



Núm. 17, julio-diciembre 2007

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, 180 pp.*

En esta obra, el neopositivista italiano, discípulo de Bobbio y Scarpelli, expone su teoría garantista constitucional. Se trata de cinco capítulos, que contienen la recopilación de ponencias y artículos publicados por el autor en Italia durante el periodo de 1993 a 1998.¹

La primera parte de la recopilación constituye el marco general de la tesis del autor. Parte de la existencia de una crisis del derecho y de la razón jurídica en los países, incluso, de democracia “avanzada”, la que se refleja, por una parte, en la ausencia o ineficacia de controles legales a los poderes públicos y, por la otra, en la falta de adecuación del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, que se manifiesta en la inflación legislativa por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, así como el proceso de descodificación y desarrollo de una legislación fragmentaria bajo el signo de la emergencia y la excepción, incluso en materia penal.

A esto se suma otro aspecto ligado a la crisis del *Estado nacional*, que tiene manifestación en el cambio de lugares de la soberanía y alteración del sistema de fuentes, con lo que se debilita el constitucionalismo nacional. Ferrajoli hace referencia al proceso de integración mundial y específicamente al europeo, que desplaza los centros de decisión reservados a las soberanías estatales, tratándose de materia militar, política monetaria y políticas sociales. Esta crisis del derecho, en sus tres vertientes, se traduce, a fin de cuentas, en una crisis de la democracia, pues equivale a una crisis de legalidad, lo que da lugar a crisis en la soberanía popular y

* Esta reseña se favoreció de los comentarios de un grupo de jóvenes interesados en el tema de los derechos humanos.

¹ Por este motivo, el texto no mantiene el método común a cualquier obra escrita como un conjunto.

en el modelo de Estado de derecho, en específico a una crisis de la misma capacidad regulativa del derecho (pp. 15 a 34).

Para el autor, la conquista más importante del derecho contemporáneo es 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. La legalidad positiva o formal en el Estado constitucional ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que está, a su vez, condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales, sino también sustanciales, al establecerse valores ético-políticos como igualdad, dignidad de las personas y derechos fundamentales, que constituyen el contenido sustancial del derecho producido y, por ende, en condiciones de validez.

En resumen, el derecho contemporáneo 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.

Sin llegar a definir una postura, Ferrajoli clasifica su tesis dentro del neopositivismo en cuatro puntos distintos del modelo clásico: *a)* en el plano de la teoría del derecho revisa 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 una dimensión sustancial además de la procedimental a la democracia; *c)* redefina el papel del juez como intérprete de la ley según nuevas formas y condiciones y, por último, *d)* la ciencia jurídica es investida de una función crítica y proyectiva, además de la meramente descriptiva, dogmática de las leyes.

Precisa cada uno de los apartados en cuestión: primero, contrasta sus planteamientos con el de los autores denominados por él paleopositivistas,² 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 la diferencia entre democracia formal y sustancial, caracterizando los derechos fundamentales como universales e indisponibles, así como inalienables, por lo que quedan sustraídos del mercado y de la decisión política.

2 El autor no justifica esta denominación.

La democracia formal indica el quién y el cómo de las decisiones, en tanto que la democracia sustancial el qué debe ser decidido y qué no puede serlo. La primera, garantizada por normas formales, expresión de la voluntad de la mayoría; la segunda encuentra su garantía en normas sustanciales reguladoras del significado de esas decisiones vinculándolas, so pena de invalidez, a los derechos fundamentales y a los principios axiológicos previamente establecidos.

Consecuencia de esta nueva estructura del Estado constitucional de derecho es la inevitable existencia, en mayor o menor grado, de 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 —señala Ferrajoli— muestran al Estado constitucional de derecho en oposición al Estado absoluto, en el que toda norma vigente es válida sin importar su contenido. Como sea, las antinomias y lagunas pueden reducirse dentro de ciertos límites mediante las garantías, que para el autor no son otra cosa que las técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad (pp. 23 a 25).

La concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho, se refleja en la necesidad de reforzar el papel de la jurisdicción y fortalecer la legitimación democrática del Poder Judicial y de su independencia. La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley en cuanto válida, esto es, coherente con la Constitución. La interpretación judicial de la ley es siempre un juicio respecto de la ley misma; el juzgador tiene la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, es decir, aquéllos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por éstas (pp. 25 a 28).

Por cuanto hace a ciencia jurídica es investida de una función crítica y proyectiva, además de la meramente descriptiva, dogmática de las leyes. El autor propone la elaboración de una Constitución europea, evitándose así posibles crisis constitucionales de las democracias estatales, situación lógica con la integración del continente que corresponde afrontar a los juristas y grupos sociales y así evitar 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 mediante un constitucionalismo mundial además del europeo (pp. 28 a 34).

Parafraseando a Ronald Dworkin, Ferrajoli enfatiza la urgencia de “tomar en serio los derechos declarados solemnemente en documentos internacionales”. Insiste en diferenciar los derechos fundamentales del hombre de los derechos de ciudadanía, que si bien antes representaban inclusión o igualdad, ahora son 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. Hoy día sirven para evitar la molesta inmigración a los países desarrollados.

Culmina su tesis con la confianza y esperanza 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.

En el cuarto de los cinco ensayos y ponencias que integran este libro, Ferrajoli 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, circulación y residencia.

Comienza señalando las diferencias entre los enfoques de los estudios sociológicos, sobretudo en la obra de T. H. Marshall, y los jurídicos respecto del concepto de ciudadanía. Así explica las diferencias que surgen entre los derechos humanos y la ciudadanía.

El concepto sociológico de ciudadanía propuesto por Marshall se refiere al *status* al que se asocian *ex lege* todos los derechos, tanto los civiles como los políticos y los sociales. En cambio, en la tradición jurídica se ha mantenido siempre la distinción entre un *status civitatis* y un *status personae*. Los derechos personales, que corresponden a todos los seres humanos y los derechos de la ciudadanía, que corresponden en exclusiva a quienes detentan esa categoría.

Otra simplificación, más grave a juicio de Ferrajoli, en que incurre Marshall en su libro,³ es la que atañe a la concepción teórica de derechos civiles. Para el sociólogo, en el ámbito jurídico la clasificación de los derechos civiles origina tres grupos: a) derechos de libertad, desde la libertad personal a la de pensamiento, expresión y prensa; b) los derechos de

3 El autor se refiere al libro *Citizenship and social class*.

autonomía privada, que permiten realizar contratos y actuar ante los tribunales y c) el derecho de propiedad.

Para el jurista florentino la confusión más llamativa a este respecto radica en la inclusión de la propiedad privada en la misma clase de los derechos de libertad y de autonomía, habida cuenta que no se distingue entre el derecho de ser y convertirse en propietarios, esto es, de adquirir el derecho de propiedad y el derecho de propiedad mismo. La primera situación según el planteamiento de Ferrajoli sí constituye un derecho fundamental y universal, en tanto que la segunda se traduce en un derecho patrimonial y particular (pp. 98 a 101).

El profesor de la Universidad de Camerino dedica un apartado a señalar otras dos tipologías de los derechos fundamentales igualmente clarificadoras: aquella que atiende a su estructura deóntica y la que se refiere a la esfera de sus titulares.

La primera clasificación, esto es, la referida a la estructura deóntica de los derechos, no tiene nada que ver con la ciudadanía e incluye 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; unos en sentido negativo y otros en positivo, lo que implica la correlativa prohibición de interferencia de los poderes públicos en unos casos y la obligación de prestación en otros.

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 especifica, en cada supuesto, 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. Los derechos sociales pueden ser en parte de la persona y en parte de los ciudadanos.

La propuesta de Ferrajoli parte de la premisa de que en nuestros días no se pueden reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano por consistir estos últimos en un factor de exclusión y desigualdad. La ciudadanía contradice la universalidad de los derechos re-

conocidos en Constituciones estatales, declaraciones y pactos internacionales.

Comentario final: a mi juicio, de esta obra puede resultar útil el primer capítulo (pp. 15 a 36), en lo relativo a las distinciones que el autor hace respecto de forma y sustancia, en relación con la vigencia y validez de las normas, así como el papel de los juzgadores en el sentido de elegir los que Ferrajoli denomina “únicos significados válidos”, como aquéllos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por éstas.

C

Fernando BATISTA*

* Profesor de la Universidad Panamericana.