

RESEÑAS

tación parlamentaria, ya que describe cómo se ha ido consolidando su autonomía, formalidad, uniformidad y complejidad, además de las causas y efectos de su disfuncionalidad.

Entre otras cuestiones, estudia la evolución de las funciones de los parlamentos. Señala que tradicionalmente se le han encomendado ser contrapeso del Poder Ejecutivo, así como la mejor forma de organizar la participación de los ciudadanos a través de sus representantes, como elaborador de leyes, y como vigilante de los excesos cometidos por los gobernantes.

La autora concluye su investigación afirmando que cualquier concepción de la representación termina traducándose en un procedimiento de designación de representantes y que, en la actualidad, más que discutir la legitimidad de los parlamentos, la polémica se desata respecto al mejor funcionamiento gubernamental y con las posibilidades reales de representación que reclaman para sí los electores en un momento en que la determinación democrática está dada por las condiciones históricas del momento.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Sabine, George (2006), *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México.

• • •

Derechos y garantías. La ley del más débil de Luigi Ferrajoli, 4a. ed., Trotta, Madrid, 2004.

Oscar Rodríguez Olvera
Lilyan Galante Romano

La tesis central de este autor consiste en la teoría del garantismo constitucional,¹ y su propuesta es la creación del Estado garantista.² Explicaremos la tesis central y la propuesta de Ferrajoli, mediante el desarrollo de los temas más vinculados a éstas y a los derechos fundamentales-sociales que el propio autor explica no sólo en los dos primeros capítulos de la obra que se reseña, sino también en otras publicaciones.³

¹ Su tesis central es desarrollada mediante análisis lógicos y sistemáticos de diversos temas, como los siguientes: el constitucionalismo y el garantismo, el derecho como sistema de garantías, la democracia formal y democracia sustancial, la legitimación democrática de la independencia del juez, los derechos fundamentales, la igualdad y diferencia de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, la soberanía en el mundo moderno, y el pacifismo.

² Es decir, un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo.

³ Luigi Ferrajoli nació en Florencia, Italia, en 1940. Fue juez entre 1967 y 1975. Es profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho, primero en la Universidad de Camerino y actualmente en la Università degli Studi Roma Tre. Además es autor de numero-

Los temas que desarrollaremos son los siguientes: el derecho como sistema de garantías; la crisis de la ciencia jurídica en materia de derechos sociales; la solución garantista para la crisis de los derechos sociales; el estado liberal garantista; el constitucionalismo; los derechos fundamentales-sociales, y la paz social.

El derecho como sistema de garantías

En el capítulo primero de la obra se desarrolla el tema del derecho como sistema de garantías, en el cual se hace referencia a la crisis del derecho y crisis de la razón jurídica; el modelo garantista; racionalidad formal y racionalidad sustancial en el paradigma garantista de la validez; democracia formal y democracia sustancial; el papel del juez y la legitimación democrática de su independencia; la ciencia jurídica y el reto de la complejidad.

sos ensayos sobre teoría del derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho. Sus principales obras son: *Teoría assiomatizzata del diritto* (Milán, 1970), *Democracia autoritaria e capitalismo maturo*, en colaboración con Danilo Zolo (Milán, 1978). *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (Roma-Bari, 1999), *Derechos y garantías. La ley del más fuerte* (1999), *Razones jurídicas del pacifismo* (2004), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2005).

Según el autor, el constitucionalismo es un sistema de vínculos sustanciales, es decir, prohibiciones y obligaciones, impuestos a los poderes públicos en la Constitución, mediante los principios y los derechos fundamentales en ella establecidos y reconocidos respectivamente. Mediante el garantismo se complementa el constitucionalismo, toda vez que se elaboran y se implementan técnicas de garantía jurídica idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Asimismo, Ferrajoli establece tres direcciones principales en las que es deseable que avance el paradigma de la democracia constitucional; primero hacia la garantía de todos los derechos, no solamente los derechos de libertad y propiedad, sino también los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, lo que incluye no sólo la esfera pública, sino también los poderes privados; por último a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal, sino también en el ámbito internacional.

*Crisis de la ciencia jurídica en materia de derechos sociales*⁴

Ferrajoli considera que la fortaleza del Estado liberal ha generado una crisis

⁴ Véase Rodríguez (1998, 177-261).

democrática y una profunda crisis del derecho. Existen tres grandes crisis: 1. Insuficiencia del estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas: el Estado liberal se preocupa únicamente por la libertad de mercado, la intervención mínima y la seguridad frente al poder, sin ocuparse suficientemente de las diferencias de carácter económico; 2. La crisis de la legalidad en materia de derechos sociales se debe a que los límites y los deberes jurídicos impuestos al poder público no son plenamente vinculantes careciendo de la obligatoriedad propia de todo mandato legal. Existe un gran número de prestaciones sociales que carecen de una concreción jurídica general y abstracta, y por tanto son discrecionales; debido a ello el principio de certeza jurídica y estricta legalidad son nulificados ante la discrecionalidad del poder público. Para ejercer los derechos sociales es necesario, cada vez más, que los beneficiarios formen parte de poderes fácticos sostenidos por liderazgos no democráticos. De ahí resulta un sistema de privilegios entre los menos favorecidos, en donde únicamente se cubren las demandas de los grupos con algún tipo de poder u oposición política importante;⁵ 3. El proceso de integración mundial ha desplazado

fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión en materia militar, de políticas monetarias y de políticas sociales.

Debido a la crisis del derecho, éste se encuentra debilitado en sus bases más importantes, que son los principios de legalidad y certeza jurídicas. No es capaz de cumplir con la función social de regular la conducta de quienes mediante la discrecionalidad institucional y el liderazgo social no democrático diluyen la generalidad de las garantías jurídicas, individuales y colectivas, así como de la limitación y el control de los poderes públicos y privados.

En la mayor parte de los derechos sociales, como son la salud, la educación, la subsistencia y otros semejantes, la desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones a los derechos de libertad, por tanto requieren el establecimiento de técnicas de garantías diversas y por lo normal más complejas. La técnica garantista es relativamente simple al fundarse en obligaciones de los poderes públicos. Sin embargo, hay que reconocer que para la mayor parte de los derechos sociales la tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las esta-

⁵ Esta misma idea es desarrollada por Ferrajoli en su aportación "Estado social

y Estado de derecho", en Abramovich, Añón y Courtis (2006, 11-21).

blecidas para los derechos de libertad y propiedad.

Por su parte, la crisis de la razón jurídica consiste en que no se puede hacer coincidir las normas con los hechos. El funcionamiento del derecho no corresponde a sus propios manuales.

Solución garantista para la crisis de los derechos sociales

Otro tema importante a tomar en cuenta son los derechos fundamentales de los más débiles, que han sido fortalecidos por el Estado de derecho y el constitucionalismo democrático frente a la ley del más fuerte. Durante el proceso histórico del fortalecimiento de los derechos humanos frente al absolutismo del poder público, han sido concretadas diversas propuestas del liberalismo, como la división de poderes, la representación y la responsabilidad política, la plena vigencia de los principios jurídicos de legalidad y certeza, la transparencia y el acceso a la información pública gubernamental, la rendición de cuentas, entre otros. Es justo de esas figuras de donde también se han obtenido argumentos importantes para dar certeza jurídica a los más débiles, política y económicamente, respecto de la plenitud de sus derechos y garantías, tanto en el ámbito de los derechos sociales como en el de los derechos civi-

les y políticos. Desde la perspectiva de la teoría garantista, los derechos fundamentales de las minorías no están sujetos a las mayorías, están colocados en la esfera de lo “no decidable”, porque la igualdad jurídica entre las personas implica el respeto del derecho a la diferencia, debiéndose respetar todas las diferencias que hacen a cada persona un individuo distinto de los demás y de cada individuo una persona como las otras.

El Estado liberal garantista

Sumado a la crisis del derecho y de la razón jurídica, el Estado de bienestar o *Welfare State* no ha sido capaz de desarrollar ni concretar jurídicamente una teoría social del derecho, ni producir una estructura institucional garantista tan clara como la del Estado liberal. Es por lo anterior que el autor propone un modelo de Estado liberal mínimo y un Estado social máximo, es decir, un Estado garantista sobre la base de la sujeción a la ley y distribución de las prestaciones, según la lógica universalista de las garantías de los derechos fundamentales sociales, en lugar de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. Todo ello desde la perspectiva del constitucionalismo garantista.

En el Estado de derecho garantista se invertirían los papeles: el derecho

ya no sería un instrumento de la política, sino que ésta sería el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos, a los vínculos normativos constitucionales.

Las crisis del derecho y de la razón jurídica, más la teorización jurídica incorrecta de los derechos sociales en el Estado de bienestar, impiden la consolidación de la democracia sustancial,⁶ debido a que ésta consiste en que los derechos fundamentales –constitucionalizados– no están a disposición de las mayorías parlamentarias. Por ejemplo, el derecho de libertad no puede ser reducido por ninguna mayoría, ni los derechos sociales pueden dejar de satisfacerse. El derecho, además de la legitimación formal o estricta legalidad, también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales, a eso se refiere la legitimación sustancial.

Derechos fundamentales sociales

En el capítulo segundo de la obra, Ferrajoli hace referencia a los derechos fundamentales, proponiendo una definición formal de los derechos fundamentales: “son todos aquellos derechos subjetivos⁷ que corresponden

universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *estatus* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2004, 37); es por ello que para garantizar un derecho fundamental, se le debe sustraer tanto de la política como del mercado, estableciéndolo como regla jurídica general y abstracta, y por tanto de obligado cumplimiento para sus destinatarios, es decir, el poder público, en beneficio de todos.

Según Ferrajoli, existen diversos problemas esenciales en la manera como son legislados y entendidos actualmente los derechos fundamentales que se refieren a prestaciones públicas positivas. La ciencia del derecho no ha elaborado, frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones, formas de garantías comparables en eficacia y sencillez a las previstas por los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía. Es decir, no existen medidas coercitivas aplicables y eficaces para la carencia de prestaciones, por lo que no existen mecanismos adecuados de garantía. Este problema no es sólo económico y político, sino esencialmente constitucional y por ello se le atribuye a la ciencia del derecho. En concordancia con este autor, con-

⁶ La dimensión formal de la democracia política sólo se refiere al aspecto electoral.

⁷ El autor especifica que se entiende

por derecho subjetivo: cualquier expectativa positiva de prestaciones, o negativa de no sufrir lesiones adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

sideramos que una de las soluciones consiste en promover la cultura de la legalidad de las nuevas generaciones para fortalecer, desde la educación básica, el convencimiento de que la convivencia social en paz estará garantizada por completo en la medida de un mayor cumplimiento de lo preceptuado por la ley.⁸

Paz social

El amplio debate para determinar cuáles derechos humanos deben ser elevados a rango constitucional, convirtiéndose en derechos fundamentales, implica reflexionar sobre la relación directa de estos derechos con la paz social.⁹ Esto porque a través del reconocimiento y protección jurídica de los derechos humanos se hace más sólida la convivencia social en paz,¹⁰ la cual representa el objeto científico más importante del derecho. La función social prioritaria del derecho es,

⁸ Respecto de la cultura de la legalidad para las nuevas generaciones, véase Rodríguez (2007a, 33-40).

⁹ Para constatar la opinión que tienen los mexicanos sobre el cumplimiento de la Constitución federal, véase Rodríguez (2007b, 93-98).

¹⁰ Para abundar sobre cómo la omisión de los poderes públicos en materia de seguridad pública también está impactando negativamente en el pleno ejercicio de los derechos sociales, véase Rodríguez (2007c, 11-15).

precisamente, preservar la convivencia social en paz mediante la regulación jurídica de la conducta humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V., M.J. Añón y Ch. Courtis (comps.), (2006), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México.
- Rodríguez Olvera, Oscar (2007a), "Cultura de la legalidad para los adolescentes", *Reporte CESOP*, núm. 5, vol. 1, Cámara de Diputados, México.
- (2007b), "Justicia constitucional independiente en el marco de la reforma del Estado", *Socioscopio*, núm. 14, CESOP, Cámara de Diputados, México.
- (2007c), "Impacto de la inseguridad pública en los derechos fundamentales", *Reporte CESOP*, núm. 4, Cámara de Diputados, México.
- (1998), *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada.

• • •

Ius migrandi de Ermanno Vitale, Melusina, España, 2006, 267 p.

Dunia Ludlow Deloya

En la actualidad México es un país de origen, tránsito y recepción de mi-