

## RESEÑA.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* (Trad. de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Ed, Trotta, Madrid, 1999, 180 pp.

En los últimos años mucho se ha citado a este autor por su publicación *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, difundida entre los países de habla hispana por la misma editorial, en traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros distinguidos juristas y con prólogo de Norberto Bobbio.<sup>1</sup> Tenemos ahora este libro en el cual expone su teoría garantista de manera mas breve y sencilla, enfocándola al ámbito constitucional. Se compone de cinco capítulos, ponencias unos, artículos otros, publicados en Italia durante el período 1993-1998. A pesar de su menor extensión en relación al libro primeramente citado, no tiene renglón de más, su método lógico analítico se muestra en todo su rigor. Es claro a pesar de la complejidad de los temas tratados.

Describiremos el primer capítulo por ser el marco general de la obra. Se trata de una ponencia en la que inicia afirmando la existencia de una crisis del derecho y de la razón jurídica aún en los países de democracia avanzada. Un primer aspecto se da, -dice-como crisis de legalidad expresada en la ausencia o ineficacia de los controles legales a los poderes públicos. Las características de la ilegalidad del poder referidas a su país, Italia, pueden ser encontradas también en el nuestro, posiblemente con mayor extensión e intensidad: corrupción de la política, administración pública, finanzas y economía; progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y de los vínculos y límites que se imponen a los poderes públicos. Un segundo aspecto de la crisis se manifiesta en la falta de adecuación del estado de derecho a las funciones del estado social, lo cual provoca una inflación legislativa por la presión de grupos de interés; pérdida de generalidad y abstracción de leyes; creciente producción de leyes-acto; proceso de descodificación y desarrollo de una legislación fragmentaria, bajo el signo de la emergencia y la excepción (en materia penal el ejemplo en México de esto último es la Ley de Delincuencia Organizada).

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* Ed., Trotta, Madrid, 1995, 991 pp. Va en la 3ª., ed., 1999.

A lo anterior se añade un tercer aspecto surgido por la crisis del Estado Nacional, expresada en el cambio de los lugares de la soberanía, alteración del sistema de fuentes y por lo tanto debilitamiento del constitucionalismo nacional. El autor cita aquí la integración mundial y europea, que desplaza los centros de decisión en materia militar, de política monetaria y políticas sociales. Nosotros identificamos este punto con la situación generada por el Tratado de Libre Comercio del Norte y recientemente por el ingreso a la Unión Europea, así como la repercusión de las decisiones del F. M. I., y el Banco Mundial en los aumentos fiscales o políticas sobre control de natalidad. Esta situación pone en crisis la jerarquía de las fuentes de producción del derecho estatal.

La crisis del derecho, en sus tres vertientes afecta igualmente a la misma democracia, al ser por principio una crisis de legalidad, ocasionando carencias a la soberanía popular y al modelo de estado de derecho. Ferrajoli critica la interpretación hecha a esta crisis, atribuyéndola a la falta de capacidad regulativa del derecho por alta complejidad de la sociedad contemporánea, según afirman algunos exponentes de la sociología jurídica sistémica, por ejemplo Luhmann, quienes sostienen la incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia de los sistemas jurídicos como inevitables, afirmando que “no podrían ser de otro modo”. Ferrajoli clasifica esas teorías como falacias naturalísticas y deterministas, ya que aún reconociendo la importancia de una aproximación realista al derecho y a su funcionamiento se puede caer en lo opuesto, o sea en falacias normativistas o ideológicas.

Afirma nuestro autor que la crisis del derecho se combina con la crisis de la razón jurídica moderna, esa razón que elaboró el modelo del estado de derecho en el siglo XVIII, codificó las múltiples leyes bajo el principio de legalidad, reordenó y reconstruyó la norma en función de los valores de certeza y garantía de los derechos.<sup>2</sup> Retoma así los ideales de la ilustración como arma de defensa de los derechos fundamentales y sus garantías, los cuáles deben ser reconocidos y protegidos. Sin embargo las teorías elaboradas deben ser reconstruidas aprovechando los dos siglos de avance en el constitucionalismo permitiendo,

---

<sup>2</sup> Según Elías Díaz, son cuatro las características atribuidas al Estado de Derecho: (1) imperio de la ley como expresión de la voluntad general, (2) división de poderes, (3) legalidad de la actuación administrativa y (4) la garantía de los derechos fundamentales. Características puestos en cuestión en la actualidad. Cfr. HIERRO, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*. Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 69, 1998, p. 11.

dice, configurar y construir de nueva cuenta un derecho “como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales”.

Perfecto Ibáñez nos recuerda en el prólogo a este libro la expresión de Norberto Bobbio hecha en el prefacio de *Razón y derecho*, al identificar los dos afluentes que nutren la obra de Ferrajoli: el positivismo y la filosofía analítica. Se comprueba esto cuando leemos la explicación dada al concepto de derecho enunciada líneas arriba. Expone una doble artificialidad de la estructura formal del derecho en los ordenamientos de constitución rígida, por una parte el carácter positivo de las normas producidas, pensadas y hechas por el hombre, no derivadas de la moral ni de la naturaleza, por la otra, la sujeción de dichas normas al derecho establecido. Eso es lo que denomina “Estado constitucional de derecho”.

Enfatiza la principal innovación del derecho contemporáneo en la estructura de la legalidad, elaborada por el derecho contemporáneo: “la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”. Al establecerse valores ético-políticos como igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales, se convierten estos en el contenido sustancial del derecho producido, en condiciones de validez. Llega así al modelo garantista, -teoría deducida del análisis del derecho penal y del sistema jurídico penal, entendido como sistema de legalidad-, el cual, gracias a esa doble artificialidad atribuida al derecho, se convierte en garantía frente al derecho ilegítimo. El derecho contemporáneo, insiste, no programa sólo sus formas de producción a través de normas de procedimiento de leyes, sino también sus contenidos sustanciales, los cuales se vinculan normativamente a los principios y valores reconocidos constitucionalmente, a través de técnicas de garantía elaborados por la ciencia jurídica.

Clasifica su postura dentro del neopositivismo en cuatro puntos distintos del modelo clásico: a) dentro de la teoría del derecho realiza la revisión de la teoría de la validez, distinguiéndola de la vigencia y estableciendo una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política reconoce también una dimensión sustancial además de la procedimental a la democracia; c) Redefine el papel del juez, quien debe interpretar y aplicar la ley según nuevas formas y condiciones y d) la ciencia jurídica es investida de una función crítica y proyectiva, además de la meramente descriptiva, dogmática de las leyes.

Explica detalladamente cada uno de los apartados anteriores, primero contrasta sus planteamientos con el de los autores denominados por él paleopositivistas, de Kelsen a Hart y Bobbio para rebatir la identificación entre vigencia y validez y fundamentar la disociación de forma y sustancia, signo y significado, legitimación formal y sustancial, de racionalidad formal y material. La distinción anterior lo lleva a postular, como mencionó antes, también la diferencia entre democracia formal y sustancial, caracterizando los derechos fundamentales como universales e indisponibles, así como inalienables, lo cuál los sustrae del mercado y de la decisión política. Es interesante su observación respecto a no considerar los derechos patrimoniales (propiedad por ejemplo) como fundamentales, por carecer de la primera característica señalada.

La democracia formal indicaría el quien y el cómo de las decisiones, la democracia sustancial el qué es lo que debe ser decidido y qué no puede serlo. La primera está garantizada por normas formales, expresión de la voluntad de la mayoría, la segunda tendría su garantía en normas sustanciales reguladoras del significado de esas decisiones vinculándose, so pena de invalidez, a los derechos fundamentales y a los principios axiológicos establecidos por esa democracia.

La consecuencia del planteamiento anterior es la imposibilidad jurídica de decisión mayoritaria violatoria de un derecho de libertad o no satisfactoria de un derecho social. Se defiende por Ferrajoli la esfera de lo “indecidible que” y lo “indecidible que no”, esfera constituida por los derechos fundamentales, sustrayéndolos de la disponibilidad del mercado y de la política.

Consecuencia de esta nueva estructura del Estado constitucional de derecho es que existirá siempre en mayor o menor grado una ineficacia debida a antinomias y lagunas, las primeras por incoherencia de normas, las segundas por falta de plenitud, según se trate de derechos de libertad o sociales. Los vicios de la incoherencia y falta de plenitud, paradójicamente muestran al Estado constitucional de derecho en oposición al Estado absoluto, en el cuál toda norma vigente es válida sin importar su contenido. Esas antinomias y lagunas podrán reducirse dentro de ciertos límites mediante las garantías, entendidas como “Técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad”. Concluye esta parte afirmando que el

garantismo es una cuestión de grado de los sistemas jurídicos, según los vínculos más o menos establecidos por los derechos y sus respectivas garantías.

La tercera implicación del modelo garantista consiste en la necesidad de reformar el papel de la jurisdicción y fortalecer la legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. La relación entre el juez y la ley se modifica, ya no será sujeción del primero a la letra de la ley, sino sólo a la ley válida. La jurisdicción será garantía del ciudadano frente a la ilegalidad del poder público. La interpretación será valoración del juez, juicio de coherencia entre norma y validez, entre ley así como revisión de la incompatibilidad con las normas sustanciales constitucionales y los derechos fundamentales establecidos ahí.

Encontramos en esta parte la razón del subtítulo *La ley del más débil*, El juez deberá ser independiente y poder reparar las injusticias, tutelar los derechos de un individuo aún cuando la mayoría o todos se unan contra él; “un juez dispuesto a absolver por falta de pruebas aún cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aún cuando esa misma opinión demandase la absolución”. Pensamos aquí en los casos polémicos presentados por los medios de difusión y las encuestas de opinión en México. La independencia del juez y la legitimación del poder judicial tienen dos fundamentos: el valor de igualdad en derechos de todos y la función del juez de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso. En ambos fundamentos la mayoría no cuenta. Comenta la aberración de aceptar las doctrinas consensualistas de la verdad, trasladadas algunas de ellas de otras disciplinas como la filosofía política o moral de Habermas que ha permitido incluir en el proceso penal las negociaciones sobre la pena. Enfatiza que “ningún consenso mayoritario o del imputado puede valer como criterio de formación de la prueba...los derechos del imputado no son derogables ni disponibles...sólo vale la lógica de la inducción”.(para esclarecer la verdad)

Finalmente se refiere a la ciencia jurídica ante el reto de la complejidad contemporánea. Al respecto nos dice que la cuarta y última alteración al modelo positivista clásico es el relativo a la cultura jurídica o de la ciencia y el conocimiento jurídicos. Dos papeles le son asignados ahora por Ferrajoli: crítica y proyección, el primero descubre las anomalías y lagunas existentes y “propone desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas”, del ordenamiento, el segundo “elabora y sugiere desde fuera nuevas

formas de garantías” cuando las existentes son insuficientes, siendo así las normas capaces de reforzar los mecanismos de corrección. Se disminuirá así la incoherencia y falta de plenitud señaladas antes como vicios inevitables del sistema jurídico moderno.

Como remedio al tercer aspecto de la crisis del derecho, consistente en la alteración del sistema de fuentes por el ingreso de leyes de carácter internacional, como sucede por ejemplo en la Comunidad Europea, cuyos organismos ejecutivos emiten decisiones que prevalecen en ocasiones más allá de leyes o constituciones, propone la elaboración de una Constitución europea, evitándose así posibles crisis constitucionales de las democracias estatales. Esta situación es lógica, afirma, dentro de la integración del continente siendo tarea de los juristas y de los grupos sociales, advirtiendo el riesgo de dejar el asunto en manos de los políticos únicamente. Considera igualmente la necesidad de superar la oposición entre derechos del hombre y del ciudadano, lo cual sería posible si surge un constitucionalismo mundial además del europeo.

Esta ponencia del primer capítulo fue presentada en 1993, teniendo en el 2001 actualidad para nosotros si pensamos por ejemplo en la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se suscribió en Roma el 17 de junio de 1998, sujeta su vigencia a la firma de adhesión de 60 estados miembros de la ONU,<sup>3</sup> o nuestro reciente acuerdo con la Unión Europea en marzo del 2000. La CPI, reconoce el carácter supra estatal de los derechos fundamentales y preve en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados si se cometen, entre otros, crímenes contra la humanidad. Parafraseando a Dworkin, Ferrajoli enfatiza la urgencia de “tomar en serio los derechos declarados solemnemente en documentos internacionales”. Insiste para ello, como ya se había mencionado en diferenciar los derechos fundamentales del hombre de los derechos de ciudadanía, otrora signos de inclusión o igualación, ahora excluyentes y discriminatorios. Hace siglos el derecho de circulación, de residencia, de migración, sirvieron para legitimar la conquista, colonización y explotación del nuevo mundo y del planeta. Ahora sirven para evitar la molesta inmigración a los países desarrollados.

---

<sup>3</sup> Cfr. CAMARGO, Pedro Pablo, “La Corte Penal Internacional. CPI”, en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Porrúa, num. 1, enero-abril, 1999, pp. 149-243.

Finaliza así su propuesta con marcado optimismo indicando su esperanza y confianza en una ciencia jurídica enlazada a la política del derecho garantista que enfrente el derecho a su crisis y a la complejidad de nuestras sociedades contemporáneas.

MA. DEL PILAR ESPINOSA TORRES.\*

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

## RESEÑA.

FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la personalidad”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Capítulo 4. Prólogo de Perfecto A. Ibáñez. (Trad. , de Perfecto A. Ibáñez y Andrea Greppi), Madrid, Trotta, 1999, pp. 97-123.

El cuarto de los cinco ensayos y ponencias que integran este libro, resulta a cual mas actualizado para nosotros que sufrimos el problema de la migración hacia y de nuestro país, pareciendo que la cuestión principal resulta del concepto de ciudadanía. Ferrajoli intenta aquí clarificar la cuestión y propone como punto central un constitucionalismo mundial, en el cual los derechos humanos sean universales, transformando las limitaciones impuestas por la ciudadanía a los derechos de personalidad de circulación y residencia. A continuación destacaremos algunos puntos de su trabajo.

Inicia señalando las diferencias entre los enfoques de los estudios sociológicos, sobre todo en la obra de T. H. Marshall y los jurídicos respecto del concepto de ciudadanía. En principio nos dice que no habría ninguna desventaja y si ventajas en enriquecer mutuamente ambos sectores, en lugar de un desconocimiento mutuo de los avances del conocimiento. La problemática se da cuando se invaden los objetos y el horizonte de proyección de cada disciplina. Así nos explica las diferencias que surgen respecto a los derechos humanos y a la ciudadanía.

El concepto sociológico de ciudadanía manejado por Marshall se refiere al status al que se asocian ex lege todos los derechos, o sea tanto los civiles como los políticos y los sociales. El concepto jurídico en cambio, distingue entre status personae (personalidad o subjetividad jurídica) y status civitatis o ciudadanía. Los derechos personales corresponden a todos los seres humanos, en cambio los derechos de la ciudadanía sólo son de quienes tengan esa categoría.

Otra confusión atribuida por Ferrajoli a Marshall en su libro *Citizenship and social class*, es la que atañe al concepto de derechos civiles, generalizado y simplificado. El primer autor nos recuerda que en el ámbito jurídico la clasificación de los derechos civiles origina tres grupos: a) derechos de libertad, desde la libertad personal a de pensamiento, de expresión y de prensa; b) los derechos de autonomía privada, que permiten realizar contratos y actuar ante los tribunales y c) el derecho de propiedad. En este punto los sociólogos no distinguen entre el derecho de ser y convertirse en propietarios, o sea adquirir el derecho de propiedad y el derecho de propiedad mismo. La primera situación según el planteamiento de Ferrajoli sí es un derecho fundamental y universal, la segunda posibilidad se traduce en un derecho patrimonial y particular.

Se presentan otras dos tipologías de los derechos fundamentales igualmente clarificadoras. Por una parte nos habla de aquella que atiende a la estructura deóntica de los mismos, dándose cuatro categorías: derechos civiles, derechos políticos, derechos de libertad y derechos sociales. A las dos primeras las denomina derechos-poderes o derechos de autonomía en la esfera privada y pública respectivamente. Los dos últimos forman los derechos expectativa, negativa unos, positiva los otros, implicando prohibición de



interferencia de los poderes públicos y obligación de prestación. Esta clasificación no tiene nada que ver con la ciudadanía. La segunda tipología distingue entre derechos del hombre o de la personalidad y derechos de la ciudadanía. El criterio diferenciador en este caso es dado por el derecho positivo que nos indica si se otorga a todos los individuos o personas o sólo a los ciudadanos.

En la mayoría de las constituciones, los derechos políticos generalmente son atribuidos sólo a los ciudadanos. Los derechos civiles suelen ser de la persona, pudiendo el ordenamiento positivo reconocer limitaciones o ampliaciones. Los derechos de libertad son casi siempre derechos de la personalidad. Anota el caso de Italia en cuya constitución los derechos de libertad de residencia y circulación (artículo 16) se reserva inexorablemente a los ciudadanos. Los derechos sociales pueden ser en parte de la persona y en parte de los ciudadanos.

Si analizamos la constitución mexicana vemos que los derechos civiles por regla general efectivamente son de la persona. El artículo 1º. Constitucional establece el principio de igualdad, al decir que todos los individuos gozarán de las garantías y es aplicable a los mexicanos y extranjeros. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que a los extranjeros no se les puede vedar absolutamente, por vía reglamentaria, alguna de las garantías constitucionales. Esta resolución es en relación a la Ley de Profesiones del Distrito Federal. (FIX FIERRO, Héctor, *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, 9ª., ed., 1977, p. 7). Son derechos civiles y personales también la libertad de ideas y de información (artículo 6), de escribir, (artículo 7), así como las garantías procesales y penales, (artículos 13, 14, 16, 17, 19, 20, 22 y 24. Se limitan en cambio por la ciudadanía (artículo 33), la libertad de trabajo (artículo 5º) lo mismo que el derecho de asociación si se trata de asuntos políticos (artículo 9) y propiedad (artículo 27). La libertad de circulación y residencia también tiene limitaciones de ciudadanía. (artículos 11 y 33). Los derechos sociales, salvo el derecho a la educación (artículo 3º) se consideran declaraciones de principios programáticos para todas las personas, pero sujetos a la relación laboral y a las posibilidades presupuestarias. Así el derecho a la salud o a la vivienda. (artículo 4º).

Todos los derechos fundamentales con excepción de los políticos fueron proclamados en la *Declaración* francesa de 1789 y en las siguientes cartas internacionales como “universales”, de todas las personas y no sólo de los ciudadanos. No obstante, enfatiza Ferrajoli que se identificaban ambos conceptos entonces y aún hoy para autores como Marshall. Los franceses pensaban en el ciudadano siendo improbable que se realizaran los derechos humanos a personas de otros países y menos del tercer mundo. En nuestros días y he aquí la propuesta innovadora del autor, no se pueden reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano por ser éstos factor de exclusión y desigualdad. Contradice la ciudadanía, insiste, la universalidad de los derechos recogidos en constituciones estatales y declaraciones y pactos internacionales.

Propone “...transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países” (p. 117) a pesar de las complejas consecuencias, afirma que sólo esa presión obligaría a los países, tanto el de origen como el de llegada, a enfrentar decididamente problemas como el de la migración. Nos recuerda como estos mismos derechos se declararon universales y abstractos para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de América, siendo ahora derechos de ciudadanía, exclusivos y excluyentes además de privilegiados.

Reconoce que eso suena a utopía, pero dice: “la historia del derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad”. (p. 119) Se llegaría, concluye, a un constitucionalismo mundial que instituya una ciudadanía universal, superadora de la división derechos del hombre – derechos del ciudadano, reconociendo a todos los hombres y mujeres del mundo, como personas, con iguales derechos fundamentales.

Los planteamientos de este ensayo de Luigi Ferrajoli son congruentes y lógicos, sin embargo polémicos por basar sus clasificaciones en conceptos diferentes a los sustentados dentro del positivismo clásico. Parte de un significado de derechos fundamentales caracterizados como universales e indisponibles, para luego reconocer una “universalidad” abarcadora solo de grupos tales como los ciudadanos o a los sujetos con capacidad de actuar. En principio su distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales nos convence, sin embargo afecta toda una tradición de reconocimiento de la propiedad en general como uno de los derechos fundamentales. Por otra parte su propuesta principal implica desterrar de nuestro ser toda discriminación y xenofobia, al igual que el falso nacionalismo. A veces no aceptamos a mexicanos nativos de otro estado o municipio, vemos a los indígenas sólo como vendedores informales, quisiéramos que en Estados Unidos y Europa trataran bien a nuestros paisanos pero no ofrecemos lo mismo a los centro y sudamericanos, independientemente de los graves problemas económicos que resultarían para todos los países que en estos días abrieran sus fronteras sin ninguna limitación. Creo que estamos muy lejos de ser ciudadanos del mundo y admitir a todos los extranjeros como nacionales con los mismos derechos y prerrogativas. La situación a nivel mundial con guerras raciales y religiosas parece mostrar la misma reacción. Se tendría que empezar por mejorar la situación de cada municipio, estado, país, para luego acercarnos a la utopía soñada por el autor.

Ma. del Pilar Espinosa Torres.\*

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.