios y derechos, aun cuando se cumplan los requisitos estipulados por las formas establecidas, y en consecuencia estas normas son sustancialmente inválidas y políticamente ilegítimas (Ferrajoli, 2015).

Con este punto de partida, el nuevo paradigma de la democracia constitucional concibe la constitución como la norma suprema dirigida a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales con base en su rigidez y sujeción al imperativo de paz, a los principios de justicia positiva y a los derechos fundamentales. Por *rigidez* de la

constitución se entiende que las constituciones son supraordenadas respecto de la legislación ordinaria, a través de la previsión de procedimientos especiales y el control constitucional de las leyes. Adicionalmente, en el modelo constitucional de Ferrajoli, las leyes *deben ser* conforme a la constitución y cumplir con las condiciones de validez, límites y prohibiciones constitucionales: esta es su *teoría iuspositivista de la validez* (Ferrajoli, 2010).

Así, las leyes, los reglamentos y las resoluciones deben tener validez y legitimación conforme a las normas que se han establecido en cada ordenamiento para su producción. En cuanto a las sentencias, estas dependen de una validez o legitimación jurídica (interna o formal) y de una *justicia* o legitimación política (externa o sustancial), y por esta razón el poder judicial no admite una legitimación representativa o consensual, sino racional y legal; este es uno de los pilares del *garantismo constitucional* (Ferrajoli, 2004).

Kant y Bobbio habían planteado una concepción formal de la democracia, pues según estos filósofos la validez de las normas se fundamentaba en su forma de producción, mas no en su contenido. Ferrajoli, en cambio, cuestiona si una concepción puramente formal es capaz de identificar todas las condiciones necesarias para un sistema político democrático, con base en las siguientes dos aporías:

a. Las formas y los procedimientos democráticos no son suficientes para legitimar cualquier decisión, pues no es cierto que el poder de la mayoría sea la única fuente de legitimación para las decisiones colectivas, por lo que no sería posible otorgarle un poder ilimitado. Asimismo, esta mayoría

niega la percepción que se tiene sobre los derechos constitucionales como “insaciables” (Ferrajoli, 2010).

b. La democracia no posee unas restricciones sustantivas que puedan impedir que las decisiones de la mayoría eliminen los derechos políticos, el pluralismo político, la separación de poderes, entre otros. Ejemplo de ello fueron las experiencias del nazismo o el fascismo, que democráticamente legitimaron a un líder mediante procesos democráticos para abolir la democracia. Por tanto, el carácter procedimental de decisión de las mayorías no es suficiente para definir una democracia, pues este método ha permitido a lo largo del tiempo la discriminación de las minorías (Ferrajoli, 2011a).

De acuerdo con lo anterior, es necesario que el paradigma moderno de la *democracia constitucional* esté basado en cuatro dimensiones: derechos políticos, libertades civiles, derecho a la libertad y derechos sociales; esto, en conjunto con los principios constitucionales de separación de poderes e independencia judicial. Así se intenta impedir que la toma de decisiones públicas o privadas pueda disponer de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2011a).

Esta democracia constitucional se desarrolla bajo los siguientes cuatro aspectos: la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, los derechos fundamentales como la representación de los intereses de todos, la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales y la correspondencia entre los derechos y sus garantías (Alterio, 2011).

Por ello, los derechos fundamentales se caracterizan por ser universales, inalienables, indisponibles y constitucionales, además de que son convenidos en el pacto constitucional con base en las necesidades sustanciales, cuya garantía es condición de la convivencia civil y razón social de ese artificio que es el Estado. Esto es lo que Ferrajoli ha denominado la *esfera de lo indecible*. Este espacio de los derechos sobre el que no pueden decidir las mayorías se desarrolla en dos ámbitos (Alterio, 2011, p. 10):

- primero, en “los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad”,
- y segundo, en “los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales”.

Concepto y principios del pacifismo jurídico

El pacifismo jurídico es el “conjunto de doctrinas que consideran al derecho como una herramienta fundamental para el mantenimiento o la construcción de la paz mundial, con base en la lógica garantista del Estado constitucional en el ámbito internacional” (García, 2012, p. 83).

Esta idea básica fue planteada por Immanuel Kant (1998) en su obra *Sobre la paz perpetua* y fue inspiradora del constitucionalismo de la paz colombiano inaugurado con la Constitución de 1991 (Calle Meza, 2017). Además, había sido desarrollada especialmente por Hans Kelsen (2003), quien afirmó que sin la paz no hay libertad, ni individual ni colectiva, puesto que la guerra es una situación de opresión, y la paz, un mecanismo de emancipación.

Igualmente, Kelsen consideró el derecho como un medio idóneo para alcanzar la paz en las relaciones internacionales, y definió la paz (mínima) como el monopolio exclusivo de la fuerza que utiliza el Estado (legitimación) cuando se usa en el sentido previsto por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, según Kelsen, el derecho y la fuerza no son incompatibles (García, 2011). Estas ideas fueron retomadas por Ferrajoli, quien las desarrolló en términos originales manifiestos en los principios de su pacifismo jurídico.

El pacifismo jurídico se desarrolla mediante los siguientes cuatro postulados del modelo garantista del Estado constitucional, los cuales buscan “la construcción de garantías a la altura de los nuevos poderes económicos globales” y, con ello, reforzar el vínculo entre derecho y democracia (Ferrajoli, 2015):

1. El *principio de legalidad* (formal y sustancial): asume una nueva complejidad gracias al paradigma constitucional, pues ahora es un principio normativo y también lógico. Como principio normativo, significa que donde quiera que exista un poder, de cualquier tipo, público o privado, deben existir normas primarias formales y sustanciales que regulen su ejercicio y lo sometan a las garantías primarias sobre derechos constitucionales y separación de poderes. Como principio lógico, equivale al principio de no contradicción, que proscribire como antinomia la incoherencia entre las prescripciones producidas por el legislativo y las normas superiores.
2. El *principio de plenitud deóntica*: implica que los derechos derivados de las normas primarias deben estar sujetos a garantías

- primarias, cuya prioridad reside en la prohibición de lesionarlos más que en la obligación de tutelarlos y cuya satisfacción está a cargo de las instituciones de garantía.
3. El *principio de jurisdiccionalidad*: implica la existencia de garantías secundarias o jurisdiccionales, en cabeza de instituciones de garantía que intervienen frente a las violaciones de las normas primarias, que regulan los derechos; estas instituciones también deben estar separadas de los otros poderes.
 4. El *principio de accionabilidad*: se refiere a la existencia de las acciones en cabeza de los titulares de los derechos propias del paradigma legislativo, pero en el paradigma constitucional se requiere, para asegurar la efectividad de los otros principios, la existencia de un órgano público competente para suplir las debilidades de los ciudadanos en materia de la defensa de sus derechos.

Estos principios se integran y trabajan en forma conjunta porque los unos requieren de los otros para tener plena efectividad bajo el imperio de la constitución. Es más, la crisis del paradigma constitucional se puede leer como una crisis de estos cuatro principios, y el futuro del constitucionalismo y de la democracia depende de su implementación y actuación (Ferrajoli, 2015).

Las garantías constitucionales están intrínsecamente relacionadas con el carácter inmodificable de estos principios, es decir, con la rigidez constitucional como garantía esencial de la soberanía popular. Dicha rigidez brinda una doble normatividad a los derechos (Ferrajoli, 2015):

1. impide que sean modificados por fuentes subordinadas;
2. los derechos constituyen las reglas para la protección de la *esfera de lo no decidible*.

Pacifismo jurídico, derechos fundamentales y esfera pública supraestatal

Los derechos fundamentales consisten en situaciones universalmente establecidas directamente por normas generales para todos y no implican la existencia de sus garantías, sino solo la obligación de introducirlas. La ausencia de garantías debe entenderse como una laguna estructural, como una violación por omisión que el ordenamiento debe corregir y la ciencia jurídica debe denunciar (Ferrajoli, 2016c).

En el pacifismo jurídico, los derechos fundamentales se sitúan en un plano justificativo superior dada su condición normativa y vinculante respecto de toda la producción normativa inferior (Ferrajoli y Ruíz, 2012). Por ello, la violación de los derechos por comisión genera antinomias, la violación por omisión genera lagunas, y la teoría garantista de la democracia se propone eliminar radicalmente estas dos situaciones.

Los derechos fundamentales son normas en sí y hacen parte de la constitución como normas sustanciales para la producción de otras normas. Asimismo, las mayorías no tienen disposición sobre las garantías de los derechos; solo pueden ampliarlas, pero nunca restringirlas o suprimirlas (Ferrajoli, 2011b).

Esta concepción de los derechos fundamentales es compartida por el académico colombiano

Carlos Bernal (2014), magistrado de la Corte Constitucional, en estos términos:

En la práctica constitucional vigente se acepta de forma generalizada que los derechos fundamentales están dotados de validez jurídica y que uno de los efectos de dicha validez, acaso el más significativo, consiste en que el Legislador se encuentra vinculado por su contenido, o en otros términos, que su contenido normativo debe ser respetado por las leyes. La observancia del contenido de los derechos fundamentales está garantizada por el sistema de control de constitucionalidad (p. 6).

En este orden de ideas, Ferrajoli (2010) propone la fundación de un constitucionalismo democrático supranacional en el que son esenciales las funciones y las instituciones de garantía sobre los poderes del Gobierno o los poderes públicos económicos. Las instituciones de garantía tienen como función la protección de los derechos fundamentales universalmente establecidos para no transgredir la *esfera de lo no decidible*, con lo que se establecen, así, dos garantías: la garantía primaria, entendida como la tutela de los derechos de libertad y satisfacción de los derechos sociales, y la segunda garantía, mediante la jurisdicción para materializar la reparación de las violaciones de las garantías primarias.

Las instituciones que cumplen con estas dos garantías no requieren de representatividad política o legitimación política; al contrario, requieren estar separadas de las funciones de gobierno. Ferrajoli (2016c) afirma que para asegurar fines como la distribución del agua y la alimentación básica, así como para reprimir los crímenes de lesa humanidad o las catástrofes medioambientales, estas instituciones no están

sometidas a la mayoría, sino que únicamente deben estar vinculadas al derecho, en este caso a los derechos a la vida y a la supervivencia.

La esfera pública global está conformada por múltiples instituciones que tienen una relación de codistribución, subsidiariedad o separación de competencias, cuya competencia abarca la tutela del medio ambiente, la paz, la criminalidad transnacional y la regulación de los mercados. Asimismo, se encuentran las instituciones locales, que pueden llegar a compartir competencia por razones de eficiencia (Ferrajoli, 2016c).

Por otra parte, Ferrajoli formula cuatro criterios axiológicos: los tres primeros se desarrollan en nexo de los derechos fundamentales con la igualdad, la democracia y la paz, y el último es el papel de los derechos fundamentales como la ley del más débil. Así, el derecho y la democracia son dos dimensiones complementarias en la medida en que el Estado constitucional no permite la omnipotencia de la política ni del legislador, pues la política debe “concebirse como un instrumento para la realización y garantía del derecho y, particularmente, de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2015).

La constitución democrática se define, entonces, como el sistema de normas meta-legales destinadas al legislador y a otros poderes públicos cuya parte sustancial son los derechos fundamentales, es decir, “los derechos elaborados por la tradición iusnaturalista en los orígenes del Estado moderno” (Ferrajoli, 2016c, p. 803), que son positivados con rango constitucional.

En cuanto a los derechos fundamentales, desde la teoría de la norma jurídica, Ferrajoli (2016c) define las normas de los derechos

fundamentales como normas téticas, diferentes a las normas hipotéticas.

Esta distinción se relaciona con lo inmediato o mediato de lo prescrito y con la universalidad de los sujetos a los que se aplican las normas. Así, las normas téticas son elementales: son prescripciones inmediatas de carácter universal; por ejemplo, los diez mandamientos o las prohibiciones penales (“prohibido matar”). Las normas hipotéticas son prescripciones mediatas cuya aplicación depende del acaecimiento de las condiciones determinadas en la hipótesis del antecedente; por ejemplo, las normas sobre la aplicación de sanciones cuando se cometan delitos. De esta forma, las normas téticas se aplican a todos los sujetos, mientras que las hipotéticas solo se aplican a quienes realizan la conducta del antecedente (Alonso, s. f.).

Los derechos fundamentales son normas téticas, son universales, se aplican a todos los sujetos y solo se convierten en normas hipotéticas cuando actúan como normas sustantivas sobre la producción de las leyes que los afectan (Ferrajoli, 2016c); es decir, las leyes sobre derechos fundamentales deben respetar necesariamente los contenidos de las normas de los derechos fundamentales, no solo las normas sobre producción de normas.

Ahora bien, tal como lo desarrolla Carlos Bernal (2014), es conveniente agregar que la observancia legislativa del contenido de los derechos fundamentales debe enfrentar dificultades serias cuando dicho contenido es ambiguo o no está determinado completamente en el texto constitucional. En tales casos, las incertidumbres interpretativas deben ser disipadas por el máximo intérprete de la Constitución, es decir, por la Corte Constitucional,

en el sistema jurídico colombiano. Por tanto, le corresponde a la corte la labor de concreción de los derechos fundamentales mediante un acto jurisdiccional que debe fundamentarse correctamente (pretensión de corrección) y, además, respetar el principio democrático, en el sentido de que las medidas de intervención en los derechos fundamentales aprobadas por la mayoría parlamentaria no pueden ser declaradas inconstitucionales sino solo cuando se constate mediante una fundamentación correcta que dichas medidas transgreden el contenido de tales derechos.

Discusión sobre la teoría garantista de Ferrajoli, los derechos fundamentales y la paz

Las tesis de Ferrajoli son bastante polémicas y discutidas desde diferentes perspectivas por iusfilósofos europeos y latinoamericanos. Aquí no se persigue ser exhaustivos sobre este debate, sino solamente ilustrar algunas de las críticas que se estiman destacadas a la teoría garantista del derecho de Ferrajoli y su relación con la democracia, los derechos fundamentales y la paz.

Crítica de Ana Micaela Alterio

Según Alterio, Ferrajoli pasa por alto la tensión entre constitución y democracia, puesto que se genera desconfianza en las personas al poner la defensa de los derechos en la élite de los jueces constitucionales, quienes son tan falibles como las mayorías.

Asimismo, Alterio niega que la esfera de lo no decidible pueda ser un asunto extrapo-

lítico, como lo afirma Ferrajoli, dado que su deliberación se realiza por medio de la política, e incluso propone una participación de los colectivos en un esquema de derechos fundamentales no solo para los “sin derechos” sino con ellos (Alterio, 2011), fomentando apropiaciones plurales y autoconscientes. De esta manera, Alterio plantea la construcción de un sistema institucional que deje canales de expresión para la discusión y defensa de sus intereses.

Crítica de Manuel Atienza

Por su parte, Manuel Atienza (s. f.) opina que Ferrajoli es el jurista teórico más influyente en los países de cultura latina y concuerda con su concepción de los derechos fundamentales, entendiéndolos como expectativas positivas (de prestación, negativas o de lesión) en correlación con sus garantías.

La tesis de Ferrajoli afirma que los derechos no deben confundirse con sus garantías en tanto que la falta de garantías supone la existencia de una laguna que se crea por el incumplimiento del legislador de las obligaciones establecidas en la constitución, pero no supone propiamente la inexistencia de un derecho, en contraposición con los demás autores, que afirman que las obligaciones y los deberes son condición para la existencia del derecho (Atienza, 2008).

El aspecto central y “gran descubrimiento” de Ferrajoli es la doble articulación de la validez de la norma jurídica: a) validez formal o vigencia, que supone cumplimiento de los requisitos de forma y de procedimiento, y b) validez substantiva o plena, que es entendida como la satisfacción de criterios de contenido.

Ahora bien, Atienza (2008) estima que la teoría de Ferrajoli sería más coherente si se le introdujeran algunos cambios.

En primer lugar, según Ferrajoli, no existe una diferenciación cualitativa entre reglas y principios y tampoco en su utilización para resolver problemas prácticos. Sin embargo, según Atienza (2008), esta diferenciación es importante en la práctica jurídica cuando se está frente a casos difíciles en materia de derechos fundamentales, porque de lo contrario se estaría ante una carencia de instrumentos teóricos (interpretación y argumentación jurídica).

En segundo lugar, Atienza (2008) propone ampliar la identificación de los derechos fundamentales en su uso dogmático, pues ellos son entendidos como valores de especial importancia, cuya protección se puede establecer con diferentes tipos de normas: regulativas y constitutivas, reglas y principios.

En tercer lugar, resulta problemático construir una teoría axiomatizada del derecho mediante la separación de la teoría del derecho (noción formal) y la filosofía ético-política (noción material), puesto que la aplicación de esta teoría se complejiza teniendo en cuenta la cantidad de postulados y su grado de artificiosidad (Atienza, 2008).

En cuarto lugar, Ferrajoli propone desligar los derechos fundamentales de la objetividad de carácter moral y determinarlos como convenciones jurídicas. Sin embargo, según Atienza (2008), no es posible fundamentar una noción ético-política de los derechos fundamentales y desconocer que los valores como la igualdad y la paz tienen un carácter objetivo y universal en un marco de concepción relativista y no cognoscitivista de la ética.

Crítica de Pier Paolo Portinaro

Según Portinaro, hay consideraciones de carácter general contra las pretensiones universalistas del paradigma jurídico y político propuesto por Ferrajoli. Según el profesor de la Universidad de Turín, un modelo legalista tan ambicioso como el ferrajoliano no es fácilmente distinguible de la tradición legalista occidental y se nutre de contenidos del iusnaturalismo cristiano (Portinaro, 2008). Este sistema es igualmente distante del paradigma de derecho jurisprudencial de otras culturas, como las anglosajonas. Opina Portinaro que la teoría del derecho y de la política de Ferrajoli se aproxima al iusnaturalismo porque “se reconoce claramente un esquema iluminista de filosofía de la historia que reconduce el progreso jurídico a los tres estadios de derecho jurisprudencial, Estado legislativo y Estado constitucional de derecho”. Sin embargo,

en la medida en que se sube (o se baja) la escalera del positivismo jurídico, pasando desde una fase en la cual se impone el vigor de las normas a otra en que se impone su validez formal a otra en que se funda su validez material, nos acercamos al iusnaturalismo. (Portinaro, 2008, p. 312)

Respuesta de Ferrajoli a las críticas hechas a su teoría

Las respuestas de Ferrajoli a estas críticas se pueden sintetizar así (Ferrajoli, 2011a):

1. Si se entiende por *ideas* a las ideas de la teoría del derecho, debe entonces reconocerse que una teoría es más válida cuando tiene un mayor alcance empírico y logra, de acuerdo con su objeto, explicar sus rasgos distintivos. Por eso, puede

hablarse de *constitucionalismo jurídico* y *constitucionalismo garantista* para designar aquel específico modelo institucional caracterizado por la sujeción del derecho sustancial (normas constitucionales) como condición para su validez.

2. Es importante no confundir la ideología de los límites al poder político que se ha desarrollado a lo largo del pensamiento jurídico, político o histórico del derecho con la positivización de esos límites en normas jurídicas que tienen rango constitucional, toda vez que estas últimas no son ajenas o externas al derecho, sino que, por el contrario, al ser positivadas, hacen parte de este.
3. La idea de los límites del poder en el constitucionalismo político es realizable en países donde existen fuertes tradiciones liberales; un ejemplo de esto es Inglaterra, donde se establecen límites al poder, pero estos no son traducidos en garantías jurídicas debido a la ausencia de constituciones rígidas, mientras que en el constitucionalismo jurídico los límites del poder se han materializado en garantías constitucionales, transformando los límites y vínculos políticos en derecho positivo.
4. Existen cuatro diferencias que pueden distinguirse cuando se hace un análisis de la estructura de la ley y todos los demás actos prescriptivos: dos en cuanto a lo que la ley regula y dos relativas a las normas que regulan la ley: 1) el juez está subordinado únicamente a las leyes y no a los demás actos preceptivos; 2) la invalidez formal o sustancial de todos los actos preceptivos está destinada a ser saneada en garantía de la certeza del derecho, siempre que

- se objete y compruebe con éxito en los plazos legales, mientras que esto no sucede con la ley; 3) la constitución ha sometido al derecho a esa autoridad ilimitada manifestada en el gobierno de las personas, suprimiendo la soberanía como la potestad legislativa absoluta, en la que se define la esfera de aquello que ninguna autoridad puede decidir, con lo que se pacta el paradigma constitucional, y 4) las normas constitucionales enuncian taxativamente los fundamentos axiológicos del Estado constitucional de derecho, mientras que los demás actos prescriptivos no.
5. El derecho no puede solo regular el *ser*, pues se subsumiría únicamente en un modelo paleopositivista, que implica reconocer simplemente su positividad, sino que, por el contrario, debe encargarse también del *deber ser*, en el que las leyes producidas *deben ser* conformes a la constitución y responder, así, a un modelo constitucional, pues, de lo contrario, una norma puede ser vigente pero inválida e inaplicable.
 6. La teoría del derecho se limita necesariamente a definir y elaborar conceptos acerca de las estructuras sintácticas de los sistemas normativos, incluyendo los conceptos dotados de sentido axiológico, como, por ejemplo, el concepto de *derecho fundamental*; la teoría del derecho solo se encarga de definirlos, pero no identifica cuáles son ni cuáles deberían ser o cómo estos se garantizan o, por lo contrario, se vulneran, puesto que la teoría del derecho es una teoría formal.
 7. No es cuestionable el valor ético-político del principio de igualdad, de las libertades fundamentales y de los derechos sociales, pero no puede formar parte de la definición del concepto teórico-jurídico de *derechos fundamentales* este valor moral, ni tampoco puede ser considerado como *objetivismo ético*, pues, en este sentido, se estaría confundiendo la teoría del derecho con la filosofía política o la dogmática jurídica, incurriendo en falacias.
 8. Ferrajoli expresa que es en el aspecto metateórico en el que radican sus discrepancias teóricas con Atienza, pues existe un disenso en el modo de concebir la ciencia jurídica toda vez que Atienza argumenta un concepto simple del saber jurídico fruto de una engañosa confusión entre los distintos niveles del discurso y entre las distintas aproximaciones disciplinarias: la aproximación teórica, la predominantemente normativista de las disciplinas jurídicas positivas, la predominantemente realista de la sociología del derecho y la predominantemente axiológica o ético-política de la filosofía del derecho. Es esencial el conocimiento epistemológico y metodológico de los distintos estatutos disciplinarios, pues solo este conocimiento sirve para impedir las distintas falacias ideológicas generadas por su confusión, por lo que es necesario, en el análisis, hacer una distinción rigurosa de las distintas disciplinas que atañen al derecho pero que no hacen parte de la ciencia jurídica.
 9. Una vez más, Ferrajoli (2011a) apela a la definición de *constitución* formulada en su obra *Principia iuris*, donde la define como “un conjunto de normas supraordenadas a cualquier otra ‘cualesquiera que sean sus específicos contenidos: democráticos o antidemocráticos, liberales o no liberales,

sociales o antisociales” (p. 332), y donde establece además el concepto axiológico de *constitución democrática* en una larga serie de condiciones en ausencia de las cuales una constitución no es democrática. Por tanto, con base en su definición, también son constituciones las constituciones antidemocráticas, como las denominadas *leyes fundamentales* del franquismo, en donde los contenidos sustanciales no son suficientes para integrar la democracia constitucional, por lo que es necesario la eficacia de las garantías, sin contar con que la democracia es una construcción política, social y cultural.

10. El hecho de considerar que la validez de las normas está condicionada por las interpretaciones o los juicios que involucran la moral no quiere decir que se haya superado el dilema de la separación entre derecho y moral, sino que, por el contrario, solo implica el reconocimiento de la discrecionalidad interpretativa, en la que se admiten los conceptos morales, por lo que, si se le quiere dar la connotación de “conexión entre derecho y moral”, se trata de una conexión “irrelevante sobre el plano teórico y, en todo caso, plenamente compatible con la tesis iuspositivista de la separación” (p. 344).

El pacifismo jurídico en el ordenamiento jurídico colombiano

La Constitución colombiana de 1991 significó una auténtica transformación del sistema jurídico y constitucional de 1886, propio del modelo legislativo del derecho o *paleopositivista*, en términos ferrajolianos (Castro, 2015). La nueva constitución, como auténtico tratado

de paz, tuvo como objetivo principal superar la prolongada guerra interna que caracterizó el siglo XX (Lemaitre, 2011) y cuyo trasfondo fue el abuso del estado de excepción como respuesta a la protesta social por parte de los sucesivos gobiernos, con la consecuente desprotección de los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos (Calle Meza, 2014).

En 1991, Colombia adoptó por fin lo que Ferrajoli (2015) denomina el *modelo constitucional o neopositivista del derecho*, que se había desarrollado en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, mediante la promulgación de una constitución rígida como parámetro de validez del derecho vigente.

Pisarello (2004) criticó la colaboración militar española a las acciones realizadas en desarrollo de la doctrina de “guerra preventiva” diseñadas por Washington en la administración del presidente G. W. Bush en respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001 y planteó que las teorías de Ferrajoli fueron pertinentes en España si se tenían en cuenta la Constitución española y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Aquí se plantea, siguiendo a Pisarello (2004), que en el ámbito colombiano también es adecuada la teoría pacifista de Ferrajoli, e incluso podría considerarse más concluyente que en el derecho español, pues la Constitución de 1991 positivó la paz como fin esencial del Estado (preámbulo y artículo 2) y adoptó una fórmula inédita en el constitucionalismo moderno, que es la del artículo 22, según el cual “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, deber que ratificó en el artículo 95, según el cual todos los ciudadanos colombianos deben “propender al logro

y mantenimiento de la paz” (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991).

De esta forma, una interpretación sistemática de la Constitución de 1991 exigiría, en armonía con las tesis ferrajolianas, excluir toda posibilidad de emplear mecanismos de guerra que no sean estrictamente defensivos, es decir, suprimiría todas las iniciativas de guerra que pueda tomar el Gobierno tanto en el ámbito exterior como a nivel interno. Ello se deriva no solo de las normas ya mencionadas sobre la paz, sino también de los artículos 212, 213 y 215, que establecieron límites al estado de excepción, de los artículos 216 y 217, según los cuales las fuerzas militares tienen como finalidad la defensa del Estado y no la guerra, e, igualmente, del artículo 93, según el cual los tratados sobre derechos humanos ratificados en Colombia prevalecen en el orden interno y los derechos y deberes consagrados en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con dichos tratados. Estas prescripciones constitucionales vinculan al Gobierno colombiano e implican enlazar la aplicación de las normas sobre derechos y deberes, como la paz del citado artículo 22 constitucional, a los Pactos de 1966 (Ley 74, 1968) y al uso regulado de la fuerza del artículo 51 de la Carta de la ONU, con mucha mayor razón cuando en tales decisiones está implicada la vida e integridad de los nacionales colombianos, principales víctimas de los atentados perpetrados por las guerrillas colombianas en tiempos de guerra, cuya garantía también es una primerísima función de las autoridades (Const., 1991).

Así, la paz constituye, para todos los ciudadanos, primero que todo, un derecho, pero además un deber, en especial para el Estado,

que es responsable de garantizar la vida y convivencia como uno de sus fines esenciales (Const., 1991, art. 2), lo que significa la imperante obligación de buscar la paz de forma permanente mediante políticas y negociaciones que él mismo debe propiciar (Sánchez, 2011).

Aunado a los categóricos imperativos del artículo 22 y al artículo 95 de la Constitución, el artículo 93 constitucional promueve un orden jurídico pacifista respaldado por la normatividad internacional bajo la conocida norma constitucional integrada o bloque de constitucionalidad: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Const., 1991, art. 93). De esta forma, se refuerza en el ordenamiento jurídico la aplicación de normas internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y la “Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los pueblos a la paz”. El Estado colombiano tiene, por tanto, el deber de adecuar su derecho interno a los postulados de la normatividad internacional a la cual se ha acogido y, en consecuencia, de actuar no solo conforme al derecho nacional sino también conforme al derecho internacional y a la primacía del derecho a la paz (Escobar, Cárdenas, Benítez y Mantilla, 2011).

Por otra parte, existe una estrecha relación entre los actos legislativos 03 del año 2016 y 02 y 05 del año 2017 con el pacifismo jurídico:

El Acto Legislativo 03 del año 2016, que según Uprimny atiende a los fines de la paz y da respuesta a las obligaciones y exigencias del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el derecho internacional humanitario

(DIH) y el derecho penal internacional (DPI), otorga una base constitucional a los principales elementos, constituyendo un soporte de las obligaciones de las partes respecto a la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado, lo que hace indispensable una estrecha relación entre justicia y paz (Uprimny y Güiza, 2017).

El Acto Legislativo 02 de 2017 expresa:

Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.

Por su parte, el Acto Legislativo 05 de 2017 indica lo siguiente:

Como una garantía de No Repetición y con el fin de contribuir a asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, y en particular de la Fuerza Pública, en todo el territorio, se prohíbe la creación, promoción, instigación, organización, instrucción, apoyo, tolerancia, encubrimiento o favorecimiento, financiación o empleo oficial y/o privado de grupos civiles armados organizados con fines ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas, grupos de seguridad con fines ilegales u otras denominaciones equivalentes.

Estos actos legislativos blindan de seguridad jurídica al “Acuerdo final”, pues le otorgan estabilidad y aseguran que el monopolio legítimo de la fuerza y el uso de las armas estén solo en cabeza del Estado, como garantía de no repetición del conflicto (Ferrajoli, 2016a).

Con lo anterior, se busca evitar, como lo plantea Ferrajoli, que la política incida en el derecho a la paz como derecho fundamental, y, por otro lado, se reafirma que la fuerza es monopolio legítimo del Estado y se favorece el rechazo a las armas, como lo propone el iusfilósofo italiano (Ferrajoli, 2016b).

Además, también se cuenta con leyes como la 975 de 2005 y la 1592 de 2012, la cual contiene disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley. Estas leyes son antecedentes de los actos legislativos y las leyes que en el Congreso de la República se promulgaron con el procedimiento *fast track* cuyo propósito fue agilizar el trámite de las reformas constitucionales y legales para el desarrollo y la implementación normativa del “Acuerdo final”.

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha venido respaldado, igualmente, los diferentes procesos de paz colombianos. Un ejemplo de esto es la declaración de constitucionalidad, por medio de la Sentencia C-048 de 2001, de la Ley 418 de 1997 (diciembre 26), por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia, que facultó al presidente para negociar acuerdos de paz con grupos armados.

Igualmente, la corte ha destacado el desarrollo de las garantías de seguridad e integridad con las que deben contar los procesos de paz, diálogos, negociaciones y eventuales suscripciones

de acuerdos, con lo que ha reconocido un instrumento que acerca la norma a la realidad del país (Corte Constitucional, Sala Plena, C-332, 2017).

Uno de los más recientes desarrollos del derecho a la paz del artículo 22 de la Constitución de 1991 es la Sentencia C-630 de 2017, que declaró constitucional el Acto Legislativo 02 de 2017, por medio del cual se reformó la Constitución para adicionar un artículo transitorio con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al “Acuerdo final”.

La reforma constitucional realizada por el Acto Legislativo 02 de 2017 dispuso lo siguiente:

El Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. DECRETA:

Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así:

Artículo transitorio xx. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales.

Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los

desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.

Artículo 2. El presente Acto Legislativo deroga el artículo 4 del Acto Legislativo número 01 de 2016 y rige a partir de su promulgación hasta la finalización de los tres periodos presidenciales completos posteriores a la firma del Acuerdo Final.

La alta corporación declaró constitucional el texto arriba transcrito, y su decisión se basó en la naturaleza del derecho a la paz, así:

La Corte encontró que el A. L. 02 de 2017 se enmarca dentro de una consideración de la paz como elemento esencial de la Constitución de 1991. Destacó que “la paz es un objetivo de primer orden dentro del modelo de organización política adoptado por la Constitución”. (Corte Constitucional, 2017)

Esa privilegiada posición de la paz encuentra apoyo, según la corte,

- a. en las razones que dieron inicio a la adopción de la Constitución de 1991,
- b. en su condición de supuesto esencial para el ejercicio de los derechos,
- c. en la representatividad que se le otorga al consignarla en el preámbulo de la Carta y
- d. en su consagración como valor, deber y derecho en el artículo 22 de la Constitución.

Esta sentencia de la Corte Constitucional aclaró algunos puntos que fueron controversiales desde que fue suscrito el acuerdo, pese a su derrota en el plebiscito, una nueva negociación y haber sido refrendado por el Congreso:

1. El “Acuerdo final” no hace parte del bloque de constitucionalidad ni de la Constitución, y por tanto, no es posible considerarlo como una fuente normativa ni constituyente. De esta manera, es necesario que se promulguen leyes para desarrollarlo, las cuales tendrán el respectivo control constitucional por parte de la corte.
2. El “Acuerdo final” no es un acuerdo especial de derecho internacional humanitario.
3. Mediante el Acto Legislativo 02 de 2017, se otorga la estabilidad jurídica del “Acuerdo final”, y por tanto, al tratarse de una reforma constitucional, debe ser respetado en su esencia y darse cumplimiento a lo estipulado de buena fe por los tres gobiernos posteriores a Juan Manuel Santos, así como a compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

Sin embargo, lo anterior no hace que este acuerdo sea absolutamente inmodificable, pero sí restringe al Congreso de imponer condiciones más onerosas para el ejercicio de la actividad política de las FARC.

Conclusiones

El aporte sustancial de Luigi Ferrajoli a la teoría del derecho es de suma importancia por su cambio de paradigma en cuanto a la protección del rango constitucional de los derechos fundamentales vitales y su conexión con la democracia y la paz.

La separación entre derecho y moral propia del positivismo jurídico y en la que se mantiene Ferrajoli, aspecto criticado por Atienza y Portinaro, no riñe con la doble dimensión formal y sustancial del constitucionalismo garantista y de los derechos fundamentales ni tampoco

implica negar la existencia de los problemas de interpretación del contenido de los derechos dadas su abstracción y ambigüedad en los casos difíciles, como el de la paz. Tampoco se estima necesariamente contraria a la fundamentación correcta que deben realizar los tribunales constitucionales en la labor de concreción de los derechos como máximos intérpretes de la constitución y en ejercicio de su función de control constitucional de las leyes.

Asimismo, que el principio de representación de las mayorías no sea la única fuente de legitimación de los procesos democráticos, sino que también lo sean la rigidez y los contenidos de la constitución y de los derechos fundamentales, no significa que Ferrajoli acepte que la legitimación de los tribunales constitucionales se encuentre solo en el principio de autoridad, pues sus decisiones deben estar bien fundamentadas para ser legítimas.

Aquí se estima que, como lo argumenta Ferrajoli, los Estados democráticos deben estructurar su poder legislativo en torno a las garantías primarias y proteger el poder jurisdiccional para que las garantías secundarias sean eficaces, pues su función primordial es la prohibición al legislador de lesionar los derechos e intereses fundamentales. Asimismo, los Estados deben proteger real y efectivamente a los ciudadanos por medio del derecho e impedir que la validación de las garantías esté sujeta a una instancia moral externa.

Colombia, en la búsqueda constante de la paz, ha construido un camino dotado de herramientas jurídicas que hoy tienen rango constitucional, con lo que se ha ido reforzando la validez y legitimidad de los diferentes procesos de paz fundamentados en la Constitución

de 1991. El último intento concluyó con el “Acuerdo final”, firmado entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y la guerrilla de las FARC el 24 de noviembre de 2016 y ratificado por el Congreso de la República el 1.º de diciembre de 2016. Con este proceso, se situó a Colombia en una etapa transicional muy difícil que requiere tanto de la eliminación categórica de la guerra como de la afirmación absoluta de la paz.

En consecuencia, la proyección de los principios de la teoría del pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli resulta para el contexto colombiano no solo pertinente, sino necesaria, porque significa

- la obligación del Estado colombiano de seguir generando garantías jurídicas para el goce del derecho a la paz de todos los colombianos,
- el fortalecimiento de la democracia institucional y
- la garantía de accionabilidad mediante instancias judiciales eficaces que permitan la defensa de los derechos fundamentales como garantía de una paz estable y duradera.

En Colombia, para lograr la consolidación de la paz, se debe profundizar en las tesis del pacifismo por medio del derecho y no solo por parte de los teóricos del derecho, académicos e investigadores, sino también por los estudiantes que se están formando en las facultades de derecho. Además, es preciso prestar especial atención a la conexión entre paz y derechos fundamentales vitales, pues es una idea especialmente pertinente para explicar la prolongada relación con la violencia y la guerra en la historia de Colombia, pero este es un tema que será ampliamente abordado en un estudio posterior.

Referencias

- Acto Legislativo 03 de 2016, por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. (2017). [Acto Legislativo 03, 2016]. DO: 50242.
- Acto Legislativo 02 de 2017, por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. (2017). [Acto Legislativo 02, 2017]. DO: 50230.
- Acto Legislativo 05 de 2017, por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado. (2017). [Acto Legislativo 05, 2017]. DO: 50432.
- Alonso, J. (s. f.). La clasificación cuatripartita de las normas jurídicas de Ferrajoli. Recuperado de <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Pablo-Alonso-Argentina.pdf>
- Alterio, A. (2011). La esfera de lo indecible en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 13, 3-36. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10244/esfera_alterio_UNIV_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). Constitución Política de Colombia. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Atienza, M. (s. f.). Sobre Ferrajoli. Recuperado de http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada3/2_ATIENZA.pdf
- Atienza, M. (2008). Tesis sobre Ferrajoli. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 213-216. <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.11>
- Basset, Y. (2018). Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos*, 52, 241-265. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/328879>
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calle Meza, M. (2014). *Constitución y guerra. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Ibáñez.
- Calle Meza, M. (2017). *Proyección de la Paz perpetua en la Asamblea Constituyente colombiana de 1991 (el derecho-deber a la paz)*. Trabajo presentado en el V Congreso Internacional sobre Teoría y Práctica del Poder Constituyente, Universidad de Valencia, Valencia.
- Castro, C. (2015, 28 de septiembre). “No tiene ningún sentido condicionar la justicia transicional a la cárcel”. *Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/luigi-ferrajoli-habla-del-modelo-de-justicia-transicional-firmado-en-la-habana/444189-3>
- Congreso de Colombia. (1968, 31 de diciembre). Ley 74 de 1968, por la cual se aprueban los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.
- Congreso de Colombia. (1997, 26 de diciembre). Ley 418 de 1997, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. DO: 43 201.
- Congreso de Colombia. (2005, 25 de julio). Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. DO: 45 980.
- Congreso de Colombia. (2012, 3 de diciembre). Ley 1592 de 2012, por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios y se dictan otras disposiciones. DO: 48 633.
- Corte Constitucional. (2017, 11 de octubre). Comunicado n.º 51. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2051%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202017.pdf>

- Corte Constitucional, Sala Plena. (2001, 17 de mayo). Sentencia C-048 del 17 de mayo de 2001 [MP: Antonio José Lizarazo Ocampo].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2017, 24 de enero). Sentencia C-332 del 24 de enero de 2017 [MP: Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2017, 11 de octubre). Sentencia C-630 del 11 de octubre de 2017 [MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo].
- Cosoy, N. (2017, 20 de julio). Los grupos armados que están ocupando los territorios abandonados por las FARC en Colombia. *BBC*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40646855>.
- El Gobierno desconoce los protocolos y endurece su postura. ¿Qué se viene en la guerra contra el ELN? (2019, 21 de enero). *Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/negociaciones-de-paz-con-el-eln-tras-el-atentado-contrala-escuela-de-policia/598669>
- Escobar, L., Cárdenas, M., Benítez, V. y Mantilla, S. (2011). El derecho a la paz: ¿una norma programática, con tendencia a lo normativo o a lo semántico? *Vniversitas*, 60(123), 141-168. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vniversitas/article/view/14314>
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Ciudad de México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011a). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 311-360. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/el-constitucionalismo-garantista-entre-paleo-iuspositivismo-y-neo-iusnaturalismo/>
- Ferrajoli, L. (2011b). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2015). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016a). El proceso de paz en Colombia y la justicia penal transicional. *Soft Power*, 4(2), 19-32. Recuperado de <https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/1811/1651>
- Ferrajoli, L. (2016b). *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016c). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. y Ruíz, M. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.
- García, J. (2011). Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen. *Revista Internacional de Filosofía*, 11, 177-189.
- García, J. (2012). El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia iuris. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 82-102. Recuperado de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/issue/view/141>
- ¿Hacia dónde va la política de paz de Duque? (2018, 19 de agosto). *El País*. Recuperado de <https://www.elpais.com.co/>

- proceso-de-paz/hacia-donde-va-la-politica-de-paz-de-duque.html
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2003). *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta.
- Lemaitre, J. (2011). *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Pisarello, G. (2004). El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli. En L. Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo* (pp. 11-26). Madrid: Trota.
- Portinaro, P. (2008). Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 299-314.
- Sánchez, R. (2011). Cinco tesis sobre el derecho a la paz en Colombia. Recuperado de <https://www.ceiba.org.co/site/images/PDF/EIV/CINCOTESISSOBREELDERECHOALA-PAZENCOLOMBIARICARDOSANCHEZANGEL.pdf>
- Uprimny, R. y Güiza, D. (2017). Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la Jurisdicción Especial para la Paz y regula el tratamiento especial a fuerza pública. *Dejusticia*. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_909.pdf