Los fundamentos de los derechos fundamentales

LUIGI FERRAJOLI

Debate con Luca Baccelli

Michelangelo Bovero

Riccardo Guastini

Mario Jori

Anna Pintore

Ermanno Vitale

Danilo Zolo

Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

EDITORIAL TROTTA

Los fundamentos de los derechos fundamentales

Los fundamentos de los derechos fundamentales
Luigi Ferrajoli

Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero,
Riccardo Guastini, Mario Jori,
Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo

Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN **E**STRUCTURAS Y **P**ROCESOS
Serie **D**erecho

Consejo **A**sesor: Perfecto Andrés
Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan-Ramón Capella
Juan Terradillos

Primera edición: 2001
Segunda edición: 2005
Tercera edición: 2007
Cuarta edición: 2009

© Editorial Trotta, S.A., 2001, 2005, 2007, 2009, 2014
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Luigi Ferrajoli, Luca Baccelli, Michelangelo Bovero,
Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore,
Ermanno Vitale, Danilo Zolo, 2001

© Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 2001, para esta edición

© Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova,
Marcos Criado y Gerardo Pisarello, para la traducción, 2001

Diseño
Joaquín Gallego

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita utilizar algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN (edición digital pdf): 978-84-9879-494-6

Prólogo

FERRAJOLI Y EL DEBATE SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

El tiempo (de la teoría) de los derechos

En su convulsionado oleaje, el siglo veinte arrastró al naufragio a un nutrido elenco de conceptos vinculados a las ciencias sociales. El discurso de los derechos, sin embargo, ha conservado una llamativa vitalidad. Acaso dicha vigencia obedezca al hecho de que la modernidad no ha conocido otro instrumento igualmente idóneo para expresar los intereses y necesidades de millones de personas. Por eso, y por su estrecho vínculo con el suministro de legitimidad (y deslegitimidad) política y jurídica, los derechos han sido, y seguirán siendo, objeto de innumerables análisis académicos. Lamentablemente, en la Universidad de nuestros días muchos de estos análisis no pasan de ser simples artificios vacuos, ensimismados, sin otro destino que la cobertura funcional de los poderes de turno, la prolongación de rutinas «científicas» estériles o, en el más benigno de los casos, la «crítica roedora de los ratones».

Pues bien, no es éste el caso de los artículos que el lector tiene entre sus manos. En ellos, se recoge el debate propiciado por la revista *Teoria Politica* y generado, precisamente, a partir de la publicación de un breve y polémico trabajo de Luigi Ferrajoli, titulado «Derechos fundamentales». El resultado, tanto por el fecundo marco proporcionado por la cultura jurídica y política italiana de los últimos tiempos, como por la envergadura intelectual del propio Ferrajoli, ha supuesto una verdadera renovación teórica —equiparable, tal vez, a la provocada hace algunos años por la aparición del sugerente libro de Robert Alexy, *Teo-*

ría de los derechos fundamentales[1]— cuyas repercusiones no han tardado en dejarse sentir[2].

Intentar acercarse, en estas breves páginas, a un debate de esta trascendencia constituiría, a no dudarlo, una osadía. Por ello, quizá tenga más sentido presentar algunos de sus hilos conductores en la confianza de que puedan servir de orientación para las reflexiones propias de cada lector. Desde esas premisas, habría que señalar de antemano que las cuestiones que a lo largo de estas páginas se ventilan no tienen un interés puramente erudito o para especialistas. Ciertamente, se someten a discusión cuestiones tales como el estatuto científico de la teoría del derecho, sus pretesiones normativas o simplemente descriptivas y neutrales, o los límites, en general, del lenguaje jurídico como objeto de formalización lógica y análisis riguroso. Pero también, de modo más amplio, las potencialidades de los derechos como vehículos de paz, igualdad y protección de los más débiles, sus posibles mecanismos de tutela y garantía, sus relaciones con la economía y con la política y, por tanto, con el mercado y la democracia, o su atribución a las personas en general y no sólo a los ciudadanos, en el marco de una creciente subordinación de los Estados nacionales —al menos, en el plano formal del derecho positivo— a las cartas internacionales de derechos humanos. Es decir, una serie de temas en torno a los cuales se forja a diario el «sentido común» de la sociedad, esto es, las respuestas que los operadores políticos, jurídicos y sociales (legisladores, jueces, juristas, ciudadanos) dan a cuestiones centrales como la vida, la propiedad o la subsistencia de las personas. En suma, un debate entre especialistas, sí, pero de alcance general, en el que todos, como afectados, tienen algo que decir (*quod omnes tangit...*).

La propuesta de formalización de Ferrajoli: ¿una «teoría pura» de los derechos fundamentales?

En el ensayo que abre el libro, Ferrajoli adelanta una definición «estructural» o «formal» de los derechos fundamentales. Revestirían tal calidad, desde el punto de vista teórico, aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de manera universal

1. Traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

2. Por ejemplo, G. Palombella, «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría»: *Doxa* (1999) 22, pp. 525-558; Íd., «Diritti fondamentali. Per una teoria funzionale»: *Sociologia del diritto* (2000), 27/1, pp. 51-88; A. Ruiz Miguel, «Democracia, jueces y derechos»: *Revista de libros* (junio, 2000), 42, pp. 11 ss.

e indisponible, a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar. A partir de esta definición, se abordan otras cuatro tesis adicionales que constituyen el núcleo central de la propuesta de Ferrajoli y el eje en torno al cual gira buena parte del debate. En primer lugar, la tesis de la separación entre los derechos y sus garantías, tanto legales como jurisdiccionales, de manera tal que la inexistencia de estas últimas no afectaría a la existencia del derecho, constituyendo, en cambio, una auténtica laguna del ordenamiento que, en consecuencia, habría que colmar. En segundo término, la tesis de la distinción estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, contraponiéndose el carácter universal e indisponible de los primeros al carácter singular y alienable de los segundos. En tercer lugar, la tesis de la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión *sustancial* de la democracia, esto es, con el ámbito de lo que, en una democracia constitucional, no podría ser decidido ni podría dejarse de decidir, ni por la democracia *formal* (las mayorías políticas), ni por el mercado. Finalmente, la tesis de la no necesaria coincidencia entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía, en cuanto los primeros pueden ser, y de hecho son, por ejemplo en el derecho internacional, atribuidos a todas las personas.

Se trata de proposiciones que no están aisladas entre sí y que, por el contrario, se integran en una obra más ambiciosa, *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia,* en la que Ferrajoli pretende culminar su proyecto de una *Teoria assiomatizzata del diritto*[3], esto es, de una teoría completamente formalizada del derecho y de la democracia constitucional, construida a partir de una serie vinculada de conceptos estipulativos primitivos o definidos, estructurales, tales como «garantía», «norma» o, en este caso, «derechos fundamentales».

Sobre este programa genérico, precisamente, recae una primera clase de objeciones teóricas, y sobre todo políticas, con las que se inicia el debate. ¿Cuál sería, se pregunta Danilo Zolo, la utilidad de esta impronta «formalizadora» que Ferrajoli trata de imprimir a sus razonamientos? ¿Para qué sirve? ¿No supone, acaso, un repliegue «neutralista» respecto a los planteamientos mas abiertamente políticos y garantistas de ensayos anteriores como «De los derechos del

3. Milano, Giuffrè, 1970; antes, Id., «Sulla posibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa»: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, III, 1963.; y, últimamente, Id., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 99 y ss.

ciudadano a los derechos de la persona», o de obras como *Derecho y razón*? ¿No se asistiría, en otras palabras, a lo que Ermanno Vitale califica como un arriesgado ejercicio de «spinozismo jurídico», es decir, un intento de construir una especie de derecho demostrable y deducible *more geometrico*? O dicho de manera incluso más terminante: ¿no estaría Ferrajoli tratando de introducir una renovada versión de la «teoría pura» kelseniana, referida aquí a los derechos fundamentales?

La respuesta resulta compleja, sobre todo si se tiene en cuenta que, en efecto, el impulso teórico de Ferrajoli debe rastrearse en el positivismo kelseniano y hartiano y en la filosofía analítica del derecho italiana capitaneada por Bobbio a partir de los años cincuenta. Ello explica, justamente, que Ferrajoli defienda su teoría estructural de los derechos de un modo similar al que hubiera utilizado Kelsen: su virtud, precisamente, radicaría en su carácter formal, que permitiría reconocer teóricamente un derecho fundamental en ordenamientos ideológicamente diversos, socialistas o liberales, democráticos e incluso autoritarios. Pero la cuestión no queda zanjada ahí. Y es que, al mismo tiempo, el papel que Ferrajoli asigna a la teoría del derecho difiere del que le encomendaban Kelsen o Bobbio, para quienes ésta debía desempeñar un papel fundamentalmente descriptivo, evitando las consideraciones axiológicas. Las prescripciones, desde esta última perspectiva, serían una cuestión valorativa externa al derecho que debe resolverse en sede filosófico-política o moral. No cabría, por tanto, mezclar cuestiones de validez jurídica con cuestiones de justicia. Para Ferrajoli, en cambio, una distinción así de tajante no es de recibo. En la medida en que el paradigma constitucional asume una serie de derechos y principios, de contenidos, en definitiva, que vinculan a los poderes públicos y privados, toda teoría jurídica acabaría por incluir también una política del derecho. Por eso, una teoría como la *assiomattizzata* viene animada por una pretensión explicativa y descriptiva, pero también por una dimensión crítica o prescriptiva que atrae al campo del derecho positivo cuestiones que en el paradigma simplemente legalista, pero no constitucional, quedaban relegadas al ámbito externo de lo político.

La apuesta, como puede colegirse, es ambiciosa y audaz, y precisamente por ello, polémica. Lo cual se pone de manifiesto, por ejemplo, en la desconexión que Ferrajoli propone entre derechos y garantías. Para una teoría del derecho descriptiva, como la de Kelsen, o como la que, en el debate, mantiene Riccardo Guastini, la inexistencia empírica de la garantía de un derecho acarrearía la

inexistencia de este último, y por tanto, su reducción a simple mandato programático. Pero no ocurre lo mismo en una teoría explicativo-normativa como la de Ferrajoli que, en palabras de Mario Jori, representa una versión crítica y mejorada de las posiciones de Kelsen. Para Ferrajoli, en efecto —y ésta es una de sus tesis nucleares sobre la cuestión— la ausencia de garantías no sólo no afecta, desde el punto de vista descriptivo, al estatuto jurídico de un derecho subjetivo, sino que además comporta, desde el punto de vista normativo, una verdadera «laguna» que, en consecuencia, es menester denunciar e integrar.

Los diferentes niveles del discurso de los derechos

Pero no es éste, en todo caso, el terreno principal en el que Ferrajoli trata de defender, frente a sus interlocutores, el valor del «formalismo» de su definición de derechos fundamentales. Muchas de las críticas a la misma, en realidad, provendrían de confundir los distintos niveles en los que el discurso de los derechos se plantea, asignando a la teoría funciones que no le incumben. Y es que la teoría, según Ferrajoli, sólo puede decirnos lo que los derechos fundamentales son desde el punto de vista estructural, pero no qué derechos son considerados fundamentales en un ordenamiento positivo concreto, o cuáles han llegado a serlo desde el punto de vista histórico o sociológico y, menos aun, cuáles deberían adquirir dicho *status* en la perspectiva de una filosofía política o moral determinada. Desde una óptica adecuadamente analítica, en suma, sería necesario distinguir las cuestiones teóricas de las dogmático-positivas, sociológicas, históricas o filosófico-políticas.

Así, por ejemplo, tanto la tesis sobre el carácter universal e indisponible de los derechos fundamentales, como las referidas a la diferencia estructural entre estos últimos y los derechos patrimoniales, o a la distinción entre un derecho subjetivo y su garantía, o a la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia, serían, de acuerdo con Ferrajoli, tesis teóricas, derivadas de la «forma» interna de los ordenamientos constitucionales actuales y no, por tanto, de posiciones axiológicas externas acerca de cómo deberían resolverse estas cuestiones.

La aclaración es importante, pero no alcanza a disipar todos los problemas. En algunos casos, incluso, destapa la caja de los truenos. Especialmente en lo que se refiere a la interpretación de los derechos fundamentales como dimensión sustancial de la democracia, es decir, como ámbito material con primacía sobre la democracia

formal, sobre las mayorías políticas. Aquí resurgen, en realidad, algunas críticas recurrentes dirigidas en otras ocasiones a los planteamientos de Ferrajoli[4]. Ante todo, una cuestión de gramática de los derechos: ¿aclara o confunde, se pregunta Michelangelo Bovero, vincular teóricamente la idea de democracia, que es sobre todo un método, un procedimiento de decisión, a los derechos fundamentales que, por el contrario, expresan más bien un resultado, un contenido determinado? ¿Puede llamarse democracia a lo que externamente limita al procedimiento democrático? Pero las objeciones más duras se plantean a propósito de la legitimidad de dicha operación: ¿no descansaría la argumentación de Ferrajoli en una concepción «óptima», preprogramada de los derechos constitucionales, que correría el riesgo, como sostiene Vitale, de «fagocitar» a la democracia política, a la discusión pública? O planteado en los términos más severos, por ejemplo, de Ana Pintore: una tesis, como la de Ferrajoli, que insiste en la rigidez de las Constituciones, la indisponibilidad de los derechos y su prioridad sobre la democracia política, ¿no se asienta en una peligrosa subestimación del carácter problemático, equívoco, del contenido semántico de los propios derechos? ¿no encierra, acaso, el peligro de dejar a la democracia política cautiva de quienes, en última instancia, tienen que interpretar y aplicar dicho contenido? La esfera de lo «no decidible» ¿es también la de lo «no discutible»? ¿Y no supondría todo ello, en definitiva, un modelo de derechos «insaciables» destinado a devorar los fundamentos del autogobierno y sostenido sobre una cuestionable petrificación de las constituciones?

La crítica de los derechos y los derechos como crítica.

Como es fácil observar, las críticas a las posiciones de Ferrajoli en este punto podrían reconducirse al reparo de fondo a los derechos como elementos de neutralización y desmovilización política, así como a una suerte de hiperconstitucionalismo que vería en una Constitución gestionada por expertos (los jueces) la programación de las soluciones políticas de una sociedad. La réplica de Ferrajoli, sin embargo, no es menos rotunda. Desde su punto de vista, el principio divisionista de separación entre moral y derecho justificará siempre el mantenimiento de un punto de vista externo, político, que permita criticar el derecho vigente, comenzando por la Cons-

4. Cf., por ejemplo, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Letizia Gianformaggio (ed.), Giappichelli, Torino, 1993.

titución. Pero ello no empece que, al mismo tiempo, se pueda exigir a los operadores legales y jurisdiccionales, desde una postura positivista no incompatible con el razonamiento anterior, que se «tomen en serio» el Derecho vigente que ellos mismos han puesto, comenzando también por la Constitución. Ciertamente, se trata de una tarea problemática, dado el caracter abierto del texto constitucional. Pero no de un fenómeno, agrega Ferrajoli, que deba dramatizarse. Apertura no equivale a ininteligibilidad. Siempre cabrá, por lo tanto, la posibilidad de una hermenéutica controlada. Tampoco son tan dramáticos los conflictos entre derechos. A veces, es verdad, es preciso ponderar. En otros casos, sin embargo, es necesario reconocer la directa subordinación de unos a otros. Por ejemplo, los derechos sociales y los derechos de libertad no entran casi nunca en colisión unos con otros. Su fundamentalidad, en cambio, está reñida con la de los derechos de autonomía mercantil y política, los cuales, además de derechos, serían poderes y, en cuanto tales, susceptibles de controles y límites. Es en este punto, precisamente, donde Ferrajoli revisa la clásica distinción de Bobbio e I. Berlin entre libertades negativas y positivas, para plantear una nueva oposición, esta vez, entre derechos de libertad, indisponibles y derechos-poderes de autonomía, limitables. Y desde esas premisas no serían los derechos, sino más bien los poderes, públicos y privados quienes, en realidad, exhiben una férrea vocación de «insaciabilidad» que los lleva a desconocer los límites y vínculos que el propio ordenamiento positivo, y no simples reclamos morales, les impone. Dicha tendencia a la impunidad, a resistir y a despreciar los controles y vínculos que los derechos entrañan, lejos de enriquecer, empobrece a la democracia política, poniendo en riesgo sus propios fundamentos. En consecuencia, razona Ferrajoli, los límites que los derechos fundamentales introducen en una democracia constitucional no tienen por qué restringir los ámbitos de discusión y participación. Por el contrario, pueden ser vistos como paradójicos límites habilitantes[5] que fortalecen distintas dimensiones de la democracia (la social, la liberal, la civil, la política) y que, en ese sentido, contribuyen a asegurarla en el presente y a garantizar su supervivencia en el futuro. Los derechos, en otros términos, no actuarían como elementos que asfixian la democracia sino, por el contrario, como un arma crítica, cuestionadora y, por tanto, mo-

5. Cf. S. Holmes, «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en J. Elster y R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, trad. de M. Utrilla de Neira, FCE, México, 1999, pp. 217-262, especialmente, pp. 252-256.

vilizadora contra los poderes absolutos. Tanto contra los del mercado como contra los de la política, incluso cuando estos últimos asumen la forma de mayorías (¿oligarquías?) democráticamente legitimadas.

A la búsqueda del fundamento perdido: los derechos como ley del más débil

Llegados a este punto, los flancos del debate se multiplican. Algunos cabos permanecen sueltos. En las últimas intervenciones, de hecho, ronda un interrogante: ¿qué tienen de valioso los derechos constitucionales que hace que los operadores legales y jurisdiccionales deban tomárselos en serio? ¿esconde, acaso, la defensa del constitucionalismo vigente una adhesión a los valores que éste incorpora? Y si es así, ¿cuáles son —como se interroga entre otros Luca Baccelli— los valores que justifican, no ya (o no sólo) lo que los derechos fundamentales *son,* sino lo que los derechos *deberían ser*?

Se plantea, así, una cuestión que la inicial teoría formalizada de Ferrajoli no pretendía abordar pero que, en último término, no puede eludir: la de los fundamentos axiológicos de los derechos. Y es este tema, precisamente, el que cierra (al menos, parcialmente) el debate, ya que los fundamentos últimos, como planteara Bobbio en su momento, no pueden a su vez fundamentarse: se asumen. La respuesta de Ferrajoli no deja lugar a vacilaciones. Los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles. Las tres primeras funciones, de hecho, podrían reconducirse a esta última. En efecto, junto a la declarada adhesión al principio kantiano de la dignidad de la persona, de su valor como fin y nunca como medio, parece latir en Ferrajoli una suerte de utilitarismo negativo. Sería moralmente aceptable aquello que contribuyera a minimizar la opresión de los más débiles, física, política, cultural o económicamente. Dicha oposición entre débiles y fuertes, entre poderosos y sin poder ocupa, por consiguiente, un lugar central en el andamiaje teórico *engagé* de Ferrajoli. Y ello explica, tal vez, muchas de las tensiones que se agitan en el interior del propio edificio jurídico garantista: entre teoría descriptiva y teoría prescriptiva; entre punto de vista interno y punto de vista externo; entre positivismo e iusracionalismo; entre democracia y constitucionalismo, entre confianza, en suma, en la lucha por los derechos y desconfianza en los poderes de todo tipo, aun en los mayoritarios.

Aparentemente condenadas a bogar entre Escila y Caribdis, las tesis de Ferrajoli navegan, en todo caso, en embarcación lo suficientemente sólida como para superar los escollos más duros. La democracia y el constitucionalismo complacientes a menudo predicados desde los centros de poder político y académico no consiguen, desde luego, hacerle mella. Precisamente, porque lo que Ferrajoli ofrece, al igual que Kelsen y los intérpretes jurídicos de una época, es una *Weltanschauung*, seguramente vulnerable en algunos de sus puntos pero muy difícilmente rechazable como un todo y, en especial, difícilmente reemplazable por una teoría alternativa de similar calado y compromiso cívico. En esa simultánea presencia de un todo riguroso y trabado y de cuestiones abiertas y aún irresueltas, reside el interés y la indudable fecundidad de este debate.

Razones de un título

El título que hemos dado al libro es el del tercer ensayo de Ferrajoli, el más largo y significativo, en el que afronta, bajo el estímulo de muchas de las intervenciones del debate, el problema de los fundamentos de los derechos fundamentales. No obstante, hay que subrayar que la originalidad de la propuesta de Ferrajoli, formulada desde las primeras páginas, reside en el carácter puramente formal de su definición teórica de «derechos fundamentales», que prescinde totalmente de los valores expresados y garantizados históricamente por éstos.

Si hemos decidido enunciar en el título del volumen la cuestión axiológica de los fundamentos, es para evidenciar cómo la misma no resulta eludida por efecto de aquella definición formal. Al contrario, es ésta la que hace que pueda ser planteada con corrección; precisamente, porque permite identificarla con rigor como problema de filosofía política, bien distinto de los relativos al análisis de los caracteres formales y estructurales del concepto de derechos fundamentales, que, por el contrario, son competencia de la teoría del derecho.

I

DERECHOS FUNDAMENTALES

Luigi Ferrajoli

1. *Una definición formal del concepto de derechos fundamentales*

Propongo una definición *teórica*, puramente *formal* o *estructural*, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas[1].

Esta definición es una definición *teórica* en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel

1. Para una primera formulación de algunas de las tesis aquí expuestas, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, ⁴2000, pp. 908-920); «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, ²2001, pp. 97 ss.; «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Editrice, Bari, 1999, pp. 135-197 (trad. esp. de Á. Ródenas y J. Ruiz Manero, «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho»: *Doxa* 20 [1997], pp. 235-278), donde se definen y formalizan los conceptos de expectativa, garantías primarias y secundarias y derecho subjetivo.

ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo. En otras palabras, no se trata de una definición *dogmática*[2], es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, como, por ejemplo, la Constitución italiana o la española. Conforme a esto, diremos que son «fundamentales» los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar. Pero diremos también, sin que nuestra definición resulte desnaturalizada, que un determinado ordenamiento jurídico, por ejemplo totalitario, carece de derechos fundamentales. La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia *en aquel* ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales. Incide todavía menos sobre tal significado la previsión en un texto constitucional, que es sólo una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario: son fundamentales, por ejemplo, también los derechos adscritos al imputado por el conjunto de las garantías procesales dictadas por el código procesal penal, que es una ley ordinaria.

En segundo lugar, la nuestra es una definición *formal* o *estructural*, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación: entiendo «universal» en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. Pero allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales. A la inversa,

2. Sobre la distinción metateórica entre teoría general del derecho y dogmática jurídica, remito a «La semantica della teoria del diritto», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130. Se presenta expresamente como una «teoría dogmática» de los derechos fundamentales según la Ley fundamental de la República Federal Alemana la obra de R. Alexy *Theorie der Grundrechte* [1986], trad. esp. de E. Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 25 y 29.

si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental.

Son evidentes las ventajas de una definición como ésta. En cuanto prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la teoría general del derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, es, además, ideológicamente neutral. Así, es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática.

Sin embargo, este carácter «formal» de nuestra definición no impide que sea suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica. En efecto, gracias a esto la universalidad expresada por la cuantificación universal de los (tipos de) sujetos que de tales derechos son titulares viene a configurarse como un rasgo estructural de éstos, que como veremos comporta el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que los mismos consisten. De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal recibida mediante su estipulación como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisional: si son normativamente de «todos» (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.

De otra parte, es claro que esta universalidad no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica. En efecto, el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida. Así, si la *intensión de la igualdad* depende de la cantidad y de la calidad

de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la *extensión de la igualdad* y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan.

En nuestra definición, estas clases de sujetos han sido identificadas por los *status* determinados por la identidad de «persona» y/o de «ciudadano» y/o «capaz de obrar» que, como sabemos, en la historia han sido objeto de las más variadas limitaciones y discriminaciones. «Personalidad», «ciudadanía» y «capacidad de obrar», en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos) de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad *en droits fondamentaux*. Prueba de ello es el hecho de que sus presupuestos pueden —y han sido históricamente— más o menos extensos: restringidísimos en el pasado, cuando por sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad se excluía de ellos a la mayor parte de las personas físicas, se han ido ampliando progresivamente aunque sin llegar a alcanzar todavía, ni siquiera en la actualidad, al menos por lo que se refiere a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, una extensión universal que comprenda a todos los seres humanos.

La ciudanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de *status* que aún delimitan la igualdad de las personas humanas. Y pueden, pues, ser asumidas como los dos parámetros —el primero superable, el segundo insuperable— sobre los que fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre *derechos de la personalidad* y *derechos de ciudadanía*, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos y la existente entre *derechos primarios* (o *sustanciales*) y *derechos secundarios* (*instrumentales* o *de autonomía*), que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. Cruzando las dos distinciones obtenemos cuatro clases de derechos: los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales; los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y

asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política[3].

Tanto nuestra definición como la tipología de los derechos fundamentales construida a partir de ella tienen un valor teórico del todo independiente de los sistema jurídicos concretos e incluso de la experiencia constitucional moderna. En efecto, cualquiera que sea el ordenamiento que se tome en consideración, a partir de él, son «derechos fundamentales» —según los casos, humanos, públicos, civiles y políticos— todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de «persona», «ciudadano» o «capaz de obrar». En este sentido, al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien la mayor parte limitados a clases bastante restringidas de sujetos[4]. Pero han sido siempre las tres identidades —de persona, ciudadano y capaz de obrar— las que han proporcionado, cierto que con la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educa-

3. Totalmente independiente de la anterior distinción, formulada sobre la base de los diversos tipos de sujetos cuyos derechos fundamentales son atribuidos por el derecho positivo, es la distinción entre *derechos civiles*, *derechos políticos*, *derechos de libertad* y *derechos sociales*, que, en cambio, hace referencia a su estructura: los derechos civiles y los políticos son, además de expectativas negativas (de su no lesión), poderes para realizar actos de autonomía en la esfera privada y en la esfera política, respectivamente; los derechos de libertad y los sociales son sólo expectativas (negativas o de no lesiones) y positivas (o de prestaciones), respectivamente. Sobre ambas distinciones, remito a «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», cit., pp. 97 ss.

4. Para una historia de los derechos humanos en la antigüedad, cf. G. Pugliese, «Appunti per una storia della protezione dei diritti umani»: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1989), pp. 619-659; G. Crifò, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione storica di una vicenda istituzionale*, Bulzoni, Roma, 1984.

ción y nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad.

Así, ha ocurrido que en la antigüedad las desigualdades se expresaron sobre todo a través de la negación de la misma identidad de persona (a los esclavos, concebidos como cosas) y sólo secundariamente (con las diversas inhabilitaciones impuestas a las mujeres, los herejes, los apóstatas o a los judíos) mediante la negación de la capacidad de obrar o de la ciudadanía. Con posterioridad, una vez alcanzada la afirmación del valor de la persona humana, las desigualdades se propugnaron sólo excepcionalmente con la negación de la identidad de persona y de la capacidad jurídica —piénsese en las poblaciones indígenas víctimas de las primeras colonizaciones europeas y en la esclavitud en los Estados Unidos todavía en el siglo pasado— mientras se mantenían, sobre todo, con las restricciones de la capacidad de obrar basadas en el sexo, la educación y el censo. De este modo, incluso con posterioridad a 1789, sólo los sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios tuvieron durante mucho tiempo la consideración de sujetos *optimo iure*[5]. En la actualidad, después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través del molde estatalista de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica. En suma, lo que ha cambiado con el progreso del derecho, aparte de las garantías ofrecidas por las codificaciones y las constituciones, no son los criterios —personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía— conforme a los cuales se atribuyen los derechos fundamentales, sino únicamente su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más extendido y tendencialmente universal.

5. En Italia la plena capacidad de obrar —y consecuentemente la plenitud de los derechos secundarios, tanto civiles como políticos— no ha sido reconocida a las mujeres hasta este siglo, en 1919, cuando con la supresión de la autorización marital las mujeres adquirieron la plena titularidad de los derechos civiles; y en 1946, cuando les fue reconocido el derecho de voto junto con los demás derechos políticos.

2. *Cuatro tesis en materia de derechos fundamentales*

La definición de «derechos fundamentales» aquí propuesta permite fundar cuatro tesis, todas a mi juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional.

La primera remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás. En nuestra tradición jurídica, esta diferencia ha permanecido oculta por el uso de una única expresión —«derecho subjetivo»— para designar situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos indisponibles y derechos disponibles. Y se explica con las diversas ascendencias teóricas de las dos categorías de derechos: la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII, por lo que se refiere a los derechos fundamentales; la tradición civilista y romanista en lo relativo a los derechos patrimoniales.

La segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión «sustancial» de la democracia, previa a la dimensión política o «formal» de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado —luego del reconocimiento constitucional como «derechos» de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia— también al «Estado social», que se ha desarrollado de hecho en este siglo sin las formas y sin las garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política, y hoy, también por esto, en crisis.

La tercera tesis se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales. Se ha visto cómo nuestra definición proporciona los criterios de una tipología de tales derechos dentro de la que los «derechos de ciudadanía» forman solamente una subclase. En efecto, las propias constituciones estatales confieren muchos de estos derechos con independencia de la ciudadanía. En particular y, sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estados, se han transformado

en derechos supraestatales: límites externos y ya no sólo internos a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos.

Finalmente, la cuarta tesis, quizá la más importante, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación.

Estas cuatro tesis contradicen, desde otros tantos puntos de vista, la concepción corriente de los derechos fundamentales tal como resulta de sus muchas y heterogéneas aportaciones y ascendencias. A tal fin, puede ser útil recordar cuatro lugares clásicos en los que se sostienen las tesis que serán aquí confutadas.

El primer pasaje es el capítulo II del *Segundo tratado sobre el Gobierno*, de John Locke, de 1690, donde el autor ve en la vida, la libertad y la propiedad los tres derechos fundamentales cuya tutela y garantía justifica el contrato social[6]. Asociación ésta, entre libertad y propiedad, que será recuperada en el artículo 2 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789: «El fin de toda asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión».

6. J. Locke, *Second Treatise of Government* [1690], trad. esp. de C. Mellizo, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, cap. 2, apartado 6, pp. 37-38.

El segundo pasaje es del iuspublicista alemán del siglo pasado Karl Friedrich von Gerber, que en una monografía de 1852 sobre «derechos públicos» afirmó que éstos no son sino «una serie de efectos de derecho público», radicados, «no tanto en la esfera jurídica del individuo, como sobre todo en la existencia abstracta de la ley»[7]: precisamente, éstos son «elementos orgánicos constitutivos de un Estado concreto» y, por ello, considerados desde la perspectiva de los individuos, «efectos reflejos» del poder estatal[8]. Se trata de una tesis que será hecha propia por la doctrina del derecho público de finales del siglo pasado en su totalidad —de Laband a Jellinek, de Santi Romano a Vittorio Emanuele Orlando[9]— y que contradice no sólo el paradigma iusnaturalista de los derechos fundamentales como *prius* lógico y axiológico, fundante y no fundado, en relación con el artificio estatal, sino también el paradigma constitucional, que al positivizar tales derechos los ha configurado como vínculos y límites a los poderes públicos en su conjunto. Poderes públicos de cuya

7. K. F. Gerber, *Über öffentliche Rechte* [1852], trad. italiana de P. L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, en *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 67, 82. «La posición constitucional de un súbdito —aclara Gerber, que rechaza el concepto de «ciudadano» porque es «exclusivamente político y en absoluto jurídico»— es la de un dominado estatalmente, y está perfectamente caracterizada por este concepto» (*ibíd.*, pp. 65-66); de este modo «el significado general de los llamados derechos del ciudadano (libertades políticas) puede encontrarse sólo en algo negativo, esto es, en el hecho de que el Estado en su dominio y sujeción del individuo se mantiene dentro de sus límites naturales, dejando libre, fuera de su ámbito e influencia, aquella parte de la persona humana que no puede someterse a la acción coercitiva de la voluntad general según las ideas de la vida popular germánica» (*ibíd.*, p. 67). Más aun: «todos los derechos públicos hallan su fundamento, su contenido, su fin en el organismo estatal, en el cual debe realizarse la voluntad nacional en su tender a la realización de la vida colectiva» (*ibíd.*, p. 43).

8. K. F. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* [1865], trad. italiana de P. L. Lucchini, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, en *Diritto pubblico*, cit., pp. 107 y 130-133.

9. G. Jellinek habla de «auto-obligación» del Estado (*Das System der subjektiven öffentlichen Rechte* [1892], trad. italiana de G. Vitagliano, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libraria, Milano, 1912, pp. 215 ss.). De forma análoga, Santi Romano habla de «auto-limitación» del Estado («La teoria dei diritti pubblici soggettivi», en V. E. Orlando [ed.], *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* I, Società Editrice Libraria, Milano, 1900, pp. 159-163). Jellinek expresa así la funcionalización de los derechos públicos de los ciudadanos al interés general: «Los intereses individuales se distinguen en intereses constituidos prevalentemente por fines individuales y en intereses constituidos prevalentemente por fines generales. El interés individual reconocido prevalentemente en el interés general constituye el contenido del derecho público» (*op. cit.*, p. 58); «cualquier derecho público existe en el interés general, el cual es idéntico al interés del Estado» (*ibíd.*, p. 78).

legitimidad los derechos fundamentales son, precisamente, el fundamento y no a la inversa.

El tercer pasaje no es de un jurista ni de un filósofo sino de un sociólogo, Thomas Marshall, que en su clásico ensayo de 1950 *Citizenship and Social Class*, redescubierto hace algunos años por la ciencia politológica como la doctrina más acreditada de los derechos fundamentales, distingue tres clases en el conjunto de tales derechos: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales, concebidos todos como derechos no de la persona o de la personalidad, sino del ciudadano o de la ciudadanía. «La ciudadanía —escribe Marshall— es aquel *status* que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad»; y los derechos y los deberes sobre los que se funda la igualdad de «todos los que lo poseen» son «conferidos por tal *status*», añade[10].

El cuarto pasaje es de Hans Kelsen, que configura el derecho subjetivo como «un mero reflejo de una obligación jurídica»[11] y afirma: «Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que —de acuerdo con la misma resolución— ha cometido el acto antijurídico o violado su deber»[12]. Se trata de una tesis hoy ampliamente difundida, que se resuelve en la identificación de los derechos fundamentales con sus garantías y en particular con las que he llamado «garantías secundarias», es decir, con su accionabilidad en juicio: «un derecho formalmente reconocido pero no *justiciable* —es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos— es

10. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* [1950], trad. italiana de P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Utet, Torino, 1976, p. 24 (trad. esp. de P. Linares, *Ciudadanía y clase social*, de T. H. Marshall y T. Bottomore, Alianza, Madrid, 1998).

11. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* [1960], trad. esp. de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, p. 141: «Este concepto del derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar, como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superfluo»; «Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como "derecho", entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación» (*ibid.*, p. 140); Íd., *General Theory of Law and State* [1945], trad. esp. de E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 94: «El derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo». La tesis, como se ve, recuerda la de Gerber sobre la naturaleza de «derechos reflejos» de los derechos fundamentales.

12. H. Kelsen, *Teoría general...*, cit., p. 102.

tout court», afirma, por ejemplo, Danilo Zolo, «un derecho inexistente»[13].

Así, pues, desarrollaré mis cuatro tesis a través de un análisis crítico de estos cuatro pasajes. A partir de ellas será posible mostrar cómo la constitucionalización de los derechos fundamentales llevada a cabo por las constituciones rígidas ha producido en este siglo un profundo cambio de paradigma del derecho positivo en relación con el clásico del paleopositivismo jurídico.

3. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales*

Comenzamos por la primera de las cuatro cuestiones aquí enunciadas. ¿Qué son los *derechos fundamentales*? La vida, la libertad y la propiedad, responde Locke en el pasaje que se ha citado; la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión, afirma el artículo 2 de la *Declaración* de 1789, que en el artículo 17 ratifica el carácter de «derecho sagrado e inviolable» de la propiedad. De la misma forma Marshall, aun habiendo ampliado el catálogo de los derechos fundamentales, incluye en la misma clase —la de los derechos civiles— tanto la libertad como la propiedad[14].

La mezcla en una misma categoría de figuras entre sí heterogéneas como los derechos de libertad, de un lado, y el derecho de propiedad, del otro, fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la tradición civilista y romanista, es, por tanto, una operación originaria, llevada a cabo por el primer liberalismo, que ha condicionado hasta nuestros días la teoría de los derechos en su totalidad y, con ella, la del Estado de derecho. En su base hay un equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de «derecho de propiedad», con el que se entiende —tanto en Locke como en Marshall— al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido responsable de dos opuestas incompren-

13. D. Zolo, «La strategia della cittadinanza», en Íd., *La cittadinanza. Appartenenza, identittà, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 33, donde en apoyo de esta tesis invoca «la perspectiva del realismo jurídico, de Roscoe Pound a Karl Olivecrona y Alf Ross».

14. T. Marshall, *op. cit.*, p. 9.

siones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos «burgueses» a la par de la propiedad.

A partir de aquí, al analizar estas dos figuras —«libertad» y «propiedad», o más en general «derechos fundamentales» y «derechos patrimoniales»— descubrimos que entre ellas existen cuatro claras diferencias estructurales aptas para generar dentro del dominio de los derechos, si queremos seguir usando una misma palabra para designar situaciones tan diversas, una gran división: la que existe entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*. Se trata de cuatro diferencias que prescinden del contenido de las dos clases de derechos y que únicamente tienen que ver con su forma o estructura.

La primera diferencia consiste en el hecho de que los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos «universales» (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás. Por consiguiente, los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, que como dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789 es, precisamente, una *égalité en droits*. Los otros son exclusivos, es decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desiguadad jurídica, que es también una *inégalité en droits*. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias, igualmente autónomos para disponer de los bienes que nos pertenecen e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa: yo soy propietario de este vestido mío o de la casa en que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de que otros y no yo son propietarios.

De este modo, se resuelven muchas aparentes aporías. Cuando se habla del «derecho de propiedad» como de un «derecho de ciudadanía» o «civil» semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo (como el derecho a hacerse deudores, acreedores, empresarios o trabajadores dependientes) a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo (como el derecho de disponer de un bien o de obligarse a una prestación) a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso del derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones. Por otro lado, si se asume que son fundamentales todos los derechos universales, es decir, reconocidos a todos en cuanto personas o ciudadanos, entre ellos están comprendidos también los derechos sociales, cuya universalidad no está excluida, como entienden, por ejemplo, Jack Barbalet y Danilo Zolo, por el hecho de que las prestaciones que cada uno tiene derecho a pretender sean inevitablemente diversas y de contenido determinado, puesto que se concretan en función de las condiciones económicas del beneficiario[15]. También son inevitablemente diversos los pensamientos que cada uno puede expresar en uso de la libertad de manifestación del pensamiento.

La segunda diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales va unida a la primera y es quizá aun más relevante. Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables. No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. Los derechos patrimoniales, al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. Las libertades, por el contrario, no

15. D. Zolo, *op. cit.*, pp. 29-35; J. Barbalet, *Citizenship. Rights, Struggle and Class Inequality* [1988], trad. italiana de F. P. Vertova, *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, con introducción de D. Zolo, Liviana, Padova, 1992, pp. 104-109.

se cambian ni se acumulan. Aquéllos sufren alteraciones y hasta podrían extinguirse por su ejercicio; éstas no varían por la forma en que se las ejerza. Se consume, se vende, se permuta o se da en arrendamiento un bien de propiedad. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos.

Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aun mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía[16]. Es evidente que se trata de una diferencia vinculada a la primera, es decir, al carácter singular de los derechos patrimoniales y al universal de los derechos fundamentales. Los derechos patrimoniales son singulares en la medida en que pueden ser objeto de cambio en la esfera del mercado además de resultar —por ejemplo, en el ordenamiento italiano, conforme al artículo 42.3 de la Constitución— susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública. Por el contrario, los derechos fundamentales son universales por cuanto excluidos de tal esfera, de manera que nadie puede privarse o ser privado o sufrir disminución en los mismos, sin que con ello dejen de ser iguales o universales y, por consiguiente, fundamentales.

Resulta, así, convalidada nuestra noción formal de derecho fundamental: la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque corresponden a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles. Es algo tan cierto que allí donde estuviera permitida su disposición —por ejemplo, admitiendo la esclavitud, o de cualquier modo la alienación de las libertades, de la vida, del voto— éstos resultarían también (degradados a) derechos patrimoniales. Por ello, con aparente paradoja, los derechos fundamentales son un límite no sólo a los poderes

16. De estas dos formas de indisponibilidad de los derechos fundamentales —la que se expresa en su inviolabilidad por parte de los poderes públicos y la que lo hace en su inalienabilidad entre particulares— mientras Locke afirmó la primera y negó en parte la segunda (*Segundo tratado*, cit., apartados 149 y 85, pp. 154-155 y 101). Rousseau afirmó la segunda y negó la primera (*Du contrat social* [1762], trad. esp. de M. Armiño, *Del contrato social*, Alianza, Madrid, 1980, libro I, caps. VI y IX, pp. 21-23 y 28-31; y libro II, caps. IV-V, pp. 36-42).

públicos sino también a la autonomía de sus titulares: ni siquiera voluntariamente se puede alienar la propia vida o la propia libertad. Pero se trata de un límite, paternalista si se quiere[17], lógicamente insuperable. En efecto, la paradoja se produciría cuando faltando ese límite los derechos fundamentales fueran alienables. Pues, en tal caso, también la libertad de alienar la propia libertad de alienar sería alienable, con un doble resultado: que todos los derechos fundamentales cesarían de ser universales, es decir, concernientes a todos en igual forma y medida; y que la libertad de alienar todos los propios derechos —del derecho a la vida a los derechos civiles y políticos— comportaría el triunfo de la ley del más fuerte, el fin de todas las libertades y del mercado mismo y, en último análisis, la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza.

La tercera diferencia es, a su vez, una consecuencia de la segunda y tiene que ver con la estructura jurídica de los derechos. Los derechos patrimoniales, como acaba de verse, son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están, pues, sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos. Esto quiere decir que tienen por título actos de tipo negocial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. A la inversa, los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.

Dicho de manera más simple, mientras que los derechos fundamentales *son normas*, los derechos patrimoniales *son predispuestos por normas*. Los primeros se identifican con las mismas normas o reglas generales que los atribuyen: por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento está dispuesta en Italia por el artículo 21 de la Constitución y no es otra cosa que la norma que él mismo expresa[18]. En cambio, los segundos son siempre actuaciones

17. Cf. M. Jori, «La cicala e la formica», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giapichelli, Torino, 1993, pp. 111-112, que juzga «excepcionales y por tanto a justificar una por una» las limitaciones paternalistas que tienen expresión en la indisponibilidad, que es, en cambio, un principio general lógicamente válido para todos los derechos fundamentales.

18. En cambio, distingue expresamente entre «derechos fundamentales» y «normas sobre derechos fundamentales», entre otros, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 47 ss.

singulares dispuestas por actos a su vez singulares y pre-dispuestas por las normas que los prevén como sus efectos: por ejemplo, la propiedad de este vestido mío no es dispuesta, sino predispuesta por las normas del código civil como efecto dispuesto de la compraventa disciplinada por ellas. Podemos llamar *normas téticas* a las del primer tipo, que inmediatamente disponen las situaciones expresadas mediante ellas. Aquí entran no sólo las normas que adscriben derechos fundamentales sino también las que imponen obligaciones o prohibiciones, como las normas del código penal y las señales de carretera. Llamaré, en cambio, *normas hipotéticas* a las del segundo tipo, que no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas. Entran aquí no sólo las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también las que predisponen obligaciones civiles como efectos de actos negociales o contractuales. Las primeras expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento; las segundas pertenecen a su dimensión nomodinámica. Tanto es así que mientras los derechos patrimoniales son siempre situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición a su vez productivos de derechos y de obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena (contratos, testamentos, donaciones y similares), el ejercicio de los derechos de libertad consiste siempre en meros comportamientos, como tales privados de efectos jurídicos en la esfera de los demás sujetos.

Hay, en fin, una cuarta diferencia, también formal y no menos importante, para comprender la estructura del Estado constitucional de derecho. Mientras los derechos patrimoniales son, por así decir, *horizontales*, los derechos fundamentales son, también por decirlo de algún modo, *verticales*. En un doble sentido. Ante todo en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista —contractual, sucesorio y similares—, mientras las que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado. En segundo lugar, y sobre todo, en el sentido de que mientras a los derechos patrimoniales corresponden la genérica prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales o bien obligaciones de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por

el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos. «La declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores», afirma el artículo 1 de la sección «deberes» de la Constitución francesa del año III. Y es precisamente en este conjunto de obligaciones, o sea, de límites y de vínculos puestos para tutela de los derechos fundamentales, donde reside la *esfera pública* del Estado constitucional de derecho —en oposición a la *esfera privada* de las relaciones patrimoniales— y la que al comienzo he llamado la dimensión «sustancial» de la democracia.

4. *Derechos fundamentales y democracia sustancial*

Llego, así, a la segunda tesis que me propongo desarrollar aquí. ¿En qué sentido los derechos fundamentales expresan la dimensión que he llamado «sustancial» de la democracia, en oposición a la dimensión «política» o «formal»? Y ¿en qué sentido incorporan valores previos y más importantes que los de la democracia política?, ¿en qué sentido, por tanto, la tesis de Gerber que los califica de «efectos reflejos» y las de Jellinek y de Santi Romano que los consideran como el producto de una auto-obligación o de una auto-limitación del Estado, es decir, como concesiones potestativas siempre revocables o limitables, son fruto de una incomprensión, que equivale de hecho a su negación como vínculos constitucionales a los poderes públicos?

La respuesta a estas preguntas, aunque relativa al plano de los contenidos de los derechos fundamentales, o sea, a la naturaleza de las necesidades protegidas por ellos, es en gran parte consecuente al análisis que precede sobre sus caractéres estructurales: universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango habitualmente constitucional y por ello supraordenado a los poderes públicos como parámetros de validez de su ejercicio.

Precisamente, en virtud de estos caracteres, los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos —en garantía de intereses y necesidades de *todos* estipulados como vitales, por eso «fundamentales» (la vida, la libertad, la subsistencia)— tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado. La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica —o *garantía*— prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado «fundamental». Es decir, de esas

necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado. A la pregunta «¿qué son los derechos fundamentales?», si en el plano de su forma se puede responder *a priori* enumerando los caracteres estructurales que antes he señalado, en el plano de los contenidos —o sea, de qué bienes son o deben ser protegidos como fundamentales— sólo se puede responder *a posteriori*: cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés, se les sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría. Ningún contrato, se ha dicho, puede disponer de la vida. Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia.

De aquí la connotación «sustancial» impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben —más allá e incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías— los derechos fundamentales: tanto los *de libertad* que imponen prohibiciones, como los *sociales* que imponen obligaciones al legislador, son «sustanciales», precisamente por ser relativas no a la «forma» (al *quién* y al *cómo*) sino a la «sustancia» o «contenido» (al *qué*) de las decisiones (o sea, al *qué* no es lícito decidir o no decidir). Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayorías son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecibible*: de lo *no decidible que*, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.

Cierto que esta identificación del paradigma del «Estado de derecho» con la dimensión «sustancial» de la democracia puede parecer singular, aunque sólo sea por los múltiples usos ideológicos que han desgastado en el pasado la expresión «democracia sustancial»[19]. Y, sin embargo, es precisamente con la sustancia de las

19. M. Bovero ha criticado el uso de «democracia sustancial» y la equivalencia entre la dimensión sustancial de la democracia y el garantismo, mantenida por mí (en «La filosofia politica di Ferrajoli», en *Le ragioni del garantismo*, cit., pp. 403-406).

decisiones con lo que que tienen ver las obligaciones y las prohibiciones impuestas a la legislación por los derechos fundamentales estipulados en las normas sobre la producción, que por eso podemos llamar «sustanciales» (por ejemplo, las contenidas en la primera parte de la Constitución italiana), que establecen las condiciones de su *validez*, a diferencia de las normas que llamaré «formales» (las contenidas en la segunda parte) que dictan las condiciones de su *vigencia*. En efecto, en el Estado democrático de derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia *formal* o *política*, en cuanto disciplinan las *formas* de las decisiones que aseguran la expresión de la volutad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la *sustancia* (o el *significado*) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia *sustancial*.

El paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho generada por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre la weberiana «racionalidad formal» y «racionalidad material». En virtud del reconocimiento de esta disociación se desvanece la que Letizia Gianformaggio ha llamado «presunción de regularidad de los actos realizados por el poder» en los ordenamientos positivos[20], tanto más si son políticamente democráticos, ya que el principio formal de la democracia política, relativo al *quién* decide y al *cómo* se decide —en otras palabras, el principio de la soberanía popular y la regla de la mayoría— se subordina a los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos a *lo que no es lícito decidir* y a *lo que no es lícito no decidir*.

De este modo, los derechos fundamentales sancionados en las constituciones —de los derechos de libertad a los derechos sociales— operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación más que de legitimación. Por eso, su configuración como «elementos orgánicos del Estado» y «efectos reflejos» del poder estatal, en la cita de Gerber que he recogido y, más en general, en la doctrina de los derechos públicos elaborada por la iuspublicística alemana e italiana del siglo pasado, es toda una inversión de su significado y

20. L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 28.

expresa una profunda incomprensión del constitucionalismo y del modelo del Estado constitucional de derecho. Pues, es cierto, estos derechos existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidos en las constituciones. Pero, precisamente por eso, represtan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenado a él. Por tanto, no se trata de «derechos del Estado», «para el Estado» o «en interés del Estado», como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos *hacia* y, si es necesario, *contra el Estado*, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría. Más aún, el hecho de que, como se ha hecho ver en el apartado precedente, los derechos fundamentales no estén previstos por normas como efectos de actos preceptivos singulares, sino que ellos mismos *son* normas, retroactúa sobre la naturaleza de la relación entre los sujetos y la Constitución. En efecto, de aquí se sigue que de estas normas, o sea, de la parte sustancial de la Constitución, son, por decirlo así, «titulares», más que destinatarios, todos los sujetos a los que las mismas adscriben los derechos fundamentales. A ello se debe la imposibilidad de que sean modificadas por decisión de la mayoría. En principio, tales normas están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como *inviolables*, de manera que todos y cada uno son sus titulares.

Desde este punto de vista, podemos decir que el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En un doble sentido. En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como *causa* precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia[21].

21. Recuérdense las formulaciones del derecho de resistencia en J. Locke, *Segundo tratado*, cit., apartados 21, 149 y 168, pp. 50-51, 154-155 y 170-172; en

De este modo, se revelan las ascendencias teóricas de los derechos fundamentales, bien diversas de las civilistas y romanistas de los derechos patrimoniales. Si es cierto que los derechos fundamentales no son sino el contenido del pacto contituyente, hemos de reconocer a Thomas Hobbes, teórico del absolutismo, la invención de su paradigma. Este paradigma es el expresado en el derecho a la vida como derecho inviolable de todos, de cuya tutela depende la superación del *bellum omnium* del estado de naturaleza y la justificación de «ese gran Leviatán que llamamos república o Estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido»[22]. En definitiva, la configuración del Estado como esfera pública instituida y garantía de la paz, y al mismo tiempo de los derechos fundamentales, nació con Hobbes.

Esta esfera pública y este papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela del derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; después, a los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política; más tarde, al derecho de huelga y los derechos sociales, en las constituciones de este siglo, hasta los nuevos derechos, a la paz, al medio ambiente y a la información hoy objeto de reivindicación pero todavía no constitucionalizados. Los derechos fundamentales se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos[23]. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos dere-

J. J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., caps. X y XVIII, pp. 90-92 y 103-105; y en muchas constituciones del siglo XVIII: en el artículo 3 de la *Declaración de derechos* de Virginia de 1786, en el artículo 2 de la *Declaración francesa* de 1789 y en el artículo 3 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793.

22. *Leviatán* [1651], trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1999, Introducción, p. 13.

23. Sobre los procesos históricos a través de los que han ido multiplicándose, extendiéndose y reforzándose los derechos fundamentales, cf. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 (trad. esp. de R. de Asís Roig, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991); G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991.

chos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones de este siglo, incluidas la italiana de 1948 y la española de 1978, nacidas de la Resistencia y del rechazo del fascismo, como pactos fundantes de la democracia constitucional. También forma parte de esta historia la extensión, aunque sea embrional, del paradigma constitucionalista al derecho internacional. En efecto, igualmente en la historia de las relaciones internacionales, con la institución de la ONU y de las cartas internacionales de derechos humanos, se produjo una ruptura de las que hacen época. La ruptura de ese *Ancien Régime* internacional nacido hace tres siglos de la paz de Wesfalia, fundado en el principio de la soberanía absoluta de los Estados y que fue a quebrar con la tragedia de las dos guerras mundiales.

5. *Derechos fundamentales y ciudadanía*

Esta internacionalización de los derechos fundamentales es la tercera de las tesis indicadas al principio y en la que ahora voy a detenerme. Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son «fundamentales» no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-estatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías.

Ahora bien, este cambio corre el riesgo de ser desconocido por una parte relevante de la actual filosofía política. Dos años después de la *Declaración universal de derechos*, Thomas Marshall, en el ensayo antes recordado *Citizenship and Social Class*, identificó con la ciudadanía todo el variado conjunto de los derechos fundamentales, en los que distinguió tres clases: los *derechos civiles*, los *derechos políticos* y los *derechos sociales*, todos llamados, indistintamente, *derechos de ciudadanía*. Semejante tesis, que está en contradicción con todas las constituciones modernas —no sólo con

la *Declaración universal de derechos* de 1948, sino también con la mayor parte de las constituciones estatales que confieren casi todos estos derechos a las «personas» y no sólo a los «ciudadanos»— ha sido relanzada en los últimos años[24], precisamente cuando nuestros acomodados países y nuestras ricas ciudadanías han comenzado a estar amenazadas por el fenómeno de las inmigraciones masivas. En suma, llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, se ha negado su universalidad, condicionando todo su catálogo a la ciudadanía con independencia del hecho de que casi todos, exceptuados los derechos políticos y algunos derechos sociales, son atribuidos por el derecho positivo —tanto estatal como internacional— no sólo a los ciudadanos sino a todas las personas.

En la base de esta operación hay una deformación del concepto de «ciudadanía», entendido por Marshall no como un específico *status* subjetivo añadido al de la «personalidad», sino como el presupuesto de todos los derechos fundamentales, incluidos los de la persona, a comenzar por los «derechos civiles» que, en todos los ordenamientos evolucionados y a pesar de su nombre, conciernen a los sujetos no en cuanto ciudadanos sino únicamente en cuanto personas[25]. Así, la ciudadanía viene a ocupar el puesto de la igualdad como categoría básica de la teoría de la justicia y de la democracia. Para Marshall esta sustitución y el anclaje de todos los derechos fundamentales en la ciudadanía respondían quizá a la voluntad de proporcionar un fundamento teórico más sólido a las políticas del *Welfare*. Su objetivo —y éste es, indudablemente, el aspecto progresivo— era ofrecer, mediante tal categoría, una base teórica a los derechos sociales, a la vista de la superación en sentido socialdemócrata de los viejos modelos liberal-democráticos, que precisamente en aquellos años tenía lugar en los países de capitalismo avanzado. Así, pues, por un lado, se abandonaba la categoría de la igualdad justo en el momento en que la calidad de persona y la titularidad universal de los derechos habían sido solemnemente reconocidas a todos los seres humanos del planeta, no sólo por las nuevas constituciones estatales de posguerra sino también por la *Declaración universal* de 1948. Mientras que, por otro, la asunción

24. Recorriendo el «Saggio bibliografico» de Francesco Paolo Vertova, en *La cittadinanza*, cit., pp. 325-333, se advierte que son poquísimos los libros sobre la ciudadanía publicados antes de finales de los años ochenta.

25. El artículo 7 del *Code civil* de Napoleón, reproducido en muchos otros códigos civiles europeos, establece: «L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen». Para una crítica más analítica de las tesis de Marshall remito a «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», cit.

de los derechos sociales como derechos tan vinculantes e inderogables como los clásicos derechos de libertad servía para conferir una nueva densidad a la calidad de la democracia. Por lo demás, en los tiempos de Marshall todavía los procesos de globalización y de integración mundial y los fenómenos migratorios no habían llegado al punto de poner en estridente contradicción los derechos del hombre y los derechos del ciudadano.

Es más difícil comprender el sentido de la operación a cincuenta años de distancia del ensayo de Marshall. En efecto, de un lado, como se ha visto, muchos teóricos actuales de la ciudadanía han llegado a negar o al menos a poner en duda la naturaleza de «derechos» de los derechos sociales y así a abandonar la idea de un Estado social de derecho basado, precisamente, en los derechos y no en la discrecionalidad de los aparatos, frente a la crisis de eficiencia y de legalidad del Estado social considerada irreversible. Mientras, del otro lado, frente a la paralela crisis del Estado nacional y de la soberanía estatal, a la que está conectada la ciudadanía, parece hoy todavía menos legítimo declinar los derechos fundamentales en términos estatalistas. En efecto, la soberanía, incluso la de los países más fuertes, junto a los límites impuestos a la misma por la estipulación de los derechos, se ha desplazado a sedes supranacionales. Al mismo tiempo, el crecimiento de las interdependencias y a la vez de las desigualdades entre países ricos y países pobres y los fenómenos migratorios y de globalización nos advierten de que caminamos hacia una integración mundial. Que el desarrollo de ésta se produzca bajo la enseña de la opresión o de la violencia o, por el contrario, de la democracia y de la igualdad va a depender también del derecho.

En estas condiciones, la categoría de la ciudadanía corre el riesgo de prestarse a fundar, antes que una categoría de la democracia basada en la expansión de los derechos, una idea regresiva y a la larga ilusoria de la democracia en un solo país, o mejor en nuestros ricos países occidentales, al precio de la no-democracia en el resto del mundo[26]. Con el resultado de una grave pérdida de cualidad de los derechos fundamentales y de nuestro modelo de democracia, cuya credibilidad está plenamente ligada a su proclamado universalismo. Como sabemos muy bien, estos derechos han

26. R. Bellamy, «Tre modelli di cittadinanza», en *La cittadinanza*, cit., pp. 237 ss., ha señalado justamente el sello comunitario de las doctrinas de la ciudadanía, que expresan una concepción de la democracia basada en la «pertenencia a una determinada comunidad».

sido siempre universales sólo de palabra, pues si normativamente desde la *Declaración* francesa de 1789 se han proclamado siempre como derechos de la persona, *de facto* han sido siempre derechos del ciudadano. Y esto porque de hecho, en la época de la Revolución francesa y luego durante todo el siglo pasado y la primera mitad de este siglo, hasta la *Declaración universal* de 1948 y los años en que escribía Marshall, la disociación entre «persona» y «ciudadano» no planteaba ningún problema, al no pesar sobre nuestros países la amenaza de la presión migratoria. Pero sería hoy una triste quiebra de nuestros modelos de democracia, y con ellos de los llamados valores de Occidente, que nuestro universalismo normativo fuera a ser negado precisamente en el momento mismo en que resulta puesto a prueba.

Es claro que a largo plazo —en el que las interdependencias, los procesos de integración y las presiones migratorias están destinados a aumentar— esta antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatalistas, por su carácter cada vez más insostenible y explosivo, tendrá que resolverse con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades. Pero es también claro que si se quiere prevenir gradual y pacíficamente estos resultados y al mismo tiempo dar respuestas inmediatas al que es, ahora ya, el problema más grave de la humanidad y el mayor desafío de la democracia, la política y, antes aun, la filosofía política deberían secundar estos procesos, tomando conciencia de la crisis irreversible de las viejas categorías de la ciudadanía y de la soberanía, así como de la inadecuación de ese débil remedio de su valencia discriminatoria que ha sido hasta hoy el derecho de asilo.

El derecho de asilo tiene un vicio de origen y es que representa, por así decir, la otra cara de la ciudadanía y de la soberanía, es decir, del límite estatalista impuesto por éstas a los derechos fundamentales. Además, tradicionalmente ha estado siempre reservado sólo a los refugiados por persecuciones políticas, raciales o religiosas, y no para los refugiados por lesiones del derecho a la subsistencia. Estos presupuestos tan restrigidos reflejan una fase paleoliberal del constitucionalismo, en la que, por un lado, los únicos derechos fundamentales reconocidos eran los derechos políticos y de libertad negativa, de cuyas violaciones eran víctimas sólo reducidas *élites* percibidas por las *élites* liberales de los países de acogida como sus «semejantes» y, por otro lado, las emigraciones por razones económicas se desarrollaban prevalen-

temente dentro de Occidente, de los países europeos a los americanos, en beneficio recíproco.

Hoy, tales presupuestos del viejo derecho de asilo han cambiado. Las actuales constituciones europeas y las cartas internacionales de derechos han añadido, a los clásicos derechos de libertad negativa, una larga serie de derechos humanos positivos —no sólo a la vida y a la libertad, sino también a la supervivencia y a la subsistencia— desgajándolos de la ciudadanía y haciendo también de su goce la base de la moderna igualdad *en droit* y de la dignidad de la persona. Por tanto, no existe razón para que esos presupuestos no se extiendan asimismo a las violaciones más graves de estos otros derechos, es decir, a los refugiados económicos además de a los políticos. Por el contrario, ha prevalecido la tesis restrictiva, posteriormente desarrollada por las recientes leyes sobre la inmigración, más restrictivas todavía. El resultado es un cierre de Occidente sobre sí mismo que lleva consigo el riesgo de provocar no sólo la quiebra del diseño universalista de la ONU, sino también una involución de nuestras democracias y la formación de una nueva identidad como identidad regresiva, compactada por la aversión hacia el diverso y por lo que Habermas ha llamado «chauvinismo del bienestar»[27]. En efecto, existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico[28].

27. J. Habermas, *Recht und Moral (Tanner Lectures)* [1989], trad. esp. de M. Jiménez Redondo, «Derecho y moral (*Tanner Lectures*)», incluido en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, ²2000, pp. 535 ss. Cf. también J. de Lucas, *Europa: Convivir con la diferencia. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992; Íd., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994; Íd., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.

28. Sobre la interacción entre discriminación de las mujeres en los derechos fundamentales y su percepción como sujetos inferiores, producida en el pasado, cf. Marina Graziosi, «*Infirmitas sexus*. La donna nell'immaginario penalistico»: *Democrazia e Diritto* 2 (1993), pp. 99-143; Íd., «En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio», trad. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 30 (1997), pp. 49-56.

6. *Derechos fundamentales y garantías*

Los argumentos teórico-jurídicos con los que habitualmente se replica la tesis del carácter supranacional de los derechos humanos, sean de libertad o sociales, son de cuño realista. Los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos, porque están desprovistos de garantías. Por la misma razón, como se ha visto, según muchos filósofos y politólogos, tampoco serían derechos los derechos sociales, igualmente carentes de las adecuadas garantías jurisdiccionales[29]. Esta tesis, cuya formulación clásica de debe a Hans Kelsen, es la última de las cuatro que al principio me he propuesto confutar. Se concreta en la afirmación de que, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho.

Así, hemos llegado a la cuarta cuestión enunciada al principio, que es previa a cualquier discurso sobre los derechos, ya sean de derecho interno o de derecho internacional: la de la relación entre los derechos y sus garantías. Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes. Bastaría esto para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre *derechos* y *garantías* en el plano teórico. Las definiciones teóricas son definiciones estipulativas, cuya aceptación depende de su aptitud para satisfacer las finalidades explicativas y operativas que con ellas se persiguen.

Pero no es ésta la razón principal —necesaria además de suficiente— para distinguir conceptualmente entre *derechos subjetivos*, que son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y los deberes correspondientes que constituyen las *garantías* asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos, que forman las que en el apartado 2 he llamado *garantías primarias*, o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras, que forman las que he llamado *garan-*

29. Recuérdense las tesis de Zolo y Barbalet a las que se hace referencia en las notas 13 y 15.

tías secundarias. Lo que hace necesaria esta distinción es una razón bastante más de fondo, intrínsecamente ligada a la naturaleza *positiva* y *nomodinámica* del derecho moderno.

En un sistema nomoestático, como es la moral y como sería un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón, las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas: dado un derecho, o sea, una expectativa jurídica positiva o negativa, existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente; dado un permiso positivo, el comportamiento permitido no está prohibido y, por tanto, no existe la obligación correlativa; dada una obligación, no está permitida la omisión del comportamiento obligatorio y, por consiguiente, no existe el correlativo permiso negativo, mientras que sí existe el correspondiente permiso positivo. En estos sistemas la existencia o la no existencia de tales figuras deónticas está implicada por la existencia o la inexistencia de las correlativas a ellas y asumidas como «dadas». Consecuentemente, en ellos no existen ni antinomias ni lagunas: cuando dos normas entren en contradicción, una de las dos debe ser excluida como inexistente, más que como inválida. Éste es el sentido del principio iusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*: en ausencia de criterios formales de identificación del derecho existente, los únicos criterios disponibles son los criterios lógicos y racionales de tipo inmediatamente sustancial, es decir, ligados a lo que dicen las normas.

Todo esto no es verdadero en los sistemas nomodinámicos de derecho positivo. En estos sistemas la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como *hecho empírico*, del acto de su producción. Por consiguiente, es muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista —aun cuando debiera existir— la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé. Como también es posible que, dado un permiso, exista —aun cuando no debiera existir— la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé.

En suma, en tales sistemas, son posibles y en alguna medida inevitables tanto las lagunas como las antinomias. De aquí se deriva que en estas condiciones, expresadas por el principio positivista *auctoritas non veritas facit legem*, las tesis de la teoría del derecho, cual la definición de derecho subjetivo como expectativa jurídica a

la que corresponde una obligación o una prohibición, son tesis de tipo deóntico o normativo, no sobre el ser sino sobre el deber ser del derecho de que se habla, del mismo modo que lo son las definiciones de la prohibición como no permiso de la actuación y de la obligación como permiso de la omisión, y hasta el mismo principio lógico de no contradicción.

Tornemos ahora al examen de la noción kelseniana de «derecho subjetivo». Kelsen lleva a cabo no una sino dos identificaciones o reducciones del derecho subjetivo a los imperativos que a éste le corresponden. La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular, o sea, la que he llamado *garantía primaria*: «No hay derecho subjetivo en relación con una persona —afirma— sin el correspondiente deber jurídico de otra»[30]. La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez de aplicar la sanción, es decir, la que he llamado *garantía secundaria*: «El derecho subjetivo [consiste] no en el presunto interés, sino en la protección jurídica»[31].

Ahora bien, estas identificaciones son tesis teóricas, con seguridad, no menos verdaderas de lo que puedan serlo las equivalencias lógico-deónticas entre permiso de la actuación y no prohibición, entre permiso de la omisión y no obligación, entre prohibición y no permiso de la actuación y entre obligación y no permiso de la omisión. Pero como éstas, según se ha visto, pueden ser desmentidas, o, mejor, violadas por la realidad efectiva del derecho.

30. H. Kelsen, *Teoría general...*, cit. p. 88; el derecho «no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico» (*ibíd.*, p. 90; Id., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 150: «Pero esta situación de hecho, designada como "derecho" o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una».

31. *Teoría general...*, cit., p. 94. Véase también el pasaje citado en la nota 12. Asimismo: el derecho subjetivo es «la posibilidad jurídica» ofrecida a su titular «de provocar la aplicación de la norma sancionadora correspondiente [...] Sólo cuando un individuo se encuentra en tal situación con la norma jurídica, la aplicación de ésta, es decir, la aplicación de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo orientada hacia tal objeto, por lo cual el derecho objetivo está a la disposición del mismo individuo, y podemos considerar que el derecho objetivo es "su" derecho subjetivo» (*ibíd.*, p. 96); «la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación» (*Teoría pura...*, cit., p. 148).

Ciertamente, es posible que en un sistema de derecho positivo existan de hecho *antinomias*, o sea, contradicciones entre normas, más allá de la existencia de criterios para su solución, que, a su vez, también es un hecho; que junto a la libertad, y por tanto al permiso de manifestar libremente el propio pensamiento exista, como por ejemplo en el derecho italiano, la prohibición penal de *vilipendio* o de otros delitos de opinión. En tales casos no podemos negar la existencia de normas en conflicto, o sea, en nuestro ejemplo, la existencia del permiso y a la vez de la prohibición del mismo comportamiento. Sólo se podrá decir que las normas sobre delitos de opinión son normas inválidas, aunque existentes o vigentes hasta que sean anuladas por la Corte constitucional. En suma, el principio de no contradicción, o sea, la prohibición de antinomias, es, respecto al derecho positivo, un principio normativo.

De forma análoga, es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición correlativa a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro. En otras palabras, que existan *lagunas primarias*, por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las *garantías primarias* del derecho subjetivo, y *lagunas secundarias*, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las *garantías secundarias*. Pero tampoco en tales casos es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un «derecho de papel»[32] y afirmar la obligación del legislador de colmarla. También el principio de plenitud, es decir, la prohibición de lagunas, es, como el principio de no contradicción, un principio teórico normativo.

Posiblemente, en la teoría kelseniana, todo esto se ha visto oscurecido por el hecho de que, en ella, los derechos patrimoniales se toman como figuras paradigmáticas del derecho subjetivo. En efecto, en tales casos la definición teórica de derecho subjetivo como expectativa a la que corresponde un deber no plantea ningún problema, sobre todo por lo que se refiere a las garantías primarias, dado que no parece tratarse de una tesis normativa sino que corresponde exactamente a lo que de hecho sucede: «uno de los contra-

32. Así llama Riccardo Guastini a los derechos no garantizados («Diritti», en *Analisi e diritto, 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappicchelli, Torino, 1994, pp. 168 y 170 [«Derechos», *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. esp. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 179 ss.]).

tantes —escribe Kelsen— tiene un derecho contra el otro sólo cuando éste está obligado a conducirse en cierta forma frente al primero; el segundo tiene un deber jurídico sólo en cuanto el derecho objetivo establece una sanción para el caso de la conducta contraria»[33]. Pero esto depende del hecho de que, como se ha visto, tales derechos son no dispuestos sino pre-dispuestos por normas hipotéticas como efectos de contratos, los cuales son simultáneamente las fuentes de las correlativas obligaciones que forman sus garantías primarias. Y depende, por otra parte, de la milenaria tradición jurisprudencial del derecho civil que siempre ha asociado estrechamente los derechos patrimoniales al derecho de acción como técnica específica de garantía secundaria.

Diverso es el caso de los derechos fundamentales —de todos, y no sólo de los derechos sociales y de los de orden internacional— que, como he mostrado, son inmediatamente (dispuestos por) normas téticas. En este caso, la existencia de las correspondientes garantías —de las primarias y más todavía de las secundarias— no se da por descontada, al depender de su estipulación expresa por normas de derecho positivo muy distintas de las que adscriben los derechos. Por ejemplo, en ausencia del derecho penal no existiría, cuando menos en virtud del principio de legalidad penal, garantía primaria de ninguno de los derechos tutelados por él, a comenzar por el derecho a la vida. De faltar la norma que prohíbe la privación de libertad sin mandamiento motivado de la autoridad judicial no existiría la garantía primaria de la libertad personal. De forma aun más evidente, en defecto de normas sobre la jurisdicción no existirían garantías secundarias para ningún derecho. Pero, obviamente, sólo por tal falta y concurriendo las normas que disponen los derechos, sería absurdo negar la existencia de éstos, en vez de, más correctamente, negar la existencia de sus garantías en ausencia de normas que las predispongan.

En suma, es la estructura nomodinámica del derecho moderno la que impone distinguir entre los derechos y sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen si y sólo si están normativamente esta-

33. *Teoría general...*, cit., p. 96. Kelsen hace un discurso similar para los derechos reales: «El derecho reflejo de propiedad no es, propiamente, un derecho absoluto; es el reflejo de la multiplicidad de obligaciones de un número indeterminado de individuos, con respecto de un mismo individuo, en relación a una y la misma cosa, a diferencia del derecho personal que sólo es el reflejo de la obligación de determinado individuo frente a otro individuo determinado» (*Teoría pura...*, cit., p. 145).

blecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas. Y esto vale tanto para los derechos de libertad (negativos) como para los derechos sociales (positivos), y lo mismo para los establecidos por el derecho estatal que para los establecidos por el derecho internacional. Si no queremos caer en una forma de paradójico iusnaturalismo realista y hacer desempeñar a nuestras teorías funciones legislativas, habremos de admitir que los derechos y las normas que los expresan existen en cuanto son positivamente producidos por el legislador, sea ordinario, constitucional o internacional.

La consecuencia de esta distinción entre derechos y garantías es de enorme importancia, no sólo desde el punto de vista teórico sino también en el plano metateórico. En el plano teórico supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexisencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida *laguna* que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como *antinomias* igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como *actos ilícitos* o anular como *actos inválidos*. En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto. Crítico en relación con las lagunas y las antinomias que ésta tiene el deber de poner de relieve, y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas.

Cuestión distinta es que las garantías sean realizables en concreto. Ciertamente, la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de *garantías sociales* o *positivas* adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y de justiciabilidad parangonables a las aportadas por las *garantías liberales* o *negativas* para la tutela de los derechos de libertad. El desarrollo del *Welfare State* en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos. Todavía menor grado de realización han conocido las garantías en apoyo de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales, que se caracterizan por su casi total inefectividad.

Pero esto sólo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuanto fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos.

A este propósito, es necesario distinguir entre posibilidades de realización técnica y posibilidades de realización política. En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos porque los actos requeridos para su satisfacción serían inevitablemente discrecionales, no formalizables y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales. Ante todo, hay que afirmar que esta tesis no vale para todas las formas de garantía *ex lege* que, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas burocráticas y potestativas propias del Estado asistencial y clientelar, podrían muy bien realizarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, la asistencia sanitaria asimismo gratuita o la renta mínima garantizada. En segundo lugar, la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones reparatorias y similares) ha visto ampliarse sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa. En tercer lugar, más allá de su justiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Sobre todo, en fin, no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciendose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal. Como nada impediría, al menos en una perspectiva técnico-jurídica, la introducción de garantías de derecho internacional, como la publicación de un código penal internacional y la creación de la correspondiente jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad, por lo demás, ya proyectada en el Tratado de Roma, de 17 de julio de 1998; la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad de todos los actos de los organismos internacionales e incluso de los de todos los Estados por violaciones de los derechos humanos; o, en fin, la imposición y la regulación de ayudas económicas y de intervenciones humanitarias, articuladas con la forma de las garantías, en favor de los países más pobres.

Del todo diversa, aunque a menudo resulta confundida con la primera y hasta atribuida a ésta, es la cuestión de la posibilidad de realización política de tales garantías, en el orden interno y, cosa todavía más lejana y difícil, en el internacional. Ciertamente, la satisfacción de los derechos sociales es costosa, exige la obtención y la distribución de recursos, es incompatible con la lógica del mercado o al menos comporta límites a éste. Es igualmente cierto que tomar en serio los derechos humanos proclamados a nivel internacional exige la puesta en discusión de nuestros niveles de vida, que permiten a Occidente gozar de bienestar y democracia a expensas del resto del mundo. Es verdad, también, que el actual viento neoliberal, que ha hecho un nuevo credo ideológico del absolutismo del mercado y del absolutismo de la mayoría, no permite concebir esperanzas sobre la disponibilidad de los sectores bienpensantes —mayoritarios en nuestros países ricos y en minoría respecto del resto del mundo— a verse limitados y vinculados por reglas y derechos informados en el principio de igualdad. Pero, entonces, digamos que los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías. Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer.

7. *El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho*

Las cuatro tesis que se han desarrollado permiten concebir el constitucionalismo —tal como se ha configurado en este siglo en los ordenamientos estatales democráticos con la generalización de las constituciones rígidas y, en perspectiva, en el derecho internacional con la sujeción de los Estados a las convenciones sobre derechos humanos— como un nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista.

En efecto, el postulado del positivismo jurídico clásico es el *principio de legalidad formal*, o, si se quiere, *de mera legalidad*, como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes. Conforme a él, una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción. Como sabemos, la afirmación de este postulado provocó un radical cambio de paradigma respecto del derecho

premoderno: la separación entre derecho y moral, es decir, entre validez y justicia, como consecuencia del carácter totalmente artificial y convencional del derecho existente. En el derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, del hecho de ser «puesta» por una autoridad competente en la forma prevista para su producción.

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad* (o *de legalidad sustancial*). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. A través de la estipulación de la que en el apartado 4 he llamado la esfera de lo indecidible (de lo indecidible *que*, que se expresa en los derechos de libertad, y de lo indecidible *que no*, que lo hace en los derechos sociales), las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Se-

gunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo —la *Carta* de la ONU de 1945, la *Declaración universal* de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949— se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisionales. Es por lo que se redescubre el significado de «Constitución» como límite y vínculo a los poderes públicos establecido hace ya dos siglos en el artículo 16 de la *Declaración de derechos* de 1789: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». Se redescubre, en suma —no sólo en el plano estatal sino también en el internacional—, el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste.

Se puede expresar el cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, afirmando que la legalidad, merced a esto, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del *ser* del derecho, es decir, de su «existencia» —ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, «puesto» por el legislador— y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de «validez», asimismo positivadas con rango constitucional, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica. No se trata de eliminar o de poner en crisis la separación entre derecho y moral realizada con el primer positivismo[34], sino, por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo

34. R. Alexy ha replanteado la tesis de la conexión entre derecho y moral sobre la base de la formulación de las normas constitucionales sustanciales en forma de «principios» (*Begriff und Geltung des Rechts* [1992], trad. esp. de J. M. Seña, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, ²1997; también G. Zagrebelsky, Introducción a R. Alexy, *op. cit.*, trad. italiana de F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, y en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. española de Marina Gascón, Trotta, Madrid, ²1997. Para un análisis crítico de estas tesis, cf. L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

tiempo el Estado de derecho. En efecto, gracias a esta doble artificialidad, no sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivizadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley. De este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho. Ésta ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados.

El resultado es una alteración interna del modelo positivista clásico que, como se ha visto, ha afectado tanto al derecho como a los discursos sobre éste, es decir, a la jurisdicción y a la ciencia del derecho. En efecto, la estricta legalidad, precisamente porque condicionada por los vínculos de contenido que le imponen los derechos fundamentales, ha introducido una dimensión sustancial tanto en la teoría de la validez como en la teoría de la democracia, produciendo una disociación y una virtual divergencia entre validez y vigencia de las leyes, entre deber ser y ser del derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos.

Por otra parte, esta divergencia —que (si bien sería patológica más allá de ciertos límites) es un rasgo fisiológico de la democracia constitucional, su mayor mérito y su seña de identidad, además de su mayor defecto— ha hecho cambiar también la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica. La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.

De aquí se sigue una responsabilidad para la cultura jurídica y politológica, que implica un compromiso tanto más fuerte cuanto mayor es esa divergencia, y por consiguiente el cometido de dar cuenta de la inefectividad de los derechos constitucionalmente estipulados. Es una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la

cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad.

1

TRES PROBLEMAS PARA LUIGI FERRAJOLI

Riccardo Guastini

1. *La definición de derecho subjetivo*

Un derecho subjetivo —según Luigi Ferrajoli (L. F.)— es una expectativa a la que corresponde una obligación: a una expectativa positiva corresponde una obligación positiva de prestación, a una expectativa negativa corresponde una obligación negativa de no lesionar. A la obligación correspondiente a un derecho es a lo que L. F. propone llamar «garantía primaria» del derecho en cuestión.

Ahora bien, ¿en qué sentido «corresponde» a todo derecho subjetivo una obligación? ¿En qué consiste esta correspondencia? L. F. omite el análisis de este concepto. En mi opinión, tal «correspondencia» sólo puede consistir en lo siguiente: en que un enunciado que atribuya un derecho (a un individuo) es traducible, sin pérdida de significado, en un enunciado diferente que imponga una obligación (a otro).

L. F., sin embargo, sostiene simultáneamente las dos tesis siguientes:

(*i*) Primera tesis: la obligación correspondiente a un derecho está lógicamente implícita en el propio derecho. O, lo que es lo mismo, que —por definición— no existe un derecho sin su obligación correspondiente: si falta la obligación, no hay derecho.

(*ii*) Segunda tesis: la obligación correspondiente al derecho puede, sin embargo, no existir. Esto sucede siempre que no existe norma positiva alguna que la establezca: se trata, según parece —como suele decirse—, de una laguna técnica, es decir, de la ausencia de una norma que es condición necesaria para la eficacia de otra.

Me temo que estas dos tesis son contradictorias entre sí: la primera afirma que todo derecho subjetivo implica lógicamente una obligación, la segunda lo niega. La primera tesis, además, reproduce la definición de derecho subjetivo de L. F.; la segunda, la contradice.

Se trata, me parece, de algo tan obvio, que no requeriría de mayor argumentación. Trataré, sin embargo, de demostrarlo en dos formas distintas (en realidad, con dos variantes de un mismo argumento).

a) ¿En qué condiciones se puede decir que un concepto (en este caso, el concepto de derecho subjetivo) implica lógicamente otro (en este caso, el concepto de obligación correspondiente)? La implicación existe si, y sólo si, el segundo concepto aparece en la definición del primero. Y, ciertamente, al definir el concepto de derecho subjetivo, L. F. emplea el concepto de obligación correspondiente. Ahora bien, si el concepto de obligación correspondiente es definitorio del concepto de derecho subjetivo, entonces —por definición— no existe derecho subjetivo sin obligación correspondiente. En ausencia de obligación correspondiente no se puede ni siquiera hablar de derecho, porque faltan las condiciones de utilización del concepto. En resumen, si un (sedicente) derecho subjetivo aparece desprovisto de «garantía primaria», no es que el ordenamiento tenga lagunas: simplemente no existe derecho alguno.

b) La tesis de L. F. según la cual el derecho implica una obligación puede ser analizada como una simple proposición condicional:

Si p, entonces q (1)

es decir, si hay un derecho subjetivo (p), entonces hay una obligación correspondiente (q). Ahora bien, de esta proposición se sigue, mediante la regla del *modus tollens*, que

Si no q, entonces no p. (2)

Lo que es lo mismo que decir, nuevamente, que, sin obligación correspondiente (q), no se da ni siquiera un derecho subjetivo (p).

Al sostener su segunda tesis —la obligación correspondiente al derecho subjetivo, aunque lógicamente implícita en él, sin embargo, no existe sino cuando viene positivamente estatuida por la autoridad normativa— L. F. aduce un argumento que recuerda ciertas tesis del último Kelsen. Para decirlo con brevedad: la lógica gobierna el discurso, no el comportamiento de los legisladores. Dos proposiciones contradictorias, ciertamente, no pueden ser ambas verdaderas (y ni

siquiera ambas falsas), pero no es, de hecho, imposible pronunciarlas. Análogamente, dos normas contradictorias no pueden ser ambas obedecidas simultáneamente, pero no es, de hecho, imposible expedirlas. Ahora bien, así como dos normas contradictorias —de hecho— pueden ser creadas por un mismo legislador, a pesar del principio de no contradicción, del mismo modo, el legislador puede —de hecho— atribuir un derecho subjetivo y, sin embargo, omitir estatuir positivamente la obligación correspondiente, aunque dicha atribución del derecho lógicamente lo exija. El argumento es sugerente pero, a fin de cuentas, no resulta persuasivo.

Como he dicho, la lógica gobierna el discurso, no el comportamiento de los legisladores. Ahora bien, de lo que aquí se está hablando —creo— es más bien del discurso del legislador, no de su comportamiento. De lo que se trata es de saber si un enunciado legislativo (o sea, una norma) del tipo:

Ticio tiene un derecho frente a Cayo (3)

implica el enunciado (o sea, la norma):

Cayo tiene una obligación frente a Ticio (4)

o si, por el contrario, (4) cobrará existencia solamente cuando haya sido producido de forma expresa. Ahora bien, si un derecho es, por definición, una expectativa a la que corresponde una obligación, entonces no hay duda de que (3) implica lógicamente (4). De ahí se sigue que (4) existe en el ordenamiento, como norma implícita, en virtud de la existencia de (3), sin que sea necesario formularla expresamente.

2. *Universalidad de los derechos fundamentales*

Una característica definitoria de los derechos fundamentales es, según L. F., la universalidad. En otras palabras, un derecho es fundamental si se confiere a «todos». Si, en resumen, la norma que lo confiere está formulada mediante el cuantificador universal («todos»).

Ahora bien, L. F., naturalmente, no ignora que el cuantificador universal no es suficiente para distinguir un derecho de un privilegio, desde el momento en que también un privilegio puede ser conferido a una clase universal de sujetos, la cual, sin embargo,

incluya —llevada al límite—, de hecho, un solo miembro. Estructuralmente, la norma que confiere un derecho, digamos, a todos los ciudadanos no es diferente de la norma que concede un privilegio a un individuo particular. Siguiendo un ejemplo de L. F.:

(x) (Si Fx, entonces Gx). (5)

Si asignamos a F el valor ser «ciudadano», entonces el derecho G quedará conferido a todos los ciudadanos:

Para todo x, si x es ciudadano,
entonces x es titular del derecho G. (6)

Pero, si le asignamos el valor «profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Camerino», entonces el derecho G quedará conferido a una clase de personas compuesta —en hipótesis— por un solo miembro:

Para todo x, si x es profesor de filosofía del derecho
de la Universidad de Camerino,
entonces x es titular del derecho G (7)

Es imprescindible, por tanto, seleccionar los predicados en relación con los cuales la cuantificación universal resulta significativa. L. F. defiende la siguiente propuesta: un derecho puede llamarse fundamental cuando viene conferido a todas las personas físicas y/o a todos los ciudadanos y/o a todos los capaces de obrar. Esta propuesta es, naturalmente, muy sensata. No obstante lo cual, suscita ciertas perplejidades.

En primer lugar, las tres clases que distingue L. F. tienen una amplitud diferente. En particular, la clase de los ciudadanos y la de los que tienen capacidad de obrar son clases menos amplias que la de las personas físicas. Por ello, se podría estar tentado de decir que un derecho conferido sólo a los ciudadanos o sólo a los que tienen capacidad de obrar no es, de hecho, universal, en comparación con los derechos conferidos a las personas físicas.

En segundo lugar, no está claro por qué los predicados significativos deben ser los tres mencionados —personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar— y no otros. Supongamos que una norma confiera el derecho de voto en las elecciones municipales a cualquiera que resida en el territorio de la entidad local interesada (independientemente de la ciudadanía e incluso de su capacidad de

obrar). Una norma de este tipo, evidentemente, conferiría un derecho a una clase de sujetos (los residentes) más amplia que la de los ciudadanos y la de los que tienen capacidad de obrar. Y, sin embargo, según la estipulación de L. F., no conferiría un derecho fundamental. ¿No resulta paradójico?

En tercer lugar, una norma que confiera un derecho a cualquier clase de sujetos —por ejemplo, los ciudadanos— conlleva, obviamente, el problema de identificar a los miembros de la clase en cuestión (en nuestro ejemplo, los ciudadanos). Ahora bien, «ciudadano» es un concepto jurídico, más exactamente, un concepto definido por otras normas. De modo que

> Para todo x, si x es un ciudadano,
> entonces x es titular del derecho D (8)

reenvía a la norma que fija las condiciones de la ciudadanía (es decir, a la definición legal de «ciudadano»). Esta última, a su vez, puede ser una norma de privilegio, del tipo

> Para todo x, si x es profesor de filosofía del derecho
> de la Universidad de Camerino,
> entonces x es un ciudadano. (9)

Me pregunto si el problema tiene solución. Si carece de ella, estaría tentado de concluir que la universalidad, después de todo, no es realmente una característica interesante de los derechos fundamentales, ya que se trataría —por así decirlo— de un concepto vacío.

3. *La indisponibilidad de los derechos fundamentales*

Según L. F., además de la universalidad, también la indisponibilidad es una característica definitoria de los derechos fundamentales. Sin embargo, no incluye expresamente la indisponibilidad en el *definiens* de «derecho fundamental», ya que, desde su punto de vista, la universalidad (de un derecho) implica la indisponibilidad (de ese mismo derecho). Los derechos «alienables», dice, son «virtualmente no universales».

El argumento parece ser el siguiente: si un derecho fuera alienable y fuera de hecho alienado, entonces su titular original dejaría de serlo, con lo cual el derecho no sería ya —diacrónicamente—

universal. Este argumento no resultante convincente, porque prueba demasiadas cosas.

Tomemos el caso de la libertad personal. Parece obvio que, en nuestro ordenamiento, la libertad personal —estando conferida universalmente a todas las personas físicas— es un derecho fundamental. No obstante lo cual, uno puede, de hecho, ser privado de la misma (por un acto motivado de la autoridad judicial, sólo en los casos y formas previstos por la ley). ¿Debemos concluir, por ello, que la libertad personal —contemplada desde un punto de vista diacrónico— no es, a pesar de todo, un derecho fundamental? No creo que L. F. estuviera dispuesto a aceptar esta conclusión.

De todos modos, no parece que la indisponibilidad esté lógicamente implicada en la universalidad. La universalidad atiende a la titularidad del derecho, mientras que la indisponibilidad lo hace a su ejercicio. Parece, por tanto, más natural pensar que la indisponibilidad de un derecho subsiste sólo cuando está positivamente estatuida por una norma: una norma distinta de aquella que determina la titularidad del derecho, y que regula, más bien, su ejercicio.

Por tanto, si se quiere sostener que la indisponibilidad es una característica definitoria de los derechos fundamentales, habría que incluirla expresamente en su definición. Y por otro lado, si se definen los derechos fundamentales como aquellos derechos que son no ya solamente universales, sino también indisponibles, se deberá concluir que un derecho puede llamarse fundamental cuando el ordenamiento incluya no una, sino dos normas relativas al mismo: una norma que lo confiera universalmente, y otra que lo declare indisponible.

2

¿TEORÍA GENERAL DEL DERECHO O FUNDACIÓN DE UNA REPÚBLICA ÓPTIMA?

CINCO DUDAS SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LUIGI FERRAJOLI

Ermanno Vitale

1. El ensayo de Ferrajoli sobre derechos fundamentales que abre el presente volumen, supone una etapa más, la última por el momento, de un largo recorrido teórico y, al mismo tiempo, un anticipo. Efectivamente, el texto que aquí se recoge aparece en forma de reconstrucción y discusión analíticas en un libro de título fascinante: *Principia iuris. Teoría jurídica de la democracia*, de próxima publicación. Por ello, acaso resultaría más oportuno esperar y pronunciarse sobre un texto ya definitivamente elaborado, sin correr el riesgo de formular objeciones totalmente irrelevantes, en la medida en que pudieran encontrar una completa y satisfactoria solución en el libro. Queda, sin embargo, la posibilidad de, o bien echando una mirada hacia el pasado, señalar el contraste con las etapas precedentes, o bien de someter a crítica los fundamentos filosóficos de la teoría jurídico-política de Ferrajoli. Una forma útil de conjuntar y realimentar recíprocamente ambas posibilidades de comparación y comentario puede consistir en reconsiderar, de entre todos los ensayos precedentes, aquel que más explícitamente se ocupa del mismo tema y que sostiene, al menos en una primera aproximación, las mismas tesis. Me refiero, obviamente, a «Ciudadanía y derechos fundamentales»[1], Procederé, por tanto, a una breve

1. Publicado originalmente en la revista *Teoria Politica* IX/3 (1993), pp. 63-67; una versión posterior, modificada apareció con el título de «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994 [hay edición española de esta segunda versión, «De los derechos de los ciudadanos a los derechos de la persona», en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, [2]2001, pp. 97-123. Dado que las citas de E. Vitale corresponden a la primera versión, se traducen aquí de su original. *N. del T.*].

reconstrucción de las tesis del ensayo del 93 (citado, en lo sucesivo, como C), con el fin de formular, de la manera más clara posible, y justamente a través de una comparación entre los dos textos, cinco dudas sobre la propuesta teórica esbozada en «Derechos fundamentales» (en lo sucesivo, citado DF).

Anticipando por mi parte el sentido general de estas dudas —las conceptúo de tales no por prudencia expositiva, sino porque realmente no estoy seguro de que no puedan ser resueltas desde el propio discurso de Ferrajoli—, diré que DF no me convence totalmente porque parece encerrar una ambigüedad de fondo, ausente, sin embargo, en la reflexión —más declaradamente política y menos comprometida teóricamente— que animaba C. Me explicaré, fundamentalmente para tratar de despejar yo también un equívoco. Creo compartir en gran medida tanto el *côté* filosófico, la indignación moral y los juicios políticos, como las indicaciones normativas contenidas tanto en C como en DF; es más, podría añadir una nota personal, C ha influido de forma considerable en mis reflexiones sobre comunitarismo, liberalismo y democracia. Pero no se trata de esto. Lo que no creo compartible es la propuesta de que esta indignación, estos juicios y estas indicaciones impliquen una teoría general del derecho *more geometrico demonstrata*. Dicho de otro modo, parecería que sobre el *qué hacer* no haya nada que discutir ni deliberar, pues para su determinación bastaría con un constitucionalismo rectamente entendido, debiendo la política tener por único objeto el *cómo hacer*, transformándose de actividad eminentemente deliberativa en actividad prevalentemente «ejecutiva» (aunque dentro de un proyecto constitucional de amplísimo aliento, con infinitas posibilidades y grados de actuación). Lo que en C parecía claro, es decir, que una cierta forma de entender el presente y el futuro del constitucionalismo se corresponde con un proyecto intelectual, moral y político concreto, en DF parece haber experimentado un vuelco total: la política y la moral se presentan, en el fondo, como derivables de la ciencia constitucional. En cierto modo, como en Hobbes, para el que la ciencia civil resumía y contenía en sí todas las ciencias humanas.

En torno a esta impresión general giran las dudas y cuestiones que trataré de articular en los epígrafes siguientes. A saber, y pasando de lo general a lo particular: *a*) ¿cabe sostener que la definición formal de derecho fundamental sea ideológicamente neutral?; *b*) ¿puede existir un iuspositivismo del «deber ser»?; *c*) ¿la moral y la política se vuelven residuales en la «democracia sustancial»?; *d*) ¿la idea del contrato social constituye, efectivamente, una

metáfora de la democracia?; *e*) ¿la desigualdad en los derechos y el racismo son coesenciales?

2. Volvamos, ahora, a C, ensayo bien conocido pero del que considero oportuno, a los fines de mi argumentación, reconstruir sus líneas esenciales. Ferrajoli partía, entonces, de la crítica al sociólogo Marshall —que en *Citizenship and social class*[2] relacionaba la concesión de los derechos fundamentales con la noción de ciudadanía— observando que «desde el derecho romano se ha distinguido siempre, junto al *status civitatis* (o ciudadanía), el *status personae* (o personalidad o subjetividad jurídica) identificado como *status libertatis* (propio del hombre libre frente a los siervos)» (C, 65). Tal distinción constituía igualmente el armazón teórico de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la que ciertos derechos (libertad, propiedad, seguridad, *habeas corpus* y garantías procesales) se conferían a las personas, mientras que otros (en esencia, el derecho de concurrir a la formación de las leyes y de acceder a cargos públicos) quedaban reservados a los ciudadanos. Esta dicotomía permitía a Ferrajoli formular ulteriores críticas a la *vulgata* en materia de derechos fundamentales y, al mismo tiempo, proponer ciertas definiciones y distinciones. Recogiendo en las conclusiones tanto una «tipología a dos niveles» de los derechos fundamentales de gran utilidad para la clarificación de toda esta materia, como un proyecto jurídico-político de gran aliento.

En el plano de los derechos del hombre, la crítica principal se refería a la confusión entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, y la consiguiente necesidad de una clara separación entre ambos:

> La propiedad, como el crédito y el resto de derechos patrimoniales, no es, ciertamente, universal en el sentido en que lo son todos los derechos de la personalidad y de la ciudadanía, sean éstos humanos, civiles, políticos o sociales. La propiedad es un derecho que por su propia naturaleza existencial, *excludendi alios*, no corresponde a todos, dado que cada individuo puede ser o no titular y, de serlo, lo es con exclusión de los demás. Pero no sólo esto. A diferencia de todos los derechos de la persona y del ciudadano, que son derechos indisponibles e inalienables —sustraídos tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría— y como el resto de los derechos patrimoniales, la propiedad es, por su propia naturaleza, un derecho disponible, es decir, alienable, negociable, transigible (C, 67).

2. T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linares, Alianza, Madrid, 1998, pp. 13-82.

De esta aclaración se podría, entonces, derivar un modelo que distinguiese —en el nivel de los criterios de diferencia intrínseca, estructural— cuatro tipos de derechos fundamentales: los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos de libertad y los derechos sociales:

> El primer par de esta cuatripartición —*derechos civiles* y *derechos políticos*— formaría la clase de los derechos-poderes o de autonomía, respectivamente, en la esfera privada y en la esfera pública. Se trata, efectivamente, en ambos casos de derechos cuyo ejercicio consiste en tomar decisiones, es decir, en actos jurídicos que producen efectos y cuya titularidad presupone, por ello, respectivamente, la capacidad de obrar contractual y política. El segundo par —*los derechos de libertad* y *los derechos sociales*— formaría, por su parte, la clase de los derechos-expectativas. Y consistirían, respectivamente, en la expectativa negativa y en la expectativa positiva que se corresponden, en lo que a los poderes públicos respecta, con prohibiciones de interferencia y obligaciones de prestación (C, 68).

Para que estos derechos, y en especial los derechos sociales, no resultaran ineficaces, era necesario que a su proclamación siguiesen las formas de garantía adecuadas. Pero, mientras que en C el problema se afrontaba, en buena medida, en términos económico-administrativos, en DF la profundización en el análisis del nexo entre derechos y garantías supone, como ya se ha dicho, una novedad muy significativa por cuanto contribuye a revolucionar la teoría de la validez de las normas jurídicas. Pero este asunto, como suele decirse, merecería un ensayo aparte.

En un segundo nivel independiente del anterior, Ferrajoli colocaba —empleando como criterio exclusivo la positivización o no de los derechos fundamentales— la distinción entre derechos del hombre o de la personalidad y derechos del ciudadano o de ciudadanía. A este respecto, la observación decisiva consistía en poner de relieve cómo la ciudadanía, con los derechos que a ella se conectan, constituiría un último privilegio de *status*, una suerte de residuo del *ancien régime* que habría terminado por reconstruir una suerte de paradójico nuevo «antiguo régimen» a nivel internacional:

> Hoy la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación además de —como lo fue en el origen del estado nacional— factor de inclusión e igualación, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, la última contradicción no resuelta

> con la afirmada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales (C, 74).

Ahora bien, suprimir el *status* de ciudadano o, lo que es lo mismo, extenderlo a todos los hombres, conducía necesariamente al proyecto de una constitución mundial; y, en este mismo sentido, una constitución europea sólo podía interpretarse como un primer paso, como un posible núcleo fundacional de un constitucionalismo cosmopolita o de un cosmopolitismo constitucional.

Ferrajoli concebía explícitamente esta argumentación como una gran batalla ilustrada que, si bien exigía un enorme esfuerzo en el plano de la militancia intelectual, quedaba confiada, principalmente, a la voluntad de sublevación de los desvalidos, de los débiles y, en parte, determinada (o al menos influida) irremediablemente por los incontrolables procesos de transformación geopolítica del planeta:

> Los derechos fundamentales, como ha señalado Salvatore Veca, sólo se extienden a los excluidos, cuando la presión que ejercen sobre las puertas de los incluidos se vuelve irresistible. Y podemos añadir, a la inversa, que esta presión se reducirá por sí sola, cuando nos veamos obligados a suprimir sus causas mediante la desaparición de la ciudadanía como *status* privilegiado y el reconocimiento a todos de los mismos derechos, incluyendo las libertades de residencia y de circulación (C, 74).

En resumen, en mi opinión, todo el razonamiento de C partía de un presupuesto: si se quiere tomar en serio el constitucionalismo engendrado en la segunda posguerra mundial —es decir, las constituciones nacionales tales como la italiana y la alemana, tentativas ambas, aunque contradictorias, de proclamación de derechos universales—, entonces estas indicaciones, independientemente de las dificultades de su realización práctica, no pueden ser más que su corolario teórico. En DF estos mismos contenidos no aparecen —a parte de cierta profundización en algunas cuestiones específicas, la más importante de las cuales se refiere a la relación entre derechos y garantías— apenas modificados. Lo que, a mi parecer, sí queda profundamente modificada es la estructura argumentativa de estos mismos contenidos. En síntesis, no se trata ya de proceder a demostrar cómo una cierta tipología de los derechos y un cierto proyecto de constitución europea y mundial sean las interpretaciones más coherentes —o, incluso, la única interpretación posible, siempre que se asuma una orientación política de matriz, digámoslo así, liberal socialista— de los principios que la historia del constitucio-

nalismo moderno ha elaborado, sino más bien de demostrar cómo estos últimos, pese a ser históricamente anteriores, no son, en realidad, más que algunas de las proposiciones lógicamente derivables de la *recta ratio* aplicada al derecho. Una vez tomada esta vía, siendo por definición una sola la *recta ratio*, todo el sistema tiende a presentarse como inobjetable, salvo eventuales errores «materiales» que el propio sistema puede autocorregir siguiendo su lógica interna. Lo que podría definirse como una forma de «spinozismo jurídico». Si las cosas son efectivamente así, las objecciones relevantes pueden plantearse bien en el nivel de los principios del razonamiento, es decir, verificando sus premisas, o en el nivel de la coherencia con tales premisas de tal o cual de las proposiciones derivadas. Considero que, de las cinco dudas formuladas, la primera y la segunda se refieren a las premisas, mientras que las demás suscitan cuestiones de coherencia en afirmaciones concretas, sin menoscabo, no obstante, de la teoría general.

3. Comencemos, pues, con el punto (*a*) relativo a la «neutralidad ideológica» de la definición de derecho fundamental o, en cierto sentido, a su carácter trascendental. Ferrajoli afirma, antes que nada, que su definición de derechos fundamentales como «derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar» es válida «cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática» (DF, 21). En mi opinión, esto es sólo parcialmente cierto. Lo es en relación con el hecho de que no es necesario, para concebir un objeto lógico, que se den las condiciones de materialización del mismo. La esencia de los derechos fundamentales, por así decir, no implica su existencia: se puede pensar en ella también para negar su existencia o su conveniencia Sin embargo, para pensar el objeto jurídico «derecho fundamental» según la definición anterior, resulta necesario, cuando menos, tener una idea de individuo o de persona. Y no todas las filosofías, y consecuentemente, no todas las filosofías políticas, reconocen al individuo como ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental. Todas las visiones holístico-organicistas niegan justamente el concepto mismo de autonomía individual al que remiten tanto la capacidad de obrar, como el *status* de persona o el de ciudadano. No por casualidad proviene del ámbito comunitarista la demanda de considerar fundamentales a los derechos colectivos de las minorías o de las «for-

mas de vida», se identifiquen éstas con el pueblo, la nación o con el grupo étnico-cultural. Si, además, aceptamos la venerable categoría de despotismo oriental, *grosso modo* transmutada en nuestro siglo en lo que definimos como totalitarismo, no sólo no puede haber lugar para una constitución que reconozca derechos fundamentales de titularidad individual, sino que allí donde hegelianamente sólo uno es libre, no es posible concebir siquiera la existencia de una pluralidad de sujetos que el derecho deba tutelar en sus relaciones recíprocas.

Pero quizá haya más. Del individuo o de la persona resulta necesario definir sus predicados esenciales. Una definición diferente de tales predicados supone, *de facto*, una concepción diferente de sus relaciones interindividuales, que son las que el derecho se encarga de regular. La naturaleza del individuo y de sus relaciones no me parecen indiferentes para la definición no sólo de cuáles son los derechos fundamentales, sino del propio concepto de derecho fundamental. Es verdad que las diferentes imágenes de individuo propuestas por los principales autores del contractualismo moderno —individuo como posseedor de un *ius in omnia* originario, el individuo propietario, el individuo como «ciudadano», el individuo como persona moral— plausiblemente sólo determinan criterios de inclusión/exclusión y de proclamación de tal o cual derecho como fundamental. En relación con estas imágenes, tiene razón Ferrajoli al afirmar que su definición las trasciende. Pero el requisito de la capacidad de obrar como necesario para la adscripción de ciertos derechos fundamentales viene determinado por una opción valorativa no compartida, por ejemplo, por el pensamiento de matriz católica, que posee una concepción de la persona que incluye también al embrión (pienso en todas las cuestiones de bioética que implican problemas de derechos fundamentales). Y ¿qué puede decirse de todas las filosofías «verdes» o animalistas que convierten en sujetos de derecho a otros seres vivos, a las generaciones futuras o al entorno *tout court*? ¿E, incluso, de todas las perspectivas, por así decir, ultra-individualistas de ascendencia stirneriana que, radicalizando al individuo y empujándolo al nihilismo, constituyen una suerte de *pendant* del totalitarismo?

Pasemos al punto (*b*) que podríamos reformular del siguiente modo: ¿cuánto iusnaturalismo hay en el iuspositivismo de Ferrajoli? En DF puede leerse:

> [...] las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del de-

> recho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación (p. 53).

Lo que se ha producido en la segunda postguerra ha sido la introducción en la constitución de principios sustanciales, de contenido, «en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica» (p. 54). Se ha reconocido, en resumen, la rigidez de las constituciones o el principio de *estricta legalidad* o de *legalidad sustancial*. Se trata de un artificio ingenioso pero ¿por qué no decir más abiertamente que los principios fundamentales del constitucionalismo postbélico al que se refiere Ferrajoli —entendiéndolo con acierto como una interpretación extensiva del artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución»— no pueden ser otra cosa que la positivización de una cierta idea del hombre y de la sociedad elaborada por el iusnaturalismo moderno?

Además, como observa el propio Ferrajoli, el principio de estricta legalidad implica la admisión de «una dimensión sustancial tanto en la teoría de la validez como en la teoría de la democracia, produciendo una disociación y una virtual divergencia entre validez y vigencia de las leyes, entre deber ser y ser del derecho, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos» (DF, 55). Surge, en definitiva, una dimensión proyectiva de la ciencia jurídica y una función crítica de la jurisdicción. En la medida en que todo este proceso se refiera a la conformidad y a la coherencia de los ordenamientos jurídicos con los principios constitucionales, una definición del nuevo iuspositivismo obtenida por negación del paleopositivismo puede resultar suficiente. En definitiva, se trata de un ejercicio de perfeccionamiento interno, en la medida en que dicho proceso posee características de un permanente *work in progress*. Pero cuando ese proceso crítico deba implicar, como es difícil imaginar que no suceda siguiendo la propia lógica «sustancialista» del principio de estricta legalidad, a los propios principios fundamentales, ¿seguirá siendo suficiente hablar de nuevo paradigma iuspositivista, de revolución interna de tal paradigma, o se deberá admitir que las cuestiones afectadas remiten a la moral o al derecho natural? Dicho de otro modo, pese a comprender perfectamente las razones de la separación entre moral y derecho, y más aun la

necesidad de evitar una suerte de retorno a la pandectística, me parece que en DF se produce sólo (y menos mal) una remoción terminológica del derecho natural, pero no de su concepto.

Aparece, así, la duda incluida en el punto (*c*), es decir, la cuestión de la así llamada «democracia sustancial». En DF puede leerse:

> En efecto, en el Estado democrático de derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia *formal* o *política*, en cuanto disciplinan las *formas* de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la *sustancia* (o el *significado*) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia *sustancial* (p. 37).

La expresión «democracia sustancial», aunque algo provocadora (aparecía ya en C, 69, pero había pasado, acaso, inadvertida) no tiene explícitamente relación alguna con la democracia auténtica como contrapuesta a la aparente. Aclarado esto, aunque acaso no hubiera sido necesario, queda la duda de si la «democracia sustancial» de los principios fundamentales del constitucionalismo no fagocitará al resto del constitucionalismo mismo, es decir, a la democracia procedimental o formal, y a su substrato, la discusión pública. En resumen, de si no reducirá tendencialmente a cero o, en todo caso, erosionará notablemente la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y de deliberación por el sistema de mayoría. O, dicho más generalmente, a la *política* democrática. Se podría, por ejemplo, imaginar, como hace el propio Habermas, a los derechos fundamentales, y entre ellos particularmente a los derechos sociales, paternalistamente garantizados por tecnócratas, entre los que podrían contarse los propios jueces constitucionales. O se podría sospechar que los derechos fundamentales, junto con las sentencias del Tribunal Constitucional que otorgan su interpretación auténtica, pasen a encarnar una suerte de «voluntad general» presunta, que al parlamento y al gobierno corresponda simplemente poner en ejecución. O, por alejarnos aún más en el tiempo, se podría recordar al Platón de *Las leyes*, donde se afirma que el ordenamiento jurídico, una vez producido y sometido a un conveniente período de prueba, debe considerarse prácticamente inmutable. Los custodios de las leyes no deben jamás consentir «que se modifique nada adrede, y si alguna vez pareciera que ha sobrevenido alguna circunstancia de carácter forzoso, menester será que

sean consultadas en calidad de consejeros todas las autoridades, y todo el pueblo, y si todos se muestran de acuerdo, entonces sí, modifíquese, pero jamás y en modo alguno si no es así, antes bien prevalezca conforme a la ley quien en cada caso quiera impedirlo» (VI, 772 c-d[3]). La «democracia sustancial» de Ferrajoli parece, así, asumir los rasgos si no de una óptima república gobernada por filósofos, los de una «casi óptima república», en la que el principio de legalidad estricta, con todas sus posibles implicaciones sobre la producción jurídica y sobre las dinámicas económicas, despeñaría la función de idea reguladora de la praxis social y de estrella polar del eventual cambio político.

Las dos últimas observaciones (*d*) y (*e*) son, en el contexto de DF, poco más que cuestiones de detalle, que subrayo porque me parecen ulteriores «indicios» que apuntalan mi duda general: que una, por otra parte legítima y en buena medida compartida por mí, toma de partido en el ámbito de la filosofía moral, política y del derecho haya asumido los ropajes de una doctrina del derecho como ciencia exacta. En cuanto al punto (*d*), escribe Ferrajoli:

> [...] la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y al a vez como *causa* precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia (DF, 38).

Pues, aunque es cierto que «el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista» (DF, 38) tengo la impresión de que se ha forzado la expresión para sobreponer y tendencialmente confundir el procedimiento contractual o del pacto (unanimista) con el procedimiento democrático de decisión por mayoría; así como la legitimación ascendente del poder político con la forma de gobierno democrática. El equívoco de una génesis inevitable de la forma de gobierno democrático a partir del consenso del pacto ya se había presentado en los orígenes del iusnaturalismo moderno, en el *De cive* (VII, 7-8[4]), si bien el propio Hobbes

3. Platón, *Las leyes* I, trad. de J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, ²1983, p. 227.

4. *Tratado sobre el ciudadano*, ed. y trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, pp. 71-72.

se había corregido en el *Leviatán*, modificando la forma de la doctrina del *pactum unionis*, recurriendo a una teoría más sofisticada de la autorización que suprimía toda conexión necesaria entre institución mediante un pacto de la sociedad civil y democracia. En lo relativo al nexo entre «democracia sustancial» y derecho de resistencia, conviene subrayar que, de los grandes contractualistas modernos, sólo Locke lo previó, y ello como consecuencia de su liberalismo, no de su democraticidad.

Por último, DF establece una relación causal entre paridad en los derechos e igualdad y, del mismo modo, entre desigualdad en los derechos y racismo:

> En efecto, existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico (p. 44).

Ahora bien, ¿es ello cierto? Y, sobre todo ¿es tan simple el problema? Sobre democracia e igualdad, se me presenta, con Bobbio, la pregunta ¿qué democracia?, ¿igualdad entre quién y en qué? En relación, por su parte, con desigualdad en los derechos y racismo, la pregunta es si no se está sustituyendo la causa por el efecto o si, en todo caso, el nexo es realmente tan estrecho. Si tomamos el término racismo en su acepción más amplia y prevalente hoy, como prejuicio y discriminación inmotivada frente al culturalmente diferente, se podría recordar, acaso banalmente, que los italianos del sur tenían los mismo derechos que los italianos del norte y que, sin embargo, los italianos meridionales emigrados al norte de Italia eran considerados, por no pocos locales, como inferiores. Me pregunto por ello, una vez más, si no será una cuestión de formación civil más que de derecho positivo, una cuestión que vuelve a poner en juego a la moral y a la política como reguladoras, *junto al derecho*, de la difícil convivencia de los seres humanos.

3

LIBERTAD, PROPIEDAD E IGUALDAD EN LA TEORÍA DE LOS «DERECHOS FUNDAMENTALES»

A PROPÓSITO DE UN ENSAYO DE LUIGI FERRAJOLI

Danilo Zolo

El ensayo de Luigi Ferrajoli aparecido en *Teoria politica* es una avance parcial, aunque muy importante, de una obra de gran alcance teórico en la que trabaja desde hace años[1]. El objetivo de Ferrajoli, como es sabido, consiste en realizar una formalización rigurosa de la teoría de los derechos subjetivos. Se trata de una tarea teórica que comenzó al inicio de los años setenta con el libro *Teoria assiomatizzata del diritto,* en el que sentó las bases para su trabajo posterior, incluyendo su amplio trabajo sobre derecho penal, *Diritto e ragione*[2]. Es, por ello, lógico que este nuevo ensayo contenga una serie de remisiones a categorías conceptuales que constituyen una verdadera y particular visión del mundo —una *Weltanschauung*, como en un tiempo solía decirse—, además de una epistemología y una teoría general del derecho.

Para discutir con la seriedad que se merecen las tesis de ese ensayo, sería necesario abordar el conjunto de presupuestos filosóficos en que se basa —y que Ferrajoli tiende a conservar en una suerte de latencia teórica— e intentar su especificación y su

1. Cf. L. Ferrajoli, «Diritti fondamentali»: *Teoria Politica* XIV/2 (1998), pp. 3-33 [edición española en L. Ferrajoli, «Derechos Fundamentales», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, [2]2001, pp. 37-72; reproducido en este mismo volumen, *supra,* pp. 19-56]. La obra a la que me refiero, de próxima publicación, llevará por título *Principia Iuris. Teoría jurídica de la democracia.*

2. Véase L. Ferrajoli, *Teoria assiomatizata del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1989 [edición española L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, [4]2000].

eventual problematización[3]. Dado que no es éste el lugar adecuado para una tarea tan exigente —y para la que, acaso, ni siquiera dispongo de los recursos intelectuales necesarios—, me limitaré a tratar, tan sólo, algunos puntos que me tocan más de cerca. Me disculpo por este enfoque selectivo y tan poco sistemático, en cierta medida provocado por la gran cantidad de cuestiones teóricas y políticas que el ensayo de Ferrajoli trata, suscita o, al menos, roza. Me servirán de ayuda, en mi selección, las referencias críticas que Ferrajoli dedica a algunas de mis opiniones. En definitiva, no haré más que tratar de responder, indirectamente, a sus críticas. Y lo haré con el máximo respeto, como Ferrajoli bien sabe, por su trabajo teórico y por las motivaciones profundas que lo inspiran.

1. *Una definición formal de los «derechos fundamentales»*

Al comienzo de su ensayo, Ferrajoli anuncia que se dispone a elaborar una definición formal del concepto de «derechos fundamentales». «Derechos fundamentales», como es sabido, es una categoría metajurídica, toda vez que dicha noción no pertenece al léxico normativo de ningún texto constitucional, ni de ningún ordenamiento jurídico moderno. Con el término «derechos fundamentales» (*Grundrechte*), ciertos teóricos del derecho europeo se refieren, genéricamente, a las «libertades fundamentales»[4]. La filosofía política angloamericana, pienso por ejemplo en John Rawls, emplea, por el contrario, la expresión «libertades fundamentales» (*basic liberties*) para referirse a la tradición que, partiendo del *habeas corpus*, llega hasta las constituciones liberaldemocráticas contemporáneas[5]. Tam-

3. Un intento de este tipo, aunque de forma sumaria, lo realicé hace años discutiendo las bases filosóficas generales del libro de Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit.; véase mi intervención, «Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 444-456; y la respuesta de Ferrajoli, *ibíd.*, pp. 515-520.

4. Cf. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 13; véase también R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985 [edición española, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993].

5. Cf., por ejemplo, J. Rawls, «The Basic Liberties and Their Priorities», en S. M. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 3, University of Utah Press, Salt Lake City, 1982, pp. 1-87 [edición española, «Las libertades fundamentales y su prioridad» en J. Rawls y otros, *Libertad, igualdad y derecho: las conferencias Tanner sobre filosofía moral (S. M. McMurrin [ed.])*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 9-90].

bién Ronald Dworkin suele emplear el término *rights* (o, como mucho, *moral rights*), sin ulteriores cualificaciones[6]. Por otro lado, un autor como Gregorio Peces-Barba, que ha dedicado un abultado volumen a los *derechos fundamentales*, afirma emplear tal noción como sustancialmente equivalente a la de «derechos del hombre» (mucho más frecuente en el lenguaje político-jurídico desde la «Declaración Universal» de 1948)[7]. Salvo una pocas excepciones cabe, en resumen, afirmar que los mayores teóricos del derecho y de la política, incluyendo a Norberto Bobbio, utilizan muy raramente la expresión «derechos fundamentales»[8]. Y, cuando la usan, lo hacen para designar, sin sofisticación formal alguna, a los principales derechos de libertad que, a partir de las grandes revoluciones burguesas, han reconocido las constituciones modernas como instrumentos de protección de determinados intereses, valores o expectativas (individuales y de grupo).

Ferrajoli ya se había referido al tema de los «derechos fundamentales» tanto en su *Teoria assiomatizzata del diritto* como en *Derecho y razón*[9]. En ambos textos, sostenía la necesidad de distinguir claramente los «derechos fundamentales», en cuanto capacidad de «satisfacer el valor de las personas y realizar su igualdad», de los derechos patrimoniales (derecho de propiedad, derecho de crédito, etc.), considerados como la fuente de la «desigualdad jurídica» entre los sujetos. Mientras que los «derechos fundamentales [...] son condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o ciudadano» y, por ello, «inviolables, inalienables e indisponibles», los derechos patrimoniales —sostenía Ferrajoli— establecen «relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder y de exclusión entre sujetos

6. Véase R. M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978 [edición española, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Planeta-Agostini, Barcelona, 1992]; R. M. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.

7. Véase G. Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991. Los «derechos del hombre» vienen definidos sintéticamente por este autor como «moralidad legalizada», refiriéndolos a su origen iusnaturalista.

8. Bobbio hace un uso informal y muy limitado de esta expresión. En *L'età dei diritti* (Einaudi, Torino, 1990 [edición española, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991]), por ejemplo, prefiere sistemáticamente la expresión «derechos del hombre».

9. Cf. L. Ferrajoli, *Teoria assiomatizzata del diritto*, cit., pp. 98-105. El tema aparece en *Derecho y razón*, cit., pp. 908-912. Sobre este punto, véase en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, cit., la intervención crítica de M. Jori, «La cicala e la formica», en especial, pp. 109-113, y la réplica de Ferrajoli (*ibíd.*, pp. 508-512).

jurídicamente desiguales»[10]. Subrayando la «diferencia básica de estructura» entre los dos tipos de derechos, Ferrajoli pretendía promover una «mejora conceptual y lingüística» frente a un uso promiscuo de la expresión «derechos subjetivos» que, en su opinión, se había convertido en el «vehículo de una secular operación de mistificación», de la cual eran responsable la tradición liberal y, simétricamente, la marxista[11].

En las páginas que abren su nuevo ensayo, Ferrajoli parece abandonar las motivaciones éticas y políticas que en los textos anteriores animaban su proyecto de «mejora» del léxico teórico de los juristas. Parece, en realidad, quererse apartar de toda perspectiva histórico-política e ideológica. Su definición de «derechos fundamentales», afirma, prescinde de las «situaciones de hecho» y, por ello, de la «naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales»[12]. Y pretende prescindir, incluso, de su naturaleza «positiva», y, así, del haber sido previstos en un ordenamiento efectivamente vigente. Su pretensión es la de basarse únicamente en el carácter universal de su atribución «en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal»[13].

Ferrajoli propone, por ello, denominar «fundamentales» a aquellos derechos que, dentro de un determinado ámbito normativo —lo que no implica, sin embargo, dentro de un específico ordenamiento positivo—, quedan atribuidos a los sujetos en cuanto personas o en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de actuar[14]. «Fundamentales», en esencia, son aquellos derechos que aparecen reconocidos en favor de determinados sujetos con base en su *status* y no con base en su actividad negocial. Tales derechos atribuyen facultades jurídicamente no disponibles o inalienables y, por ello, sustraídas al intercambio mercantil.

10. Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 908, 910.

11. Cf. *ibid.*, pp. 909.

12. Cf. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 19-20. [Ferrajoli no habla de «situaciones de hecho», sino de «circunstancia de hecho», se ha respetado la cita inexacta, *N. del T.*]

13. Cf. *supra*, p. 20.

14. Parecería, pues, que los «derechos del niño» (Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959) o los «derechos políticos de la mujer» (Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1952) no merecerían, según Ferrajoli, la calificación de «derechos fundamentales». Sobre el tema de la tendencia a la «especificación» de los derechos del hombre, cf. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 72 ss.

Esta definición prescinde, en primer lugar, del contenido de los derechos: incluso el derecho a ser saludado por la calle o el derecho a fumar, escribe Ferrajoli, serían «derechos fundamentales» si fuesen atribuidos a determinados sujetos en su calidad de personas o de ciudadanos o por su capacidad de obrar. Ahora bien, obsérvese que la definición prescinde, también, de la efectiva atribución de los derechos a todos los miembros de un grupo social. Si en Italia el derecho a ser saludado por la calle quedase atribuido, digamos, a los generales de carabineros en la reserva, por ser los únicos definidos como ciudadanos *optimo iure*, este derecho merecería la denominación de «fundamental».

Resulta lícito deducir, a la luz de la definición propuesta por Ferrajoli, que incluso el derecho de sufragio atribuido en exclusiva a los propietarios de bienes raíces, en la medida en que son los únicos considerados como ciudadanos en sentido pleno, debería considerarse un perfecto «derecho fundamental», por tratarse de un derecho asociado con una definición de *status* y no dependiente de la capacidad adquisitiva de un sujeto concreto. (Como es sabido, la restricción censitaria de los derechos políticos se adoptó en la Francia post-revolucionaria y fue teorizada por Sieyès y Kant como uno de los fundamentos del Estado liberal.) En esta línea, Ferrajoli llega a sostener no sólo que los derechos fundamentales han existido siempre en Occidente, a partir del derecho público romano —independientemente de que estuvieran limitados a una clase notablemente restringida de sujetos—, sino que su reconocimiento es totalmente compatible con un régimen totalitario o despótico.

Según Ferrajoli, la utilidad teórica de esta definición formal y las ventajas que ofrece frente al léxico no formalizado resultarían evidentes. Al no referirse a los bienes, ni a los valores, ni a «necesidades sustanciales», que en cada ordenamiento aparecen tutelados por los «derechos fundamentales», esta definición sería válida para cualquier ordenamiento, incluyendo, como hemos visto, a los premodernos o totalitarios. Esta definición sería, por ello, «ideológicamente neutral» y, de este modo, «válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática»[15]. Y son estas características de avaloratividad, abstracción y neutralidad ideológica las que, según Ferrajoli, hacen de esta definición una auténtica categoría de la «teoría general del derecho». De esta for-

15. Cf. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 21.

ma, Ferrajoli demuestra, implícitamente, que concibe la «teoría del derecho» como una disciplina avalorativa e ideológicamente neutral, según los cánones más ortodoxos (carnapianos) del neopositivismo lógico vienés.

La principal cuestión que discutiré en las próximas páginas es igualmente simple que radical: me preguntaré si la formalización de la noción de «derechos fundamentales», en la forma elaborada por Ferrajoli, resulta teóricamente útil en el sentido en que la emplea. La duda se refiere, especialmente, a la conexión entre la noción formalizada de «derechos fundamentales» propuesta en las páginas que abren el ensayo, y las cuatro tesis sobre la «democracia constitucional» que Ferrajoli se esfuerza en deducir en los epígrafes siguientes. Me preguntaré, también, si no sería preferible un uso espistemológicamente más débil, pero no por ello menos plausible desde el punto de vista semántico, de esta noción. Y, finalmente, como se verá, me decantaré por el uso de otros términos —en absoluto avalorativos o neutrales— como, por ejemplo, «derechos subjetivos de libertad» o «libertades fundamentales» o, sencillamente, «derechos del hombre». Pienso que con estos términos se puede seguir designando de forma útil a los institutos jurídicos que en la tradición demoliberal occidental han contribuido a tutelar, en contextos histórico-políticos y económicos concretos, los intereses y necesidades socialmente emergentes. En particular, la libertad personal, la libertad de pensamiento y de asociación, la propiedad privada y la libertad de iniciativa económica.

Obviamente, habría que clarificar de forma preliminar qué se entiende por «teóricamente útil». Por mi parte, me limitaré a decir que considero útil una categoría teórica si me sirve de ayuda para orientarme dentro de un determinado campo o entorno problemático. Es decir, si contribuye a plantear y a seleccionar de forma clara ciertas cuestiones prácticas que estimo relevantes, a sostener previsiones fiables y a sugerir soluciones dotadas de un suficiente grado de racionalidad instrumental. Resulta evidente que mi epistemología de referencia, inspirada en la idea postempirista y pragmática de la *bounded rationality*, no coincide con la de Ferrajoli, en cuya propensión formalista se reconocen las enseñanzas kelsenianas, a su vez influidas por el platonismo neokantiano de la escuela de Marburgo y las del neopositivismo lógico.

2. *Lógica formal y democracia «sustancial»*

Concluido el primer epígrafe, Ferrajoli abandona la elaboración formal y sostiene inmediatamente que su definición de «derechos fundamentales» permite «fundar cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional» y «confutar» las opiniones contrarias a la misma[16]. Este brusco paso del plano de la lógica formal al de la teoría normativa —cualquier teoría de la democracia es, indiscutiblemente, una teoría normativa— me suscita una primera perplejidad general de orden epistemológico.

Me pregunto si una formulación lógica puede ofrecer un «fundamento esencial» a una teoría normativa. ¿Se puede concebir que una teoría normativa —más aun, si se refiere a la experiencia política— pueda prescindir de la asunción de valores, de opciones morales y de una referencia implícita a los conflictos, intereses y necesidades? ¿Qué puede significar el que, con base en una definición lógica, queden «confutadas» concepciones de carácter normativo como, por ejemplo, el liberalismo de John Locke o el organicismo estatalista de Karl Friedrich Gerber o el welfarismo de Thomas Marshall?[17] ¿Hay errores de carácter lógico en las teorías de estos autores? También éstas, siendo teorías normativas, ¿se fundan en presupuestos de naturaleza lógica? En resumen, ¿es posible establecer un nexo fundante «esencial» entre la lógica formal y la teoría normativa de la política, especialmente, la teoría democrática?

Es evidente que se trata de interrogantes retóricos. En mi opinión, la lógica formal clásica —de la que se sirve Ferrajoli— puede resultar útil como prótesis sintáctica para ciertas argumentaciones elementales de una teoría de la democracia. Pero no creo que pueda ofrecer un «fundamento esencial» ni a una teoría de la democracia suficientemente compleja, ni a una teoría normativa —una teoría no exclusivamente interpretativa o compiladora— de los «derechos fundamentales».

Creo que, de los propios pasajes del ensayo de Ferrajoli, puede extraerse una confirmación de esta opinión en la medida en que, dejando aparte la inicial definición formal, no deja de atribuir a la noción de «derechos fundamentes» importantes valencias político-ideológicas. Los derechos fundamentales, escribe, «corresponden a intereses y expectativas de todos», «forman el fundamento y el

16. Cf. *supra*, pp. 25-26. [Citas ligeramente modificadas, *N. del T.*]
17. Cf. *supra*, pp. 26-28.

parámetro de la igualdad jurídica» y de «la dimensión "sustancial" de la democracia»[18].

No discuto que la igualdad jurídica —y, por tanto, formal— de los sujetos pueda ser entendida como fundamento de una democracia «sustancial», si con ello se entiende algo opuesto a la concepción procedimental que, normalmente, se hace derivar de Joseph Schumpeter. Ni discuto que sea posible elaborar una teoría «jurídica de la democracia». Me limitaré a decir que, en mi opinión, la democracia no es un fenómeno esencial o prevalentemente jurídico. El acercamiento jurídico a la democracia no puede ser más que un punto de vista parcial frente a otros muchos posibles, como el económico, el sociológico, el político-institucional, el psico-antropológico, el sistémico, etc. No creo, por tanto, que una teoría formalizada de los «derechos fundamentales» pueda «fundar» una teoría «sustancial» de la democracia, aunque, tal como lo hacen Bobbio y Ferrajoli, también yo creo que una concepción no puramente formal de la democracia implica el respeto a los principales derechos de libertad. Ni tampoco discutiré aquí si, en el Estado de derecho contemporáneo, los derechos de libertad corresponden en la misma medida a los intereses y expectativas de todos los ciudadanos (por no hablar, obviamente, de los extranjeros residentes).

Querría, más bien, observar que Ferrajoli abandona aquí la noción lógico-formal de derechos fundamentales, desde el momento en que sostiene que los derechos fundamentales:

1. hacen referencia a intereses y expectativas sociales específicos, es decir, que poseen un «contenido *de hecho*» del que la definición lógico-formal pretendía hacer abstracción;

2. se corresponden con los intereses y expectativas de «todos». Me parece obvio que aquí «todos» poco tiene que ver con la cuantificación universal que, según nos ha explicado Ferrajoli, es perfectament compatible con una concepción elitista, aristocrática o clasista de la sociedad. Aquí «todos», como Ferrajoli aclara poco después, coincide kantianamente con la totalidad de individuos de la raza humana en cuanto personas morales, sea que pertenezcan a un determinado grupo político, o que le sean ajenos.

Me parece, por ello, poder observar que, pese a la aparente estructura argumentativa del ensayo de Ferrajoli, no es la definición ideológicamente neutral de «derechos fundamentales» la que «funda» las cuatro tesis «esenciales para una teoría de la democracia constitucional». Ni las funda, ni tampoco podría hacerlo. La premi-

18. Cf. *supra*, p. 25.

sa de las cuatro tesis es, en realidad, una concepción garantista e igualitaria de los «derechos fundamentales» que, en este texto, como antes en *Derecho y Razón*, sugiere, más que nada, una fuerte polémica contra los derechos patrimoniales, en cuanto que son considerados la fuente de la «desigualdad jurídica» entre los sujetos. Mientras que los «derechos fundamentales» —es decir, los derechos de libertad depurados de la mistificante contaminación propietaria— son capaces de satisfacer el valor de las personas y de realizar la igualdad, los derechos patrimoniales, sigue pensando Ferrajoli, establecen relaciones de dominio y de sujeción entre sujetos colocados en condiciones jurídicas desiguales[19].

3. *La perspectiva kantiano-kelseniana del* Weltbürgerrecht

La novedad que caracteriza el presente texto frente a los anteriores no es, como podría parecer a primera vista, una formalización más depurada de las premisas argumentativas. Sino, más bien, una nueva dilatación del universalismo ético-político de Ferrajoli. Ahora, la instancia garantista e igualitaria va más allá de la propia doctrina clásica de la democracia —que se ha expresado siempre dentro del horizonte de la «ciudadanía» y, por tanto, del Estado nacional o, como mucho, federal— para arribar, directamente, al ideal kantiano del *Weltbürgerrecht* o «derecho cosmopolita»[20].

En el presente ensayo, «fundamentales» son sólo aquellos derechos que ofrecen un tratamiento igual a todos los hombres en cuanto personas morales y «ciudadanos del mundo» y que, por tanto, les atribuyen iguales facultades jurídicas, prescindiendo de las relaciones de pertenencia a una determinada formación política, a una determinada tradición ético-cultural o a una ciudadanía. Puede decirse que el modelo normativo y político que Ferrajoli adopta en estas páginas es el —clásico-cristiano e ilustrado— de la *civitas maxima*: un modelo que Hans Kelsen, siguiendo las huellas de Christian Wolf, había vuelto a proponer en nuestro siglo como una alternativa cosmopolita al sistema de Estados soberanos y de sus ordenamientos

19. En el tema de la desigualdad jurídica, desigual titularidad de los derechos y desigualdad sustancial, el léxico de Ferrajoli es, en sus diferentes textos, parcialmente variable.

20. Me refiero, naturalmente, a *Zum ewigen Frieden* [edición española, *Sobre la paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, ³1991]. Sobre este tema, me permito remitir a mi trabajo *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 1998, en especial, pp. 13 ss.

jurídicos «parciales»[21]. Y es aquí, como veremos, donde se origina la polémica de Ferrajoli contra la idea de ciudadanía (y contra la soberanía del Estado nación), considerada por él no como un contenedor de derechos fundamentales, sino como «la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica»[22]. Pero se trata de una polémica que, inevitablemente, contradice los pasajes, tanto del presente ensayo como de los precedentes, en los que la entera categoría de los derechos fundamentales —incluyendo, por tanto, los derechos de ciudadanía— se presenta como «el fundamento y el parámetro de igualdad jurídica», oponiéndose, así, a los derechos patrimoniales.

Si también el ejercicio de «derechos fundamentales» atribuido dentro de un Estado de derecho a cada uno de los sujetos con base en su *status* de ciudadano produce desigualdades y exclusión, ¿cómo es posible contraponer tales derechos al derecho de propiedad? En la perspectiva kantiano-kelseniana del *Weltbürgerrecht* y de la ciudadanía universal, hasta el ejercicio de los derechos políticos, en el seno de un estado, termina por aparecer dotado de desigualdad en no menor medida que el ejercicio de derechos patrimoniales. Para ser coherente, por tanto, Ferrajoli debería contraponer a los derechos patrimoniales, sólo aquellos derechos atribuidos a todas las personas en cuanto integrantes del género humano. En su perspectiva, en resumen, los derechos patrimoniales deberían considerarse en contraposición, tan sólo, a una concepción cosmopolita del derecho, de la ética y de la política.

4. *Libertad y propiedad: ¿un equívoco semántico?*

Llegados a este punto, conviene dejar de lado, como el propio Ferrajoli hace, la premisa lógico-formal del ensayo —y, con ello, la propia noción formalizada de «derechos fundamentales»— y tratar de discutir las razones ético políticas que empujan a Ferrajoli a contraponer los derechos de libertad en sentido estricto a los derechos patrimoniales[23]. Ferrajoli sostiene que la inclusión del dere-

21. Cf. L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Anabasi, Milano, 1995, pp. 47 ss. [edición española, «La soberanía en el mundo moderno», en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 125-175]. Sobre el tema kelseniano de la *civitas maxima* puede consultarse mi *I signori della pace*, cit., pp. 23-25.

22. Cf. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 24.

23. Cf. *supra*, pp. 29-35.

cho de propiedad en la misma categoría en la que se incluyen los derechos de libertad —es decir, en la categoría de derechos civiles[24]— es consecuencia de un «equívoco» en el que habría incurrido por primera vez John Locke. Tras él, toda la tradición liberal sería responsable de la misma «confusión». Típicamente confusa sería, en este sentido, la teoría de los derechos subjetivos, elaborada en nuestro siglo por Thomas Marshall[25].

El equívoco habría surgido, sostiene Ferrajoli, del carácter polisémico de la noción de «derecho de propiedad», en el que ni Locke ni sus sucesores habrían reparado. Con este término se puede hacer referencia, al mismo tiempo, tanto al derecho a convertirse en propietario —derecho que las constituciones liberales garantizan a todos los ciudadanos—, como al contenido del derecho de propiedad y a los actos concretos de su disfrute. Pero mientras que los derechos de libertad en sentido estricto, incluyendo el derecho a adquirir la propiedad, son universales e inclusivos, los actos de disfrute del derecho de propiedad son particulares y exclusivos y «por ello están en la base de la desigualdad jurídica»[26]. En un Estado de derecho, todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o de convertirnos es propietarios, pero cada uno de nosotros, escribe Ferrajoli, «es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa»[27]. El equívoco, sostiene Ferrajoli, ha tenido graves consecuencias: es responsable de la valoración de la propiedad privada por parte del pensamiento liberal y, simétricamente, de la hostilidad marxista frente a las «libertades burguesas», al haberlas equiparado erróneamente a los actos de disfrute del derecho de propiedad[28].

No entro aquí en una disputa analítica, como otros han hecho con mayor competencia que yo[29], sobre la contraposición propuesta por Ferrajoli entre la estructura deóntica de los derechos de libertad y la de los derechos patrimoniales. Ni pretendo tampoco discutir la fundamentación de la distinción entre derecho a conver-

24. Utilizo aquí, y en algunos otros pasajes, las expresiones «derechos civiles», «derechos políticos» y «derechos sociales» con los sentidos propios de la sociología de T. H. Marshall (cf. *Citizenship and Social Class and Other Essays*, CUP, Cambridge, 1950) [edición española, T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linares, Alianza, Madrid, 1998, pp. 13-82]).

25. Cf. L. Ferrajoli, "Derechos fundamentales", *supra*, pp. 28, 40-42.

26. Cf. *ibíd.*, p. 30.

27. Cf. *ibíd.*.

28. Cf. *ibíd.*

29. Cf. M. Jori, «La cicala e la formica», cit., pp. 109-113.

tirse en propietario y derecho a ejercer concretamente la propiedad. Ferrajoli, probablemente, no se equivoca al sostener que el ejercicio del derecho de propiedad presenta características particulares que lo diferencian de muchos otros derechos. De todos modos, existen también importantes diferencias morfológicas y funcionales entre los demás derechos civiles y dentro de los derechos políticos. Por ejemplo, entre la libertad de pensamiento y el derecho a hacer testamento o entre el derecho de voto y el derecho a optar a un cargo publico y a ejercitar sus poderes. Por no mencionar la profunda diferencia estructural y funcional entre derechos del libertad y «derechos sociales» —frecuentemente teorizada como oposición entre una concepción «negativa» y una concepción «positiva» de la libertad—, que Ferrajoli reúne bajo la etiqueta única de «derechos fundamentales»[30]. Se podría, con todo, hacer la observación de que gran parte de los «derechos sociales» atribuyen al sujeto un «derecho a consumir» (recursos naturales, manufacturados, financiación, servicios, etc.) que, en el momento en que se ejercita, excluye a los demás del disfrute de un bien (o de un servicio) del mismo modo que sucede con el ejercicio de la propiedad y del resto de derechos patrimoniales.

Pero sí quisiera discutir algunas cuestiones más generales. Me pregunto, sobre todo, si es aceptable la idea de que la intransigencia con la que el pensamiento liberal ha defendido durante siglos la propiedad privada como un «derecho natural», inviolable por parte del poder político, puede entenderse como consecuencia de un equívoco semántico; y si no se tratará, más bien, de una de las instancias más coherentes y reflexivas de su ideología política y económica —de su individualismo y antiestatalismo— y una de las razones históricas de su éxito secular. En segundo lugar, sospecho que no son los actos concretos de disfrute de la propiedad privada los que pueden quedar identificados como la principal fuente de desigualdad en el mundo moderno y pienso que, ni siquiera, Marx ha sostenido nunca tal tesis. Me parece dudoso que la economía de mercado, con sus mecanismos industriales y financieros de acumulación y de distribución desigual de la riqueza —operativa, hoy, en

30. Luigi Ferrajoli y yo hemos discutido el tema de la estructura de los derechos sociales en el volumen, editado por mí, *La cittadinanza. Appartanenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994. Véase mi ensayo inicial, «La strategia della cittadinanza» (en especial, pp. 29-35), y la contribución de Ferrajoli, «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona» [«De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas», recogido en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, cit., pp. 97-123] (en especial, las pp. 108-119).

un nivel global—, pueda reconducirse a la naturaleza «exclusiva» de los actos de disfrute de la propiedad, como uno de sus aspectos fundamentales. Y me pregunto, por último, si será en realidad verdad que los derechos de libertad —o, cuando menos, que todos los derechos de libertad— operan en el sentido de una garantía de la identidad del sujeto, de la valoración de la persona y, sobre todo, de la igualdad de «todos» en cuanto personas morales. (Por otra parte, el propio Ferrajoli, como hemos visto, niega hoy que los derechos de ciudadanía produzcan igualdad y valorización de la persona). Es decir, me pregunto si, dentro de un régimen liberal-democrático, basado en la economía de mercado, no existe una tensión muy general entre libertad e igualdad[31].

5. *Libertad y propiedad* versus *igualdad*

Es evidente que no tengo la pretensión de poder afrontar aquí con un mínimo de rigor cuestiones teóricas de esta amplitud y complejidad. Me limitaré a afirmar la necesidad de que el tema de la relación entre derechos de libertad, derechos patrimoniales y desigualdad social, aparezca situado en un campo semántico mucho más amplio que el propuesto por Ferrajoli. Y me limitaré a añadir, aquí, algunas observaciones generales:

1. En el curso de la revolución industrial y del desarrollo del capitalismo entre el siglo XVII y el siglo XVIII, el derecho de propiedad fue reivindicado, en primer lugar y con mayor intensidad, por parte de la naciente burguesía industrial, se contrapuso a la «propiedad feudal» y se entendió como el princial bastión frente al poder arbitrario del soberano[32]. *No taxation without representation*, el propio sistema representativo de origen medieval, tenía una estrecha relación con la tutela de la propiedad[33]. Y hasta la tradición del *habeas corpus*, igualmente de origen feudal, fue interpretada, por parte de estos burgueses, fundamentalmente, como tutela de la libertad de los comerciantes y del libre movimiento de personas dedicadas al inter-

31. Cf. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit. pp. 80-83. Sobre este tema, me permito remitir a mi artículo «La strategia della cittadinanza», cit., pp. 25-28.

32. No por casualidad, como recuerda Bobbio, el absolutismo de Hobbes se muestra desconfiado frente a la propiedad privada. Cf. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 141.

33. Sobre este tema puede consultarse mi *Il principato democratico*, Feltrinelli, Milano, ²1996, pp. 81 ss.

cambio comercial. Y hay quien, como Bruno Leoni y Friedrich von Hayek, ha sostenido, y no ciertamente por un equívoco semántico, que la premisa normativa para la afirmación en Occidente de una sociedad libre y abierta, ha sido el derecho de los mercaderes en el que confluyeron las costumbres seculares de los puertos, los mercados y las ferias. Según estos autores, el ideal de la libertad individual —«la libertad de los ingleses»— floreció entre los pueblos que se entregaron en mayor medida a las actividades de exploración y comercio de largo aliento y donde la institución de la propiedad privada operó como protección de la capacidad de innovación y de iniciativa de los individuos[34].

2. La defensa de la propiedad privada no es sólo uno de los elementos cardinales de la revolución burguesa, sino que está presente, al mismo nivel que cualquier otro derecho civil, en la totalidad de los documentos constitucionales inspirados por la doctrina liberal, comenzando por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sólo mucho más tarde, en la Constitución de Weimar de 1919, se introducirían las primeras limitaciones a esta institución y se haría referencia a las obligaciones de los propietarios, además de a sus derechos, sin por ello contradecir, en lo más mínimo, los principios de la economía de mercado[35]. En realidad, el binomio *liberty and property* aparece en las batallas revolucionarias de la naciente burguesía capitalista, y en los documentos y textos normativos más importantes del constitucionalismo moderno, además de en la ideología de los mayores exponentes del pensamiento liberal, como algo absolutamente inescindible. Aquí se halla, a mi juicio, la raíz del problema: el tema de la igualdad implica, hoy, cuestiones muy graves tanto frente a los institutos jurídicos que tutelan la propiedad privada, como frente a los institutos jurídicos que tutelan la libertad individual en sentido estricto.

3. Como es sabido, la propiedad en cuanto tal, es decir, como modalidad de apropiación privada y exclusiva de bienes o recursos, ha sido objeto de críticas de carácter moral desde los primeros

34. Véase Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, Liberty Found, Indianapolis, 1991 [edición española, *La libertad y la ley*, trad. de Cosmpolitan Translation Services, Unión, Madrid, 1995]; F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1992 [edición española, *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de justicia y de la política*, trad. de L. Reig Albiol, 3 vols., Unión, Madrid, 1988-1994].

35. Cf. S. Rodotà, «Cittadinanza: una postfazione», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza*, cit., pp. 299 ss.

siglos de la era cristiana. La teología patrística, haciéndose eco de la enseñanza evangélica, condena la propiedad como una institución que satisface el egoísmo de los ricos y sanciona la exclusión de los pobres. Y ello, porque una exigencia de justicia impone que todo lo «superfluo» para el individuo (propietario) deba atribuírsele al que carece de lo necesario para vivir. Esta hostilidad moral frente a la propiedad y a los propietarios ha persistido largamente en la tradición cristiana y católica —piénsese, por todos, en los movimientos medievales de exaltación de la pobreza y en al ascetismo franciscano—, aunque, finalmente, se atenúa y desaparece completamente con la llegada de la economía de mercado. En la época moderna, sería Rousseau el que relanzaría la crítica a la institución de la propiedad y el que le atribuiría responsabilidades no sólo morales: la propiedad es, para él, el «origen» de la desigualdad entre los hombres. No muy distinta es la posición anarco-socialista de Proudhom y, en general, del «socialismo crítico-utópico» para el que, como es sabido, la propiedad privada está empapada de violencia y abusos, y debería, hipotéticamente, ser sustituida por formas de propiedad colectiva.

De esta tradición se separa neta y conscientemente el análisis marxista. Marx no ha criticado nunca la propiedad como tal, ni ha propuesto su abolición. Su crítica se refería, como todo el mundo sabe, a la propiedad privada de los medios de producción que, a su juicio, constituía la clave de bóveda de la economía capitalista. Apuntaba, en realidad, a esa ilimitada facultad de poseer —ya no proporcional a la (limitada) capacidad de consumo del propietario y, sobre todo, a su (limitada) capacidad de trabajo— que fue teorizada y justificada moralmente por el padre fundador del liberalismo, John Locke. La crítica marxista se refería, en segundo lugar, a aquella libertad de iniciativa que es el fulcro de la teoría clásica liberal, desde Adam Smith a David Ricardo o a Stuart Mill. Marx refutaba, en resumen, aquellos aspectos de la institución de la propiedad —principalmente, el derecho atribuido a todos los individuos de convertirse sin límites en propietarios de bienes e instrumentos productivos y de ejercitar, así, una actividad económica privada— que, si he entendido bien, Ferrajoli asimila a los «derechos fundamentales».

Pese al énfasis y al esquematismo característico de su estilo de pensamiento, Marx, en mi opinión, no se equivocaba totalmente al subrayar la tensión entre libertad y propiedad de un lado, e igualdad no formal de otra (y no, como propone Ferrajoli, entre libertad e igualdad de una parte, y ejercicio del derecho de propiedad

de otra). Y yo no afirmaría que la polémica asociación entre derechos del libertad e institución de la propiedad sea en Marx el resultado de un «equívoco semántico». Es verdad que, con razón o sin ella, Marx reúne en una sola crítica tanto a las «libertades burguesas» como al derecho de propiedad. «Igualdad, libertad, seguridad, propiedad» puede leerse en *Sobre la cuestión judía*[36]. Pero lo hace porque, en su opinión, tanto la libertad individual como la propiedad, en el contexto de la separación burguesa entre «sociedad civil» y «Estado político», implican un valor individualista y atomista que se opone a la dimensión «genérica» del hombre y que impide la igualdad[37].

Se trata de un aspecto de la crítica marxista a la sociedad liberal que, a mi juicio, conserva todavía hoy su actualidad. Pese al ignominioso final del comunismo y a la victoria planetaria de la economía de mercado, la tensión entre libertad e igualdad sigue siendo un problema sin resolver. Y se trata de un problema que desempeña un papel crucial, también, en la crisis contemporánea del *Welfare State*, como Norberto Bobbio, entre otros, ha sostenido recientemente[38]. Y, a mi juicio, permanece sin resolver, no porque la fuente de la desigualdad social y de la pobreza sea la estructura exclusiva y particularista de la propiedad privada, sino porque los potentes mecanismos de la economía de mercado actúan en sentido anti-igualitario. Son los mecanismos de atribución desigual de la riqueza y de las oportunidades de acceso a los recursos, los que crean desigualdad y pobreza. El culpable no es el hecho de que el disfrute de los bienes, trátese de bienes de lujo o de los necesarios para la supervivencia, imponga inevitablemente actos «egoístas» de discriminación y de exclusión. Y, hoy en día, estos mecanismos económicos y financieros de la economía de mercado operan cada vez más eficazmente a nivel global, a la sombra de la hegemonía político-militar de las grandes potencias industriales que controlan el comercio internacional y los grandes medios de comunicación de

36. Cf. K. Marx, «Zur Judenfrage», en *Marx-Engels Werke* (MEW), vol. 1, Institut für Marxismus-Leninismus, Berlin, 1956-1969, p. 364 [«La cuestión judía», en C. Marx, *Escritos de juventud*, en *Obras fundamentales de Marx y Engels* 1, trad. de W. Roces, FCE, México, 1982, p. 478].

37. En este sentido, véase la reciente contribución de G. Lohmann, «La critica fatale di Marx ai diritti umani»: *Studi Perugini* 5 (1998), pp. 187-199.

38. Cf. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 80-81; N. Bobbio, *Destra e sinistra*, Donzelli, Roma, 1994, pp. 71-82 [edición española, *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*, trad. de A. Picone, Taurus, Madrid, 1995, pp. 89-99].

masas, el desarrollo de las nuevas tecnologías, la producción de armas, etc.

Pero el problema de la relación entre libertad e igualdad también sigue sin resolverse porque ciertas libertades fundamentales —aunque potencialmente atribuidas a todos los hombres en cuanto personas— producen desigualdad. Existen derechos de libertad que se concretan en una simple tutela de la «libertad negativa», es decir, en un límite a la intervención del Estado (o de terceros) en la esfera individual, como es el caso de la *privacy* personal, de la libertad de pensamiento, de la inviolabilidad de domicilio, del secreto en las comunicaciones y, de forma arquetípica, de las garantías procesales del *habeas corpus*. Pero junto a estos derechos, existen otros, como la autonomía negocial, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de iniciativa económica en el sector de los medios de comunicación de masas, que aparecen dotados de una sobresaliente capacidad adquisitiva ya que su ejercicio, en ciertas condiciones, produce un poder político, económico y comunicativo que se acumula rápidamente en beneficio de sus titulares. (El caso de Berlusconi resulta, en este sentido, ejemplar.) Y dado que en una sociedad no planificada, sólo ciertas elites pueden disponer de los recursos políticos, económicos y organizativos necesarios para disfrutar de las propiedades adquisitivas de este tipo de derechos de libertad, cabe deducir que su ejercicio produce desigualdad, pobreza y libertad, exactamente del mismo modo que la economía de mercado produce desigualdad, pobreza y riqueza[39].

De aquí se deriva que no sólo la satisfacción de las expectativas sociales, sino la propia tutela de las libertades fundamentales, corre el riesgo de depender, para cada sujeto, no de ser o no titular de «derechos fundamentales», sino de su potencial de afiliación corporativa. Y, tanto más poderosa sea la elite a la que el sujeto aparezca afiliado, y tanto más elevado sea el rango que en ella ocupe, tanto más eficaz resultará la satisfacción de sus expectativas de protección y el ejercicio de sus derechos.

5. Por último, admitiendo, hipotéticamente, que fuera oportuno contraponer en el plano teórico los derechos de libertad en sentido estricto a los derechos patrimoniales, me pregunto qué podría derivarse de ello, hoy, en términos de política del derecho

39. Me he ocupado más extensamente de este tema en «La strategia della cittadinanza», cit., pp. 23-8. Sobre el tema de la pobreza y la sociedad liberal, véase la reciente contribución de G. Procacci, *Governare la povertà*, Il Mulino, Bologna, 1998.

y, en especial, de política del derecho constitucional. ¿Deberían excluirse los derechos patrimoniales del grupo de los derechos constitucionalmente protegidos? ¿Es necesaria una ulterior y más intensa subordinación del derecho de propiedad a las exigencias colectivas? ¿Se debe intentar una reducción de su potencialidad de exclusión social mediante formas de propiedad plurales o de apropiación atenuada?

Todo lo anterior puede resultar plausible, siempre que se respeten dos condiciones:

1. que no se conculquen, como desgraciadamente sucedió en la experiencia del socialismo real, formas de propiedad preciosas para la autonomía del sujeto y para su calidad de vida, tales como la propiedad del domicilio, de los objetos personales, del pequeño ahorro y, en general, de todas aquellas formas de relación «exclusiva» entre el sujeto y el entorno, que desempeñan una función protectora análoga a la de las libertades individuales. Y esto vale también, y quizá principalmente, para la protección de los sujetos más débiles;

2. que se tenga presente que, en el contexto de una economía de mercado, cualquier intervención restrictiva sobre los derechos patrimoniales es concebible sólo en la medida en que no suponga reducción alguna de la protección jurídica otorgada a las reglas del intercambio económico y financiero.

Si se aceptan ambas condiciones —lo que considero conveniente en el primer caso e inevitable en el segundo—, no veo cuáles serían las importantes metas de igualdad social que podrían, hoy, conseguirse gracias a una crítica jurídica de la institución de la propiedad y de los derechos patrimoniales.

Acaso, una vía alternativa, en presencia de una economía de mercado cada vez más hegemónica también en el campo de los valores simbólicos, sería, en nuestras «democracias del bienestar», la de reducir la cuota de renta individual y de bienes en propiedad de los ciudadanos, a cambio de una mayor disponibilidad de recursos sociales y ambientales, de tiempo libre y de autodeterminación personal. Este intercambio podría encontrar motivaciones psicológicas en los sujetos orientados hacia valores no consumistas y que, a la cantidad de los bienes materiales poseídos o consumidos, prefieran la calidad inmaterial (o post-material) de un estilo de vida marcado por la «simplicidad». Es plausible pensar que, sujetos de este tipo, tenderían a usar en común los principales bienes instrumentales, antes que a poseerlos como propiedad exclusiva, disfru-

tando de ello de forma saludable. Pero es obvio que se trata de una expectativa ética y antropológica extremadamente compleja, delicada e incierta, sobre la que me parece ilusorio y arriesgado pensar que es posible intervenir con los instrumentos del derecho, incluido el «derecho débil» de los principios constitucionales[40].

6. *«Derechos sociales», garantías, eficacia*

Una de las cuatro tesis que Ferrajoli pretende fundamentar sobre la base de su definición formal de los «derechos fundamentales» es la distinción entre los derechos (fundamentales) y sus garantías. La garantía de los derechos, sostiene Ferrajoli, es algo muy diferente de su «existencia». Un derecho «existe» si las normas que lo contemplan han sido producidas por el legislador siguiendo las reglas procesales y de competencia previstas para su producción. Si un derecho carece de garantías —es decir, si no es tutelado o aplicado por las autoridades competentes—, nos encontramos en presencia de una «laguna» o incumplimiento normativo (no solamente ante una situación *de hecho*) que las autoridades tienen la obligación jurídica de colmar. Y esto se refiere, particularmente, sostiene Ferrajoli, a los «derechos sociales», en relación con los cuales algunos autores —entre ellos, el que esto escribe— han sostenido que su condición de «derechos», entendida en sentido propio, es insegura como consecuencia de su problemática relación con la dimensión de la eficacia[41].

Tomando como base sus premisas formales, Ferrajoli cree poder «contradecir» y «confutar» los argumentos iusrealistas que, otorgando la primacía a la eficacia de las normas sobre su «existencia» (o «validez»), se inclinan a declarar la inexistencia de un derecho (fundamental), si resulta ineficaz.

Prefiero no entrar en la clásica disputa entre el enfoque normativista y el iusrealista (al que se encaminan mis preferencias teóricas). Bibliotecas enteras se han dedicado al asunto. En mi opinión, los dos enfoques son diferentes, porque parten de premisas filosóficas y epistemológicas muy lejanas el uno del otro. Por ello, la opción entre los dos corresponde a diferentes «visiones del mun-

40. La alusión es, obviamente, a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992 [edición española, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, ^{3}1999].

41. Me permito remitir nuevamente a mi «La strategia della cittadinanza», cit., pp. 29-35.

do», que pueden confrontarse de manera útil, pero no enzarzarse en una disputa dogmática entre verdad y error.

Por ello, no afirmaré que, argumentando desde un enfoque normativista, sea posible «confutar» argumentos iusrealistas (ni viceversa). «Confutar» es un término epistemológicamente tan exigente que, en mi opinión, debería emplearse sólo dentro de una sintaxis rigurosamente controlable (verificable o falsable) en términos lógicos o empíricos. Y es ésta una eventualidad que muy pocas veces se presenta en el contexto argumentativo propio de las así llamadas ciencias humanas o sociales.

En lo que se refiere a los «derechos sociales» en particular, no me parece de gran interés la cuestión estrictamente definitoria. Si, por cualquier razón —incluso puramente retórica—, se juzga más conveniente seguir hablando de «derechos sociales», nada impide hacerlo. Y nada impide considerarlos como derechos en sentido pleno, en paridad con los derechos civiles o políticos. La única precisión que me permito introducir es la siguiente: yo ni creo, ni he escrito, que la ineficacia de una norma pueda o deba repercutir *tout court* sobre la «existencia» de un derecho positivamente sancionado en un determinado ordenamiento jurídico. Y sé perfectamente, por otro lado, lo controvertido de la definición de «eficacia» (o «ineficacia») y la complejidad de los procedimientos adoptados para determinar la eficacia (o ineficacia) de una norma.

Lo que he sostenido en el tema de los «derechos sociales», sirviéndome en parte de las tesis de Jack Barbalet, es otra cosa. He afirmado, por ejemplo, que en un ordenamiento jurídico que opera sinérgicamente con un sistema de economía de mercado, el «derecho al trabajo» no puede ser entendido como una pretensión jurídica garantizada por la posibilidad de actuar eficazmente en juicio para su satisfacción. El derecho al trabajo, aunque sancionado en el nivel constitucional, sigue siendo, en los sistemas de economía de mercado, un derecho no *justiciable* —y, por ello, no aplicable por parte de los órganos judiciales con procesos definidos— porque ninguna autoridad judicial puede ordenar a nadie, trátese de un sujeto público o de un sujeto privado, que ofrezca un puesto de trabajo a otro. Ello sin considerar, aquí, el tema extremadamente delicado del tipo de trabajo eventualmente ofrecido y de su retribución. *Rebus sic stantibus*, el desempleo o la desocupación no son problemas que puedan ser afrontados con instrumentos judiciales, sin forzar las reglas más elementales de la economía de mercado. No se trata, por ello, en mi opinión, de una ausencia de tutela imputable a una laguna normativa o a una insuficiente elaboración

técnica de las garantías jurídicas como piensa Ferrajoli. Me reafirma en este punto la opinión de Bobbio que ha escrito:

> El derecho al trabajo no basta con fundamentarlo, ni con proclamarlo. Pero tampoco basta protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema jurídico. Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica[42].

Se trata, por tanto, de una incompatibilidad entre los códigos funcionales de dos subsistemas sociales primarios: el del derecho y el de la economía. Por ello, mi duda sobre la naturaleza jurídica de los «derechos sociales» —una duda clásica, de Ernst Forsthoff a Piero Calamandrei—, no se refiere a una genérica ausencia o insuficiencia de las garantías de los derechos sociales, sino a una imposibilidad funcional de prestarlos, más allá de un umbral notablemente rígido, en el contexto de una economía de mercado.

Por estas razones, había propuesto referirse, en lugar de a «derechos sociales», a «servicios sociales», entendidos como prestaciones asistenciales, discrecionalmente ofrecidas por el sistema político, como consecuencia de una exigencia «sistémica» de integración social, de legitimidad política y de orden público. Más allá de las cuestiones formales, lo que cuenta, desde mi punto de vista, es subrayar que, en todo caso, hoy, tras la victoria planetaria de la economía de mercado, las tensiones entre las reglas de funcionamiento de los dos subsistemas —el de la política (welfarista) y el del mercado global— tienden a hacerse cada vez más agudas, y que los derechos sociales corren el riesgo de ser, cada vez, menos eficaces. En mi opinión, no se trata, pues, como tiende a pensar con optimismo Ferrajoli, de una «disfunción normativa», remediable con una mejor teoría de los «derechos fundamentales». Sería preciso algo bien distinto.

7. *Una «ley de eficacia decreciente» de los derechos subjetivos*

Luigi Ferrajoli ha manifestado en diferentes ocasiones su desacuerdo con la sociología del derecho defendida por Thomas Marshall,

42. Cf. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 82 [Ligeramente modificado, *N. del T.*].

y lo ha hecho sirviéndose de interesantes argumentos[43]. Sin embargo, pese a sus críticas, que se suman a las de otros muchos autores, como Antony Giddens, David Held o el propio Jack Barbalet[44], sigo pensando que la tripartición histórico-evolutiva de los derechos —derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales— resulta de gran utilidad[45]. Y lo es porque se basa en un análisis histórico-sociológico de los derechos y no se contenta con una clasificación de los mismos puramente formal, poco atenta a la dimensión de la eficacia y a su relación con los recursos económicos y sociales disponibles.

La argumentación de Marshall, generosamente inspirada por una ideología socialdemócrata, peca, sin duda, de optimismo evolutivo. Sin embargo, ofrece, a mi parecer, una clave muy útil para la interpretación de la relación entre la afirmación en Europa de la economía de mercado, el desarrollo de las instituciones democráticas y el reconocimiento de los derechos subjetivos. Marshall sostiene que los derechos civiles —entre ellos, especialmente, la libertad personal, la autonomía negocial y la propiedad privada— resultaban funcionales a la economía de mercado en su fase de nacimiento y expansión. Durante el siglo XIX, los derechos políticos, por su parte, habrían favorecido la inserción de las clases trabajadoras en las instituciones elitistas del estado liberal, desarrollando su sentido de pertenencia, con efectos no sólo de integración social, sino de mayor conciencia reivindicativa. En lo que se refiere a los derechos sociales, Marshall trata de resolver lo que considera su paradoja radical: el hecho de que, a diferencia de los derechos civiles y, en parte, de los derechos políticos, sean de signo opuesto a la lógica adquisitiva del mercado. Los derechos sociales tienden, esencialmente, a la igualdad, mientras que el mercado produce desigualdad. Marshall cree resolver la paradoja con la predicción de que los derechos sociales terminarán, si no por eliminar la desigualdad social, sí, al menos, por modificar su estructura. En el *Welfare State*, finalmente, sobreviviría, según la predicción de Marshall, sólo una desigualdad de rentas y de consumos

43. Cf. L. Ferrajoli, «De los derechos de los ciudadanos a los derechos de la persona», cit., pp. 97-107.

44. Véanse, entre otros, A. Giddens, «Class Division, Class Conflict and Citizenship Rights», en A. Giddens, *Profiles and Critiques in Social Theory*, Macmillan, London, 1982; J. M. Barbalet, *Citizenship*, Open University Press, Milton Keynes, 1988; D. Held, «Citizenship and Autonomy», en D. Held, *Political Theory and the Modern State*, Polity Press, Cambridge, 1989.

45. Cf. T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*, cit., p. 36.

privados, pero no una desigualdad de *status* y, por ello, de acceso de los ciudadanos a los derechos subjetivos[46].

Pienso que, sin aceptar —y hasta, en cierto sentido, invirtiendo— el optimismo evolutivo de la concepción de Marshall, es posible elaborar, sobre esta base, un enfoque útil para el tema de la relación entre el desarrollo de la economía de mercado, la evolución de las instituciones liberaldemocráticas y la afirmación de los derechos subjetivos a partir de la revolución industrial. Mi tesis es que, a medida que se ha pasado del reconocimiento de los derechos civiles al de los derechos políticos y, finalmente, al de los derechos sociales, la garantía de los derechos se ha vuelto cada vez más selectiva, más jurídicamente imperfecta y más políticamente reversible. Se podría hablar, en síntesis, de una suerte de «ley de la eficacia decreciente» de la garantía de los derechos subjetivos. La razón de la misma estribaría en la diferente relación que se habría instaurado entre el reconocimiento de los derechos y las instancias generales de un sistema político-cultural correspondiente a una economía de mercado. En el transcurso de esta evolución secular, a una concepción formalista del Estado de derecho se habría venido a oponer una concepción antiformalista, es decir, propiamente constitucional[47]. Sin embargo, en la historia del constitucionalismo liberaldemocrático —y ésta es, en mi opinión, la paradoja que encierra—, al reconocimiento cada vez más amplio de la titularidad formal (*entitlement*) de nuevas categorías de derechos, habría correspondido una eficacia decreciente de su disfrute (*endowement*) por parte de los ciudadanos. El corolario principal de esta tesis es que, mientras que los derechos civiles pertenecen, por así decir, a la normalidad fisiológica de los ordenamientos liberaldemocráticos, sólo una permanente «lucha por el derecho» puede dar eficacia a los derechos políticos y, más aun, a los derechos sociales. Y lo mismo parece suceder con los que podemos llamar, genéricamente, «nuevos derechos». Entre ellos, los de la mujer, los derechos de los extranjeros, el derecho al entorno, el derecho a la autonomía cognitiva o el derecho a no ser torturado, humillado o degradado por la «justicia» de los Estados[48].

46. Cf. *ibíd.*, p. 59.

47. Cf. P. P. Craig, «Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law»: *Diritto Pubblico* 1 (1995), pp. 35-54; véase también M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 1990 [edición española, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, ²1998].

48. Sobre esta cuestión puede consultarse mi «*Habeas mentem*. Oltre il privatismo e contro i vecchi padroni»: *Rivista di Filosofia* 88/1 (1997).

8. *Derechos de libertad y ciudadanía universal*

Dedicaré unas pocas páginas a un último tema, al cual me conduce de forma considerable la crítica de Ferrajoli. Se trata de la doble tesis de la necesaria superación de la soberanía estatal desde la perspectiva de la ciudadanía universal y de la construcción de una «democracia constitucional» de dimensión planetaria. Ferrajoli presenta, igualmente, esta tesis como basada en la noción formalizada de «derechos fundamentales» ya que, escribe, se deriva de la naturaleza «supranacional de gran parte de los derechos fundamentales» sobre los que la democracia constitucional planetaria debería fundarse[49].

Ferrajoli considera equivocada y conservadora la perspectiva de quienes piensan que los Estados nacionales continúan desempeñando funciones útiles e importantes, incluso en presencia del proceso de globalización. Se trata, en su opinión, de una perspectiva conservadora en la medida en que, quien otorga relevancia política y jurídica a la dimensión nacional de la ciudadanía, se opone, *de facto*, a la expansión planetaria de los «derechos fundamentales». Muy al contrario, sería preciso que los juristas se incorporaran a una perspectiva cosmopolita, para conseguir que el proceso de integración mundial redundara en salidas favorables a la democracia y a la igualdad. Quienes, en cambio, teorizan sobre la relevancia primaria de la relación entre democracia y ciudadanía —refiriéndose implícitamente a quien esto escribe— no hacen sino proponer, escribe Ferrajoli «una idea regresiva e ilusoria de la democracia en un solo país» que termina en «una descalificación definitiva de los derechos fundamentales» cuya credibilidad aparece estrechamente asociada a su radical «desnacionalización»[50].

Como ya había sostenido en *La soberanía en el mundo moderno*, Ferrajoli atribuye a la idea de soberanía del Estado nacional y a la consiguiente categoría de ciudadanía, exclusivamente, la función de impedir a los no ciudadanos el disfrute de los «derechos fundamentales», injustamente reservado, en exclusiva, a los miembros de la comunidad política nacional[51]. Soberanía nacional y ciudadanía serían, así, (junto con la propiedad) las principales causas de la desigualdad entre los hombres y los mayores obstáculos a la realización de un orden mundial justo y pacífico.

49. Cf. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 25.
50. Cf. *supra*, pp. 42-43. [Citas ligeramente modificadas, *N. del T.*]
51. Cf. L. Ferrajoli, «La soberanía en el mundo moderno», cit., *pássim*.

Ferrajoli cree que sólo una jurisdicción penal obligatoria (con la ayuda de una policía internacional) podría, hoy en día, garantizar el orden mundial. Estas instituciones deberían actuar en el marco de una democracia constitucional global que, según Ferrajoli, aparece ya hoy prefigurada en las instituciones internacionales existentes. En su opinión, el proceso de democratización de las relaciones internacionales comenzó en nuestro siglo con la Carta de Naciones Unidas y con la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948. Continuando en esta línea, se debería alumbrar un sistema político-jurídico abierto y universal y destruir cualquier frontera económica, cultural y social —y cualquier límite estatal—, transformando en derechos de la persona los dos derechos de libertad que, todavía hoy, están reservados exclusivamente a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación[52].

La idea de que la superación cosmopolita de las fronteras estatales esté incluida en el orden del día de la teoría del derecho (y en la teoría de los derechos subjetivos) se inspira, en mi opinión, en una notable dosis de optimismo normativo. En mi apreciación, esta idea subestima las razones profundas que, en el curso de una evolución milenaria, han estabilizado las estructuras de la solidaridad política en las actuales formas discriminatorias y selectivas. Es decir, que han inducido a los hombres a proteger su vida, sus bienes y sus tradiciones organizándose en grupos cultural, política y militarmente diferenciados. Se trata del gran tema de la «pseudoespeciación» puesto de relieve en la etología humana y, en particular, en los estudios de etología del conflicto y de la guerra de Irenäus Eibl-Eibesfeldt[53].

Es obvio que la apertura universal de las fronteras supondría una aceleración evolutiva —una verdadera y completa conversión ética de los hombres al altruismo y a la benevolencia universal— que ningún indicador empírico señala como probable o posible en un futuro próximo. Es más, nunca como ahora, los grupos culturales, étnicos y nacionales han reivindicado con tanta energía —con frecuencia, recurriendo a la violencia armada— su de-

52. Cf. L. Ferrajoli, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», cit., pp. 116-123.

53. Véase I. Eibl-Eibesfeldt, *The Biology of Peace and War*, Thames and Hudson, London, 1979; I. Eibl-Eibesfeldt, *Die Biologie des menschlichen Verhaltens. Grundriß der Humanethologie*, Piper, München, 1984 [ediciones españolas, *Guerra y paz: una visión de la etología*, trad. de R. Pilar Blanco, Salvat, Barcelona, 1995; *Biología del comportamiento humano: manual de etología humana*, trad. de F. Giner Abati y L. Cencillo, Alianza, Madrid, 1993].

recho a ser reconocidos y legitimados en el nivel internacional. Piénsese, sin ir más lejos, en la lucha del pueblo palestino o del pueblo kurdo. Y nunca, tan despiadadamente como hoy, los países ricos y poderosos, Italia y la Europa de Schengen y de Maastricht en primer lugar, han rechazado *manu militari*, con el más absoluto consenso de los ciudadanos, a los desheredados que por millares llaman a sus puertas.

Pero, además de sobre la viabilidad de un orden mundial cosmopolita, cabe albergar importantes dudas, también, sobre su conveniencia. Una estructura de poder global estaría, en la actualidad, inevitablemente destinada a reprimir las diferencias culturales del planeta, a penalizar a los sujetos más débiles y a reducir drásticamente la complejidad de las estructuras políticas intermedias. Y provocaría, muy probablemente, reacciones más intensas del terrorismo internacional contra los países industriales, cuya hegemonía actuaría, inevitablemente, de soporte político-militar de la nueva *Cosmópolis*.

Personalmente, me inclino por una visión policéntrica y conflictiva de las relaciones internacionales más que por este modelo globalista, una visión que revalorice la relación entre los principios jurídicos y las diferentes identidades culturales, entre la paz y la autonomía nacional, entre la tutela de la libertad y la soberanía del Estado de derecho. Como alternativa al iusglobalismo, propongo un «derecho supranacional mínimo» (y un «pacifismo débil») que sea capaz de coordinar a los sujetos de la política internacional según una lógica de subsidiariedad normativa respecto a la competencia de los ordenamientos estatales. Y ello concediendo una cantidad limitada de poder propiamente supranacional a los órganos centralizados y promoviendo una «regionalización policéntrica» de las principales funciones internacionales, sobre todo la de garantizar la paz.

Ahora bien, no tengo intención de repetir, ahora, mi punto de vista «anticosmopolita». Dado que he dedicado recientemente numerosas páginas[54] a este tema, me siento legitimado para exponer, aquí, sólo unas pocas observaciones sobre ciertos puntos específicos, objeto de tratamiento crítico por parte de Ferrajoli.

54. Me permito remitir, en aras de la brevedad, a mis trabajos *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, 1995 [edición española *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. de R. García y F. Serra, Paidós, Barcelona, 2000]; *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, cit., en especial, pp. 133-148.

1. Me parece, en primer lugar, que existe una suerte de inconmensurabilidad axiológica y normativa entre las aspiraciones pandemocráticas y iusglobalistas de Ferrajoli y la estructura de las actuales instituciones internacionales, en particular de las Naciones Unidas, de las que Ferrajoli realiza una encendida apología. En su opinión, la Carta de las Naciones Unidas representa una absoluta «ruptura histórica» respecto al *ancien régime* del sistema de Westfalia. El «diseño universalista de la Carta de las Naciones Unidas» sería el resultado de un «pacto fundacional» entre los pueblos para la creación de un orden mundial universal sobre las cenizas del sistema de Westfalia de soberanía de los Estados nacionales.

Se trata, en mi opinión, de una presentación poco realista de la génesis histórica de las Naciones Unidas. En realidad, fue, más bien, un proceso en el que las potencias vencedoras del segundo conflicto mundial (concluido con el bombardeo atómico de Hiroshima y Nagasaki) se esforzaron por concentrar en sus propias manos la totalidad del poder internacional y por atribuirse las prerrogativas de la «soberanía ilimitada» que la Carta, aparentemente, cancelaba como atributo de los Estados. No creo, pues, que pueda afirmarse que la Carta de las Naciones Unidas haya superado el principio de soberanía de los Estados. En mi opinión, se ha producido, sencillamente, una concentración de una parte de los poderes asociados con la soberanía estatal en las manos de algunas grandes potencias. En resumen, se ha limitado la soberanía de los Estados más débiles y se ha exaltado, en el nivel internacional, el principio de soberanía, concentrándolo en el vértice de la jerarquía mundial del poder y la riqueza. De esta forma, la soberanía internacional de algunas superpotencias —hoy, casi en exclusiva, de los Estados Unidos— habría adquirido caracteres absolutos e ilimitados, al aparecer asistido, además de por el poder económico y de las armas, por la legitimación formal del derecho internacional.

Desde este punto de vista, la Carta de las Naciones Unidas no ha representado ningún giro importante respecto al pasado: gracias a su estrecho parentesco con el principio de la Santa Alianza, como ha observado Hans Morgenthau, la Carta de las Naciones Unidas constituye, más bien, la expresión y culminación de una visión autoritaria y jerárquica de las relaciones internacionales[55]. Se trata

55. Cf. H. Morgenthau, *Politics among Nations*, Knopf, New York, 1960, p. 480: «The United Nations is an international government of the great powers which resembles in its constitucional arrangements the Holy Alliance and in its pretense the League of Nations» [edición española, *Política entre las naciones: política por*

de una culminación, también, en el sentido de que, por primera vez, una Carta internacional ha sancionado, en el plano jurídico, la desigualdad entre los Estados (y, por tanto, entre los ciudadanos por ellos administrados), violando un principio fundamental del derecho moderno, el de la igualdad formal de los sujetos de derecho. Desde este punto de vista, representa, por tanto, un notable retroceso incluso frente al *Covenant* de la Sociedad de Naciones.

2. En segundo lugar, me parece poco fundada la expectativa de que la concentración de la soberanía en el vértice de un sistema político global pueda tener como efecto una subordinación más eficaz del poder internacional a las reglas del derecho, y que pueda favorecer una más amplia tutela de los derechos del hombre. Parecería, más, bien, lo contrario, si nos atenemos a la experiencia de las Naciones Unidas o de la Unión Europea, que carecen de cualquier estructura «constitucional» y que permanecen, incluso, ajenas a la lógica de la división de poderes. El poder político concentrado —ésta es la lección indiscutible de la tradición política liberal— es más peligroso para la libertad que cualquier poder divido, diferenciado y próximo a los contextos culturales, políticos y económicos en los que se ejercita.

No cabe tampoco olvidar que todo el desarrollo del Estado de derecho y del Estado constitucional aparece indisociablemente unido a la afirmación del Estado nacional moderno contra el universalismo político y espiritual de la Iglesia romana y del Imperio. La soberanía pertenece a la modernidad, mientras que la idea wolfiana y kelseniana de *civitas maxima* pertenece a la cultura política premoderna con raíces en el imperialismo romano[56]. No puede negarse totalmente que la ciudadanía nacional sea la transcripción en términos político-jurídicos de situaciones de exclusión, pero la ciudadanía no es sólo eso, ni la idea de nación y de Estado nacional puede ser rechazada como un vestigio oscurantista del pasado. El énfasis globalista subestima el hecho de que el Estado nacional parece destinado no sólo a conservar durante largo tiempo muchas de sus funciones tradicionales, sino a asumir funciones nuevas que no podrán absorber las estructuras de integración regional o global. Sólo el Estado nacional puede garantizar una relación óptima entre extensión geopolítica y lealtad de los ciudadanos y, aunque sea sólo

el poder y la paz, trad. de H. W. Olivera, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, ⁶1986, pp. 549 ss.].

56. Remito al capítulo «La sovranità: nascita, sviluppo e crisi di un paradigma politico moderno», en mi *I signori della pace*, cit., pp. 107-321.

por ello, desarrolla una función en la que no es fácil subrogarse, incluso frente a los excesos del nacionalismo etnocéntrico. Jürgen Habermas ha planteado recientemente el problema de si es posible una democracia más allá de los confines del Estado nacional. En mi opinión, la respuesta debe ser muy prudente, si es cierto, como ha sostenido Ralf Dahrendorf, que la cohesión política de los ciudadanos es una variable esencial en un régimen democrático[57]. Y la cohesión y la lealtad política —pese a estar garantizadas abstractamente en las sociedades modernas por medio del derecho— implican, en todo caso, la existencia de vínculos pre-políticos entre los miembros del grupo o, lo que es lo mismo, remiten a una «identidad colectiva». Y ha podido comprobarse que la conservación de relaciones de identidad se hace cada vez más incierta en la media en que el ámbito geopolítico del Estado se dilata hasta incluir culturas muy diferentes entre sí. Sobre este punto, la reciente contribución de Samuel Huntington sobre el «choque de civilizaciones» ofrece, en mi opinión, argumentos que no deben ignorarse[58].

Y no habría que olvidar, por último, como ha subrayado Paul Hirst, que las personas son mucho menos movilizables por el dinero, las mercancías y las ideas, por no hablar de los contenidos de la comunicación electrónica. Las personas están mucho más «nacionalizadas» y será, por ello, a su enraizamiento nacional y territorial al que habrá que apelar, también en el futuro, para dar legitimidad a las instituciones supranacionales[59].

3. Por último, aunque es verdad que la «democracia en un sólo país» es hoy, como con justicia escribe Ferrajoli, una peligrosa ilusión, es también cierto que ni la democracia ni el respeto a los derechos humanos pueden exportarse con la propaganda, con la violencia de las armas o, lo que no es muy diferente, con la represión por parte de organismos judiciales y de policía internacionales (internacionales aunque, *de facto*, monopolio de Occidente). El

57. Cf. J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, Erker, St. Gallen, 1991 [edición española, «Ciudadanía e identidad nacional», en J. Habermas, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, ²2000, pp. 619-643]; R. Dahrendorf, *La cuadratura del círculo. Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, trad. de I. Rosas Alvarado, FCE, México, 1996, p. 20.

58. Véase S. P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996 [edición española, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, trad. de J. P. Tosaus Abadía, Paidós Ibérica, Barcelona, 1997].

59. Véase P. Hirst y G. Thompson, *Globalization in Question*, Polity Press, Cambridge, 1996.

respeto a los derechos y la subordinación del poder a reglas democráticas son un bien delicadísimo y precioso que sólo el desarrollo civil, la conquista de un nivel mínimo de bienestar económico y, sobre todo, la lucha política pueden producir localmente, y ello siguiendo los tiempos y modos propios de culturas con frecuencia alejadísimas de la tradición europea del Estado de derecho y de la doctrina de los derechos del hombre. Todo lo demás, corre el riesgo de no ser otra cosa que un intento de forzar las normas, de sobrevalorar la capacidad reguladora del derecho, una generosa utopía política o, en el peor de los casos, una forma de imperialismo cultural.

4

FERRAJOLI SOBRE LOS DERECHOS

Mario Jori

1. *Derechos y garantías*

La idea central en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli, expuesta de manera esencial y concentrada en el artículo publicado en *Teoria Politica* que aquí comento[1], consiste en la distinción entre los derechos y sus garantías formales o sustanciales. No sólo es el aspecto de la teoría de Ferrajoli que comporta mayores consecuencias para la estructura conceptual de la teoría, y por tanto el más importante para el teórico general del derecho, sino que, además, esta tesis sobre los derechos o, mejor dicho, este complejo de tesis, están cargados de las más importantes consecuencias filosóficas y jurídicas. Desde ahora adelanto que, en mi opinión, se trata de una buenísima idea. Como todas las ideas filosóficas óptimas es, al tiempo, simple y portadora de consecuencias infinitamente complejas; innovadora y, sin embargo, una vez expuesta, obvia, desde el momento en que retoma y recoge ideas y temas bien presentes en la discusión precedente.

¿Cómo no lo habíamos pensado antes?

Precisamente porque estoy casi plenamente de acuerdo con esta tesis central de la exposición sobre los derechos de Ferrajoli, me ocuparé de ella en primer lugar y con bastante más brevedad de cuanto merecieran su importancia y sus implicaciones, para conce-

1. L. Ferrajoli, «Diritti fondamentali»: *Teoria Politica* XVI/2 (1998) [edición española en L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de P. Andrés y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, ²2001, pp. 37-72; reproducido en este mismo volumen, *supra*, pp. 19-56.]

der mayor espacio a algunas observaciones sobre otros extremos de la teoría, con los que no estoy enteramente de acuerdo.

Antes que nada, comentaré que Ferrajoli presenta la citada tesis, y toda la teoría de los derechos que de ella se deriva, como un cambio de paradigma respecto al tradicional paradigma iuspositivista kelseniano[2]. Qué constituya un «cambio de paradigma» es opinable pero, en mi opinión, las posiciones de Ferrajoli, que en gran medida comparto, quedarían más adecuadamente descritas como una crítica interna y una (importante) mejora del (paradigma del) iuspositivismo kelseniano, que como una transformación del mismo. La cuestión no sólo es terminológica, como podría parecer. En efecto, en la reciente teoría del derecho, la cuestión de las relaciones con el kelnesianismo y con el iuspositivismo tiene una notable relevancia sustantiva: hay que elegir entre seguir la opinión prevalente hoy en día de abandonar el iuspositivismo teórico o, todavía mejor, de ignorarlo, o, alternativamente, considerar que esta teoría prevalente ha tirado indebidamente el trigo con la paja. En este segundo caso, las críticas al iuspositivismo kelseniano llevan, bastante oportunamente en mi opinión, a un iuspositivismo crítico, como es el caso de Ferrajoli, que conserva las ideas básicas del carácter avalorativo de la descripción del derecho y del normativismo fáctico, posición que se especifica mucho más claramente como un perfeccionamiento crítico del normativismo kelseniano que como su abandono.

Ferrajoli introduce en el análisis de los derechos subjetivos la noción de *garantías* del derecho; esta noción engloba las normas jurídicas que implementan la formulación general de un derecho, estableciendo una adecuada red de expectativas positivas y negativas, obligaciones y prohibiciones jurídicas[3]. Por tanto, nos dice que los derechos jurídicos subjetivos existen aunque no tengan (todas las) garantías formales y sustanciales que cupiera desear; nos dice

2. Confieso que el término «paradigma», especialmente en la expresión «cambio de paradigma» me ha llegado a ser insoportable después de que, en los últimos años, se haya abusado de él para magnificar la novedad de teorías, en realidad, bastante poco innovadoras o que no se querían tomar la molestia de demostrar, de forma adecuada, su propia superioridad respecto a tesis alternativas. O peor aun: un cambio de paradigma debería indicar un cambio metodológico, por oposición a una transformación teórica basada en la demostración de que una teoría es errónea dentro de un mismo método; en cambio, con demasiada frecuencia, señala una nueva teorización enunciada en un marco metodológico confuso e indeterminado o, incluso, *ad hoc*. Pero, ciertamente, no son éstas culpas que puedan imputarse a Ferrajoli.

3. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 26.

que cuando una norma jurídica establece un derecho en ausencia de las garantías necesarias para su aplicación coactiva sobre los comportamientos, introduce simplemente una o más lagunas en el ordenamiento jurídico positivo en cuestión. En cambio, Kelsen, como es sabido, sostiene que una norma jurídica que establezca un derecho en términos generales, pero que no se pueda conectar lógicamente con la imputación de un castigo (una sanción), en realidad, no tiene significado como norma jurídica, es, por definición, un *flatus vocis* en cuanto está incapacitada para realizar la que para Kelsen es la función específica del derecho, la distribución de la coacción (sanción) por medio de normas.

La diferencia es, ciertamente, significativa y no sólo terminológica. Pero debe también subrayarse que, a fin de cuentas, ambas teorías pretenden el mismo resultado de armar a los derechos positivos de garantías operativas, permaneciendo las dos en el ámbito normativista del derecho positivo, y llevando a cabo ambas una obra de clarificación realista de las eventuales insuficiencias del ordenamiento positivo. No por nada Kelsen es, por así decirlo, el inventor de los tribunales constitucionales.

De todas formas, no cabe infravalorar la enorme importancia del perfeccionamiento aportado por Ferrajoli a la teoría normativista de derivación kelseniana. Se trata, sustancialmente y en primer lugar, de una mejor descripción del derecho positivo. La primera y sorprendente lección impartida por la teoría de Ferrajoli es que, de hecho, el brutal «realismo» kelseniano (para el que solo cuenta la sanción) es poco realista. En efecto, las normas sobre derechos, si han sido válidamente dictadas, existen y, aun cuando los derechos subjetivos estén privados en un determinado ordenamiento positivo de (algunas o todas las) garantías, aquéllas siguen siendo, sin embargo, normas jurídicas positivas. Por tanto, una teoría del derecho iuspositivista debe ser capaz de describirlas como tales. La tesis de Ferrajoli de los derechos acompañados de (eventuales) garantías, pone de manifiesto, de manera realista, este aspecto del derecho positivo, a diferencia de lo que sucede con la tesis kelseniana. Pone de manifiesto el hecho (jurídico) de que existe algo y de que falta algo. La tesis de Kelsen, en este punto, es en verdad poco kelseniana, desde el momento que nos viene a decir que algunas normas jurídicas positivas no son normas positivas, no ya por razones de producción, sino de significado[4]. En el

4. Es cierto que una expresión normativa que no tenga significado alguno («Si deve prottare il boncio». [Se trata de una expresión inexistente en italiano, sin sentido; algo así como «Es obligado uliferar los güifos», *N. del T.*]) no expresa un

caso de derechos recogidos en normas constitucionales, hay que poner de relieve que estas normas serían, también, normas sobreordenadas a la mayor parte de las normas legales (hipotéticamente) incompletas o deficitarias, y en consecuencia, deberían prevalecer sobre éstas, lo que simplemente es una consecuencia obvia de la estructura gradual del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la sobreordenación de las normas constitucionales a las leyes. Kelsen, con su furor clarificador, querría hacernos concluir que, en el plano del derecho, no hay nada y no falta nada; que la adición de una norma constitucional sobre derechos, privada por el momento de «actuación» (es decir, de garantías en el lenguaje de Ferrajoli), no es más que una mera declaración política hasta que no se complete la construcción de todo el aparato de normas procesales y sustanciales que garantizen la justiciabilidad del derecho. La aporía, incluso desde el propio punto de vista kelseniano, resulta ahora evidente.

Me atrevería a añadir que la posición kelseniana es comprensible en el campo de la psicología de un gran desmitificador, como es Kelsen; expresa una visión seca y desilusionada del derecho, donde no siempre a la vanguardia de las grandes declaraciones, sigue la intendencia de las sanciones. De todas formas, la teoría de Ferrajoli enseña que, en este caso, es posible conciliar la defensa de las declaraciones de principio con el «realismo», es decir, con una descripción del derecho tal como es y no como se desearía que fuese, y todo ello sobre el terreno concreto y completamente kelseniano del normativismo. Si, en cambio, siguiéramos el excesivo reduccionismo[5] de Kelsen en este aspecto, una serie de elementos

significado normativo, una norma, y, en consecuencia, puede decirse, por brevedad, que la expresión lingüística que la contiene no es una norma. Pero no es éste habitualmente el caso de la norma que atribuye derechos subjetivos sin garantías, a no ser que, obviamente, la disposición use palabras-clave sin sentido, como en el ejemplo: «Todos tienen el derecho inalienable de uliferar los güifos, salvo las limitaciones generales que la ley establezca por motivos de salud o de seguridad». En mi opinión, sigue expuesta a una cierta forma de crítica radical, reduccionista, de tipo kelseniano la normativa que atribuya derechos expresados no de forma insensata, pero sí tan vaga que no quiera decir nada específico (por ejemplo, el derecho a la felicidad), o de forma contradictoria (por ejemplo: «Todo ciudadano puede circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional, salvo las limitaciones discrecionalmente adoptadas por cualquier autoridad pública»). Sobre estos problemas, que me parecen difíciles e importantes, véase alguna otra observación *infra*, en el texto.

5. El término «reduccionismo» se ha convertido en un insulto en cierta filosofía *new age* de nuestros días. Nótese que aquello que se critica de Kelsen, en este caso, no es el reduccionismo, sino su «prematuro reduccionismo» (Dennett). También la teoría de Ferrajoli es reduccionista, aunque desde mi punto de vista en la

sustentadores de ese mismo normativismo kelseniano ya no encontrarían lugar en la teoría de los derechos: la constitución no sería tomada en serio y, por consiguiente, tampoco sería tomada en serio la propia teoría de la jerarquía de las normas, ya que una norma constitucional estaría, en realidad, subordinada a unas normas (legales) jerárquicamente subordinadas o, mejor aun, a su inexistencia.

Por tanto, con un movimiento de gran limpieza conceptual, Ferrajoli completa, en el nivel de la teoría de los conceptos jurídicos, la crítica sostenida por la doctrina constitucional italiana del carácter meramente programático de las normas constitucionales. La cual queda definitivamente sepultada, préstese atención, en nombre de una lectura normativista y iuspositivista del derecho positivo: las normas (solamente) programáticas son tales sólo si verdaderamente se formulan como tales; las normas constitucionales sobre derechos carentes de garantías (por ejemplo, no justiciables, o privados de las leyes de desarrollo de los organismos oportunos) son, en cambio, normas que introducen (cuando menos) un deber jurídico de perfeccionamiento a cargo del legislador, y que, cuando no se aplican, introducen lagunas en el ordenamiento[6].

También dentro del tema de las garantías, quisiera, por último, llamar la atención sobre la importancia de la categoría de las garantías sustanciales para clarificar la interminable y confusísima discusión acerca de los «derechos reales» como contrapuestos a los derechos subjetivos «meramente formales» (terminología tremendamente desafortunada y provocadora de siniestros equívocos). La noción de garantías de los derechos sirve, de hecho, para ordenar la confusión que rodea a los llamados «derechos sociales», como el derecho a la salud o al trabajo[7]. Aquí, el problema consiste no sólo en la falta de una especificación legislativa suficiente o en la falta de la norma que instituya el tribunal competente, considerado correctamente en la teoría de Ferrajoli como presencia de una laguna jurídica, sino en la falta de estruc-

forma adecuada, en cuanto remite inequívocamente, pero no de forma apresurada, los derechos subjetivos y sus garantías a las normas obligatorias y a su influencia sobre los comportamientos humanos. Lo que, en la teoría del derecho contemporánea, es el signo distintivo de la ilustración jurídica.

6. La significación de este descubrimiento de Ferrajoli se incrementa considerablemente por el rigor de su formulación axiomática, ya casi completada; el artículo que aquí se comenta, no debe olvidarse, se limita a presentarlo de forma discursiva.

7. Sobre el tema, ver *infra* el apartado 3.

turas materiales y organizativas que puedan implementar el derecho, por ejemplo, la falta de escuelas públicas gratuitas o de médicos del seguro. Se ha sostenido que, en este caso, no se trata de cuestiones jurídicas, sino económicas o materiales. En consecuencia, no sería materia para la ciencia jurídica y todavía menos para la teoría del derecho, sino problema de eficacia y propio, por tanto, de la sociología del derecho, del mismo modo que no es una cuestión de derecho positivo, descriptible por la ciencia jurídica y por la teoría general, el hecho de que los criminales no sean identificados, capturados y condenados.

En algún sentido, esto es cierto, pero también la sensación de que falta algo en el plano jurídico-normativo queda justificada en la teoría de Ferrajoli, y encuentra su explicación, precisamente, en la categoría de las garantías *sustanciales*. Lo que falta en estos casos en el ordenamiento jurídico son normas jurídicas aptas para resolver este tipo de problemas materiales. A nadie se le escapa la gravedad de los problemas que conlleva una tal categoría (¿cuáles son las medidas suficientemente eficaces?), pero se trata de problemas que el derecho positivo y la política del derecho deben, de hecho, afrontar cotidianamente[8]. No es cometido de la teoría del derecho resolverlos, y, si intentara hacerlo, se convertiría en ideología, violando subrepticiamente la distinción entre teoría descriptiva del derecho y política del derecho. Tarea de la teoría sí es, sin embargo, llamar la atención sobre estos y otros problemas, y colocarlos en su justo lugar y en la correcta perspectiva, en el marco de los problemas generales de la producción y aplicación del derecho[9].

8. En particular, para los derechos sociales, que suponen un importante coste económico, la consideración de las garantías como parte integrante del derecho implica la entrada en el razonamiento sobre los derechos, de una importante componente económica así como de conceptos económicos; ya que será la economía la que proveerá las condiciones de posibilidad de las garantías y, consecuentemente, del ejercicio general del derecho. Por ejemplo, el derecho al pago de una pensión deberá respetar los límites de lo económicamente posible. La novedad es, sobre todo, cuantitativa, porque también los derechos más «tradicionales» tienen una dimensión y unos límites económicos, aunque no tan invasores: por ejemplo, el derecho a la manifestación de las opiniones no puede comportar el derecho de cada individuo a obtener fondos para la publicación de un periódico.

9. Además, es evidente que la teoría de los derechos así formulada permite e incluso sugiere ulteriores articulaciones. Por ejemplo, la distinción entre la falta de toda garantía material, entendida como la falta de toda *norma* jurídica que establezca cualquier institución relevante (ningún servicio sanitario nacional) y la falta, en cambio, sólo de garantías materiales eficaces (las normas jurídicas no establecen una fuente de financiación suficiente para el referido sistema sanitario o un acceso suficiente); y así sucesivamente.

La teoría de las garantías me parece, por tanto, el camino correcto y, en mi opinión, la contribución concreta más significativa a la reflexión jurídica por parte de la teoría de los derechos de Ferrajoli.

Precisamente porque es una teoría adecuada para representar la forma en que el derecho positivo trata los derechos subjetivos, suscita, por otra parte, una serie de graves problemas *epistemológicos* para la teoría de los derechos y del derecho. Sobre todo, si queremos seguir considerándola una teoría iuspositivista. El núcleo de tales problemas es, naturalmente, que las formulaciones positivas «de principio» de los derechos son, de forma inevitable, de gran generalidad y vaguedad; especialmente las formulaciones contenidas en las declaraciones de derechos y en las cartas constitucionales (por ejemplo: «La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo...»). Es, precisamente, esta generalidad e indeterminación la que otorga argumentos, a nivel epistemológico, tanto a las concepciones iusnaturalistas de los derechos subjetivos, para las que los derechos están, en realidad, (y no pueden estar más que) predeterminados fuera del derecho positivo, como a las concepciones escépticas, para las que tales formulaciones son, siempre o casi siempre, palabras sin sentido (a las que, como se ha visto, pertenece también la concepción kelseniana).

En realidad, los juristas positivistas están acostumbrados, de una parte, a precisar el contenido de los derechos mediante la consideración de sus garantías, incluidas las sentencias de los jueces constitucionales que constituyen la primera garantía secundaria; y, de otra, a entender y unificar las garantías con referencia a las formulaciones «de principio» de los derechos subjetivos. Una forma de equilibrio contemporizador que la teoría de Ferrajoli de las lagunas de garantías obliga a reconsiderar y que vuelve, indudablemente, más problemática. ¿Qué se encuentra ya en el derecho positivo, y qué es lo que añade, en cambio, el teórico con sus construcciones conceptuales o el juez con su sentencia interpretativa?

En mi opinión, la teoría de Ferrajoli no se ocupa directamente de este problema: de cómo comprobar en el *ahora* cuáles son verdaderamente los derechos y los rasgos de los derechos que un ordenamiento jurídico prevé. Ello, naturalmente, al margen de los nombres altisonantes de los propios derechos que, pese a todo, no dejan de quedar definidos y precisados mediante unas garantías específicas, articuladas y complejas. Aquí el problema no consiste en saber si los derechos sin garantías son derechos (lo son), sino

qué significa verdaderamente un derecho subjetivo formulado, hipotéticamente, de manera sólo genérica sin las garantías que lo precisen.

En realidad, el problema de la determinación del contenido del derecho subjetivo es genérico y se manifiesta aun en presencia de una densa normativa de garantías de desarrollo de un derecho constitucionalmente formulado o, en todo caso, formulado en una norma sobreordenada a las normas garantizadoras. Ya que, de todas formas, siempre tendremos que preguntarnos dónde podemos encontrar los argumentos para sostener que tales garantías son suficientes o insuficientes para realizar el derecho constitucional y, en consecuencia, si éste tiene o no lagunas. En todo caso, la prevalencia de la formulación general del derecho sobre las normas que establecen (o no establecen) garantías, se deriva de la estructura gradual del ordenamiento y de la naturaleza sobreordenada de la norma constitucional o bien de las normas (positivas) de derecho internacional que contienen las declaraciones de derechos. Nuevamente, queda de manifiesto que la teoría de Ferrajoli no es iusnaturalista.

El problema presenta otro carácter y resulta todavía de más difícil resolución, cuando la formulación «de principio» del derecho se encuentra, hipotéticamente, en el mismo nivel jerárquico que las normas de garantía. Por ejemplo, en un Código. En este caso, no existe argumento jerárquico alguno para preferir la formulación general del principio a la norma específica que fija o delimita una garantía. Resultan de aplicación, entonces, las normas habituales reguladoras de las relaciones entre normas generales y especiales con la carga de indeterminación que ello supone. Puede suceder que, en estos casos, la cuestión pueda resolverse únicamente en el terreno del *ius condendum*.

Pero la cuestión más espinosa es, ciertamente, la de la indeterminación semántica de la formulación general del derecho. Particularmente en este caso (muy frecuente), existe el peligro de que el razonamiento se pierda en peticiones de principio y argumentos circulares como sucede, por ejemplo, en el modelo dworkiniano. Porque si el derecho subjetivo jurídico ya no se reduce a la suma de sus garantías existentes en el derecho positivo, entonces resulta indispensable buscar en algún otro lugar los argumentos para precisar su contenido, es decir, las garantías implicadas por su formulación de principio, sin que el argumento caiga en un círculo vicioso.

Por otra parte, es comprensible que Ferrajoli no preste demasiada atención a este problema en el marco de la formulación de una teoría general del derecho, desde el momento en que los pro-

blemas interpretativos y cognoscitivos no son, en rigor, de competencia de una teoría (axiomatizada) de los conceptos jurídicos, la cual, necesaria y legítimamente, los da por resueltos. El problema, de todas formas, sigue siendo acuciante desde el momento en que para cualquier teoría no es irrelevante la utilidad y oportunidad de los conceptos que formula. En mi opinión, también en este aspecto del análisis de los derechos, Ferrajoli nos presenta un instrumento conceptual adecuado, capaz de reflejar la realidad del derecho positivo. Por un lado, presenta una visión más realista del derecho positivo que las teorías reduccionistas, las cuales acaban, de hecho, debilitando los derechos presentes —aunque, a veces, de forma sólo genérica— en las cartas constitucionales y, por tanto, en los ordenamientos positivos. Pero, por otro lado, como teoría normativa crítica, es decir, realista, la teoría de Ferrajoli nos obliga también a considerar los ornatos esperanzadores con que se decora la realidad normativa positiva como lo que son: un derecho provisto sólo de formulaciones genéricas sin garantías y, de hecho, un derecho vago, incompleto, antinómico y, a menudo, todavía indeterminado e indeciso entre las posibles versiones de un derecho y los eventuales desarrollos de los derechos proclamados.

La opción iuspositivista (la indicada por Ferrajoli) que defiende una certeza siempre por reconquistar mediante la adecuada formulación y reformulación de las normas jurídicas positivas es, en consecuencia, profundamente diferente de la inventada por el soñador dworkiniano. Aquella que fantasea en los derechos positivos la existencia de una red de derechos ya exactamente determinados y, curiosamente, siempre coincidentes con la propia concepción ético-política de lo que tales derechos deberían ser. Un soñador peligroso, aun si, por casualidad, su imagen de los derechos coincidiera con la nuestra, ya que produce una certeza efímera. Siempre habrá quien no comparta su visión y ponga de relieve que la construcción de los derechos, soñada por el teórico, carece de la legitimidad y legitimación del proceso político de producción jurídica. Consecuentemente, el derecho aparecerá irremediablemente como ambiguo y como mera cobertura de soluciones ético-políticas subjetivas[10].

10. «Nadie te ha elegido» dicen los simples, mientras los filósofos hablan de argumento contramayoritario. Se ha sostenido que las opiniones prebenthamianas de R. Dworkin ignoran la principal función propia del derecho en nuestra sociedad, que es la de superar la controversia acerca de la solución ética óptima, para adoptar una solución consensuada por procedimientos consensuados, al precio de renunciar

En cambio, la de Ferrajoli es una versión realista de la concepción normativa del derecho. Una versión que nos permite leer la realidad de las normas jurídicas positivas, incluso de las normas de principio y de las normas de derecho internacional, como dotadas de fuerza jurídica, y, al mismo, tiempo leer en el derecho positivo las insuficiencias y las incertidumbres que, de hecho, existen desde un punto de vista ético, o mejor dicho, desde el punto de vista de cada una de las posibilidades éticas. La onírica visión consoladora del derecho positivo expuesta por el teórico-sabio-legislador, queda sustituida por una visión equilibrada[11] que nos permite también, a mi juicio, detectar cuándo cambian o mejoran las formulaciones del derecho. Sin dejar de señalar, explícitamente, las razones éticas a

a la solución potencialmente óptima desde el punto de vista ético (típica de toda forma de iusnaturalismo).

11. En mi opinión, el mejor fundamento ético para la teoría jurídica de Ferrajoli se encuentra en la concepción crítica del positivismo jurídico elaborada por Uberto Scarpelli. Scarpelli, en resumen, encuentra el fundamento del derecho en las elecciones normativas y de ordenamiento llevadas a cabo por los participantes en la actividad jurídica. Tal elección es una cuestión ético-política y no científica, aunque se base en hechos. La eficacia de las normas y de los ordenamientos, según Scarpelli, no constituye un fundamento neutral o científico de la descripción jurídica, porque ella misma es ya fruto de una elección ético-política, de una serie de elecciones concordantes adoptadas por un número suficiente de miembros de una sociedad. ¿Cómo recuperar, en este enfoque, la posibilidad de una descripción fáctica de las normas, condición necesaria de la certeza y de la democraticidad del derecho? La respuesta está en el hecho de que la eficacia es, a su vez, el resultado de la convergencia de las elecciones de muchos, siempre que esos muchos empleen un concepto de derecho relativamente homogéneo para identificar unas normas fundamentales y, consecuentemente, unos ordenamientos relativamente precisos. Reproducir tal elección inspirándose en criterios normativos, de hecho, prevalentes implica asumir la postura (política) del positivismo jurídico y de la descripción del derecho tal y como es, es decir, tal como es producido y aplicado por autoridades que simplemente se ajustan a él. Ello no excluye la presencia de opciones en los espacios discrecionales e inciertos de los ordenamientos, ni excluye, en modo alguno, la responsabilidad del jurista conformista. E incluye el deber epistemológico, además de ético, de aclarar el concepto de derecho en el que se inspira para la identificación y aplicación del derecho, concepto que es, por tanto, el lugar donde convergen los deberes de coherencia y claridad de las elecciones jurídicas. Por ejemplo, en el concepto de derecho se debería explicitar, bajo la forma de elección motivada, la opción entre reduccionismo kelseniano y garantismo de Ferrajoli. En el concepto de derecho, como lugar de exposición y clarificación de las elecciones no sólo normativas, sino también metodológicas y conceptuales, se debería explicitar la propia elección normativa de contemplar el derecho como guía de acción. Los conceptos clave del iuspositivismo scarpelliano son, por tanto, la naturaleza normativa del derecho como guía de acción, la distinción entre concepto de derecho y norma fundamental, la naturaleza electiva del concepto de derecho, la pluralidad de las normas fundamentales posibles, el deber de claridad y coherencia del jurista (rigor), y la opción cualificada a favor del derecho positivo

las que se hace referencia. Dado que el lenguaje jurídico no es ni siempre cierto ni siempre incierto, la teoría de las garantías de los derechos de Ferrajoli nos devuelve convenientemente a un análisis realista del lenguaje jurídico y de las normas jurídicas positivas, y constituye, al tiempo, una base sólida y rigurosa para la «ciencia» o, por mejor decir, la técnica de la legislación[12].

2. *Derechos fundamentales* v. *derechos patrimoniales*

El segundo punto de la teoría de Ferrajoli al que quisiera referirme es el de la gran bipartición entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*[13]. Su importancia resulta también del todo evidente, pues hasta el mismo autor manifiesta que la diferencia entre los dos tipos de derechos es mucho más significativa que los aspectos comunes a los dos grupos y que mantienen unida la categoría de los derechos subjetivos[14].

12. Otro aspecto de la teoría de las garantías se afrontará *infra* en el apartado 2, a propósito de la distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales.

13. La definición formal de «derecho subjetivo» en la teoría axiomática de Ferrajoli, hace referencia al concepto (primitivo en la teoría) de «expectativa». El texto que sigue es una cita de la versión que poseo del texto mecanografiado de Ferrajoli, de la que he extraído las tres equivalencias (la definición de «derecho subjetivo» y dos tesis que de ella se derivan), originariamente formuladas en lenguaje simbólico:

«D10.20 "Derecho (subjetivo)" es cualquier expectativa de prestaciones o de falta de lesiones. Las prestaciones y lesiones se han definido aquí como argumentos de intereses, respectivamente, positivos y negativos. De aquí se deriva que los derechos, a su vez, equivalgan conjuntamente a las expectativas y a los intereses en el otorgamiento de prestaciones o en la omisión de lesiones (T10.108). Éstos son, más sencillamente, los intereses, reconocidos como expectativas, en la realización u omisión de actos jurídicos (T.10.109).

»"Derecho", en conclusión, es una situación pasiva (T.10.110) consistente en la expectativa de ventajas o no desventajas para su titular (T.10.111). Esto se repite cada vez que expectativa e interés, sean éstos en la comisión o en la omisión de un acto jurídico por parte de un tercero, coinciden sobre el mismo sujeto. En este sentido, podemos decir que "derecho" es cualquier *interés jurídicamente protegido* como consecuencia de su calificación como expectativa de la comisión o de la omisión de actos, en el primer caso obligatorios y, en el segundo, prohibidos. Puesto que las expectativas se corresponden con obligaciones y prohibiciones ajenas, ciertamente equivale a cualquier interés jurídicamente tutelado por el deber de los otros de respetarlo: es decir, por la garantía que representa la obligación de satisfacerlo o la prohibición de violarlo imputadas a otros sujetos jurídicamente relacionados con su titular».

14. Ferrajoli confiesa haber conservado una categoría unitaria de los derechos subjetivos en su teoría, fundamentalmente, por respeto a la tradición y a los hábitos lingüísticos.

Ferrajoli subraya el alcance innovador de la bipartición que formula, al citar en su artículo algunos de los ilustrísimos precedentes clásicos de la teoría unitaria de los derechos subjetivos de la que él conscientemente se distancia[15].

Ferrajoli basa la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, en primer lugar, en la universalidad *formal* de los derechos fundamentales. Estos derechos aparecen atribuidos directamente por normas generales[16] a ciertas categorías o clases de sujetos: *las personas, los ciudadanos, los capaces de obrar*. Los derechos patrimoniales, por el contrario, se adquieren a través de actos de adquisición y disposición, obviamente, realizados siempre con base en las normas. El sujeto de los derechos fundamentales es una categoría universal en sentido formal, se trata de cualquier sujeto identificado como clase. Tratándose de derechos jurídicos, las normas en cuestión son siempre normas jurídicas positivas: los derechos fundamentales de Ferrajoli *no* son independientes del derecho positivo, Ferrajoli *no* es un iusnaturalista. El concepto de *derecho* fundamental es, sin embargo, un concepto teórico reelaborado por Ferrajoli con base en las exigencias de la teoría, y no determinado por el reconocimiento que de él puedan hacer uno o más derechos positivos. Así, un derecho positivo puede no incorporar «derechos fundamentales» en el sentido de Ferrajoli, aunque afirme contenerlos y reconocerlos. Y viceversa.

La historia de los derechos fundamentales, precisa Ferrajoli, es la historia de la progresiva expansión de las categorías de sujetos de los derechos respecto a la totalidad de los seres humanos. En muchos derechos positivos, los titulares de los derechos fundamentales no son más que una exigua minoría (unos pocos ciudadanos, varones, adultos, propietarios y cabezas de familia). En el mundo de hoy quedan, dice Ferrajoli, dos grandes discriminaciones en materia de derechos jurídicos: la ciudadanía para los derechos políticos, y la minoría de edad y la incapacidad mental para algunos derechos civiles que se vinculan a la capacidad de obrar. Según Ferrajoli, la primera puede y debe superarse; la segunda no puede eliminarse porque está basada en una diferencia «insuperable»[17].

15. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 26-29.

16. Ferrajoli afirma que el derecho fundamental *es* una norma (retomando bastante libremente la terminología de la escuela de Conte, norma tética) mientras que los derechos patrimoniales son atribuidos por normas hipotéticas (Conte hablaría quizá, en este caso, de normas anancásticas).

17. Ver *infra* nota 23.

La segunda característica de los derechos fundamentales (relacionada lógicamente con la anterior) es que éstos, a diferencia de los patrimoniales, son, por definición de Ferrajoli, *indisponibles*. En efecto, si fueran disponibles, cesarían rápidamente —o, al menos, potencialmente— de ser iguales y de ser atribuidos por normas generales a clases de individuos. La clasificación entre los derechos fundamentales de la propiedad privada, el más importante de los derechos patrimoniales según Ferrajoli, es, por tanto, inadecuada, y se debe a la confusión de la propiedad privada con el derecho a llegar a ser propietario, es decir, con la correspondiente capacidad jurídica. La segunda, la capacidad, es, efectivamente, un derecho fundamental igual hoy para todos los seres humanos —o, mejor aun, para todas las personas— que el derecho moderno atribuye a todo ser humano al nacer; la primera, la propiedad privada de cualquier cosa con exclusión de todos los demás, es el prototipo de derecho patrimonial, y se adquiere o se pierde con un acto de adquisición específico[18].

Adelanto, desde ahora, que, en general, no tengo ninguna objeción al planteamiento abiertamente reconstructivo de Ferrajoli, ni al uso de una terminología racionalmente reconstruida para un aparato axiomático de redefiniciones. Ni mucho menos. También resulta correcto en la teoría del derecho que se adopten términos y conceptos porque resultan útiles a la construcción teórica o porque constituyen un aparato conceptual más útil para una mejor descripción de los derechos positivos (del derecho positivo moderno, en este caso).

El hecho, sin embargo, de que Ferrajoli (como, por lo demás, ya hiciera el Bobbio de los años cincuenta) atribuya a la ciencia jurídica, en concreto, a la teoría general del derecho, el deber de «enmendarle la plana» al lenguaje del legislador, no comporta de por sí, en modo alguno, la imposibilidad de distinguir entre los dos en cuanto lenguaje y metalenguaje; ni, por tanto, la prescriptividad de las descripciones de la ciencia jurídica. Al contrario, presupone tal distinción y está en la base teórica de una ciencia jurídica que quiera ser críticamente descriptiva del discurso del derecho. En mi opinión, en la base del trabajo de Ferrajoli está la conciencia de la verdad fundamental y sólo aparentemente paradójica de que el ser

18. Por tanto, no debería entrar en la misma categoría el demanio, que aparece definido por normas generales y es inalienable. La patrimonialidad en el sentido de Ferrajoli no queda, entonces, determinada por la naturaleza patrimonial (en el sentido corriente del término) del bien objeto del derecho. Esta divergencia entre la definición teórica y el sentido común de la palabra puede ser fuente de equívocos.

(conscientemente) prescriptivo en el nivel de la clarificación conceptual y metodológica es el único modo, en cambio, de establecer la distinción entre descripción y valoración, y de permitir una descripción crítica no contaminada por elecciones valorativas incontroladas y ocultas, y, por tanto, ideológicas.

Estoy absolutamente de acuerdo con el planteamiento reconstructivo de Ferrajoli en nombre de la neutralidad de la ciencia jurídica, o, al menos, de la mayor neutralidad posible, es decir, de la que se basa en la precisa explicitación crítica de sus presupuestos prescriptivos. Naturalmente, la relación entre los dos discursos, el discurso objeto de las normas jurídicas y el metadiscurso de la ciencia jurídica, se convierte, de esta forma, en una relación explícita y rigurosamente fundada como metajurisprudencia prescriptiva[19]. Esta posición de Ferrajoli es, por tanto, una elección metodológica fundamental y constituye, además, el punto en el que la epistemología de Ferrajoli se distancia de forma más radical de la dominante en el iusrealismo; por esta mismo razón, sin embargo, la posición de Ferrajoli, como iuspositivista crítico, está todavía más alejada del iuspositivismo acrítico e ideológico cultivado por la mayor parte de los juristas positivistas, los cuales niegan (o ignoran) la propia aportación prescriptiva a la «construcción» del derecho, y terminan por producir una teoría y una ciencia del derecho prescriptivas en sentido ideológico, es decir, contaminadas por las propias premisas valorativas ocultas.

Volvamos, ahora, a la distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales, basada en la universalidad del sujeto de los derechos (una clase de individuos) y en la indisponibilidad.

19. La crítica que en su momento hizo Guastini al Bobbio de los años 50 es, por tanto, en mi opinión, infundada; la teoría de Bobbio, naturalmente, no «cubre» los casos en los que esta relación haya ideológicamente ocultado (como en la mayor parte de la jurisprudencia positiva) las aportaciones normativas sin distinguirlas de las descriptivas. Ver, por ejemplo, R. Guastini, «I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* IV (1987), pp. 179 ss. [edición española: «Los juristas a la búsqueda de la ciencia (Relectura de Bobbio)», traducción de M. A. Villagómez: *Revista de Ciencias Sociales* 30 (1987). Una versión diferente de este mismo artículo aparece en R. Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 263-276]. Si estoy en lo cierto, la postura aparentemente sólo descriptiva propugnada por Guastini, en ausencia de un criterio metodológico explícitamente prescriptivo, no puede sino utilizar criterios prescriptivos subrepticios (por ejemplo, en la selección del material jurídico considerado relevante) y cae en la acostumbrada ideología de las descripciones del derecho llevadas a cabo por el iusrealismo: la adhesión servil a la práctica prevalente de los juristas positivos, con la cláusula de exclusión de responsabilidad del «de todas formas, no es ciencia».

En mi opinión, son tres los aspectos de las nociones de derecho fundamental/patrimonial de Ferrajoli que presentan problemas. Los referidos, respectivamente, a la noción de universalidad, a la noción de disponibilidad y a las relaciones entre la universalidad de los derechos y sus garantías.

Como se vio, la noción de universalidad a la que Ferrajoli hace referencia es, declaradamente, una universalidad *formal*[20], en cuanto se refiere a cualquier clase a la que una norma (de derecho positivo) quiera hacer referencia con la noción de persona, de ciudadano o de capaz de obrar. Es sólo un hecho histórico, y también reciente, que tales clases (o, al menos, la primera) tiendan, en los derechos modernos, a coincidir con la de todos los seres humanos[21]. El hecho de que Ferrajoli vea con aprobación esta extensión (bien entendido, que también yo lo hago) no cambia las cosas. Por otro lado, la universalidad formal no comporta necesariamente un valor positivo, ya que el contenido de un derecho fundamental, aun cuando esté atribuido a una clase tal de individuos, puede ser trivial (en el ejemplo de Ferrajoli, el derecho a fumar)[22]. Además, no es incompatible con la discriminación. El propio Ferrajoli recuerda cómo la clase de los titulares de derechos puede ser construida, y a menudo lo ha sido, de manera injusta, como en el caso de que sólo una restringida clase de individuos goce de los plenos derechos civiles. Según Ferrajoli, una injusta discriminación de este tipo atañe todavía hoy al derecho de ciudadanía.

No puede dejar de señalarse, sin embargo, que existen en el texto de Ferrajoli indicios que hacen pensar en la universalidad como en un valor éticamente positivo (para Ferrajoli): el valor de la igualdad *sustancial*. Ferrajoli afirma, por ejemplo, que los derechos fundamentales pueden ser *degradados* a derechos patrimoniales, en el caso de que se admita su alienación. De cualquier modo,

20. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 20.

21. Un problema que Ferrajoli no considera es el de si los derechos fundamentales están o no limitados a los seres humanos actualmente con vida. Los seres humanos muertos no tienen derechos en nuestra cultura (no son «antepasados» con la riqueza de sentido conocida en otras culturas) y los seres humanos futuros, todavía menos. Dos fenómenos relativamente recientes han contribuido a la urgencia del problema de los eventuales derechos de los no nacidos: el medio ambiente y la deuda pública (incluyendo el problema de las pensiones). Además, existe el problema de la atribución de derechos a individuos no humanos.

22. «[...] nuestra noción formal de derecho fundamental: la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque corresponden a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles» (L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 32).

queda claro que el autor considera más importantes, en cuanto a su valor ético, a los derechos fundamentales que a los derechos patrimoniales, así como considera positiva la extensión de la clase de los sujetos de los derechos fundamentales a todos los seres humanos. Al igual que, apasionadamente, hace votos para que también los derechos de ciudadanía sigan este mismo camino hacia una ciudadanía universal —o, lo que es lo mismo, la abolición de la ciudadanía—, es decir, hacia la igualdad sustancial, también en este aspecto, de todos los seres humanos[23]. ¿Se trata de meros *obiter dicta* o de deslices en la definición sintomáticos de un problema en la teoría?

El segundo problema atañe a la noción de disposición y es un problema de adecuación definitoria: es decir, debemos preguntarnos qué entiende, en realidad, Ferrajoli por acto de disposición, para saber si su definición establece, al menos de manera reconocible, la noción de derecho fundamental (no patrimonial) por referencia a la universalidad como indisponibilidad del derecho. En el artículo aquí comentado, Ferrajoli también considera entre los potenciales actos constitutivos (el «título») de los derechos patrimoniales a los actos administrativos[24] (además de a los actos negociales como la compraventa), si bien la atención del autor, a la hora de ejemplificar, queda enteramente dirigida a este último tipo de actos (los actos de transferencia a título patrimonial), y, al menos, en una ocasión considera disponibilidad como sinónimo de mercado. En consecuencia, los ejemplos de Ferrajoli hacen referencia, mayoritariamente, a la compraventa o, al menos, a la cesión a título patrimonial de derechos a terceros, mientras que la noción de disposi-

23. Nótese que Ferrajoli no puede sino distinguir, a este respecto, entre el caso de la ciudadanía y el caso del menor de edad y del enfermo mental. Sólo en estos últimos casos se trata de limitaciones que, a Ferrajoli, le parece que deben conservarse porque son buenas o naturales («insuperables»). En realidad, es obvio que un derecho positivo bien podría superarlas y atribuir la capacidad de obrar a los niños y a los enfermos mentales. Lo que parece «insuperable», en este caso, es la injusticia que se cometería al hacer sufrir las consecuencias de los propios actos de disposición a personas incapaces de gestionar sus propios intereses. Se trata de un juicio de valor bastante compartido, pero, en todo caso, de un juicio de valor sustancial, por lo que observo que, en esta parte del razonamiento de Ferrajoli, los criterios de valor asumen abiertamente la importancia que, sospecho, tienen también en otras. Observo, además, que, incluso en estos casos relativamente pacíficos en líneas generales (al menos, en nuestra cultura), la precisa determinación de qué constituya madurez o salud mental no es completamente pacífica. La precisión en la determinación de la universalidad del derecho queda, por tanto, a merced de juicios de valor notablemente delicados y controvertidos.

24. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 33.

ción se define en un sentido más amplio, como cualquier acto susceptible de cambiar una situación jurídica originaria de igualdad. El sentido de esta distinción refuerza esta última conclusión: puesto que disposición es cualquier acto de autonomía, los derechos fundamentales indisponibles son elementos jurídicos cuya función es asegurar la igualdad, incluso de manera paternalistamente obligatoria[25]. La obvia justificación ético-política de la indisponibilidad estriba en que se trata de intereses demasiado importantes (justamente, fundamentales) como para dejarlos a merced de las opciones de los propios interesados[26]. Conviene señalar, en todo caso, que esta posición no es congruente con otra que, igualmente asumida por Ferrajoli, sostiene que los derechos fundamentales no tienen necesariamente que ver con intereses vitales.

Por otra parte, los inconvenientes de una definición teórica general de los derechos fundamentales que siga la senda de los «intereses vitales» son evidentes: ésta uniría la noción de derecho fundamental a un juicio de valor extremadamente controvertido[27], y nos permitiría preguntarnos: ¿vitales para quién? Una respuesta en clave iuspositivista debería ser: vitales desde el punto de vista del ordenamiento, no del crítico o de la razón objetiva. Los derechos fundamentales existirían, entonces, en tanto que fueran considerados como tales por el ordenamiento. Llegados a este punto, me parece evidente que cualquier definición de los derechos fundamentales oscila entre dos peligros opuestos, lo contingente (es fundamental aquello que así considera el derecho positivo), y lo controvertido (es fundamental aquello que la recta razón considera como tal). El intento de evitar ambos peligros podría ser una de las razones profundas de la definición de Ferrajoli formulada en tér-

25. Ferrajoli reconoce, efectivamente, que los derechos operan de forma paternalista, incluso contra la libre voluntad de los titulares.

26. No me parece lógicamente fundada la afirmación de Ferrajoli de que la opción contraria sería lógicamente imposible y/o que cortocircuitaría el mundo jurídico dejándolo en un estado de naturaleza, al permitir alienar, incluso, el propio derecho de alienar. En un mundo jurídico hipotético donde todos los derechos sean alienables, si alieno mi derecho de alienar, quiere decir que, desde ese momento, ya nunca podré alienar mis otros derechos. En un mundo de ese tipo, podríamos también imaginar una organización de buenos samaritanos un poco entrometidos (la «Fundación Ferrajoli») que se dedicara a adquirir tales meta-derechos, obligando así a los descuidados y a los desesperados a mantener (el resto de) sus propios derechos.

27. No debemos engañarnos por el hecho de que las formulas (por ejemplo, «derecho a la vida») sean sintácticamente simples y parezcan pacíficas. Lo que resulta controvertido es la determinación específica de qué consideramos «vida», a los fines de la protección y de las limitaciones incluidas en toda formulación pacífica del principio.

minos de universalidad formal y no de intereses vitales: el carácter estructural y formal de universalidad y su universalidad/disponibilidad serían también un indicio de que los derechos así tratados se consideran fundamentales por un ordenamiento positivo, más aun, por toda una cultura jurídica positiva.

Por tanto, volviendo a la disponibilidad y a la alienación, hay que insistir en que, en el sistema de Ferrajoli, éstas ni deberían ni podrían ser sólo las alienaciones a favor de terceros a cambio de una remuneración patrimonial, sino cualquier acto del interesado jurídicamente relevante que comportara la modificación de la situación de igualdad jurídica de la clase de los titulares del derecho. Sin embargo, como ya se ha visto, los ejemplos que el autor cita en su selección definitoria parecen focalizarse siempre sobre el caso de la persona que vende por dinero partes del propio cuerpo, o que vende la propia libertad, reduciéndose así a la condición de esclavo, o, incluso, que vende la propia vida, formas de disposición, todas ellas, excluidas de cualquier derecho moderno[28]. Existen, sin duda, muchos casos de derechos subjetivos inalienables en cualquier modo, casos en los que la justificación del paternalismo[29] es particularmente fuerte y ampliamente compartida en nuestra sociedad; por ejemplo, son obviamente tales, pero no sólo, los derechos-deberes. Pero existen muchos modos de disposición de los propios derechos, más allá de la alienación a terceros, y más aun de la cesión contractual con remuneración patrimonial, frente a los que la limitación paternalista ya no aparece tan pacíficamente compartida desde el punto de vista ético y que, en consecuencia, se admiten incluso para derechos subjetivos que, creo, Ferrajoli considera derechos fundamentales y, ciertamente, vitales.

He aquí algunos ejemplos que me dejan perplejo (sobre la inalienabilidad de derechos subjetivos fundamentales).

El suicidio[30]. En presencia del derecho indisponible/inalienable a la vida, el suicidio debería estar prohibido. Algunas éticas

28. Por ejemplo, puesto que la venta en esclavitud de uno mismo y de los propios familiares *in manu* era admitida y practicada en casi todos los derechos antiguos, se deduce que estos derechos no conocían derechos subjetivos de libertad personal, según la definición de Ferrajoli, sino sólo derechos patrimoniales de libertad.

29. Creo poder asumir, sin necesidad de probarlo, que también para Ferrajoli el paternalismo, es decir, obligar a los demás a hacer aquello que nosotros creemos que es bueno para ellos, es, *ceteris paribus*, un desvalor.

30. Y casos parecidos menos dramáticos: el *piercing*, las prácticas autolesivas. Más importante es que también el uso voluntario de sustancias dañinas (¡Ferrajoli fuma!) parece una renuncia voluntaria al (disposición del) derecho constitucional a la salud.

y muchos derechos, efectivamente, lo prohíben. ¿Habría que deducir la consecuencia paradójica de que el derecho a la vida no es jamás un derecho fundamental? Sí, salvo que se encuentre posible distinguir entre el disponer de la propia vida y el disponer del propio derecho a la vida (me mato, no renuncio al derecho a la vida). Una distinción de este tipo recuerda, quizá lejanamente, al caso de la obligación natural (pago, pero no tengo la obligación de pagar), sin embargo, no me parece que sea exactamente lo mismo: si tengo el derecho indisponible a la vida, quiere decir que yo (como los otros) no puedo llevar a cabo legítimamente actos de disposición de mi propia vida; quiere decir que los terceros tienen la obligación o los permisos jurídicos de hacer valer tal derecho, por ejemplo teniendo el deber o el permiso jurídico de impedirme el suicidio.

La renuncia a hacer valer el derecho en juicio y, en general, a hacerlo respetar. ¿Debemos pensar que para todos los derechos fundamentales, el recurso a las garantías procesales es obligatorio para el individuo interesado? No es, ciertamente, así en muchos casos en los derechos positivos modernos, y difícilmente aprobaríamos, desde en el plano ético, un derecho que avanzase en esta dirección. El derecho conoce remedios «obligatorios» para la tutela de ciertos derechos subjetivos, el más importante de los cuales es, sin duda, la acción pública obligatoria característica del derecho penal. Sin embargo, ésta vale sólo para el aspecto penal y no para todos los delitos, sino únicamente para los más graves. Existen en todos los derechos modernos casos de violación de derechos que querríamos, sin duda, llamar fundamentales y que son accionables sólo a instancia de parte y, en este sentido, por tanto, disponibles.

Finalmente, también el ejercicio voluntario de actividades dañinas o peligrosas, no sólo por diversión sino también por dinero, se mueve en el límite de la renuncia jurídica a derechos subjetivos también importantes: piénsese en deportes francamente autolesivos como el boxeo.

¿No deberíamos, quizá, concluir que la renuncia al ejercicio de un derecho por libre elección es legítima sólo si no se trata de un derecho fundamental? ¿Y que un derecho es fundamental sólo si no contamos con la libertad de renunciar a ejercitarlo?

Piénsese, por último, en la renuncia a ejercitar el propio derecho a la salud, es decir, en la renuncia a obtener tratamientos médicos razonables, elección que, sin duda, el individuo adulto y mentalmente sano puede realizar libremente en todos los derechos

modernos[31]. El derecho a la salud, dice Ferrajoli, es derecho fundamental en tanto que no negociable, como consecuencia de la decisión tomada por una sociedad de no dejar morir a nadie sin los adecuados tratamientos médicos. Pero el individuo, incluso en este caso, puede substraerse a este atento paternalismo, o, al menos, indudable y afortunadamente, lo puede hacer en nuestro ordenamiento jurídico. Puede, por tanto, disponer de él con un acto que, ciertamente, es un acto jurídico formal (por ejemplo, firmando la declaración con la que se solicita el alta en un hospital contra la opinión de los médicos) y, por tanto, en este sentido, el derecho es disponible-renunciable, aunque no disponible-alienable a favor de un tercero.

Por supuesto, Ferrajoli sigue teniendo razón al subrayar la asimetría entre este caso y el del derecho patrimonial. El punto de partida de la disposición-renuncia al ejercicio del derecho a la salud o a la vida es siempre, en un cierto sentido, la situación originaria de igualdad, en la que todos tienen el derecho a gozar o no gozar de tal derecho. Ni siquiera contamos con una cadena de transferencias, en la que la disponibilidad del derecho pueda ser rastreada de titular en titular a través de la cadena de disposiciones hasta la adquisición originaria. Pero el *resultado* de la renuncia efectiva implica, sin embargo, siempre una consecuencia *jurídicamente relevante* de desigualdad, una modificación no sólo de hecho, sino de la correspondiente situación jurídica, de la constelación de derechos y deberes jurídicos referentes al propio derecho, modificación ligada a ese acto de disposición. Así, mi renuncia a someterme a tratamientos médicos comporta, cuando menos, la anulación de la obligación de curarme por parte de quienes, en caso contrario, tendrían tal deber de forma bien precisa. La situación es diferente del caso hipotético en que yo no tuviera la disponibilidad de tal derecho, porque, en tal caso, la renuncia no eliminaría la obligación de curarme por parte del tercero, y dejaría (por lo menos) abierta la posibilidad de que yo

31. Excepto para las enfermedades contagiosas. Sin embargo, el caso del sida, enfermedad (muy moderadamente) contagiosa pero, hasta ahora, mortal e incurable, ha puesto en crisis también este último bastión del paternalismo sanitario. Muchos ordenamientos prohíben hoy no sólo imponer a los enfermos de sida precauciones obligatorias para evitar que terceros se contagien, sino también todo acto dirigido a *identificar* a los portadores de la citada enfermedad contagiosa. Esta actitud quizá cambiaría si el sida fuera rápidamente curable y, por tanto, toda forma de cuarentena no fuera ya una condena de por vida, o, en sentido opuesto, si el sida fuera fácilmente transmisible (por ejemplo, por vía aérea). Subsiste, de todas formas, el principio anti-paternalista.

pudiera ser obligado contra mi voluntad[32]. La posibilidad de que la renuncia no sea definitiva, y de que el sujeto interesado pueda, eventualmente, renunciar a la renuncia, no me parece que cambie la situación. Obsérvese la diferencia entre todos estos casos y el derecho a la instrucción obligatoria, que es un derecho/deber para todos los interesados. Este derecho es *verdaderamente* indisponible y la familia que se niegue puede (al menos, en teoría, aunque no suceda siempre así en la práctica) ver a sus propios hijos llevados por la fuerza a la escuela a ejercer su derecho irrenunciable y no sólo inalienable.

Me parece, en fin, que para algunos derechos que querríamos, sin duda, considerar fundamentales se admite, en determinadas circunstancias, la alienación cuando menos parcial a favor de terceros, incluso por contratos de contenido patrimonial. Piénsese en (el derecho a) la libertad de expresión de las propias opiniones, que puede ser legítimamente limitado por contrato respecto, por ejemplo, al propio empleador.

No sé cómo podría Ferrajoli dar cuenta de estos casos, sin restringir indebidamente la noción de disposición a la de compraventa, o presentar una noción de derecho fundamental extremadamente restringida, incluso, paradójicamente, restringida a los solos derechos-deberes.

Finalmente, tengo la impresión de que Ferrajoli parece olvidar, en ocasiones, que la propia definición de derechos fundamentales es una definición *formal*, que no hace referencia al contenido ni al valor ético de tales derechos, y que la igualdad asegurada por los derechos fundamentales (según su definición) es una igualdad formal, es decir, asegurada dentro de la clase de individuos a los que se les asegura positivamente. Que algunos derechos fundamentales se hayan extendido a todos los seres humanos (aunque todavía no los de la ciudadanía) es, como ya se ha visto, un hecho contingente y reciente, lo que nos dice en repetidas ocasiones el propio Ferrajoli. Que los derechos fundamentales sean «fundamentales» en sentido de asegurar intereses vitales (evidentemente, según la opinión de quien habla) también es un hecho contingente.

32. En el caso de un ordenamiento jurídico que admita la eutanasia voluntaria, una decisión del interesado de morir tendrá consecuencias jurídicas aun más claras, dando origen, por ejemplo, al derecho a ser ayudado a morir y, quizá, al deber de prestar asistencia por parte del médico (no objetor), naturalmente, sin que el que preste dicha ayuda cometa el delito de homicidio.

Como ya he apuntado, Ferrajoli admite que el derecho fundamental, según su definición, puede tener un objeto frívolo[33]; con más razón podrá tener también un objeto «patrimonial», siempre que el titular sea una de las clases (universales) identificadas por él: los derechos fundamentales no son, necesariamente, derechos a la vida, a la libertad de opinión y religión, etc.; por ejemplo, podría atribuirse a todo nacido, el derecho a un igual ingreso social garantizado[34].

Por otra parte, en mi opinión, el principal problema de esta definición de derecho fundamental es que, en el sistema de Ferrajoli, una categoría formalmente universal puede ser cualquier clase de personas y no sólo la totalidad de los seres humanos o de los ciudadanos: Ferrajoli afirma claramente que tal extensión, por lo demás, deseable, es contingente. La dificultad estriba en que, en el plano lógico, podemos «transferir» cualquier característica del objeto de una norma al sujeto de la misma —y viceversa— sin que cambie el significado de la propia norma[35]. Casi cualquier norma puede convertirse en formalmente universal: no hay ninguna diferencia formal entre una norma que atribuya un derecho a todas las

33. Frívolo, imagino, según la opinión ética de Ferrajoli. Podría, incluso, por tanto, tratarse de un objeto perverso, siempre según una ética determinada.

34. De la misma manera, serían también derechos fundamentales la asistencia social y la pensión-base asignada por nacimiento, es decir, desvinculadas de la contribución del interesado. Me parece recordar que en Brunéi y otros pequeños Estados modernos con una fuerte renta parasitaria (en este caso, petrolífera), la situación se define más o menos en estos términos; no sorprende, por tanto, que la misma esté rígidamente reservada a los ciudadanos, y que la obtención de la ciudadanía sea exclusivamente hereditaria. En algunos seminarios con Ferrajoli se discutió también el ejemplo del fundo de mantenimiento de los ciudadanos espartanos (el *kleros*). Algunos historiadores, en el marco de una reconstrucción muy idealizada de la situación de Esparta, han sostenido que el *kleros* era inalienable y que todos los fundos eran más o menos equivalentes en valor. Si esto fuese cierto, la posesión del *kleros*, como una pensión vitalicia, habría constituido un derecho fundamental en forma universal, según la definición de Ferrajoli, aunque los ciudadanos espartanos fueran un porcentaje mínimo de la población de Esparta.

Para nuestro razonamiento, el caso espartano «idealizado» es un ejemplo muy iluminador, ya que se trata de un caso de derecho fundamental formalmente igual pero éticamente (para nosotros) bastante repugnante y, en el plano sustancial, completamente desigual. No nos interesa que, en la realidad histórica, ciertamente existieran en Esparta ricos y pobres, ni que existan indicios de que la pérdida de los requisitos mínimos censitarios fuera, en realidad, perfectamente posible, y que, incluso, haya sido una causa significativa del colapso del poder espartano, como consecuencia de la catastrófica reducción de los ciudadanos-soldado espartanos.

35. Ello se aclara con la máxima nitidez en A. Ross, *Directives and Norms* (1968), trad. it., *Direttive e norme*, Milano, 1978.

personas (o a los ciudadanos) que se dediquen profesionalmente a la actividad de la pesca, norma formalmente destinada a todos, y una que lo atribuya sólo a todos los pescadores de profesión. O a todos los periodistas en lugar de a todos aquellos que trabajan como periodistas[36]. Si esto es así, la universalidad formal pierde toda conexión con la universalidad sustancial (igualdad entre todos los seres humanos o entre todos los ciudadanos o entre todos los capaces de obrar), convirtiéndose en una mera cuestión de definición lingüística. Si esto es cierto, aquélla resulta demasiado contingente para fundar en ella una distinción entre tipos de derechos, por lo que la única distinción significativa entre derechos fundamentales y no fundamentales, en el sistema de Ferrajoli, se derivaría, en última instancia, de la disponibilidad o no disponibilidad del derecho[37]. *Ésta* es, indudablemente, una distinción importante, pero

36. La primera formulación de la Ley reguladora del derecho a la intimidad (675/96) concedía el derecho a difundir ciertos datos sensibles (quedaban exceptuados los referentes a la salud y las costumbres sexuales) sólo a los miembros del gremio de los periodistas. Una discriminación (dotada de graves sanciones penales) ciertamente inconstitucional y perfectamente medieval, desde el momento en que privilegia a los miembros de una corporación. En una primera revisión de la Ley (con Decreto-ley 23/97), a la lista de los titulares del derecho se añaden los que se dediquen profesionalmente al periodismo y los estudiantes en prácticas en un periódico (i) [la distinción tiene sentido en Italia, donde *pubblicisti* son los que se dedican profesionalmente al periodismo pero no están inscritos como tales y donde, para llegar a inscribirse como periodista profesional, hay que realizar prácticas en algún periódico, *N. del T.*]. Pues bien, ¿este tratamiento diferenciado con base en una categoría, no entra, quizá, en la definición de derecho fundamental (de los periodistas) según la definición de Ferrajoli?

37. En la p. 38. Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales, siendo de todos, no son modificables por la mayoría: « [...] de estas normas, o sea, de la parte sustancial de la Constitución, son, por decirlo así, "titulares", más que destinatarios, todos los sujetos a los que las mismas adscriben los derechos fundamentales. A ello se debe la imposibilidad de que sean modificadas por decisión de la mayoría». No me parece, en absoluto, una conclusión lógica. Una cosa es la titularidad de los derechos y otra la titularidad del poder de revisión constitucional. La modificabilidad de los derechos (sin el asentimiento de los titulares) dependerá, si acaso, de la disciplina jurídico-positiva de los mismos derechos. Que un derecho de todos pueda o no ser *jurídicamente* modificado por una mayoría, y de qué mayoría se trate, dependerá de la Constitución y de los procedimientos previstos para la revisión constitucional. O dependerá de otros argumentos jurídicos que puedan, eventualmente, extraerse de los tratados internacionales y de las declaraciones de derechos a los que se haya sumado nuestro país; y tales argumentos jurídicos pueden, perfectamente, incorporar principios y derechos éticos. En general, es posible aportar consideraciones éticas y no jurídicas a favor de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. Yo, ciertamente, lo haría.

Pero el que Ferrajoli argumente con base en la titularidad resulta extrañamente incongruente, pues recurre a una noción propietaria de los derechos que le es

en tal caso cobrarían aun más fuerza las perplejidades a las que he hecho referencia más arriba en torno a la noción de disposición.

En realidad, da la impresión de que Ferrajoli subestima en exceso no sólo la importancia, a menudo vital, de los derechos no considerados (por él) fundamentales por ser disponibles y, por tanto, por definición, patrimoniales, sino también la importancia de los derechos fundamentales que tienen una estrecha y necesaria relación con los derechos patrimoniales. Una parte de esta minusvaloración se deriva, directamente, de la propia terminología. Como dice el mismo Ferrajoli, si es cierto que *mi* propiedad sobre las ropas que me pertenecen no es un derecho fundamental, en cuanto alienable y no atribuida directamente por una norma a una clase de individuos, sino por un acto; sí lo es mi capacidad jurídica de ser propietario, de hacer contratos, etc. La segunda, la capacidad jurídica, es, a los ojos valorativos de Ferrajoli, exaltada por su relación con el valor igualdad, la primera, en cambio, degradada por su relación con el valor desigualdad. Lo que aquí me parece notablemente problemático es el hecho de que, como es notorio, la distinción entre igualdad y desigualdad no es algo simple. En este caso, la igualdad en la capacidad jurídica, el derecho fundamental, consiste, como bien dice Ferrajoli, en ser «igualmente autónomos para disponer de los bienes que nos pertenecen»[38]. Consiste, por tanto, en la igual capacidad de llegar a ser desiguales, lo que constituye, a su vez, uno de los sentidos fundamentales de la libertad, la libertad como autonomía. Ésta no debería ser incompatible con la justicia del resultado, siempre que todos los actos y hechos que constituyen el camino hacia la desigualdad fueran, a su vez, no sólo legales sino también justos. En otras palabras, el valor de la protección de mi capacidad jurídica como propietario, como contrayente de obligaciones, etc. reside, obviamente, en la protección que se dé a mi concreta propiedad (contrato, etc.) siempre que haya sido adquirida por medios legales.

Más allá de las definiciones de Ferrajoli, sigo observando una importante y sustancial simetría entre la situación, considerada globalmente, de los derechos fundamentales y la de los derechos patrimoniales: un derecho fundamental con sus garantías procesales y sustanciales, ¿es, en realidad, tan distinto de un derecho patrimonial (o de un conjunto de los mismos), si consideramos a este

totalmente ajena. Del tipo que se da en una comunidad de propietarios, donde ciertas modificaciones en los elementos comunes sólo pueden aprobarse por unanimidad.

38. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales, *supra*, p. 30.

último como la *garantía* necesaria de un derecho fundamental como es la igualdad en la capacidad jurídica? El derecho a convertirse en y a seguir siendo propietario (o a ser acreedor) encuentra, efectivamente, sus garantías en la protección y en el valor ético del derecho de propiedad sobre la cosa x o en el derecho de crédito x. Estructuralmente, cada derecho de propiedad o de crédito, en cuanto garantía de los derechos fundamentales de la capacidad de obrar y poseer, ocupa el mismo lugar en el sistema de garantías que la tutela de un acto singular de manifestación de otros derechos fundamentales; así, por ejemplo, la tutela de cada uno de mis derechos de propiedad ocupa la misma posición estructural que la tutela de cada acto de manifestación del pensamiento[39]. Y, consecuentemente, también la eventual protección constitucional (inviolabilidad) de uno u otro debe referirse tanto al derecho universal como a su realización «patrimonial».

Tampoco me parece que constituya una diferencia significativa entre las dos situaciones globales el hecho (subrayado por Ferrajoli) de que algunas cartas constitucionales modernas no protejan de forma absoluta la propiedad, sino que consientan la expropiación bajo ciertas condiciones. En primer lugar, el argumento de derecho positivo (como declara Ferrajoli en otro lugar) es irrelevante para una distinción conceptual de teoría general; en segundo lugar, no introduce, de todos modos, una diferencia entre derechos «fundamentales» y derechos «patrimoniales». También las garantías de los derechos fundamentales (pensemos en el derecho a la vida o en los derechos sociales o en el derecho a la libre manifestación del pensamiento) aparecen encuadradas y limitadas por sus específicas garantías materiales y formales y, por tanto, aparece igualmente limitado el derecho fundamental correspondiente[40]. Por ejemplo, el derecho a la libre manifestación del pensamiento puede ser limitado por la ley de secretos oficiales o por la de protección de la intimidad.

Para terminar este punto, me parece fuera de toda duda que la distinción conceptual entre derechos fundamentales y patrimoniales es axiomáticamente coherente y formalmente válida en el

39. Se mantiene la diferencia lógica subrayada por Ferrajoli: se necesita un acto formal de adquisición/disposición para que surja la propiedad, o un contrato, mientras que no se necesita ningún acto formal para que surja la libertad individual directamente derivada del derecho fundamental.

40. Esta interdefinición entre formulación general de los derechos y sus garantías suscita los problemas epistemológicos, de *conocimiento*, relativos a qué quiere decir verdaderamente un derecho, de los que he hablado antes.

sistema de Ferrajoli, aunque sospecho que la terminología no resulta particularmente feliz, en la medida en que corre el peligro de hacerse portadora de una ideología desfavorable a los derechos de autonomía. Tarea que realizaría «fragmentando» de manera diferente las situaciones globales de los derechos en cada uno de los dos casos, derechos que, si son contemplados en su globalidad, me parecen simétricos. Derechos universales de un lado (sean sustancialmente patrimoniales o no) y derechos que constituyen sus garantías, garantías que pueden tener naturaleza disponible o no, según el juicio de valor que emita una sociedad respecto a su imposición paternalista o, alternativamente, respecto al valor de la autonomía frente a tales derechos. La protección constitucional de estos dos grupos o constelaciones de derechos y de sus garantías (gran mérito el de Ferrajoli al habernos proporcionado el marco teórico para tratarlos como tales), se califica habitualmente como *inviolabilidad* frente al legislador, lo que, en mi opinión, confirma mis tesis. Creo que también las constituciones modernas me dan la razón en mi afirmación de que los derechos «patrimoniales» y «fundamentales» (según la definición de Ferrajoli) pueden encontrar acomodo juntos, precisamente, en la categoría de derechos inviolables, en la medida en que los consideran igualmente merecedores de protección constitucional incluso frente al poder legislativo[41].

Ferrajoli intenta convencernos, igualmente, de que algunos derechos fundamentales deben ser considerados inalienables por razones lógicas, ya que, sin ellos, todos los demás se verían frustrados. Entre ellos se encontraría, ciertamente, el derecho a la vida, que resultaría, por ello, (¿doblemente?) inalienable. El argumento, para ser sincero, me parece falaz[42]. Indicaré, de todos modos, que, aquí, Ferrajoli, puesto entre la espada y la pared, propone nuevamente no un argumento «extrínseco» sino uno muy sustancial para justificar la naturaleza fundamental de un derecho. Sin embargo, según su definición de «derecho fundamental», nada en realidad

41. En este sentido me parece que habría que considerar el artículo 42.3 de la Constitución Italiana, que establece los límites dentro de los cuales se puede expropiar la propiedad privada: con reserva de ley e indemnización, por motivos de interés general.

42. Un ordenamiento normativo ético o jurídico que no previera ningún derecho a la vida, obviamente, no sería un ordenamiento sino un estado de naturaleza hobbesiano; pero no así un ordenamiento en el que el derecho a la vida fuera fuertemente calificado y disponible. Como es el caso, ¡ay!, de muchos ordenamientos existentes y, más aun, de ordenamientos que existieron en el pasado.

garantiza tal sustancial fundamentalidad, ni siquiera en relación con los valores de la sociedad en cuestión.

En conclusión, mi desacuerdo con Ferrajoli en lo relativo a esta distinción estriba en lo siguiente. Creo que la distinción entre derechos inviolables o fundamentales semejantes no puede basarse adecuadamente más que en sus contenidos y en un razonamiento que justifique su importancia respectiva, fundamentalmente, en el plano ético. Y no sobre argumentos «extrínsecos» relativos a su indisponibilidad jurídica o a su universalidad formal. La hipótesis de Ferrajoli resulta muy atractiva, pero creo que corre el riesgo de introducir una acepción de derecho fundamental que no se corresponde plenamente con su sentido habitual, y, lo que es más grave, una acepción demasiado inclinada, en el plano ético, a favorecer el valor de la igualdad sobre el de la libertad. Desgraciadamente, una solución sustancial nos coloca, inevitablemente, en el terreno de las controversias éticas.

3. *Ciudadanía y autonomía*

Esta última sección de mis observaciones sobre el artículo de Ferrajoli, se inspira en su radical hostilidad hacia el principio de ciudadanía, entendido como el tratamiento desigual de los seres humanos en la distribución de ciertos derechos fundamentales con base, esencialmente, en su lugar de nacimiento y no en la libre elección del individuo de establecerse en un determinado lugar[43]. Puesto que la noción de ciudadanía es intrínsecamente discriminatoria (cada uno es ciudadano de allí de donde es ciudadano y no de otro lugar) y la ciudadanía sólo tiene sentido en la medida en que los no ciudadanos queden excluidos, la posición de Ferrajoli coincide, en lo esencial, con la defensa de la abolición de la ciudadanía como categoría jurídica significativa. En mi opinión, esta posición de Ferrajoli suscita problemas que quisiera examinar ahora. Uno de los resultados inesperados de esta discusión es que, en ella, se pondrán de relieve ciertas consecuencias paradójicas de su teoría de los derechos fundamentales y patrimoniales.

43. Con las bien conocidas excepciones, por otro lado, siempre discriminatorias. Bastantes Estados, por ejemplo, Alemania, Israel o la China Popular (hasta 1954) extienden la ciudadanía con base en combinaciones, a menudo confusas y contradictorias, de criterios étnico-lingüísticos, étnico-religiosos, somático-cultural-étnicos, que en algún tiempo fueron denominados nacionalidad, raza o sangre. También, con mayor frecuencia, la ciudadanía no se reconoce a algunos nacidos en el territorio pero de padres no ciudadanos.

Su punto de partida es una trivial consideración de tipo económico: una extensión desde los ciudadanos a todos los seres humanos[44] de todos los derechos fundamentales garantizados por un ordenamiento jurídico contemporáneo, obviamente, constituiría la mayor redistribución no violenta de riqueza que nunca haya conocido la historia. Naturalmente, ello se produciría, justamente, por aquello que distingue la actual situación jurídica y social de la del pasado reciente, que conoció los mayores movimientos migratorios pacíficos de la historia (sobre todo hacia las Américas). La ciudadanía en nuestros estados, viene acompañada de una serie de derechos fundamentales no sólo políticos, sino también de fuerte contenido y coste económico. Como es sabido, los más onerosos económicamente de entre ellos son el derecho a la salud, es decir, a la asistencia sanitaria gratuita, y los derechos a las diferentes formas de previsión social, en la medida en que (como ocurre actualmente en todos los países industrializados) éstos no son completamente financiados por las contribuciones de los interesados. La «apertura» de la ciudadanía a cualquiera que la solicitara, obviamente, comportaría la distribución o la redistribución de los recursos necesarios para otorgar garantías materiales a estos derechos, bien mediante un aumento de los recursos totales disponibles para la satisfacción de aquéllos, o a través de una redistribución de los recursos existentes[45].

En ausencia de un estado social mundial, una ciudadanía universal no podría suponer, obviamente, más que la posibilidad de que cada ser humano del planeta eligiera el estado con los derechos sociales más favorables. Los recién llegados (los inmigrantes) tendrían derecho a participar en condiciones de paridad en los derechos fundamentales sociales de todos, incluidos aquellos que Ferrajoli llama garantías materiales (no sólo a las carreteras,

44. Podríamos sintetizar la libertad de movimiento y la universalización de los derechos de los ciudadanos en la regla de que cualquiera tiene el derecho a disfrutar la plena ciudadanía y la titularidad de todos los derechos fundamentales en cualquier lugar en el que decida residir, y la libertad de residir en cualquier lugar, es decir, en el respeto a unas reglas de residencia que «sean iguales para todos» no formal sino sustancialmente, es decir, que no hagan referencia al lugar de la anterior residencia.

45. La forma políticamente más fácil para operar semejante redistribución ya se ha experimentado varias veces en tiempos recientes, y en su forma más perfecta, en América Latina; se conoce por su nombre económico: inflación. Se puede, por tanto hablar, de una redistribución inflacionista de los recursos como de un caso de redistribución de los recursos existentes.

los tribunales y las escuelas, sino también a los hospitales, los asilos y las pensiones)[46].

Es evidente que, en la situación actual, una solución de este tipo requeriría por parte de los ciudadanos de los países ricos un altruismo heroico gigantesco, tanto en su propio nombre como en el de sus hijos. También es obvio que, en las condiciones actuales, esto es políticamente irreal[47]. Pero *fiat justitia et pereat mundus.* Ferrajoli parece, por tanto, proponernos una utopía igualitaria, un objetivo quizá lejano, pero éticamente valioso, y, sin embargo, un objetivo igualmente actual en la medida en que son muchos los pasos que pueden (y deben) darse para acercarnos a él. Algo que, según Ferrajoli, incluso hoy en día, no es exclusivamente un objetivo ético-político sin relevancia jurídica, puesto que en el derecho actual, en las constituciones, en los tratados internacionales, y en las declaraciones de derechos acogidas por las organizaciones internacionales, es posible encontrar ya numerosas manifestaciones de este principio *in fieri.*

Ahora querría preguntarme si ello es exactamente así. ¿Existe un indiscutible deber moral, antes que jurídico, tanto para los individuos como para los pueblos, de redistribuir de forma igualitaria en el mundo sus propias riquezas? Es cierto que no se trata de una pregunta nueva; la razón por la cual me arriesgo a hacer mención aquí de este viejo y gigantesco problema es que me parece que Ferrajoli olvida subrayar que *éste* es el sentido efectivo de su discurso sobre la ciudadanía de los derechos fundamentales. A mi parecer, deben formularse dos observaciones a la solución radicalmente franciscana propuesta por Ferrajoli. Una de hecho y otra ética, ninguna de las cuales creo que haya pasado inadvertida al propio Ferrajoli.

La primera observación consiste en preguntarse cuál sería el camino más corto y más sencillo para llegar a una ciudadanía universal. La respuesta es paradójica desde el punto de vista de Ferra-

46. Y podrían utilizar el propio derecho de voto para garantizarse tales derechos. Ninguno («viejo» o «nuevo» ciudadano) podría, sin embargo, utilizar el derecho de voto propio para excluir o limitar la participación igual de todos en los derechos sociales.

47. Si queremos un ejemplo de estas dificultades, consideremos el caso de la Unión Europea: un grupo de países relativamente iguales y de riqueza relativamente homogénea. La unión económica llegó a través de complicadísimas negociaciones y de compromisos en el curso de décadas; produjo con gran dificultad la libertad de trabajo y residencia de todos los ciudadanos comunitarios, así como el acceso a los respectivos sistemas sanitarios, pero aún no ha conseguido una unidad intercambiable en el pago de pensiones.

joli, pero, curiosamente, muy actual y de moda: bastaría con cambiar las condiciones de hecho que, hoy en día, convierten en heroica y políticamente imposible la universalización de la ciudadanía, operando una reforma radical de los beneficios en la dirección contributiva, en virtud de la cual cada uno tendría derecho sólo al rendimiento de lo que hubiera previamente depositado. Se trataría, en resumen, en la terminología de Ferrajoli, de ¡transformar muchos derechos sociales en derechos patrimoniales! Nos encontramos, ciertamente, ante una propuesta compatible con el marco conceptual de la teoría de Ferrajoli, pero que, evidentemente, va en contra de la lectura que Ferrajoli hace de las tendencias de la historia, o, por lo menos, de lo que deberían ser tales tendencias según sus preferencias éticas.

La segunda observación es de naturaleza ética. ¿Puede concebirse alguna justificación ética para la defensa, en términos generales, de la patrimonialidad de algunos derechos «vitales», es decir, de su disponibilidad por parte de sus titulares? En mi opinión, la única razón ética en favor de la existencia de una versión «negociable» de tales derechos es la clásica de la autonomía, uno de los sentidos fundamentales de la libertad. La presencia de derechos disponibles aumenta la libertad-autonomía. Por ello, una tal libertad sólo podría ser justamente conculcada, con referencia a un sistema ético dado, cuando en la ética en cuestión apareciesen otros valores más importantes que merecieran ser protegidos incluso de la libertad de elección del interesado[48].

En resumen, hay dos tipos de razones éticas para no «congelar» paternalistamente en el plano jurídico algunos derechos como derechos fundamentales[49]. La primera es que queramos que los individuos puedan gozar de mayor autonomía en las propias elecciones. La segunda es que queramos conceder a los individuos meta-autonomía, es decir, la libre elección del sistema ético que se desea adoptar.

En el caso de los derechos sociales, muchos de sus desarrollos (garantías, en el léxico de Ferrajoli) son muy discutibles en cuanto a los detalles, que, en este caso, resultan decisivos. En último término, la relación de garantías sustanciales de un derecho como el

48. La cosa no cambiaría aunque jugásemos con las palabras, redefiniendo libertad para poder decir que las elecciones voluntarias del interesado contrarias a ciertos valores vitales no son «verdaderamente libres».

49. Recordando que la atribución de derechos subjetivos negociables es ya una fuerte protección de los intereses cubiertos por los derechos subjetivos; pero no necesariamente una protección paternalista.

derecho a la salud coincide, hasta en sus mínimos detalles, con las leyes presupuestarias de nuestra década. Si acudimos a la opinión ética común (una elección no obvia), estos derechos sociales son bastante menos incontrovertidos y están bastante menos consolidados que otros derechos más tradicionales. Es obvio, además, que, en la mayor parte de los sistemas éticos, el incremento y la tutela de la autonomía serán, *ceteris paribus*, un objetivo deseable. En tal caso, incluso enormes diferencias en las condiciones finales de cada individuo podrían ser consideradas justas e iguales. Siempre que, naturalmente, no sólo los pasos intermedios sino también las condiciones de partida sean justas[50].

Veamos, con un ejemplo, las consecuencias de esta situación, haciendo uso del modelo del caso clásico del *skating-ring*.

Imaginemos una situación de partida hipotéticamente justa en un estado democrático. En esta situación de partida, un grupo de ciudadanos, preocupado por su propia vejez, decide invertir una parte importante de sus ingresos en la construcción de hospitales y asilos, y en investigación médica. Un segundo grupo, valorando los mismos hechos, decide que prefiere vivir mejor los años mejores de su vida, contentándose con un régimen más espartano para los años siguientes. Esta distinción podría tener una base territorial, si a las unidades locales del territorio se les concediese una amplia autonomía local, al igual que es posible imaginar muchas otras instancias de autonomía que sólo serían posibles sobre una base territorial[51]. Es más, los casos territoriales son los casos de autonomía política más fácilmente justificables en el plano ético; como lo sería, por ejemplo, el de un grupo de residentes que decidiera sacrificar la persecución de unos mayores ingresos a la tutela del medio ambiente, restringiendo la instalación de industrias, o viceversa. Pues bien, ¿también en estos casos sería justo que, en un segundo momento, los miembros del segundo grupo tuvieran derecho a participar en las ventajas del primero, sin haber participado en los costes? Después de todo, el principio en que se funda la democracia (*no taxa-*

50. Muchos argumentos a favor de la igualdad de los resultados impuesta paternalistamente suponen, en realidad, que las condiciones de partida no son iguales. Toda ética de la igualdad de oportunidades se funda en cambio, obviamente, en el presupuesto de que las condiciones de partida son justas. Por todos, véase Locke, quien presupone (bastante poco realistamente) que la riqueza presente en la sociedad de su tiempo encuentra un fundamento ético en la adquisición originaria y en el trabajo de los antepasados.

51. Se trata de una posible justificación ética de la existencia de los estados democráticos.

tion without representation), depurado de sus orígenes históricos censitarios, expresa precisamente este valor de la autonomía.

Es evidente que, en la hipótesis de que las condiciones de partida fueran justas, y de que las elecciones intermedias de disposición se hayan hecho en un marco de justicia, las diferencias finales serían justa expresión del valor de la libertad-autonomía, de la libertad de las personas de programar y decidir su propia vida sobre la base de un plan de vida propio.

Como ya se ha repetido, la excepción justificada a la autonomía de las elecciones morales, es decir, a la libertad, estriba en la decisión de que algunos valores son demasiado importantes para ser disponibles de ese modo[52]. Una decisión ética de este tipo, transportada al plano jurídico, comporta siempre un elemento colectivo/coactivo y la correspondiente limitación de la libertad individual, incluso de la libertad de llevar a cabo elecciones éticas y de sistemas éticos. Evidentemente, se trata de un problema excesivamente vasto como para que pueda hacerse otra cosa que apuntarlo. Me limitaré a decir que, personalmente, si no tengo mucha simpatía por el paternalismo, no tengo ninguna por el relativismo ético entendido en su versión «tercermundista», que se acuerda de la tolerancia ética sólo para perdonar, en otras sociedades, la violación de derechos considerados inviolables en la nuestra.

¿Cuáles son las consecuencias de estas consideraciones, no sólo para la tesis de Ferrajoli relativa a la ciudadanía, sino para el conjunto de su teoría de los derechos? Lo expresaré brevemente: la posición ética de Ferrajoli exige que los derechos fundamentales se extiendan a todo ser humano; no sólo, por tanto, a los inmigrantes de los países industrializados (lo que sería relativamente fácil), sino a todos. Es decir, a toda la Tierra. Es más, su teoría de los derechos fundamentales añade resueltamente los derechos sociales a la lista de los derechos fundamentales[53]. Entre las garantías materiales de tales derechos hay muchas (las garantías sustanciales) con un fortísimo contenido económico. De otra parte, la teoría vincula estrechamente derechos y garantías: ya no es posible contentarse con las

52. Cada una de estas decisiones comporta la conocida paradoja de la ética o el derecho impuesto de forma paternalista, en cuanto la decisión misma de operar paternalistamente es también una decisión. Por esta razón, me parece que el paternalismo ético debe ser considerado una excepción que precisa justificación, porque va siempre contra la libertad, incluso cuando se impone en nombre de un valor más importante. En contra, ver L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, nota 17.

53. Los derechos sociales, naturalmente, deben existir, es decir, ser considerados tales por el ordenamiento en cuestión.

formulaciones generales de principio sin tener en cuenta unas garantías, también sustanciales. Habría que deducir, por ejemplo, que dado que el derecho al trabajo es un derecho fundamental, un mismo estatuto de los trabajadores debería extenderse a toda la Tierra. O el mismo plan de pensiones y sanitario. Al menos, en sus características fundamentales y (quizá) a reserva de las posibilidades económicas. Y se trata de un «debería» jurídico. He aquí que la posición ética de Ferrajoli nos propone una especie de «imperialismo de los derechos» que se extiende a toda la Tierra. Mucho más difícil de aplicar y mucho más rígido que un «imperialismo de los derechos» que se limitase a una lista más reducida de derechos fundamentales o a una teoría de los derechos sociales «en un solo país».

Se piense lo que se piense de estas tesis, debemos concluir, nuevamente, que la teoría de los derechos de Ferrajoli resulta útil para poner de relieve y describir claramente las opciones de cada uno.

II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Luigi Ferrajoli

1. *Cuestiones teóricas y cuestión meta-teórica*

Las críticas que, en el debate abierto por *Teoria Politica*, se han dirigido a mi artículo «Derechos fundamentales», abordan, bajo distintos enfoques, las cuatro tesis teóricas allí sostenidas: 1) la definición de los «derechos fundamentales» como derechos universales e indisponibles de la persona física, del ciudadano, o del sujeto capaz de obrar, en oposición a los derechos patrimoniales, definidos como derechos singulares y disponibles; 2) el nexo que une los derechos fundamentales constitucionalmente sancionados y el paradigma de la que he denominado «democracia constitucional»; 3) la antinomia entre el universalismo de los derechos fundamentales de la persona proclamado en las actuales cartas constitucionales, estatales e internacionales, y el presupuesto de la ciudadanía al que, de hecho, siguen sujetos; 4) el nexo de implicación, establecido en el plano teórico, entre derechos y garantías, y el reconocimiento como «lagunas» de las carencias de garantías que puedan presentarse en el derecho positivo.

Se trata, como puede verse, de cuatro críticas que conciernen a otras tantas cuestiones teóricas de fondo. Su aspecto más interesante reside, sin embargo, en haber hecho surgir con gran claridad, aunque con referencia a la definición de un concepto específico como es el de derechos fundamentales, la cuestión meta-teórica, aun más importante, de la naturaleza de los conceptos de la teoría del derecho con relación a los de la dogmática jurídica y, por otro lado, la de los conceptos de la filosofía política de la justicia: ¿cuál es —o, si se prefiere, cuál debe ser— su método de formación?

¿Cuál el alcance empírico y el contenido informativo de sus definiciones y, por lo tanto, su relación con el derecho positivo? ¿Cuál, en fin, su papel pragmático? Se trata, creo, de una cuestión previa a todas las otras. Pienso, de hecho, que muchos de los disensos e incomprensiones que median entre juristas y filósofos del derecho, y que se han manifestado también en nuestra discusión, dependen de los diversos tipos o niveles del discurso a los que pertenecen las tesis formuladas, así como de las distintas concepciones que se tengan de la teoría del derecho, la dogmática jurídica y la axiología jurídica y política.

Está claro que una cuestión de este tipo va bastante más allá del tema de los derechos fundamentales, comprendiendo el añejo problema —que, al menos en Italia, ha dividido y puesto en crisis a la filosofía jurídica analítica[1]— del estatuto epistemológico de la ciencia del derecho y, más precisamente, de los diferentes estatutos de los diversos tipos de discursos —teóricos, dogmáticos y axiológicos— desarrollados en ella. Pero, quizá, el mejor modo de enfocarla sea partir del análisis metateórico de la definición teórica de un concepto específico como es, justamente, el de «derechos fundamentales».

Articularé esta cuestión en dos subcuestiones, una semántica y otra pragmática: 1) la del carácter «formal» (más que «sustancial») de tal definición, que afrontaré respondiendo, en el siguiente epígrafe, a las críticas que me han formulado Mario Jori, Ermanno Vitale y Danilo Zolo; 2) la de su carácter «prescriptivo» (y no «descriptivo») respecto a su objeto de indagación, que afrontaré respondiendo, en el último epígrafe, a las críticas de Riccardo Guastini. Como intentaré demostrar, de estas respuestas, de carácter meta-teórico, dependen muchas de las réplicas a las cuatro críticas teóricas arriba enumeradas. En relación con las mismas, debo hacer una precisión. Muchas de estas críticas están ampliamente justificadas, por un lado, en razón de una no siempre precisada distinción, a lo largo de mi ensayo, entre los distintos planos —teórico, dogmático y axiológico— en los que se sitúan las tesis allí sostenidas; por otro, debido al uso de muchos términos —como «persona», «ciudadano», «capacidad de obrar», «normas téticas», «normas hipotéticas», «actos de disposición» y otros— sin haber explicitado

1. He sostenido esta tesis, que he ligado a la incomprensión de las implicaciones metateóricas que supone el paradigma del constitucionalismo rígido, en «Filosofia analitica del diritto e dimensione prammatica della scienza giuridica», en L. Gianformaggio y M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997, pp. 352-372, ahora, en *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 99 ss.

exactamente las definiciones, en absoluto evidentes, que he tomado de la teoría del derecho en la que estoy trabajando desde hace años. Repasaré, por tanto, mis tesis, a la luz de las críticas que me han dirigido y de las aclaraciones, de tipo metateórico y teórico, que me han solicitado.

2. *Derechos fundamentales y epistemología jurídica*

Mi definición de «derechos fundamentales» como derechos universales e indisponibles de la persona física, del ciudadano, del sujeto capaz de obrar, ¿es, en verdad —se han preguntado Jori y Vitale—, una «definición formal» y, en tal caso, «ideológicamente neutral»[2]? Y, sí lo es, ¿es «teóricamente útil», se pregunta Zolo, una tal definición[3]? ¿puede bastar con generar una teoría de los derechos fundamentales capaz de decirnos «cuáles son» los derechos que, sobre esa base, pueden calificarse de «fundamentales»? ¿por qué no continuar «designando» con esta expresión, como siempre han hecho «los mayores teóricos del derecho y la política», directamente, y «sin sofisticación formal alguna, los principales derechos de libertad que, a partir de las grandes revoluciones burguesas, han reconocido las constituciones modernas como instrumentos de protección de determinados intereses, valores o expectativas (individuales y de grupo)»[4]?

Para responder a estas preguntas es necesario, ante todo, aclarar qué quiere decir la expresión «formal» (o «estructural») asociada a una definición de «derechos fundamentales» como la que propongo. Quiere decir, simplemente, que tal definición no nos dice —ni debe decirnos— cuáles son, en cada ordenamiento, los derechos fundamentales y, ni siquiera, cuáles deberían ser, en cualquier ordenamien-

2. M. Jori, «Ferrajoli sobre los derechos», *supra*, pp. 119-122; E. Vitale, «¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», *supra*, pp. 64 y 68-69.

3. D. Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales"», *supra*, p. 80.

4. *Ibíd.*, p. 77. Zolo afirmar preferir «términos —en absoluto avalorativos o neutrales— como, por ejemplo, "derechos subjetivos de libertad" o "libertades fundamentales" o, sencillamente, "derechos del hombre"», considera que con ellos «se puede seguir designando» —correctamente— «los institutos jurídicos que en la tradición demoliberal occidental han contribuido a tutelar, en contextos histórico-políticos y económicos concretos, los intereses y necesidades socialmente emergentes. En particular, la libertad personal, la libertad de pensamiento y de asociación, la propiedad privada y la libertad de iniciativa económica» (*ibíd.*, p. 80).

to, los derechos que deben sancionarse como fundamentales. La primera de estas dos informaciones, de hecho, sólo puede ser suministrada por el análisis empírico del derecho positivo vigente, es decir, por la *dogmática constitucional* del ordenamiento objeto de indagación. La segunda, en cambio, es una tesis iusnaturalista, o si se prefiere, de *filosofía política normativa de la justicia.* En ambos casos, ninguna de las dos respuestas a la pregunta «¿qué derechos son fundamentales?», pertenece a la teoría del derecho.

Lo que nos dice la definición que propongo —que, por eso, llamo «formal» o «estructural»— es, únicamente, cuál es la *forma* o *estructura lógica* de los derechos que convenimos en llamar «fundamentales». Dicha forma o estructura, me parece, es precisamente la expresada por su carácter «universal», en el sentido de la cuantificación universal de los sujetos que son sus titulares, identificados, a su vez, por su *status* jurídico de «personas» y/o de «ciudadanos» y/o de «capaces de obrar». Es, en suma, la forma o estructura propia de todas las normas, entendiendo el vocablo «norma», precisamente, en el sentido de regla jurídica general y/o abstracta. Así, los derechos fundamentales —a diferencia de los derechos patrimoniales, previstos por ciertas normas como efectos de los actos negociales contemplados por ellas—, son ellos mismos normas adscriptivas, esto es, que adscriben las expectativas en que consisten a la clase de las personas, los ciudadanos o los sujetos capaces de obrar.

Debo añadir que una definición de este tipo no es ni más ni menos formal que cualquier otra definición de la teoría del derecho o, al menos, que cualquiera de las otras trescientas definiciones de la teoría del derecho que estoy elaborando y que es, precisamente por eso, una teoría formalizada. Es igualmente formal, en particular, que las nociones de «derecho subjetivo», «universal», «persona», «ciudadano» y «capacidad de obrar» que figuran en su *definiens*, las cuales son, a su vez, definidas mediante otros términos (primitivos o definidos a través de otros términos primitivos o ya definidos) de la teoría (*derecho subjetivo,* como expectativa positiva de prestaciones o negativa de no lesiones; *universal,* como cualquier derecho o deber conferido a clases de sujetos jurídicos; *persona,* como sujeto al que, en virtud de su *status personae*, pueden imputarse actos o situaciones jurídicas; *ciudadano,* como persona perteneciente a una determinada colectividad política; *capacidad de obrar,* como sujeto que puede ser autor de actos jurídicos)[5]. Del mismo modo, estos

5. No es superfluo precisar que las definiciones aquí formuladas son aproximativas, y no pueden tener en cuenta toda la red de conceptos directa o indirec-

términos no nos dicen nada sobre la naturaleza de los intereses tutelados como derechos subjetivos, universales o no, ni de los sujetos que, en el derecho positivo, son —o deberían ser— calificados como personas, ciudadanos o capaces de obrar. Una definición de este tipo, por tanto, es igualmente formal, cabe agregar, que las nociones teóricas de «libertades fundamentales» o de «derechos del hombre», que Zolo propone usar en lugar de «derechos fundamentales», pero que tampoco, en una teoría formalizada, nos dicen cuáles son, en un ordenamiento dado, o deberían ser, en cualquier ordenamiento, los comportamientos (manifestación del pensamiento, reunión, asociación o similares) que así se reputan, sino sólo que las primeras son las libertades atribuidas a «todos» en cuanto personas y/o capaces de obrar y, los segundos, los derechos atribuidos a todas las personas físicas y no sólo a los ciudadanos o a los capaces de obrar. Mientras que nociones como «libertad personal, libertad de pensamiento y de asociación, propiedad privada y libertad de iniciativa económica» son conceptos de dogmática constitucional o de filosofía política —según sean empleados en tesis de reconocimiento de lo que disponen las constituciones del ordenamiento indagado o en tesis normativas sobre lo que éstas deberían disponer—, y designan los concretos y contingentes contenidos de las libertades fundamentales o, como dice Zolo, los concretos «intereses y necesidades socialmente emergentes» que su formulación y constitucionalización como fundamentales «en la tradición demoliberal occidental han contribuido a tutelar»[6].

Esta diferencia entre conceptos teóricos y dogmáticos está ligada, como he sostenido otras veces[7], a sus distintas referencias semánticas y a su distinto método de construcción. Los conceptos de la teoría del derecho son construidos por el teórico sobre la base de *definiciones convencionales,* más o menos adecuadas según su alcance empírico y su capacidad explicativa y, sin embargo, independientes —a diferencia de los conceptos de la dogmática jurídica, cuyas

tamente utilizados en un lenguaje que, en el trabajo teórico que estoy realizando, aparece completamente formalizado.

6. D. Zolo, *supra,* p. 80.

7. Remito, para la distinción entre teoría del derecho y dogmática jurídica, así como entre definiciones convencionales y lexicográficas, a «La semantica della teoria del diritto», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio,* Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 105 ss.; «La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* II, 1985, pp. 404 ss.; *La cultura giuridica,* cit., pp. 105 ss.

definiciones son *definiciones lexicográficas* vinculadas a los usos del legislador— de lo que prescriben las normas de los distintos sistemas de derecho positivo. «Norma», «validez», «efectividad», «persona», «acto jurídico», «situación jurídica», «derecho subjetivo», «derecho fundamental», «responsabilidad», «sanción», «competencia» y otros conceptos similares son, en suma, construcciones teóricas, producto de definiciones estipulativas válidas para todo ordenamiento, y no tendría sentido buscar su significado en los usos que de ellas hace el legislador, a diferencia de conceptos como el de «ley regional», «sociedad por acciones», «mutuo», «contrato», «hurto» u «homicidio», producto de definiciones lexicográficas basadas en la interpretación de las normas que las usan. Es, en este sentido, en el que puede llamarse «formales» a las definiciones de la teoría del derecho. No nos dicen cuáles son las normas de un ordenamiento concreto, o cuáles sus concretas condiciones de validez, ni qué comportamientos son relevantes como actos jurídicos o, más específicamente, como ilícitos. Se limitan, más bien, a identificar las relaciones sintácticas que unen los distintos conceptos, estableciendo, por ejemplo, que una «norma» es toda regla general y/o abstracta producida por un acto jurídico, que es «válida» cualquier norma que respete las normas sobre su producción, que es un «acto jurídico» cualquier comportamiento al que una norma asocie un efecto jurídico, que es un «delito» cualquier comportamiento previsto por una norma como presupuesto de una pena y así sucesivamente.

Volvamos, ahora, después de estas premisas, a las críticas dirigidas a mi definición. Su carácter puramente formal, ha observado, si bien problemáticamente, Jori, sería «incongruente» con el carácter «vital» que asocio a las expectativas que, en los ordenamientos modernos, son protegidas bajo la forma de derechos fundamentales[8]. Una definición de esta clase, añade Zolo, indicaría una concepción de «teoría del derecho» como «disciplina avalorativa e ideológicamente neutral, según los cánones más ortodoxos (carnapianos) del neopositivismo lógico vienés»[9]. ¿Para qué sirve, pregunta Zolo, tal formalización? ¿Existe, en verdad, la «conexión» que él me atribuye entre tal noción «y las cuatro tesis sobre la "democracia constitucional" que [me esforzaré] en deducir de ella»[10]?

Creo que estas objeciones confunden tipos y niveles de discurso que, en cambio, deben ser adecuadamente distinguidos y que, ni

8. M. Jori, *supra*, p. 121.
9. D. Zolo, *supra*, p. 80.
10. *Ibíd.*

siquiera yo, temiendo caer en un exceso de pedantería, he distinguido siempre a lo largo de mi artículo: el teórico, el histórico-sociológico, el político-axiológico y el jurídico-dogmático. En el plano teórico, son derechos fundamentales, siguiendo la definición que propongo, los universalmente adscritos a todas las personas, a todos los ciudadanos o a todos los sujetos capaces de obrar, cualquiera que sea el contenido que revistan y cualquiera que sea la extensión de la clase de sujetos que, en un determinado ordenamiento, sean calificados como personas, ciudadanos y capaces de obrar. La circunstancia de que, no por casualidad, los sujetos históricamente constituyentes de tales ordenamientos hayan reconocido como fundamentales determinados derechos y no otros, y que la clase de sujetos con referencia a los cuales se predica la universalidad se haya ampliado progresivamente con la creciente extensión de los conceptos de persona, de ciudadano y de capaz de obrar es, por tanto, un hecho histórico que refleja una opción ético-política, que puede compartirse *a priori* en el plano de la filosofía política, y que puede ser puesta de manifiesto a *posteriori* por los discursos historiográficos y dogmáticos relativos a los ordenamientos investigados.

Por tanto, se refieren a este segundo nivel del discurso las observaciones en torno a los juicios de valor y a las connotaciones —según Jori, indebidamente sustanciales— que yo asocio a los derechos fundamentales. Tanto la tesis del carácter «vital» que, al contrario de aquellos que conjeturo como «triviales», revisten los derechos fundamentales usualmente sancionados en nuestras constituciones, como la que sostiene que la capacidad de obrar, a diferencia de la ciudadanía, constituye un límite «insuperable» para los derechos civiles supeditados a ella[11]. Estas dos tesis, y otras que podrían agregarse —por ejemplo, sobre la ilegitimidad ético-política de la desigualdad de *status* y, por lo tanto, de derechos, entre ciudadanos y no-ciudadanos—, no pertenecen a la teoría del derecho, hasta el punto de que no aparecen en la formalización de ningún postulado o definición teórica, son más bien tesis meta o extra-teóricas de tipo histórico, sociológico, o dogmático, acerca de qué derechos en nuestros ordenamientos han sido, de hecho, consagrados como «fundamentales» o, más específicamente, como «civiles». O, si no, son tesis de tipo político-axiológico referidas a la justificación externa de dichas estipulaciones. Y explican por qué, históricamente, se han afirmado, o bien se ha reputado justa la

11. M. Jori, *supra*, pp. 119-122 y nota 23, p. 120.

afirmación como fundamentales, de ciertos derechos y no otros; por qué es explicable y justificada la exclusión de los recién nacidos de los derechos civiles de autonomía mientras que, al contrario, puede parecer injustificada axiológicamente, como a mí me lo parece, aunque perfectamente explicable histórica y económicamente, la diferenciación de *status* y, por consiguiente, la desigualdad de derechos entre ciudadanos y no ciudadanos. Pero estas consideraciones no conciernen a la estructura formal de los derechos fundamentales y son del todo extrañas al análisis conceptual de los mismos, aun cuando es gracias a dicha estructura que aquéllas pueden dar cuenta de las formas de tutela aseguradas a los contenidos, o sea, a los intereses, necesidades y valores que en los sistemas democráticos son sancionados como fundamentales. Puesto que también es verdad que el carácter «vital» de los intereses y necesidades así protegidos es, en el plano teórico, del todo contingente; si bien este mismo carácter no es contingente ni casual en los planos jurídico-positivo, histórico y axiológico en los que, en cambio, es identificable como la *razón* externa (ética y política) de la elección de dichos intereses y necesidades como objeto de tutela.

Así, se entiende «para qué sirve» mi definición formal de derechos fundamentales. Sirve para informarnos no ya sobre el contenido, sino más bien sobre la forma de tales derechos, es decir, para identificar la estructura que permite su tutela como derechos iguales, universales e indisponibles. La universalidad e indisponibilidad de un derecho, es decir, su carácter fundamental y, por otro lado, su rango constitucional son, de hecho, las formas técnicas —los «instrumentos de protección», como escribe Zolo— identificados por la teoría como aquellos a través de las cuales se tutelan «determinados intereses, valores o expectativas (individuales y de grupo)»[12]. Si se quiere tutelar un interés o una expectativa como «fundamental», se sanciona constitucionalmente a través de reglas téticas, es decir, de forma universal, sustrayéndolo a la disponibilidad de la autonomía privada, así como a la de las decisiones políticas.

El mismo discurso puede repetirse respecto de la tesis de Vitale en torno al carácter histórica y filosóficamente determinado del concepto de «persona», que, sin embargo, no yo, sino el propio Vitale, identifica con el concepto de «persona humana»[13]. Cierta-

12. D. Zolo, *supra*, p. 77.

13. E. Vitale, *supra*, p. 69. Desde esta perspectiva, Vitale declara abiertamente que «resulta necesario definir sus predicados esenciales. Una definición diferente de tales predicados supone, de facto, una concepción diferente de sus relaciones inte-

mente, no todas las filosofías políticas comparten la idea del valor de la «persona humana» ni todos los ordenamientos asumen tal figura como centro de imputación de derechos[14]. Y es igualmente cierto que, para muchas orientaciones filosófico-jurídicas, los derechos fundamentales deberían ser reconocidos también a sujetos que no son personas humanas: por ejemplo, a las comunidades, a las minorías, a las generaciones futuras, a los animales e incluso al entorno y a la naturaleza[15]. Más aun, ya existen, en el propio derecho positivo, normas que atribuyen derechos fundamentales a sujetos que no son individuos humanos, como el artículo 1 de los Pactos Internacionales del 16/12/1996, que sanciona el derecho a la autodeterminación de los pueblos, esto es, un derecho fundamental de un sujeto colectivo como es, precisamente, el «pueblo» y que ciertamente, sea lo que fuere lo que se entienda por tal expresión, no es un individuo humano. Sin contar con que, en todos los ordenamientos jurídicos, la personalidad jurídica como presupuesto de la titularidad de derechos, aunque sean patrimoniales, es conferida también a entidades ficticias y artificiales como son, justamente, las llamadas «personas jurídicas». Pero, de nuevo, estas consideraciones —de carácter filosófico-político o de derecho positivo— no inciden en absoluto en los conceptos teóricos de «persona» o de «personalidad» como *status* subjetivos a los que el ordenamiento conecta la titularidad de derechos y, de modo más general, de situaciones jurídicas. En efecto, estos conceptos, si por un lado identifican, en el plano teórico, las condiciones requeridas para que los seres humanos sean titulares de derechos, son, por otro, perfectamente compatibles con ordenamientos en los que no existen, en absoluto, derechos fundamentales o en los que no todos los seres humanos son «personas», o con ordenamientos que cali-

rindividuales, que son las que el derecho se encarga de regular. La naturaleza del individuo y de sus relaciones no me parecen indiferentes para la definición no sólo de cuáles son los derechos fundamentales, sino del propio concepto de derecho fundamental» (*ibíd.*). Está claro que definiciones de este tipo de «persona», o de «derechos fundamentales», en ningún modo formales, no pertenecen a la teoría del derecho sino a la filosofía política, y que en este terreno todas las opciones ético-políticas son posibles y más bien inevitables. Desde las de los católicos que reivindican la personalidad (no la «capacidad de obrar», como escribe Vitale) de los fetos o de los propios embriones, hasta las paleoliberales que reivindican la ciudadanía política sólo para los ciudadanos propietarios, y las «filosofías "verdes" o animalistas que convierten en sujetos de derecho a otros seres vivos, a las generaciones futuras o al entorno *tout court*» (*ibíd.*).

14. *Ibíd.*

15. *Ibíd.*

fican como «personas» y como titulares de derechos fundamentales a entidades distintas de los individuos humanos, como los pueblos, los animales, las generaciones futuras o las minorías.

Obviamente, si bien es cierto que una noción de «derechos fundamentales» (o de «persona») como la que propongo identifica la forma a través de la cual se asegura normativamente en nuestros ordenamientos la igualdad de los seres humanos, su igual dignidad y sus necesidades reputadas como vitales, es con referencia a estos contenidos concretos y a su concreta extensión, que quienes comparten tales objetivos exigen, respecto a los mismos, coherencia y plenitud en el ejercicio de los poderes públicos y, en particular, del poder legislativo. Pertenecen, por tanto, al discurso jurídico-dogmático (o interno) y al político (o externo) las críticas relativas a la ausencia o debilidad de las garantías que defienden los derechos fundamentales establecidos, o al tratamiento, de hecho, como derechos del ciudadano, de los derechos adscritos a todos los seres humanos, o «la indignación moral y los juicios políticos, [así] como las indicaciones normativas contenidas», como escribe Vitale, tanto en mi viejo ensayo «Ciudadanía y derechos fundamentales», como en el de «Derechos fundamentales» ahora en discusión[16]. Pero no es en absoluto verdad «lo que» Vitale «no cree compartible» y, obviamente, yo tampoco: que «esta indignación, estos juicios, y estas indicaciones», (según mi propuesta) «impliquen una teoría general del derecho *more geometrico demonstrata*»[17]. Por lo que parecería que «sobre el *qué hacer* no haya nada que discutir ni deliberar, pues para su determinación bastaría con un constitucionalismo rectamente entendido, debiendo la política tener por único objeto el *cómo hacer*, transformándose de actividad eminentemente deliberativa en actividad prevalentemente "ejecutiva"», como si «la política y la moral» fueran «derivables de la ciencia constitucional»[18].

Este tipo de pretensiones no tienen nada que ver con las tesis que he sostenido, no sólo en el ensayo sobre la ciudadanía que Vitale declara compartir, sino incluso en el que aquí discutimos. Las tesis de la teoría, repito, no nos dicen nada acerca de los contenidos ético-políticos del derecho, que son fruto de las opciones políticas adoptadas por el legislador —ordinario y, antes, constitucional—, así como de las luchas sociales por las cuales dichas opciones se ven condicionadas. Por lo que están bastante lejos del «spinozismo jurí-

16. *Ibíd.*, p. 64.
17. *Ibíd.* [ligeramente adaptadas, *N. del T.*].
18. *Ibíd.*

dico» que me imputa Vitale, es decir, de la idea de que «los principios que la historia del constitucionalismo moderno ha elaborado» y «el proyecto de constitución europea y mundial» por ellos diseñados serían, antes que el fruto de la política, «algunas de las proposiciones lógicamente derivables de la *recta ratio* aplicada al derecho»[19]. Lo único —en modo alguno secundario, pero totalmente distinto— que la *recta ratio* aplicada al derecho, es decir, la teoría jurídica, consiente (y, en mi opinión, impone) es la pretensión de coherencia entre dichos principios y los sistemas jurídicos que los han incorporado como normas vinculantes, esto es, la remoción de las antinomias y la superación de las lagunas generadas, unas por comisión y las otras por omisión, por violaciones o incumplimientos de los mismos por parte de los poderes públicos. La coherencia lógica como sabemos, no es (por desgracia) una característica del derecho positivo, que bien puede violarla y de hecho la viola a menudo, mientras que es, con seguridad, un requisito de la teoría del derecho.

Menos aun pretendo, como me atribuye Zolo, que «una formulación lógica», como según él sería mi definición formal de «derechos fundamentales» como derechos atribuidos a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar, pueda «ofrecer un "fundamento esencial" a una teoría normativa»[20]; que sirva para «establecer un nexo fundante "esencial" entre la lógica formal y la teoría normativa de la política, en particular la teoría democrática». Que, en suma, «con base en una definición lógica», puedan ser «confutadas concepciones de carácter normativo como, por ejemplo, el liberalismo de John Locke, el organicismo estatalista de Karl Friedrich Gerber o el welfarismo de Thomas Marshall», como si éstas contuvieran «errores de carácter lógico»[21]. Mi crítica se dirige, en planos totalmente diferentes entre sí y del todo distintos al de la lógica, a lo que, me parece, son aporías o carencias teóricas que comprometen el alcance empírico y la capacidad explicativa de las tesis criticadas. Respecto de las tesis de Locke, se trata de una crítica en el plano de la teoría del derecho, en cuanto ignoran la diferencia estructural entre derechos universales e indisponibles, como son los fundamentales, y derechos singulares y disponibles, como son los patrimoniales. En lo que respecta a la teoría de Marshall, constituye una crítica en el plano de la dogmática jurídica de los ordenamientos positivos existentes ya que, en contraste con todas las constituciones vigentes,

19. *Ibid.*, p. 68.
20. D. Zolo, *supra*, p. 81.
21. *Ibid.*

configura como derechos del ciudadano todos los derechos civiles y sociales que en aquéllas vienen atribuidos a las personas. Respecto de la concepción de Gerber, se trata de una crítica filosófico-política dirigida a la metafísica estatalista que late tras ella.

Comprendo las razones del equívoco, y admito haber contribuido a provocarlo afirmando, al inicio del segundo apartado de mi ensayo, que «la definición de "derechos fundamentales" aquí propuesta permite *fundar* cuatro tesis, todas a mi juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional». Ese «fundar» es, indudablemente, una expresión demasiado fuerte, ya que puede inducir a pensar en un nexo lógico entre mi definición y una teoría político normativa de la democracia constitucional, mientras que, en rigor, una tesis puede fundarse, lógicamente, sólo a sí misma. En realidad —junto a otras tesis de la teoría, como las definiciones de «derechos patrimoniales» (como derechos singulares y disponibles), «constitución» (como conjunto de normas supraordenadas a todas las demás), «derechos de la persona» y «derechos del ciudadano» (como derechos conferidos unos, a todas las personas físicas, y los otros, sólo a todos los ciudadanos) y «garantías» (como obligaciones o prohibiciones relativas a los derechos)— la definición permite fundar sólo las cuatros tesis, también ellas de teoría del derecho, que ya he enumerado. Y estas tesis, además de contrastar con los cuatros pasajes clásicos citados, sirven, sin duda, de acuerdo con lo que el propio Zolo exige a la teoría, «para orientar(nos) dentro de un determinado campo [...] problemático», para «plantear y [...] seleccionar [...] ciertas cuestiones prácticas [...] relevantes», así como para «sugerir soluciones dotadas de un suficiente grado de racionalidad instrumental»[22]. Sirven, precisamente, para dar luz sobre las diferencias de estructura que median, además de entre derechos fundamentales y patrimoniales, entre las diversas subclases en las cuales unos y otros pueden distinguirse según las expectativas —negativas o positivas, *erga omnes* o *erga singulum*— en que consisten. Para identificar los distintos tipos de límites y vínculos sustanciales que, según dichas diferencias, generan los distintos tipos de derechos fundamentales frente a la esfera pública del Estado y frente a la privada del mercado. Para sugerir los diversos criterios de solución de las antinomias y las lagunas que suponen sus violaciones. Para analizar, en fin, los distintos tipos de garantías primarias que los derechos exigen según sus formas estructurales, así como las diversas técnicas de garantías secundarias capaces de asegurar la efectividad de las

22. *Ibid.*, p. 80 [ligeramente adaptadas, *N. del T.*].

garantías primarias y, como reflejo, los derechos garantizados por éstas, mediante nulidades o sanciones.

No me parece, por tanto, justificada la tesis, con la que Zolo explica las absurdas pretensiones que me imputa, de un «brusco paso del plano de la lógica formal al de la teoría normativa»[23], en el que habría incurrido tras el primer apartado, no sólo intentando fundar tesis axiológicas sobre mi definición formal, sino también atribuyendo a la «noción de derechos "fundamentes" importantes valencias político-ideológicas»[24]. Que son, además, las mismas que les he asignado en *Derecho y razón* y en el ensayo sobre ciudadanía, respecto de los cuales, tanto Zolo como Vitale me objetan un cambio de opinión: mientras que en esos escritos habría basado la distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales en la igualdad y los iguales «valores de la persona» satisfechos por los primeros, y la desigualdad y las «relaciones de dominio y de sujeción, o bien de poder y de exclusión», producidas por los segundos, en el texto aquí discutido habría abandonado las «motivaciones éticas y políticas» que habían animado tales connotaciones, en favor de una definición de derechos fundamentales que, basándose únicamente en su atribución a la clase de las personas, de los ciudadanos o de los capaces de obrar, «prescinde de las "situaciones de hecho" y, por ello, de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento» como fundamentales, e incluso, «de su naturaleza "positiva", y, así, del dato del haber sido previstos en un ordenamiento efectivamente vigente»[25].

Ante todo, el plano de la teoría del derecho no es «el plano de la lógica formal», y «noción teórica formal» no quiere decir «noción lógico-formal», sino solamente «noción estructural». No es verdad, por tanto, que «abandon(e) aquí la noción lógico-formal de derechos fundamentales»[26] en el mismo momento en que sostengo que éstos «poseen un "contenido de hecho" del que la definición lógico-formal pretendía hacer abstracción» y que se «corresponden con los intereses y expectativas de "todos"», dado que «aquí "todos" poco tiene que ver con la cuantificación que, según nos ha explicado Ferrajoli, es perfectamente compatible con una concepción elitista, aristocrática o clasista de la sociedad»[27]. Entre la definición formal que es siempre una tesis teórica capaz de explicar la estructura de

23. *Ibíd.*, p. 81.
24. *Ibíd.*
25. *Ibíd.*, pp. 78; E. Vitale, *passim*.
26. D. Zolo, *supra*, p. 82.
27. *Ibíd.*

los derechos que define, y las tesis sobre el contenido de hecho de los derechos fundamentales en nuestra concreta experiencia constitucional no hay, en efecto, ninguna contradicción ni ningún «paso repentino». Puesto que es obvio que «de hecho» los derechos fundamentales tienen un contenido, que podrá ser trivial o vital, más o menos compartible, justo o injusto. Pero las tesis sobre los «contenidos de hecho» que estos derechos tienen en las actuales constituciones pertenecen a un plano de discurso —el nivel de la dogmática jurídica— distinto del de la teoría del derecho al que pertenece la definición de «derechos fundamentales». La cual, precisamente por ser una estipulación teórica, no dice ni debe decir absolutamente nada sobre cuáles son los derechos fundamentales, ni qué derechos fundamentales sean de la persona y cuáles del ciudadano; como las definiciones teóricas de «persona», «ciudadano» o «capaz de actuar» no dicen nada sobre quiénes sean personas, ciudadanos o capaces de obrar, si todos los seres humanos o, como en el pasado, los varones nacidos o que llegan a ser libres; y las definiciones teóricas de «fuente», «norma» o «delito», no dicen cuáles son las fuentes, cuáles las normas y cuáles los delitos en un concreto derecho positivo.

En otras palabras, la teoría se limita a establecer, a través de la elaboración de conceptos, las características estructurales que es posible encontrar en la forma de ciertos derechos y no de otros, que por tanto justifican su distinción y que, en todo caso, en el plano teórico, no pueden ser ignoradas y es preciso dar cuenta de ellas. Pero, precisamente porque la definición teórica no nos dice cuáles son los derechos fundamentales, vale para cualquier ordenamiento, aun cuando careciera de ellos, lo que no quiere decir, obviamente, que intente «prescindir también de su naturaleza positiva»[28], o sea, del hecho de que son previstos por normas jurídico-positivas, al igual que todos los derechos subjetivos y, de modo más general, que todas las situaciones jurídicas de las que constituyen una subclase. Quiere decir que la definición teórica vale, incluso, para los ordenamientos en los que ninguna norma positiva establezca derechos fundamentales, así como la definición de «hijo» como «individuo que es tal en relación al padre y a la madre por quienes ha sido engendrado» es válida incluso en una isla desierta donde no existan ni padres, ni madres ni hijos.

Por lo tanto, no he cambiado de opinión, como afirma Zolo, respecto a mis escritos precedentes. Las connotaciones ético-políticas que Zolo, Vitale y Jori identifican en mis tesis en materia de

28. *Ibíd.*, p. 78.

derechos fundamentales no contradicen, en absoluto, mi definición formal, ya que no las asocio al concepto teórico definido en esta última, sino a las expectativas que, históricamente, en los ordenamientos positivos, se establecen y garantizan como derechos fundamentales. En suma, si queremos evitar aporías, debemos distinguir entre los distintos niveles a los que pertenecen, según su estatuto, los discursos desarrollados contextualmente en torno a un mismo argumento: el nivel de la teoría, el dogmático del análisis del derecho positivo, el axiológico o ético-político de la filosofía política, y el histórico o sociológico de la descripción empírica de nuestros ordenamientos. Estos tres últimos niveles del discurso no son, en absoluto, deducidos del primero, lo que equivaldría a una grosera falacia naturalista por violación de la ley de Hume. Son, simplemente, distintos niveles discursivos.

Finalmente, el hecho de que la teoría del derecho establezca nociones «formales» o bien «estructurales», que se limitan a identificar las relaciones lógicas establecidas por los términos empleados en sus *definiens,* si bien les confiere un carácter ideológico neutral, no comporta, en absoluto, como opina Zolo, que la teoría no sea normativa, sino avalorativa en el sentido carnapiano del primer neopositivismo lógico. Es decir, en otras palabras, que tenga el mismo carácter que yo mismo he criticado a la concepción kelseniana y a la filosofía ius-analítica italiana de la posguerra como fruto de una epistemología insostenible[29]. Abordaré más ampliamente esta cuestión en el apartado 6. Por ahora, me limitaré a observar que la teoría que propongo, como por otra parte (creo) toda teoría del derecho, es normativa en dos sentidos: en el sentido de que sus postulados y definiciones son convenciones, estipuladas libremente si bien en función de su capacidad explicativa y de su alcance empírico con relación a las modernas democracias constitucionales; y, en el sentido, de que las tesis de la teoría, al igual que las de la lógica deóntica y las del mismo principio de no-contradicción, son normativas respecto del derecho positivo en el que se dan, aunque teóricamente no deberían darse, tanto antinomias como lagunas.

3. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales*

En el apartado 6 retomaré la cuestión meta-teórica del estatuto epistemológico de las definiciones teóricas. Cuanto he dicho hasta

29. Cf. *La cultura giuridica*, cit., pp. 102-104.

aquí es suficiente para afrontar las cuatro cuestiones teóricas planteadas por las críticas, al comienzo enumeradas, que me han dirigido.

Comenzaré por la primera de estas cuatro críticas: la que se refiere a mi tesis de la diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los patrimoniales. Cuanto he dicho a propósito del carácter formal de la definición de *derechos fundamentales* como derechos universales e indisponibles adscritos a todos en cuanto personas, o ciudadanos, o capaces de obrar, vale también para la definición que he propuesto de los *derechos patrimoniales* como derechos singulares, o sea, *excludendi alios,* y disponibles. Esta definición, así como las tesis sobre las disimilitudes estructurales entre derechos fundamentales y patrimoniales, no son menos formales o más normativas que la definición de derechos fundamentales. Tanto una como la otra prescinden de los contenidos concretos de los derechos de los que se habla y se refieren únicamente a su estructura. En efecto, conforme a ellas serían «patrimoniales» derechos como la libertad o la vida si fuesen singulares y no universales, disponibles y no indisponibles. Por el contrario, bien podría conjeturarse, no sin alguna dificultad, la configuración de un derecho real universal e indisponible: es el caso de la asignación a todo ciudadano, en la antigua Esparta, de una parcela de tierra inalienable e inexpropiable; si bien, en tal caso, estaríamos en presencia de un derecho fundamental[30]. Universalidad e indisponibilidad, se ha dicho, son sólo las formas a través de las cuales se tutelan igualmente determinadas necesidades o intereses convenidos como «fundamentales» en un ordenamiento determinado, o considerados tales por una teoría política de la democracia. Sólo en este sentido la definición de «derechos fundamentales» resulta fecunda en el plano teórico: en cuanto pone en evidencia los rasgos estructurales de tales derechos como formas idóneas, exigidas por una teoría jurídica de la democracia, para la tutela y garantía de necesidades consideradas esenciales.

Ciertamente, como ha observado Riccardo Guastini, igualmente puede ser universal un privilegio «desde el momento en que

30. El ejemplo, sobre el cual hemos discutido ampliamente en un seminario en Milán, es recordado por Mario Jori, *supra*, nota 34, p. 126. En cuanto a los otros derechos ejemplificados por Jori (*ibíd.*, p. 126 y nota 34, p. 126) como derechos «con un objeto "patrimonial"», como el derecho de todos «a un igual ingreso social garantizado» o bien «a una asistencia social y a una pensión base asignada por nacimiento», son sin duda derechos fundamentales y, más precisamente, derechos sociales.

también un privilegio puede ser conferido a una clase universal de sujetos, la cual, sin embargo, incluya —llevada al límite—, de hecho, un solo miembro»: por ejemplo, según su hipótesis, la clase de los «profesores de filosofía del derecho de la Universidad de Camerino»[31]. No sólo. Puede ser universal incluso una discriminación, como sería la que tuviese por objeto una clase similar. Lo que vuelve universal una situación (como un derecho, una obligación o una prohibición) o un *status* jurídico (como la personalidad, la ciudadanía o la capacidad de obrar) es, simplemente, su inmediata disposición en favor de clases indeterminadas de sujetos por parte de normas generales que, por eso, he llamado «téticas». Mientras que lo que los vuelve singulares es su pre-disposición, en favor de sujetos determinados, como efectos de actos singulares (negocios o sentencias o resoluciones administrativas) contemplados como hipótesis por normas que, por eso, he llamado «hipotéticas». En este sentido, son universales no sólo los derechos fundamentales, sino también las prohibiciones y obligaciones expresadas, por ejemplo, por las normas penales, por las señales de tráfico o por carteles del tipo: «prohibido fumar» o «no pisar el césped» o, incluso, los derechos y deberes conferidos, hipotéticamente, a clases vacías o que incluyen, de hecho, un solo miembro. En todos estos casos, hablaremos de derechos y de deberes universales, en tanto que atribuidos directamente por las que he llamado *normas téticas,* a todos en cuanto personas, ciudadanos, capaces de obrar, automovilistas, o profesores de filosofía del derecho de la Universidad de Camerino, y no ya predispuestos, como los derechos patrimoniales, las obligaciones civiles o el deber del juez de aplicar la sanción, como efectos de actos negociales o de actos ilícitos estipulados por las que he llamado *normas hipotéticas*[32].

31. R. Guastini, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», *supra*, p. 60. En realidad, el «privilegio» de la ciudadanía acordada sólo a los profesores de filosofía del derecho de la Universidad de Camerino debería haber sido expresado, en el ejemplo de Guastini, mediante la implicación inversa a la formulada por él en su tesis (9): «Para todo x, si x es un ciudadano, entonces es profesor de filosofía del derecho de la universidad de Camerino».

32. Tratándose de dos neologismos que designan una distinción tan ignorada como de esencial importancia en la teoría del derecho resulta oportuno exponer, aunque sea en términos sumarios, las definiciones de «norma tética» y de «norma hipotética» que propongo en mi trabajo de teoría del derecho. He definido como *norma tética* cualquier norma que atribuya inmediatamente situaciones jurídicas o *status* a determinadas clases de sujetos. Por ejemplo, «prohibido fumar», las normas del código penal que configuran los comportamientos que prohíben como delitos, las adscriptivas de derechos fundamentales, los artículos 1 y 2 del Código Civil que

Universal, pues, asociado a «derechos», no es, por tanto, sinónimo de *fundamental,* sino que tiene un significado más extenso. «Fundamentales» son todos y solamente los derechos adscritos, no a cualquier clase de sujetos, sino a la clase de aquellos sujetos a los cuales el ordenamiento les confiera el *status* de persona y/o el de ciudadanos y/o el de capaces de actuar. Esto no quita que bajo la calificación, no sólo de «universales», sino también de «fundamentales», puedan producirse normas que enmascaren privilegios. Es en este sentido en el que puede afirmarse que existían derechos fundamentales, por ejemplo, incluso en la antigua Roma o en la antigua Grecia, donde los derechos políticos y los civiles estaban reservados por normas, con todo generales, unos, a clases privilegiadas de ciudadanos *optimo iure,* y los otros, únicamente a los sujetos dotados, además del *status aetatis,* del *status libertatis.* Y es también en este sentido en el que incluso serían derechos fundamentales, por ejemplo, los adscritos a la clase de ciudadanos identificada, como en el ejemplo de Zolo, con la de los «generales de carabineros»[33] o, como en el ejemplo todavía más inverosímil de Guastini, con la de «los profesores de filosofía del derecho de la Universidad de Camerino». De hecho, y no por casualidad, se trata de ejemplos imaginarios. En suma, no sólo «universal», como dice con propiedad Guastini, es «un concepto vacío»[34]. También es un concepto vacío «fundamental». Pero precisamente en esto reside su

confieren la capacidad jurídica a los seres humanos desde el momento del nacimiento y la capacidad de obrar a los que han alcanzado la mayoría de edad. Conforme a ellas, sin la mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y de los *status* correspondientes. He definido, en cambio, como *norma hipotética* a cualquier norma que predisponga situaciones o *status* como efectos de los actos previstos como hipótesis. Por ejemplo, las normas de los códigos de procedimiento, las del código penal que predisponen penas como efecto de los delitos, las del código civil que predisponen efectos obligatorios para los contratos, o bien, el *status* de cónyuge, de ciudadano, o de persona jurídica, como efectos del matrimonio, del acto de concesión de la ciudadanía o del constitutivo de una sociedad comercial. Claro que si la clase de los destinatarios de las normas téticas está vacía, no existe ningún sujeto titular de los derechos adscritos y, por lo tanto, ningún derecho subjetivo. Si la clase tiene un solo miembro, como en el ejemplo de Guastini, existirá un titular y, por consiguiente, un derecho adscrito a él; si, como ocurre a menudo, tiene una pluralidad indeterminada de miembros, existirán otros tantos titulares y otros tantos derechos adscritos. En cambio, en el supuesto de las normas hipotéticas, en caso de que se den los presupuestos previstos en ellas como hipótesis, el derecho adquiere existencia, existiendo al menos un titular del mismo.

33. D. Zolo, *supra,* p. 79.

34. R. Guastini, *supra,* p. 61.

valor teórico. Su significado —es decir, la extensión de la igualdad y, por otro lado, de lo que la igualdad resulta predicable— depende de lo que pongamos en su interior. De hecho, el derecho positivo, y en particular las constituciones modernas, incluyen, en lo relativo a los intereses o necesidades convenidos como merecedores de tutela, a la clase de los seres humanos en lo que respecta a las personas, a la de los mayores de edad en lo que concierne a los capaces de obrar, y a la de los nacidos y/o residentes en un territorio determinado y/o dotados de otros requisitos, por ejemplo de parentesco, en lo que concierne a los ciudadanos.

Pero también *personalidad, capacidad de obrar* y *ciudadanía* son conceptos vacíos cuyo valor teórico reside precisamente en el hecho de que —independiente de la extraordinaria variedad de discriminaciones de sexo, étnicas, religiosas, censitarias y de instrucción de las que históricamente han sido objeto sus presupuestos— tanto la igualdad como la desigualdad en los derechos fundamentales, tanto la inclusión como la exclusión de los seres humanos de las clases de sus titulares, se han decidido siempre conforme a ellas. Se explica, de este modo, lo que «no está claro» para Guastini «por qué los predicados significativos deben ser los tres mencionados —personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar— y no otros»[35]. Porque lo que ha cambiado con el progreso del derecho no han sido los criterios de la personalidad, de la capacidad de obrar y de la ciudadanía, en que se funda la atribución de los derechos fundamentales, sino únicamente el significado extensional de dichos *status*: de la personalidad, negada a los esclavos en los ordenamientos arcaicos que admitían la esclavitud y ahora extendida, desde hace tiempo, a todos los seres humanos; de la capacidad de obrar, tanto civil como política, largamente negada y hasta hace poco tiempo limitada en base al sexo, la religión, la instrucción y la renta, y hoy extendida a todas las personas mayores de edad que no sean enfermos mentales; de la ciudadanía, afirmada como factor de igualdad y de inclusión con el nacimiento del moderno Estado de derecho, aunque siempre vinculada a sus confines estatalistas como último factor de diferenciación de los seres humanos por un accidente de nacimiento. Incluso con respecto a la ciudadanía, por lo demás, es posible conjeturar no sólo, como deseo yo, su supresión o su generalización a todos los seres humanos, sino también formas más limitadas de extensión. Así sucede en el caso, imaginado por Guastini, de la concesión del «derecho de voto en las elecciones municipales a cualquiera que resida en el territorio de la

35. *Ibíd.*, p. 60.

entidad local interesada»[36]; lo que ocurriría, no ya como escribe Guastini, «independientemente de la ciudadanía»[37], sino sobre la base de una ampliación, al menos respecto del derecho de voto en las elecciones municipales, de los presupuestos normativos de la misma.

Por otro lado, el hecho de que la expresión «derechos fundamentales» no pertenezca «al léxico normativo de ningún texto constitucional ni de ningún ordenamiento jurídico moderno» no la convierte, como escribe Zolo, en «una categoría metajurídica»[38], sino en un concepto teórico —de la teoría general del derecho, y no de la dogmática— al igual que tantos otros conceptos no menos importantes, como «ordenamiento», «validez», «vigor», «norma», «derecho subjetivo», «obligación» y «prohibición», que igualmente no suelen emplearse en los textos de las leyes y cuyas reglas de uso, de todas formas, no se encuentran en el lenguaje legal, ya que vienen dictadas por definiciones estipulativas construidas por la teoría. Cabe añadir que la elección de la expresión «derechos fundamentales» responde a razones de pura oportunidad: no uso «libertades fundamentales» como John Rawls, o simplemente «rights», como Ronald Dworkin, o «derechos del hombre», como sugiere el propio Zolo[39], porque estas expresiones tienen, en el léxico que he elaborado —formalizado en el trabajo de teoría del derecho que estoy concluyendo pero empleado ya con los mismos significados en trabajos precedentes[40]— un significado extensivo más restrictivo: «libertades fundamentales» es una expresión que he utilizado para designar (la subespecie de) los derechos fundamentales constituida por los derechos fundamentales negativos o de inmunidad, o sea, por derechos consistentes en expectativas negativas de no lesión, en oposición a los positivos o sociales, consistentes en expectativas positivas de prestación. Lo mismo puede decirse de «derechos humanos», expresión que empleo para designar los derechos fundamentales adscritos a todos en cuanto personas, en oposición a los adscritos a todos en cuanto ciudadanos o capaces de obrar, y que sin embargo no se identifican, a diferencia de lo que considera Zolo, con las libertades

36. *Ibid*, pp. 60-61.
37. *Ibid*, p. 60.
38. D. Zolo, *supra*, p. 76.
39. *Ibid.*, pp. 76-77 y 80.
40. En particular, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, [4]2000, cap. V; «Il diritto come sistema di garanzie»: *Ragion Pratica* I/1 (1993), pp. 143-161; «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona» y «La soberanía en el mundo moderno», ambos en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, [2]2001, pp. 97-175.

fundamentales, ya que pueden comprender, según los ordenamientos, también muchos derechos sociales. «Derechos» es en cambio una expresión de género, que designa la clase de todos los derechos subjetivos, sean éstos universales o singulares, fundamentales o patrimoniales. Jori, en un seminario milanés sobre nuestro tema, ha propuesto llamarlos «universales», en oposición a los que sugiere denominar «singulares» en lugar de patrimoniales. Pero «universales», como ya he dicho, es un término a su vez más amplio, y no está específicamente vinculando al *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar. Son universales, por ejemplo, incluso los derechos atribuidos a clases más restringidas, como, por ejemplo, sólo a los miembros de una comunidad de vecinos o de una asociación de petanca o, como en los ejemplos propuestos por Jori, «sólo a todos los pescadores de profesión» o a «todos los periodistas»[41]. Así como, retomando los ejemplos de Zolo y de Guastini, serían universales —pero no fundamentales, si se dijera, como han hecho Zolo y Guastini, que sólo sus titulares tienen el *status* de ciudadanos— los derechos adscritos sólo a los generales de carabineros de acceder a los locales de un círculo militar reservados a los generales de carabineros, o los reservados sólo a los profesores de filosofía del derecho de la Universidad de Camerino de acceder a los locales del Instituto de Filosofía del Derecho de su Universidad. En suma, la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales es exclusiva y no exhaustiva: existen derechos, los universales no fundamentales, que tampoco son patrimoniales.

Ni siquiera estaría justificado, en el otro extremo —en coherencia con mi «ideal kantiano del "derecho cosmopolita"», según proponen Zolo[42] o, en un reciente seminario genovés, Guastini, considerando el hecho de que los ciudadanos y los capaces de obrar son todos personas[43]— identificar los derechos fundamentales con

41. M. Jori, *supra*, p. 127.

42. D. Zolo, *supra*, pp. 83-84.

43. El mismo argumento es utilizado por R. Guastini, *supra*, p. 60, para sostener, como Zolo, que puesto que «la clase de los ciudadanos y la de los que tienen capacidad de obrar son clases menos amplias que la de las personas físicas [...] se podría estar tentado de decir que un derecho conferido sólo a los ciudadanos o sólo a los que tienen capacidad de obrar no es de hecho universal, en comparación con los derechos conferidos a las personas físicas». Pero «universal», como el propio Guastini ha dicho, es un concepto vacío, que designa simplemente la cuantificación universal de los sujetos imputados en una situación: la diferencia entre derechos de la persona y derechos del ciudadano no está, por tanto, en la universalidad de los primeros y no de los segundos, sino sólo en la distinta y (a menudo) mayor extensión del significado de «persona física» respecto al de «ciudadano».

los derechos humanos o de la persona. Una definición de esa índole no permitiría dar cuenta de la estructura de los derechos fundamentales tal como aparecen establecidos en los ordenamientos actuales. En efecto, muchos derechos, independientemente de nuestros deseos, están en ellos adscritos sólo a los ciudadanos, y muchos otros, por obvias e inevitables razones, sólo a los mayores de edad, como los derechos civiles (o de autonomía privada) y los derechos políticos (de voto y similares) que no tendría sentido adscribir a los recién nacidos. Y, por otra parte, también es verdad que todos los derechos fundamentales, incluso los del ciudadano y los del sujeto capaz de obrar son, de todas formas, adscritos a personas; pero no es cierto que todos los derechos fundamentales sean adscritos *a todas* las personas, ya que algunos lo están sólo a los ciudadanos o sólo a los capaces de obrar. Son, por el contrario, claramente «fundamentales», además de «universales», al ser atribuidos, por ejemplo en la Constitución Italiana, a todos en cuanto personas, los derechos a la salud o a la educación, aun si la prestación de la asistencia sanitaria o de la instrucción se condiciona a determinados presupuestos en los que todos puedan encontrarse o se hayan encontrado, como el padecimiento de una enfermedad, la edad u otros similares.

Un razonamiento análogo al relativo a las connotaciones de universalidad de los derechos fundamentales, y de singularidad de los patrimoniales, puede hacerse a propósito de las críticas que Guastini y Jori plantean a mi tesis de la indisponibilidad de los primeros y de la disponibilidad de los segundos, que igualmente depende del diferente significado que asociemos al término *disponibilidad.*

A Guastini no le «parece que la indisponibilidad esté lógicamente implicada por la universalidad». Por lo que «si se quiere sostener que la indisponibilidad es una característica definitoria de los derechos fundamentales, habría que incluirla expresamente en su definición»[44]. Por ejemplo, en la «disponibilidad» de la «libertad personal», incluye la posibilidad de «ser privado de la misma (por un acto motivado de la autoridad judicial, sólo en los caso y formas previstos por la ley)»[45]. Está claro que, en este sentido, la libertad personal es «disponible». Pero no es éste el significado que yo asocio a un «acto de disposición», que, en el sistema de conceptos que he elaborado, he definido como «cualquier decisión que sea causa de un derecho patrimonial». Por definición, por tanto, lo que es disponi-

44. R. Guastini, *supra*, p. 62.
45. *Ibíd.*

ble es un «derecho patrimonial». Pero a los derechos patrimoniales, a su vez, los defino como «derechos no universales sino singulares sobre bienes o a prestaciones». De ahí se sigue que los derechos fundamentales, al ser universales y, por consiguiente, no patrimoniales, no son disponibles; y que, por tanto, la indisponibilidad bien puede no ser incluida en la definición de «derechos fundamentales», dado que está implicada en la noción de universalidad. Otra cuestión totalmente distinta es, en cambio, la de la inviolabilidad de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, la que, como demostraré más acabadamente en el apartado 6, es una garantía primaria de los mismos, consistente en la prohibición para el legislador ordinario de lesionarlos, cuando se trate de derechos negativos, como son las libertades fundamentales, o en la obligación de satisfacerlos, cuando se trate de derechos positivos, como son los sociales. Pero en caso de que esta garantía se entienda como inviolabilidad también frente al legislador constitucional, no sería —lo reconozco— un corolario de la universalidad y dependería, únicamente, como bien ha destacado Mario Jori, de la regulación positiva del poder de revisión constitucional[46].

Por lo demás, incluso en el lenguaje común, «acto de disposición» y «disponible» aluden a la disponibilidad activa, esto es, a los actos de autonomía privada a los que las normas que los prevén como hipótesis (y que, por eso, he llamado «hipotéticas») asocian, como efectos, la constitución, modificación o extinción de un derecho patrimonial. Y también intuitivamente, la tesis de la indisponibilidad es un corolario de la de la universalidad: los derechos fundamentales, al ser universales, son todo uno con las normas que los disponen (y que, por eso, he llamado «téticas»), que es por lo que resulta inconcebible su disponibilidad; tanto que si, paradójicamente, fueran disponibles, cesarían de ser universales y, por tanto, fundamentales. Mario Jori niega esta paradoja presentándola en estos términos: «en un mundo jurídico hipotético donde todos los derechos sean alienables, si alieno mi derecho de alienar, quiere

46. M. Jori, *supra*, nota 37, p. 127. Por tanto, sólo en lo que concierne a la indisponibilidad pasiva, o sea, la inexpropiabilidad por parte de los poderes públicos, y no en lo que se refiere a la indisponibilidad activa, resulta fundada la tesis de Guastini de que ésta requiera una norma adecuada, como son, por ejemplo, el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual «en ningún caso un derecho fundamental puede ser lesionado en su contenido esencial» y, de acuerdo a la interpretación ofrecida también por nuestra Corte Constitucional, el artículo 2 de la Constitución Italiana, que llama «inviolables» a los derechos del hombre que «la República reconoce y garantiza».

decir que, desde ese momento, ya nunca podré alienar mis otros derechos»[47]. Pero no es éste el resultado paradójico de una hipótesis de ese tipo: en ese mundo hipotético, podría alienar *también* todos los otros derechos, incluso el derecho a la vida y mi propio derecho de alienar derechos, con la consiguiente regresión a la ley del más fuerte y al estado de naturaleza.

Jori, sin embargo, objeta mis tesis sobre la base de un tercer significado de «disponibilidad», también éste distinto del estipulado en mi definición. De hecho, propone numerosos ejemplos de derechos fundamentales disponibles, en el sentido de que se admite la renuncia a su ejercicio por parte de sus titulares[48]. Pero según mi definición, «disposición» no es cualquier renuncia de hecho o cualquier no ejercicio de un derecho, sino una decisión que disponga de él con efectos obligatorios. Designa, más precisamente, cualquier acto jurídico de alienación o de transferencia de un derecho patrimonial. No entran en ella, por lo tanto, el suicidio, que no es un acto de disposición y ni siquiera un acto jurídico, hasta el punto de que sería inválido el acto con el que se nos obligara a suicidarnos; ni tampoco la renuncia a ejercitar o a hacer valer un derecho fundamental, que igualmente sería inválida, a diferencia de la renuncia a hacer valer en juicio un derecho patrimonial.

En resumen: puedo no solicitar la asistencia de un defensor en un proceso penal, pero no puedo obligarme a no solicitarla, ni menos aun alienar mi derecho a solicitarla. Cualquier acto de esa naturaleza sería, más que inválido, inexistente; y si no lo fuese, entonces tal derecho sería patrimonial. Lo mismo vale para derechos como los de voto, a la integridad personal o a la salud. Puedo no votar, pero no obligarme a no votar o alienar mi voto. Puedo realizar actos autolesivos, pero esta facultad no equivale a la de obligarse a cumplirlos. Se puede renunciar, como con el acto con el que formalmente se solicita ser dado de alta de un hospital, contra el parecer de los médicos, pero no obligarse a renunciar a la asistencia sanitaria. Un derecho fundamental, en suma, no comporta, cualquiera que sea su ejercicio, una obligación a cargo de su titular, sino una obligación para los demás: la cual puede incluso —eventualmente— no darse, como en el ejemplo de Jori del abandono voluntario de un hospital, sin que por eso decaiga el derecho.

Es preciso, por tanto, distinguir entre el ejercicio de un derecho y su titularidad. La indisponibilidad de los derechos fundamentales no

47. M. Jori, *supra*, nota 26, p. 121.
48. *Ibid.*, pp. 122-125.

se refiere al ejercicio sino a su titularidad, que no deja de existir, con independencia de lo que hagamos o queramos, dado que los derechos fundamentales no son sino normas (téticas). Pero lo mismo vale, contrariamente a lo que afirma Guastini[49], para los derechos patrimoniales, cuya disponibilidad se refiere, precisamente, a su titularidad, que bien puede cesar cuando su ejercicio consiste en actos de disposición. Ignorar esta diferencia y disolverla dentro de una genérica teoría de los derechos subjetivos significa no dar cuenta, en el plano teórico, de un fenómeno macroscópico: el hecho que los derechos patrimoniales están sometidos a distintas visicitudes, es decir, a sucesiones, transmisiones, relaciones entre causantes y causahabientes, mientras que los derechos fundamentales no lo están, por lo que su eventual disponibilidad —en caso de que se admitiese, por ejemplo, la venta de la vida, de la libertad personal o del derecho al voto, o sea, su pertenencia al mercado— simplemente comportaría su transformación en derechos patrimoniales.

Otra cuestión distinta es el hecho, indudable, de que «el ejercicio de los derechos fundamentales» —y específicamente, precisaría, de los derechos civiles de autonomía privada— «produce desigualdades y exclusión»[50]. De acuerdo. Pero no comprendo por qué esto podría impedir «contraponer tales derechos al derecho de propiedad»[51]. La contraposición se refiere a la forma lógica de los dos tipos de derechos —esto es, a la cuantificación universal de los titulares de los primeros y a la cuantificación existencial de los titulares de los segundos— antes que a sus contenidos axiológicos. Tampoco importa que los derechos patrimoniales supongan derechos civiles, esto es, los derechos fundamentales de adquirirlos e intercambiarlos. Lo que cuenta es la diferencia estructural, en la forma y no en el contenido, entre ambos tipos de derecho.

Por lo demás, no cuestiono, ni siquiera en el plano axiológico, la desigualdad en los derechos patrimoniales producida por el ejercicio de los derechos civiles, como supone Zolo, atribuyéndome una crítica del instituto de la propiedad privada e, incluso, la idea de que sea posible y/o justo suprimirla. Considero más bien inevitable tal desigualdad: resultado, precisamente, de la autonomía negocial. Así como entiendo inevitables otras desigualdades jurídicas, ligadas a la enorme y creciente diferenciación jurídica de las situa-

49. R. Guastini, *supra*, p. 62: «La universalidad atiende a la titularidad del derecho, mientras que la indisponibilidad lo hace a su ejercicio».

50. D. Zolo, *supra*, p. 84.

51. *Ibid.*

ciones subjetivas producidas por la complejidad y por la dinámica de la vida de relación. En efecto, los derechos patrimoniales no son los únicos factores de desigualdad; no son las únicas (y, quizá, ni siquiera las más importantes) situaciones jurídicas desiguales. Son desiguales todas las situación predispuestas por las que he llamado «normas hipotéticas» como efectos de actos, no sólo de intercambio, sino también de matrimonio, de nombramiento, de delegación y otros similares. Somos desiguales no sólo en nuestra propiedad y en nuestros créditos y débitos, sino también en nuestros deberes, en nuestras funciones y en nuestras responsabilidades en tanto que solteros o casados, profesores en Camerino o Génova, magistrados, abogados, empresarios o trabajadores dependientes. Los derechos fundamentales no son las únicas situaciones respecto a las cuales somos iguales: somos iguales en todas las situaciones previstas por lo que he llamado «normas téticas». No sólo en los derechos fundamentales, sino también en las iguales prohibiciones penales, así como en las de no pisar el césped o no fumar en locales públicos.

Llego así al segundo orden de objeciones, las relativas a la propiedad privada y a lo que he llamado «el equívoco semántico» de la confusión entre los derechos a convertirse en propietario y a ejercitar los derechos de propiedad, que son derechos fundamentales y, más precisamente, derechos civiles ligados, uno, a la capacidad jurídica y, el otro, a la capacidad de obrar, y el derecho de propiedad del que cada uno es titular sobre determinados bienes. Querría aclarar, desde este momento, que esta distinción me parece un tanto deformada (lo que confirma mi convicción en torno al equívoco semántico) en la reformulación ofrecida por Zolo, quien la presenta como distinción entre, por un lado, «el derecho a convertirse en propietarios —derecho que las constituciones liberales garantizan a todos los ciudadanos—» y, por otro, «los contenidos del derecho de propiedad y los actos concretos de su disfrute»[52] o, como escribe poco después, el «derecho a ejercer concretamente la propiedad»[53] o, incluso, «el ejercicio del derecho de propiedad»[54]. Pero no es ésta la distinción que he propuesto. Tanto el derecho a devenir propietario como el derecho de disponer de los bienes en propiedad y, más genéricamente, de ejercitar los propios derechos de propiedad, son derechos fundamentales. En los ordenamientos avanzados, desde el Código napoleónico en adelante, el primero es

52. *Ibíd.*, p. 85
53. *Ibíd.*, p. 86.
54. *Ibíd.*, p. 89.

un derecho de la persona, independiente de la edad. Todos, incluso los recién nacidos, pueden convertirse en propietarios, por sucesión hereditaria o por actos de adquisición realizados por los padres o tutores que son sus representantes legales. El segundo, en cambio, es un derecho de autonomía que corresponde a las personas capaces de obrar como son, en nuestro ordenamiento, todos los sujetos no suspendidos en sus derechos que hayan alcanzado la mayoría de edad. Los que no son fundamentales y se oponen por su forma y estructura a los dos derechos antedichos, no menos que a todos los demás derechos fundamentales, son los derechos de propiedad sobre los propios bienes de los que cada uno es titular. Por ejemplo, mi derecho de propiedad sobre el coche con matrícula Roma-35779 o sobre el bolígrafo con el que estoy escribiendo. En ordenamientos como el nuestro son, respectivamente, titulares de los derechos fundamentales a convertirse en propietario y a disponer de los bienes de su propiedad, tanto el uno como el otro indisponibles, todas las personas en cuanto tales y todos los capaces de obrar. Del derecho de propiedad sobre mi coche o sobre mi bolígrafo soy titular sólo yo y nadie más, mientras que no disponga de ellos. Y este derecho no es el contenido o el ejercicio de los dos primeros. Se trata, en realidad, de derechos completamente diferentes: tanto, que se puede ser titular de los primeros, como lo son todas las personas capaces de obrar, sin ser titular de ningún derecho de propiedad y, en todo caso, siendo titular de derechos de propiedad distintos uno del otro. En lo que respecta a los derechos del primer tipo, somos todos iguales; en lo que respecta a los segundos, somos todos desiguales.

Obviamente, ambas clases de derechos están estrechamente relacionadas: una es el presupuesto de la otra. Y, si bien es cierto que los derechos de la primera clase son derechos iguales porque se adscriben a todos en cuanto personas o capaces de obrar, también es verdad que son, además, vehículo de multiplicación de las desigualdades económicas, dado que a través de su ejercicio se adquieren, transfieren, acumulan y sustraen los derechos de propiedad pertenecientes a la segunda clase. Y es verdad, desde luego, que ambas clases de derechos han sido defendidas de modo intransigente por el pensamiento liberal junto a la libertad. Pero esto no quita para que se trate de derechos estructuralmente distintos entre sí, y distintos a su vez de la libertad, cuyo ejercicio no consiste en actos negociales regulados por normas, ni quita para que su confusión sea el fruto de un equívoco semántico que una teoría jurídica de enfoque analítico debe poner de manifiesto y resolver en razón de

la importancia que tales diferencias revisten tanto en el plano teórico como en el práctico.

Pero, precisamente a propósito de la relevancia práctica de mis tesis sobre la oposición conceptual entre derechos fundamentales y patrimoniales y sobre el equívoco producido por su incomprensión, querría volver en relación con las críticas planteadas por Zolo. Mi polémica no es, en absoluto, contra la propiedad privada en ninguno de los dos sentidos que he precisado —ni como derecho patrimonial disponible, ni como derecho fundamental indisponible (de las personas a convertirse en propietarios y de los capaces de obrar a disponer de sus derechos patrimoniales de propiedad)—, sino contra la confusión entre las dos clases de derechos correspondientes a estos dos sentidos, así como entre ambos y los derechos de libertad. Ni discuto, tampoco, la propiedad privada, como opina Zolo, ni siquiera la de los medios de producción, dado que concuerdo con él sobre el «ignominioso final del comunismo»[55] que tuvo la pretensión de suprimir ese instituto.

La teoría del derecho y de los derechos a la que trato de contribuir tiene, de hecho, como referencia empírica a los ordenamientos jurídicos de las democracias modernas, que son, justamente, todos capitalistas. Y, precisamente, a causa de la extensión y de los contenidos que tienen en tales ordenamientos, he basado sobre los cuatro tipos de derechos fundamentales que he distinguido en esa teoría —los derechos de libertad, los sociales, los civiles y los políticos[56]— otras tantas dimensiones de la democracia: la de la democracia liberal (asegurada por los derechos de libertad), la de la democracia social (asegurada por los derechos sociales), la de la democracia política (asegurada por los derechos políticos) y, finalmente, la de la democracia civil (asegurada por los derechos civiles, incluidos los de autónoma iniciativa económica). No he realizado, por tanto, ninguna «crítica jurídica de la institución de la propiedad y de los derechos patrimoniales» ni mucho menos pretendo alcanzar, por esta vía «importantes metas de igualdad social»[57]. Sólo he puesto de relieve, por su indudable relevancia práctica, las diferencias de estructura entre las distintas clases de derechos subjetivos —universales y singulares, absolutos y relati-

55. *Ibíd.*, p. 90.

56. Remito, para esta distinción, a «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», cit., pp. 104-107, y al ensayo aquí discutido, «Derechos fundamentales», *supra*, nota 3, p. 23.

57. D. Zolo, *supra*, p. 92.

vos, negativos y positivos, activos y pasivos—, su distinta relación con la igualdad, sus diversas técnicas de garantía y su distinto papel en el diseño del sistema de límites y vínculos respecto a la compleja red de poderes públicos y privados en un ordenamiento democrático. En efecto, si bien es cierto que la idea de la supresión del mercado no es menos estrambótica y regresiva que la de la extinción del Estado, también es verdad que precisamente el análisis estructural de los distintos tipos de derechos fundamentales en los que pueden expresarse las dimensiones de la democracia, sugiere que los derechos de libertad y los derechos sociales imponen garantías, en forma de obligaciones y prohibiciones, a la esfera económica del mercado, fundada en derechos civiles (o de autonomía privada), como a la esfera política del Estado representativo, fundada sobre derechos políticos (o de autonomía política)[58].

4. *Derechos fundamentales y democracia*

Llego, así, al segundo orden de críticas que se me han dirigido, las relativas al nexo que establezco entre derechos fundamentales y democracia. Como ya he dicho en el apartado 2, estas tesis no están fundadas, ni podrían estarlo —en esto concuerdo con Zolo— sobre la definición ideológicamente neutral de «derechos fundamentales». Más bien, se fundan en el tipo de expectativas que, como la tutela de la vida, la libertad, la autonomía y la supervivencia, han sido —contigentemente en el plano lógico y teórico, pero no así en el plano histórico y axiológico— sancionadas como derechos fundamentales en los actuales sistemas constitucionales, esto es, bajo la forma de derechos universales e indisponibles adscritos a todos sólo por el hecho de ser personas, ciudadanos o capaces de obrar. De manera análoga, no depende de su forma sino de su contenido concreto el hecho de que, como he sostenido «mientras los derechos fundamentales son capaces de satisfacer el valor de las personas y de realizar la igualdad, los derechos patrimoniales establecen relaciones de dominio y de sujeción entre sujetos colocados en condiciones jurídicas desiguales»[59]. Así, lo que, por otra parte,

58. Por eso, en «Derechos fundamentales», *supra*, p. 36, he llamado «sustanciales» al conjunto de derechos de libertad y sociales, consistentes esencialmente en expectativas negativas o positivas, y «formales», al conjunto de derechos civiles o políticos de autonomía, consistentes también en potestades de obrar.

59. D. Zolo, *supra*, p. 83.

tiene «importancias valencias político-ideológicas», no es el análisis conceptual de la forma de los derechos fundamentales, sino la opción a favor de las necesidades e intereses que son, de hecho, tutelados jurídicamente como derechos fundamentales a través de dicha forma, identificada por mi definición formal y que, por lo tanto, no he «abandonado»[60] en modo alguno.

Todo esto no quiere decir que «la democracia sea un fenómeno esencial o prevalentemente jurídico»[61]. La estipulación y la garantía misma de los derechos fundamentales son condiciones necesarias, pero no suficientes, por cierto, de la democracia. En un doble sentido: en el sentido de que tanto los derechos como sus garantías son de todos modos normas, que bien pueden permanecer sin efecto, y en el sentido de que sólo aseguran la dimensión jurídica de la democracia. Estoy, por lo tanto, nuevamente de acuerdo con Zolo en su consideración de que «El acercamiento jurídico a la democracia» es «un punto de vista parcial frente a otros muchos posibles, como el económico, el sociológico, el político-institucional, el psico-antropológico, el sistémico, etc.»[62]. Pienso, sin embargo, que de todas las posibles aproximaciones la jurídica es, si no la más importante, la previa a todas las otras. Como lo confirma el fracaso de los socialismos reales, debido principalmente, creo, al total desprecio por el derecho y por los derechos que desde su inicio los caracterizó.

Comparto, en resumen, con Zolo, su opinión de que nuestras divergencias en el tema de los derechos sociales provienen, como él afirma, de una diferencia de perspectiva: mi «aproximación normativista», según la cual un derecho existe únicamente en virtud de su estipulación normativa, incluso si no se dan las garantías relativas que ésta obliga a introducir; y la «aproximación iusrealista», preferida por él, según la cual un derecho privado de garantía no es un derecho. Efectivamente, desde un punto de vista sociológico, un derecho que no sea garantizado, puede decirse que no existe o que es como si no existiese. Así como podemos decir, desde el mismo punto de vista, que, de hecho, no obstante la afirmación constitucional del derecho a expresar la propia opinión, cuando determinadas opiniones se castigan, como desacato, su expresión está prohibida y la libertad de manifestación del pensamiento no existe o es como si no existiese. Pero todo esto no puede afirmarse

60. *Ibíd.*, p. 81.
61. *Ibíd.*, p. 82.
62. *Ibíd.*

desde el punto de vista jurídico. Nuestros diferentes enfoques no reflejan, por tanto, como escribe Zolo, «premisas filosóficas y epistemológicas muy lejanas uno de otro», correspondientes a dos «diferentes visiones del mundo», sino sólo dos puntos de vista distintos, ligados a disciplinas diferentes y, por consiguiente, con mayor razón, no confrontables en una «disputa dogmática entre verdad y error»[63]. Más exactamente, el iusrealismo, que lleva a Zolo, al igual que a Guastini, a negar la calidad de derechos a los derechos sociales privados de garantías, refleja un punto de vista descriptivo, de tipo sociológico o politológico. Que es un punto de vista no sólo legítimo, y, en realidad, el único correcto para una teoría sociológica, sino también útil y fecundo para la ciencia jurídica: a condición de que no ignore o, peor, pretenda sustituir al punto de vista normativo que es, y no puede dejar de ser, el propio de la teoría del derecho. Así, el iusrealismo, si bien parece pertinente en la aproximación de Zolo, abiertamente politológica y sociológica, no me parece que lo sea en la de Guastini que, en cambio, lo adopta como aproximación desde la teoría del derecho. Desde el punto de vista de la teoría del derecho, en realidad, los derechos existen en tanto sean estipulados por normas de derecho positivo, incluso si carecen de garantías. Y la falta de garantías, como he sostenido y demostraré más cumplidamente en el apartado 6, es una laguna que los órganos encargados de la producción normativa tienen la obligación de colmar.

Dicho esto, es bastante obvio que los problemas que plantean los derechos sociales son, antes que problemas jurídicos, problemas económicos; y que, para resolverlos, «Sería preciso algo bien distinto» a «una mejor teoría de los "derechos fundamentales"»[64]; que, en suma, como escribe Bobbio en el hermoso pasaje citado por Zolo, el problema, por ejemplo, de la eficacia del derecho al trabajo, «Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica»[65]. Pero éstas son, precisamente, las aporías del derecho que la teoría —en vez de ignorar, afirmando, por ejemplo, que el derecho al trabajo es un *flatus vocis*— debe reconocer, aclarar y explicar, y que la ciencia jurídica debe afrontar. Y, aunque ningún meca-

63. *Ibíd.*, pp. 93-94.
64. *Ibíd.*, p. 95.
65. *Ibíd.* El pasaje citado se encuentra en N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 82.

nismo de garantía sea perfecto, menos aun para los derechos sociales, las técnicas de garantía son posibles y en parte existen: piénsese, para el derecho al trabajo, en las ofertas de empleo no nominativas y en las leyes sobre justa causa en materia de despido; en las formas gratuitas y obligatorias de asistencia y de instrucción, para los derechos a la salud y a la educación; o en las formas, igualmente *ope legis*, de un ingreso mínimo de ciudadanía para el derecho a la subsistencia. Y piénsese, incluso, como tutela de estos derechos, en los vínculos constitucionales que podrían imponerse a los gastos sociales mediante normas que reservasen para su satisfacción cuotas mínimas del presupuesto del Estado. Por ello, degradar los derechos sociales a «servicios sociales»[66], como hace Zolo, puede servir, en la indagación sociológica, para mostrar su ineficacia y la ausencia o debilidad de las correspondientes garantías, si junto a ello se afirma, en el plano jurídico o normativo, su carácter de «derechos»; mientras equivaldría a una abdicación del papel garantista del derecho, si se descalificase como imposible cualquier técnica —incluso débil— de garantía.

Cabe aclarar, finalmente, sobre esta base, la naturaleza de la relación entre política y derecho, es decir, de los espacios y del papel (no meramente «ejecutivos» según la crítica que me hace Vitale) abiertos a la política por el paradigma del Estado constitucional de derecho. Estos espacios y este papel no resultan, en modo alguno, anulados por el hecho de que, en virtud de tal paradigma, la política quede subordinada al derecho; por el hecho, precisamente, de que las opciones administrativas y de gobierno estén sujetas a las leyes, y de que las opciones legislativas lo estén a la constitución. Al contrario, estos espacios y este papel resultan, en un primer aspecto, solamente restringidos pero, bajo otro prisma, también ampliados. Resultan ante todo restringidos, pero no anulados, desde el punto de vista interno del ordenamiento. Decir que la política legislativa está subordinada a la constitución no quiere decir que sea meramente «ejecutiva»[67]; o, al menos, no significa que sea más «ejecutiva» de cuanto lo es la política del gobierno, el cual, incluso, es tradicionalmente calificado como «poder ejecutivo». Supone, simplemente, que el proyecto constitucional es vinculante para la política, que diseña normativamente un espacio en el cual la legislación tiene, sin embargo, amplísimos márgenes de autonomía.

66. D. Zolo, *supra*, p. 95; Íd., «La strategia della cittadinanza», en *La cittadinanza*, cit., pp. 32-33.

67. E. Vitale, *supra*, p. 64.

Pero, sobre todo, el papel de la política se amplía desde el punto de vista externo al ordenamiento. El paradigma constitucional desplaza, de hecho, al espacio privilegiado de la política fuera del derecho, colocándolo en las luchas y en las dinámicas sociales y culturales. Ya que, desde el punto de vista interno (o jurídico), la política queda vinculada por el derecho y, en particular, por el deber constitucional de garantizar los derechos fundamentales positivamente consagrados, de manera que si alguna vez sólo el gobierno pudo ser llamado, en sentido amplio, «ejecutivo» con respecto a la legislación; hoy bien puede serlo también el parlamento respecto a la constitución. Pero ello no quita para que el derecho —todo el derecho, incluso, por tanto, el constitucional— sea según el modelo iuspositivista del cual el constitucionalismo es sólo un perfeccionamiento, derecho «puesto», es decir, producto de la política y de las luchas sociales mediadas y representadas por ella. Es el producto, precisamente, de las distintas generaciones de luchas y revoluciones que históricamente lo han modelado, incorporándole otras tantas generaciones de derechos fundamentales. Y es un producto contingente, que puede retroceder pero también progresar, con la pérdida de viejos derechos o con la conquista de otros nuevos, en virtud, justamente, del papel de la política y, antes aun, de la lucha por el derecho —hecho y por hacer— que, a su vez, es siempre una lucha social y cultural. En este sentido, puede hablarse, incluso en sede de teoría del derecho, de una primacía del punto de vista externo[68]. En un Estado constitucional de derecho, en suma, la relación entre política y derecho es de recíproca dependencia: no sólo es que el derecho esté subordinado a la política como su producto e instrumento, sino que, además, la política está subordinada instrumentalmente al derecho, al hallarse sus opciones vinculadas a los principios constitucionales, normativamente supraordenados a ella. Lo que, en absoluto, hace a dichas elecciones meramente «ejecutivas» en relación con la constitución, al tratarse, precisamente, de «opciones», aunque vinculadas. Ni, menos aun, las convierte en actuaciones derivables de la teoría, que simplemente impone el deber ser de la coherencia interna entre normas constitucionales y normas legales por respeto al principio de no contradicción. Principio que, por desgracia, no pertenece al derecho sino a la teoría.

No está por tanto justificada «la duda», avanzada por Vitale, de si la que he llamado «democracia sustancial», es decir, el conjunto de

68. En este sentido he hablado en *Derecho y razón*, cit., cap. XIV.

límites y vínculos impuestos por los «principios fundamentales del constitucionalismo» a la que he llamado democracia formal (o política), no «fagocitará al resto del constitucionalismo mismo, es decir, a la democracia procedimental o formal, y a su substrato, la discusión pública»[69]. Ante todo, la propia democracia política se funda en un tipo específico de derechos fundamentales, el de los derechos políticos adscritos a todos en cuanto ciudadanos. En segundo lugar, las distintas dimensiones de la democracia son, en el plano teórico, independientes entre sí, en el sentido de que puede existir una democracia formal, es decir, política y/o civil, pero no social (como lo fueron las democracias liberales clásicas) e, incluso, ni siquiera liberal (en caso de que el derecho de voto no llevase asociadas las libertades fundamentales); y una democracia sustancial, o sea, liberal y/o social, pero no política (cuando el derecho de voto estuviese sujeto, como en un pasado reciente, a discriminaciones de sexo, censitarias o de educación) y acaso ni siquiera civil (como, por ejemplo, en un sistema paternalista que garantizase únicamente derechos sociales). El nexo —contingente en el plano teórico pero no en el histórico, el axiológico ni el dogmático— entre las cuatro dimensiones de la democracia generadas por mis cuatro clases de derechos fundamentales, se encuentra asegurado por la rigidez constitucional, que impone el respeto a los límites y vínculos correlativos a los derechos sustanciales, de libertad y sociales, tanto a la democracia política como a la civil, sin anularlas sino sólo limitándolas, orientándolas y estimulando sus espacios de autonomía que, de otro modo, serían absolutos.

5. *Derechos fundamentales y ciudadanía*

Tampoco me parece justificado —y llego así al tercer orden de críticas que me han dirigido— atribuir a la noción formal de derechos fundamentales la perspectiva de una igualdad universal que suprima la ciudadanía; perspectiva que comparto, hasta el punto de considerarla el principal objetivo de una política democrática normativamente impuesta por las actuales cartas constitucionales estatales e internacionales, pero que no se deriva, en absoluto, de aquella noción. Por lo que no existe la contradicción, apuntada por Zolo, entre mi crítica a la ciudadanía como factor de exclusión de los derechos fundamentales y la tesis según la cual «la entera cate-

69. E. Vitale, *supra*, p. 71.

goría de los derechos fundamentales —incluyendo, por tanto, los derechos de ciudadanía— se presenta como "el fundamento y el parámetro de igualdad jurídica"»[70].

En efecto, esta igualdad es en mi definición formal —como no podría ser de otro modo— una igualdad formal, relativa a las cuestiones de cuantificación universal, es decir, referida y adecuada a las clases más o menos extensas de sujetos a los cuales son atribuidos los derechos fundamentales, y a la naturaleza de las expectativas sancionadas como tales. Y no es, por tanto, desmentida en forma alguna por el hecho de que, para ciertos derechos, dichas clases se identifiquen, precisamente, con la clase de los ciudadanos, cualquiera que sea, a su vez, la extensión de la misma, lo cual depende, no de la teoría del derecho, sino del derecho positivo y bien podría limitarse, como en el ejemplo de laboratorio de Zolo, a la de los generales de carabineros. En otras palabras, mi crítica a la diferenciación entre extranjeros y no extranjeros en la titularidad de los derechos asociados al *status* de ciudadano, es una crítica en el nivel de la teoría política, no distinta de la que suscitaría, allí donde todavía permaneciera, la diferencia entre hombres y mujeres en la titularidad de los derechos asociados a la capacidad de obrar, negocial o política. Así como ésta sería una crítica teórico-política a una indebida restricción de la capacidad de obrar, aquélla es una crítica a una (me parece) indebida restricción de la ciudadanía. Pero ninguna de estas dos críticas contradice mi noción formal de derechos fundamentales como parámetro de la igualdad jurídica: entre varones igualmente capaces de obrar, en el primer caso; entre connacionales o bien entre generales de carabineros, todos igualmente ciudadanos, en el segundo.

De nuevo, existe en la base del equívoco una confusión entre conceptos teóricos y conceptos dogmáticos, así como entre tesis teóricas, dogmáticas y axiológicas. Es el mismo equívoco en el que cae Guastini que, sin embargo, ofrece, al mismo tiempo, la clave de la solución. «"Ciudadano" —escribe Guastini— es un concepto jurídico, más exactamente, un concepto definido por otras normas»[71], como lo serían, en el ejemplo imaginario sugerido por él, las que lo identificasen con la clase de los profesores de filosofía de derecho de la Universidad de Camerino. En este sentido, es cierto, «ciudadano» es un concepto dogmático. Pero «ciudadano» es tam-

70. D. Zolo, *supra*, p. 84.
71. R. Guastini, *supra*, p. 61.

bién un concepto teórico, cuya definición, teórica e inevitablemente formal, no nos dice qué sujetos concretos son ciudadanos, sino sólo que son tales todos y sólo aquellos a los que el derecho positivo confiere el *status* de ciudadanía, teóricamente definido, a su vez, como pertenencia a una determinada colectividad, cualesquiera que sean los criterios de tal pertenencia establecidos por normas positivas del propio derecho y redefinidos, a partir de estas normas, por la dogmática jurídica. El uso de la misma palabra no empece para que nos encontremos frente a conceptos pertenecientes a discursos distintos. También «derechos fundamentales», «derechos de la personalidad» y «derechos de ciudadanía», se ha visto, son, al mismo tiempo, conceptos teóricos definidos con otros términos de la teoría, y conceptos dogmáticos definidos por referencia a la clase de derechos que en el derecho positivo tienen la forma identificada por las correspondientes definiciones teóricas. Del mismo modo, «fuentes del derecho», por ejemplo, es un concepto dogmático, así definido por el artículo 1 de las Bases del Código Civil de 1942: «son fuentes del derecho: 1) las leyes; 2) los reglamentos; 3) las normas corporativas; 4) las costumbres». Y, sin embargo, nadie podrá negar que «fuentes» es también un concepto teórico, definible, por ejemplo, como cualquier acto o hecho habilitado por el derecho para la producción de normas jurídicas. Lo mismo puede decirse del concepto de «delito», definible por la teoría como cualquier comportamiento al que una norma conecte como efecto una pena y, por la dogmática jurídica, como la suma de los homicidios, los hurtos y los otros comportamientos que en el ordenamiento objeto de indagación aparecen previstos como presupuestos de la pena. Y está claro que las críticas que se pueden plantear a las opciones del derecho positivo, por ejemplo, porque identifica a los ciudadanos sólo con los connacionales o sólo con los generales de carabineros, o a los derechos de la persona con derechos triviales, o porque no incluye entre éstos expectativas consideradas vitales, son críticas axiológicas, que no contradicen ni las tesis teóricas ni las dogmáticas.

En cuanto al disenso, que en varias ocasiones Zolo y yo hemos manifestado sobre la relación entre derechos fundamentales y ciudadanía, puede repetirse cuanto ya se ha dicho en el apartado precedente sobre la divergencia en torno a la relación entre los derechos sociales y su garantía. El anclaje de los derechos fundamentales a la ciudadanía es legítimo en el plano sociológico. En este plano, puede reconocerse que, en efecto, todos estos derechos, incluso aquellos que en las constituciones estatales y en las cartas

internacionales se adscriben a todas las personas independientemente de su ciudadanía, están de hecho subordinados, por las políticas de exclusión puestas en marcha por nuestras democracias ricas con sus leyes sobre inmigración, a la posesión del *status* de ciudadano. Pero este reconocimiento es una tesis empírica, de carácter dogmático o sociológico que no desmiente, en absoluto, las definiciones teóricas de la ciudadanía y de la personalidad como presupuestos, en nuestros ordenamientos, de otras tantas clases de derechos. Aun cuando *a*) pueda valer en el plano dogmático, para registrar una antinomia entre las normas constitucionales e internacionales que configuran tales derechos como derechos de la persona, y las leyes que los subordinan, de hecho, a la ciudadanía, y *b*) en el plano axiológico, para justificar su crítica como fruto de una violación indebida.

Puede añadirse que, si aceptamos la definición que propongo de «derechos subjetivos» como expectativas a las que corresponden, como garantías, una obligación o una prohibición, se podrá afirmar, fundadamente, que una norma como la enunciada por el artículo 13, apartado 2, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre —«toda persona tiene tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio»— comporta no sólo la prohibición a todo Estado de impedir la emigración, sino también la prohibición para la comunidad internacional de impedir la inmigración y el correlativo derecho de acogida en, al menos, uno de los otros Estados. Y está claro que según la implicación, sobre la que volveré en el próximo apartado, entre derechos y garantías, se podrían leer como antinomias las actuales leyes estatales contra la inmigración y como lagunas, la ausencia de regulación, por parte de leyes o convenciones, de la obligación de acogida correlativa al derecho de emigrar. Dicho en forma más genérica, como observa Luigi Bonanate, a los derechos internacionalmente establecidos corresponden otros tantos deberes de los Estados y de la comunidad internacional[72].

Una cuestión diferente —totalmente política y no de teoría del derecho— es la planteada por Mario Jori, acerca del carácter «políticamente irreal» de una ciudadanía universal que, en su opinión, «en ausencia de un estado social mundial», «requeriría por parte de

72. L. Bonanate, «Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani»: *Teoria Politica* XIV/2 (1998), pp. 49-60. Véase también, de L. Bonanate, *I doveri degli stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994, cap. V, que habla de un nuevo «derecho de distribución universal» o «de los ciudadanos del mundo» (*ibíd.*, pp. 148, 150 y 171 ss.)

los ciudadanos de los países ricos un altruismo heroico gigantesco, tanto en su propio nombre como en el de sus hijos»[73]. No estoy de acuerdo. No me parece oportuno hablar de heroísmo a propósito de una política redistribuitiva que —tomando en serio los derechos proclamados, en particular, por los Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16/12/1966, así como los derechos de los pueblos a la autodeterminación y al desarrollo (art. 1) y los derechos sociales a la alimentación y a niveles mínimos de subsistencia (art. 11)— intentase poner remedio a las condiciones de hambre y miseria en que viven millares de seres humanos, también a causa de las políticas de conquista, de rapiña y explotación a las que, desde hace siglos, han sido sometidos por parte de nuestro civilizado occidente capitalista. Incluso porque, más allá de la perspectiva de una ciudadanía universal o, cuando menos, del reconocimiento como derechos de las personas, antes que de los sólo ciudadanos, de los derechos humanos adscritos a «todos» por nuestras cartas constitucionales e internacionales, la inmigración en masa es un fenómeno no sólo irresistible, sino destinado a crecer de manera exponencial hasta tanto no se haga frente con seriedad a sus causas económicas y sociales.

La óptica realista debería, por tanto, invertirse: lo que aquí aparece como «irreal» en el corto plazo —esto es, el cumplimiento efectivo de los deberes de cooperación correlativos a los derechos humanos sancionados por el derecho internacional— es, a largo plazo, la única alternativa realista, como advierte el propio preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[74], a

73. M. Jori, *supra*, pp. 132-133. La alternativa, claramente paradójica, planteada como hipótesis por Jori «para llegar a una ciudadanía universal» (*ibid.*) —autónoma disponibilidad, como alternativa a la indisponibilidad de los derechos sociales— equivaldría no ya, como dice Jori, a una transformación de los derechos sociales en derechos patrimoniales, sino a su supresión. No hay nada de lo que el titular de un derecho social podría disponer; no hay nada, como sería la libertad en los derechos de libertad o el voto en los derechos políticos, de «disponible» en un derecho social. Y no hay necesidad de la previsión de derechos sociales para que a un individuo se le consienta, en el ejercicio de su autonomía negocial, estipular contratos de seguro dirigidos a obtener pensiones de vejez o asistencia sanitaria.

74. «Considerando que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento [...] de la paz en el mundo»; el mismo pasaje es reproducido en el preámbulo de los dos Pactos Internacionales de Nueva York del 16 de diciembre de 1966, tanto en el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como en el de los Derechos Civiles y Políticos. También hace hincapié en el nexo entre derechos humanos y paz L. Bonanate en «Internazionalizzare la democrazia» (cit., p. 51).

un futuro de guerras, de violencia y terrorismo. Mientras que no hay nada más políticamente irreal que la ilusión de que la realidad pueda permanecer como está, sin que se vea amenazado nuestro despreocupado tren de vida y sin que resulten desacreditadas las propias fuentes de legitimación de nuestras ricas democracias. Tampoco se trata, por otro lado, de perseguir una imposible igualdad económica universal. Los derechos sociales, a diferencia de los derechos de libertad sobre los que se basa la igualdad formal, son derechos iguales a niveles mínimos de subsistencia, dirigidos no, claro, a suprimir, sino sólo a reducir las desigualdades materiales. Su satisfacción, por tanto, es siempre y sólo una cuestión de grado. Más aun: en el derecho internacional, la misma depende, antes que de prestaciones, de la no lesión de derechos como los de los pueblos al desarrollo y a la libre disposición de sus propios recursos, sancionados por el artículo 1 de los Pactos de 1966. Los cuales deberían imponer, cuando menos, una inversión de las actuales políticas económicas del «Grupo de los Siete» que, hasta hoy, han tenido por efecto concentrar la riqueza y extender y agravar la pobreza, así como de las del Fondo Monetario Internacional y las del Banco Mundial, hasta ahora orientadas, antes que a favorecer el desarrollo económico de los países pobres, a imponerles políticas antisociales y restrictivas dirigidas a obtener el pago de sus crecientes deudas externas[75].

Un razonamiento, en buena medida análogo, podría repetirse a propósito del tema de la soberanía, en relación con el de los confines estatalistas impuestos por la ciudadanía a los derechos fundamentales. Aclaro, ante todo, que no considero, en modo alguno, «equivocada y conservadora la perspectiva de quienes piensan que los Estados nacionales continúan desempeñando funciones útiles e importantes, incluso en presencia del proceso de globalización»[76]. Lo que sí pienso es que estas útiles, importantes e insustituibles funciones ya están hoy (y no sólo es justo que estén) sujetas al derecho internacional, y que, por tanto, al menos en el plano jurídico, ya no cabe sostener la tesis de la soberanía estatal como *potestas legibus soluta*. Ciertamente, como afirma Zolo, el orden

75. Remito, sobre esta cuestión, a las dos sentencias sobre *Le politiche del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale*, la primera, emitida en Berlín Oeste el 26-29 de septiembre 1988, la segunda, en Madrid, entre el 1 y el 3 de octubre de 1994, ahora, en G. Tognoni (ed.), *Tribunale permanente dei popoli. Le sentenze: 1979-1998*, Casa Editrice Stefanoni, Roma, 1998, pp. 283-329.

76. D. Zolo, *supra*, p. 98.

internacional creado por la Carta de la ONU y por las cartas internacionales de derechos es aún un orden fundado en el predominio de las grandes potencias o, más bien, en la soberanía absoluta de las grandes potencias y en la ausencia de garantías en apoyo de la paz y de los derechos establecidos en dichas cartas. Y, sin embargo, más allá de esta tesis empírica indudablemente cierta, la ciencia jurídica no puede ignorar que la Carta de la ONU ha proscrito la guerra como ilícita, suprimiendo el clásico atributo de la soberanía estatal externa, y que la Declaración del 48 ha afirmado el carácter supraestatal de los mismos derechos conferidos por las constituciones de las democracias avanzadas. Por lo que, desde entonces, no puede seguir hablándose, jurídicamente, de soberanía, y los seres humanos, en cuanto titulares de tales derechos, son sujetos de derecho no sólo dentro de sus ordenamientos estatales sino también, contra sus Estados, en el ordenamiento internacional. Y reconocer estas dos novedades, que han transformado el sistema de relaciones internacionales fundado en tratados bilaterales (*pacta associationis*) en un ordenamiento jurídico (como *pactum subiectionis*), supone, para la ciencia jurídica, no sólo describir el derecho que tiene por objeto, sino también tomarlo en serio como fuente de deslegitimación del orden existente, como clave de lectura de la ilegitimidad de sus violaciones, como parámetro de crítica de lo que, de hecho, ocurre y como proyección de las garantías capaces de poner en acto lo que, de derecho, debería ocurrir o no ocurrir.

Todo esto es totalmente independiente de la «génesis histórica de las Naciones Unidas»[77], sin duda falseada por los intereses de las grandes potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial. No menos falseada fue la génesis de nuestras democracias y del modelo liberal del Estado de derecho, provocada por cierto, o al menos favorecida, por las exigencias del desarrollo capitalista. Ni siquiera puede decirse, en apoyo de la así llamada falacia de la *domestic analogy,* que el proyecto de un constitucionalismo mundial e incluso de «una democracia más allá de los confines del Estado nacional», sea irreal a causa de la falta de «cohesión», de «vínculos pre-políticos» y de una «identidad colectiva» de la comunidad internacional[78]. No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo pasado (ni incluso hoy) hayan existido vínculos pre-políticos e identidades colectivas —de lengua, cultura, común lealtad política— capaces de igualar campo y ciudad, campesinos y burgueses, masas

77. *Ibíd.,* p. 101.
78. *Ibíd.,* p. 103.

analfabetas desarraigadas del campo y señores del empresariado capitalista. Por otro lado, la tesis vagamente comunitaria que late tras el escepticismo de quien asocia constitución y homogeneidad social debería, me parece, invertirse: las constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictivas sean las subjetividades políticas, culturales y sociales que se encarguen de garantizar.

Naturalmente, la perspectiva de un constitucionalismo mundial es una cuestión de tiempo y grado. Las naciones y sus tradiciones, como sabemos, fueron una invención del siglo pasado, como los Estados nacionales y sus instituciones jurídicas. Y no se ve por qué debería ser más improbable y difícil la construcción de un sentido común de pertenencia al género humano, en presencia, entre otras cosas, de modelos de democracia y de estructuras institucionales ya ampliamente experimentadas y, al menos, en parte, realizadas, y por qué no deba, en todo caso, reclamar la responsabilidad civil y política de la cultura jurídica y politológica.

Existe, por otro lado, una interacción, también experimentada desde la formación histórica del Estado moderno, entre sentido común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre (el incluso mínimo nivel de paz necesario para la) unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad. Si bien es verdad que «cohesión», «vínculos prepolíticos» e «identidad colectiva» de la comunidad internacional constituyen los presupuestos del proyecto de una de democracia internacional, es aun más cierto lo contrario: que la percepción de los otros como iguales y como asociados se funda en la igualdad en los derechos como garantía de todas las diferencias de identidad personal; y que el sentido de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política madura a partir de la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales. Más aun: igualdad y garantía de los derechos no son sólo condiciones necesarias, sino lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que quieran fundarse en el valor de la tolerancia, antes que en las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas o nacionales, religiosas o lingüísiticas. Y, de este modo, reconocer el carácter normativo y, por lo tanto, vinculante, de la subordinación de los Estados —ya no soberanos, por consiguiente— a ese embrión de constituciones mundiales que son las distintas convenciones sobre derechos humanos, quiere decir leer la desoladora ausencia de garantías que es responsable de su carencia de efectividad en el derecho internacional, como una *laguna* indebida, que los Estados mismos y la comunidad

internacional tienen el deber de colmar, en la conciencia de que no existen alternativas al derecho como instrumento de paz y de garantías de los derechos.

6. *Derechos y garantías*

Llegamos así al cuarto orden de las críticas que se me han dirigido, y que se refieren a la naturaleza del nexo que liga, en la definición de «derecho subjetivo» que he propuesto, los derechos (como expectativas positivas de prestaciones o negativas de no lesiones) y sus garantías primarias (como obligaciones o prohibiciones de los mismos comportamientos a cargo de otros sujetos)[79]. Este nexo, he sostenido, no tiene carácter óntico sino deóntico; no expresa el ser del derecho sino su deber ser; por lo que la definición que lo enuncia tiene, a su vez, carácter no ya descriptivo sino normativo, en el sentido de que, al igual que el principio de no contradicción, bien puede ser violada por el derecho en vigor, sin por ello ser desmentida.

Se trata de una tesis bastante comprometida, no sólo en el plano teórico sino también en el metateórico, ya que aborda la añeja cuestión de la relación entre derecho y lógica y, al mismo tiempo, entre derecho y teoría del derecho. Así lo ha puesto de relieve Mario Jori quien, además, me formula una crítica: esta tesis no comporta un cambio de paradigma de la teoría kelseniana del derecho, sino que es sólo su «perfeccionamiento crítico»[80]. Estoy parcialmente de acuerdo, con dos precisiones.

La primera es que, en mi artículo, no he hablado de cambio de paradigma de la teoría del derecho, sino de cambio de paradigma del derecho, con referencia a la gran innovación en la estructura de los ordenamientos avanzados que ha supuesto, en este siglo, la invención de la rigidez de las constituciones así como la de las garantías, mediante la previsión de procedimientos especiales para su revisión y de jurisdicciones constitucionales para conocer sus violaciones, y de su papel normativo con respecto al derecho mismo. He interpretado este cambio como «perfeccionamiento» del

79. Las nociones de «garantía», «garantía primaria» y «garantía secundaria» son definidas y formalizadas por mí en «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica, Bari, 1999, 139-197. (Hay trad. cast. de Á. Ródenas y J. Ruiz Manero en *Doxa* [Alicante] 20 [1997], pp. 235-278).

80. M. Jori, *supra*, pp. 106-109.

paradigma iuspositivista y, junto a él, del Estado de derecho, como consecuencia de la sujeción al derecho que se deriva no sólo de su «ser», sino también de su «deber ser», es decir, de las opciones a las cuales su producción debe someterse; y no sólo de las condiciones de existencia de validez formal de las leyes producidas, sino también de sus condiciones de validez sustancial. No sólo, en suma, de las formas de la producción legislativa, sino también de los contenidos legislativos producidos. Pero está claro que esta mutación interna (o perfeccionamiento) del paradigma iuspositivista retroactúa sobre la teoría confiriéndole, como expondré luego, una dimensión normativa, además de descriptiva, en relación con su objeto.

La segunda precisión, con la que estará de acuedo Jori, concierne, más específicamente, al pensamiento de Kelsen. El «perfeccionamiento» de las tesis kelsenianas que Jori ve en mi propuesta es, en realidad, un perfeccionamiento «kelseniano», en el sentido de que mi crítica a Kelsen se basa en las propias tesis de Kelsen. Es Kelsen quien, de hecho, —además de haber teorizado la estructura en grados de los ordenamientos modernos y el papel de las cortes constitucionales— nos ha enseñado que el derecho positivo tiene naturaleza nomodinámica; y que, por ello, las normas (y los derechos y deberes adscritos por ellas), existen en tanto que producidas y no como deducidas. Por lo que los derechos constitucionalmente estipulados, sean positivos (como los derechos sociales), o negativos (como los derechos de libertad), existen aunque en el plano legal no se den, en el primer caso, las obligaciones correspondientes y concurran, en el segundo, las prohibiciones de los mismos comportamientos, siendo tal ausencia y tal presencia no ya un desmentido sino una violación —una laguna, en el primer caso y una antinomia en el segundo— respecto al deber ser del derecho que ellas establecen.

Otra cuestión que plantea Mario Jori es la de la «gran generalidad y vaguedad» que, muy a menudo, caracteriza a los derechos fundamentales[81]. Pero ésta, en realidad, concierne a todas las normas jurídicas y que, como dice el mismo Jori, entraña «problemas interpretativos y cognoscitivos» que «no son, en rigor, de competencia de (la) teoría»[82], sino más bien de la dogmática jurídica. En el orden teórico, sólo podemos decir que, si los contenidos de los derechos son vagos e indeterminados, también lo son los de sus

81. *Ibíd.*, pp. 111-112.
82. *Ibíd.*, pp. 112-113.

«garantías primarias». Puesto que el «contenido» de un derecho es el (tipo de) comportamiento que constituye el objeto de la expectativa (positiva o negativa) en que aquél consiste y que es el mismo comportamiento que constituye el objeto de la correspondiente (incluso hipotéticamente ausente) obligación o prohibición. Los derechos y sus garantías serán, por tanto, tan indeterminados como lo sean sus objetos. Y esta indeterminación, como adecuadamente observa Jori, antes que secundada como la inevitable consecuencia de una normatividad por principios, debe señalarse como un defecto del lenguaje constitucional, que mina la certeza del derecho, tornándolo «irremediablemente ambiguo y mera cobertura de las soluciones ético-políticas subjetivas»[83].

Y, sin embargo, pese a ser indeterminados, los derechos fundamentales adscritos por las constituciones son, con todo, normas positivas dotadas de alcance normativo. Entran a formar parte del lenguaje y de la práctica jurídica desempeñando, sobre todo en la jurisprudencia de los tribunales, un papel normativo que depende, obviamente, de su interpretación. Incluso un derecho indeterminado por antonomasia como el derecho a la felicidad puede recibir, a partir de los usos que de él puedan hacer los juristas y los jueces, un significado normativo. Puede ser entendido, por ejemplo, como un principio general que expresa una opción utilitaria, e interpretado como el derecho de cada uno a perseguir autónomamente la propia felicidad. Lo mismo puede decirse de otro derecho vago e indeterminado como es el derecho al trabajo, sobre cuya base la Corte Constitucional italiana rechazó como infundada la excepción de inconstitucionalidad planteada, por lesión del principio de autonomía empresarial, contra la ley sobre justa causa de despido. En todo caso, como enseña la experiencia, las normas de este tipo, aunque escasamente vinculantes, no son en absoluto simples *flatus vocis,* y sirven, en todo caso, para informar la actividad interpretativa tanto de los jueces como de los juristas.

Riccardo Guastini, en cambio, ha dirigido una crítica radical, en apariencia obvia, a mis tesis, replanteada, junto a Paolo Comanducci y Pablo Navarro, en el ya recordado seminario genovés. A diferencia de Zolo, cuyo discurso se sitúa, en mi opinión, en el

83. *Ibíd.,* p. 113. «Es, precisamente, esta generalidad e indeterminación», agrega Jori, «la que otorga argumentos, a nivel epistemológico, tanto a las concepciones iusnaturalistas de los derechos subjetivos, para las que los derechos están, en realidad, predeterminados fuera del derecho positivo, como a las concepciones escépticas, para las que tales formulaciones son, siempre o casi siempre, palabras sin sentido» (*ibíd.,* p. 111). [Ligeramente adaptada, *N. del T.*]

plano sociológico, Guastini critica mis tesis en el plano de la teoría del derecho, rechazándolas como «contradictorias»[84]. Si es cierto, dice él, que los derechos subjetivos consisten, según reza mi definición, en expectativas a las que corresponde una obligación o una prohibición a cargo de otro sujeto, en caso de que a un derecho, incluso normativamente establecido, no corresponda ni una obligación ni una prohibición, éste no es, por definición, un derecho y llamarlo así resulta contradictorio. No basta para evitar la contradicción, agrega Guastini, con afirmar que la ausencia de la obligación o de la prohibición correspondiente al derecho —y que yo llamo «garantía primaria»— constituye una laguna. Por lo que, o no podemos aceptar como verdadera (válida, correcta, o apropiada) mi definición de derecho subjetivo, o debemos admitir que las expectativas llamadas por el legislador «derechos», a las que no corresponden obligaciones o prohibiciones a cargo de otros sujetos no son, en realidad, con base en mi definición, «derechos» sino *flatus vocis* y, por lo tanto, derechos inexistentes.

Es fácil advertir la relevancia práctica de la cuestión. Clases enteras de derechos —gran parte de los derechos sociales, la casi totalidad de los derechos humanos internacionalmente establecidos— resultarían, según la definición que propongo, lo mismo que conforme a las tesis de Kelsen que critico, excluidas del rango de derechos por carecer de garantías. Mientras que las finalidades explicativas de mis tesis eran precisamente las opuestas: el reconocimiento de tales figuras como derechos, la configuración como *lagunas* de la ausencia de las obligaciones o prohibiciones correspondientes y la obligación de introducirlas a cargo de autoridades políticas investidas de funciones legislativas. Pero no es éste el aspecto más importante de la cuestión. La cuestión es importante, incluso prácticamente, más allá de la propia teoría de los derechos fundamentales y, más en general, de los derechos subjetivos, dado que aborda, bajo un aspecto distinto al ya analizado en el apartado 2, por un lado, el problema meta-teórico del estatuto epistemológico y el papel pragmático de la teoría del derecho y, por otro, el de la dogmática jurídica y la filosofía de la justicia. Como ya ocurrió con el problema de la naturaleza formal de la definición teórica de «derechos fundamentales», el de la naturaleza de la implicación entre derechos y garantías expresada por la definición de «derecho subjetivo» ofrece, pues, la ocasión de afrontar, a partir del

84. R. Guastini, *supra*, p. 58.

análisis de una particular aunque relevante cuestión teórica, la cuestión meta-teórica del estatuto de toda la teoría del derecho.

Diré, en primer lugar, que en la mayor parte de los casos, el problema de la ausencia de garantías correlativas a los derechos fundamentales no se plantea. En la mayor parte de los casos, pero no siempre. En el argumento *b*) de su crítica, Guastini ejemplifica con el «enunciado legislativo (o sea, una norma del tipo) "Ticio tiene un derecho frente a Cayo"», preguntándose si éste «implica el enunciado (o sea, la norma) "Cayo tiene una obligación frente a Ticio", o si (éste), por el contrario, cobrará existencia solamente cuando haya sido producido de forma expresa»[85]. Y concluye, correctamente, con la primera solución: el primer enunciado implica el segundo, y la norma que dicta la obligación de Cayo «existe en el ordenamiento, como norma implícita, en virtud de la existencia» de la norma que adscribe el derecho a Ticio[86].

Por desgracia, este tipo de enunciados, que especifican la identidad de Cayo además de la de Ticio, es bastante raro en el lenguaje legislativo. Se da, sobre todo, en el lenguaje contractual y, específicamente, en aquel con el que se adscriben los derechos patrimoniales relativos (*erga singulum*) como, por ejemplo, los derechos personales de crédito. En tal caso, no hay siquiera necesidad de hablar de normas implícitas: los derechos y las correlativas obligaciones son producidos, simultánea y contextualmente, como efectos del propio negocio, sobre la base de las normas hipotéticas que lo regulan. No es casual que Kelsen ejemplifique precisamente con este tipo de derechos, cuando sostiene que el derecho subjetivo no es más que «el reflejo» de la obligación correspondiente[87].

El argumento de Guastini puede valer, incluso, para los derechos absolutos (*erga omnes*) a los que a menudo corresponde, sin embargo, no una obligación, sino una prohibición: tanto si se trata de derechos patrimoniales, como los derechos de propiedad y los otros derechos reales, predispuestos por normas hipotéticas como efectos de hipotéticos actos negociales, como si se trata de derechos fundamentales, como los derechos de libertad dispuestos de forma inmediata por normas téticas. En estos casos, los enunciados ejemplificados por Guastini tendrían la forma «Ticio (en el sentido de "cada uno") tiene un derecho frente a todos» y «Todos tienen (no

85. *Ibíd.*, pp. 58-59.
86. *Ibíd.*, p. 59.
87. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* [1960], traducción de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1986, p. 140.

una obligación sino) una prohibición respecto a Ticio», el segundo de los cuales es, sin duda, deducible del primero junto a la existencia de la correlativa prohibición universal (*omnium*) de lesión. Incluso si, a falta de las garantías ofrecidas por una legislación penal —por ejemplo en materia de homicidio, hurtos o cuestiones similares—, fuera imposible, por lo menos en virtud del principio de legalidad penal, calificar sus violaciones como delitos.

Pero, ciertamente, no podemos afirmar la existencia de las obligaciones correlativas a los derechos fundamentales relativos (*erga singulum*), como son todos los derechos sociales, derivándola de las normas téticas por las cuales éstos son adscritos. Estas normas, a menudo, se limitan a enunciar que «Ticio tiene un derecho», sin especificar la identidad del Cayo obligado a satisfacerlo. Toda situación, de hecho, implica su imputación a un titular, en ausencia del cual no puede afirmarse su existencia[88]. Para que se pueda afirmar la existencia de las obligaciones correlativas a los derechos sociales, es preciso, por tanto, que el o los individuos —sean éstos sujetos públicos o privados— a los que incumban tales obligaciones queden, a su vez, establecidos o determinados en cualquier forma por las oportunas normas de competencia.

¿Diremos, entonces, aceptando el dilema implícitamente propuesto por Guastini con su argumento *a*), que a falta de tales normas, la definición de derecho subjetivo positivo como expectativa que implica la obligación correspondiente comporta la inexistencia del derecho aunque éste venga adscrito por otra norma o bien que dicha definición ha quedado desmentida y debe, por tanto, abandonarse? ¿O diremos, más bien, que en virtud de su sola emanación la norma que adscribe el derecho existe, junto al derecho mismo, pero que, en ausencia de la norma que instituye la obligación correspondiente, resulta no actuada y estamos, por tanto, en presencia de una laguna?

Antes de responder a estas preguntas, examinemos un problema análogo al de las lagunas: el problema de las antinomias. Y sometamos a análisis, a tal fin, otros dos conceptos teóricos, no menos importantes que los de expectativa y derechos subjetivo y, por lo demás, estrechamente vinculados a éstos: la noción de «prohibido» (o, si se prefiere, la de «prohibición»), conexa a la figura del «derecho subjetivo negativo» definida por mí como expectativa negativa a

88. Ésta es, me parece, una tesis válida para cualquier permiso, obligación o prohibición, incluso no jurídicos, que he asumido como postulado en el trabajo teórico otras veces mencionado.

la que corresponde una prohibición de lesión, y la noción de «obligatorio» (o, si se prefiere, la de «obligación») a su vez ligada a la figura del «derecho subjetivo positivo», definida como expectativa positiva a la que corresponde una obligación de prestación. Creo que puede considerarse irrefutable, por cuasi-analítica, la definición de «prohibido» como «no permitido». De ahí se deriva, por la ley de contraposición, la equivalencia entre «permitido» y «no prohibido»; y, por tanto, por sustitución, que «prohibido» equivale a «no-no prohibido» y «permitido» equivale a «no-no permitido», lo que no es sino el principio de no contradicción. Lo mismo puede decirse del concepto de «obligatorio», cuya definición como «no permitido que no» es igualmente irrefutable, y de la que se derivan, por contraposición y sustitución, la equivalencia entre «permitido que no» y «no obligatorio que», de «obligatorio» y «no-no obligatorio», y de «permitido que no» y «no-no-permitido que no».

Así, también respecto a las relaciones entre permisos y prohibiciones o entre permisos que no y obligaciones, puede ocurrir que, de hecho, en contraste con las tesis analíticas que los enuncian a nivel teórico, en el derecho positivo un mismo comportamiento sea, al tiempo, «permitido» y prohibido», o sea, «permitido» y «no-permitido»; o bien, a la vez, «permitido que no» y «obligatorio», es decir, «permitido que no» y «no permitido que no». Es bien posible, por ejemplo, que en un mismo ordenamiento la manifestación de la disconformidad con la política del gobierno esté, al mismo tiempo, permitida por la constitución como «derecho» de libertad y prohibida por el código penal como «delito», pongamos, de desacato. ¿Deberíamos, acaso, concluir que, conforme a nuestra equivalencia entre «permitido» y «no-prohibido», la prohibición del desacato no existe y la manifestación del pensamiento disidente no está, en realidad, prohibida por el código penal vigente, al estar permitida por la constitución —o, viceversa, que existe la prohibición penal y no la libertad constitucional—, o peor todavía, renunciar por falsa (inválida, incorrecta o inapropiada) a nuestra definición de «prohibido» como «no permitido» y, con ella, al principio de no contradicción?

Es obvio que ninguna de estas conclusiones puede aceptarse. Simplemente, será preciso concluir que estamos en presencia de una *antinomia:* el desacato está permitido por la constitución y prohibido por el código penal. Las dos tesis son ambas verdaderas y no contradictorias. Si la constitución fuese perfectamente flexible, la antinomia quedaría resuelta conforme a una tercera meta-norma, explícita o implícita, como la del criterio cronológico de la sucesión

de las leyes en el tiempo: la norma precedente, no importa si constitucional, sería derogada por la sucesiva. Si, en cambio, la constitución es rígida, como ocurre ahora en la casi totalidad de los ordenamientos modernos, la antinomia se resuelve según el criterio jerárquico de la derogación por la norma superior, no importa si precedente, de la norma inferior. En este caso, la segunda de nuestras tesis registra, más que una contradicción (en el derecho), una violación (del derecho) que puede (debe) ser suprimida sólo mediante una intervención operativa, o sea, con la nulidad de la norma sobre el desacato.

Ahora bien, ésta es una conclusión perfectamente simétrica con la que he propuesto para el caso de que faltasen las garantías primarias, o sea, las obligaciones correspondientes a los derechos sociales establecidos por una constitución rígida. Diremos, en tal caso, que estamos en presencia de una *laguna:* que el derecho a la asistencia sanitaria (a la educación o al trabajo) es la expectativa, generada por la constitución, de la asistencia sanitaria (de la educación o del trabajo) pero que la obligación correspondiente a ella, e incluso la identidad del sujeto al cual le es imputada, no han sido positivamente instituidos. Se trata, de nuevo, de dos tesis que son ambas verdaderas y no contradictorias; y que, de ellas, la segunda registra, además de una laguna (en el derecho), una violación (del derecho) que igualmente puede (debe) ser reparada con una intervención operativa, o sea, con la introducción de la norma sobre la garantía ausente.

Es, en suma, la relación entre lógica y derecho lo que el constitucionalismo rígido impone reconsiderar. Mi discrepancia con Guastini y Zolo y mi crítica de Kelsen no se refieren, en realidad, a la definición de derecho subjetivo como expectativa que implica una obligación o una prohibición correspondiente —o, como escribe Kelsen, como «reflejo» de tal obligación o prohibición—, sino a la configuración de esta implicación o reflejo como (meramente) descriptiva antes que (también) normativa. Sólo con esta precisión podemos dar cuenta de las antinomias y de las lagunas presentes en el derecho positivo, sin afirmar contradictoriamente, a propósito de las antinomias entre normas de grado distinto, que un mismo comportamiento es, al mismo tiempo, permitido y prohibido o bien, a propósito de las lagunas, que «algunas normas jurídicas positivas», como escribe Mario Jori calificando esta tesis de poco «kelseniana», en realidad «no son normas positivas, no ya por razones de producción, sino de significado»[89]. En efecto, coherencia y plenitud no son

89. M. Jori, *supra*, p. 107.

características empíricas del derecho sino requisitos del discurso teórico sobre el derecho; no pertenecen al lenguaje del derecho sino al de la teoría del derecho; y, por consiguiente se configuran, respecto del derecho, como principios o requisitos normativos. El mismo principio de no contradicción es, para el derecho, una norma. La lógica, se sabe, no es interna al derecho sino externa a él: no se refiere al discurso normativo del derecho, sino al discurso teórico, también él normativo, sobre el derecho.

¿Cómo se satisface una lógica de este tipo? En un sistema unidimensional —privado de constitución o, lo que es lo mismo, dotado de constitución flexible— se satisface, como ya he señalado, por medio de la interpretación sistemática, con ayuda de normas, explícitas o implícitas, sobre sucesión de leyes en el tiempo: la norma sucesiva prevalece sobre la anterior (salvo que ésta se encuentre respecto de aquélla en relación de especialidad). En tal caso, no existen ni antinomias ni lagunas, ya que los derechos fundamentales adscritos por la ley anterior no serían, en ningún caso, vinculantes para el legislador, ni en el sentido de impedirle producir normas que los violen ni en el de imponerle normas que los cumplan.

Distinto es el caso de los ordenamientos dotados de constitución rígida, en los cuales, sólo una adecuada jurisdicción constitucional puede decretar la expulsión, por anulación, de la norma inferior opuesta a la constitución. Nos encontramos, así, con la convivencia o coexistencia de dos normas en contradicción, ambas vigentes, hasta que la antinomia sea suprimida mediante la declaración de inconstitucionalidad. Aquí, validez y existencia no coinciden sino que divergen; la coherencia se realiza a través de la intervención de la Corte constitucional. Y esta intervención es una intervención debida; por lo que la coherencia es un deber ser, que se actúa a través de la obligación de intervención de la Corte. A los derechos fundamentales negativos corresponde, según la definición que he propuesto, la garantía primaria consistente en la prohibición para el legislador de violarlos y la garantía secundaria consistente en la obligación de la Corte de anular las normas que los violen. De igual modo, corresponde a los derechos fundamentales positivos establecidos por constituciones rígidas, como son todos los derechos sociales, la garantía primaria consistente en la obligación del legislador de disponer su satisfacción mediante leyes que introduzcan las obligaciones de las instituciones específicamente encargadas de ella, o sea, que colmen las lagunas que supone su ausencia. Ya que, análogamente a la solución de las antinomias eliminadas por la intervención de una Corte constitucional, la solución de tales

lagunas no es nunca posible por vía interpretativa, sino que requiere una intervención operativa: precisamente, la del legislador, con la cual se introduce la norma garantista ausente y que constituye, incluso, una intervención debida. Tampoco la plenitud, al igual que la coherencia, es, por tanto, un «ser» del derecho, sino un «deber ser». La única diferencia es que mientras que la coherencia se realiza con el respeto de la prohibición de legislar y, sólo en caso de violación, con la anulación judicial de la norma indebidamente emanada, la plenitud se realiza siempre y sólo con el cumplimiento de la obligación de legislar, o sea, de introducir la norma indebidamente ausente; por lo que, mientras que la intervención judicial requerida para eliminar una antinomia indebida cumple el papel de garantía secundaria, la intervención legislativa requerida para eliminar una laguna indebida cumple el de garantía primaria.

Pero, ¿qué otra cosa son una antinomia o una laguna indebidas sino violaciones, respectivamente por comisión y por omisión, de las normas que, como en la hipótesis que estamos discutiendo, establecen derechos fundamentales? Por tanto, la definición que propongo de derecho subjetivo como expectativa positiva o negativa a la que corresponde un deber como garantía, no queda en modo alguno desmentida (o contradicha) por la existencia de antinomias o lagunas, sino simplemente violada. Precisamente, a los derechos negativos de libertad o de inmunidad, como por ejemplo la libertad constitucional de manifestación del pensamiento, corresponde la prohibición al legislador de suprimir o limitar por ley la libertad —en otras palabras, la *prohibición de prohibir*— cuya violación, como en el ejemplo del desacato, introduce una norma inválida por contradicción con la constitución. Análogamente, a los derechos fundamentales positivos, como por ejemplo el derecho a la salud establecido en la constitución, corresponde la obligación del legislador de introducir las obligaciones correlativas, como la obligación de asistencia sanitaria —en otros términos, *la obligación de obligar*— cuya violación, igualmente, introduce una laguna también ella en contradicción con la constitución. «La Déclaration des droits contient les obligations des législateurs», establece el artículo 1 de la sección «Devoirs» de la constitución francesa del año III. La única diferencia entre la prohibición de prohibir y la obligación de obligar es que la primera constituye la inmediata garantía primaria del derecho (negativo) de libertad, mientras la segunda es la obligación de actuarla en apoyo del derecho (positivo) social.

Por otra parte, también para los derechos fundamentales negativos (de libertad) podremos hablar, junto a una prohibición de

prohibir, de una obligación de prohibir, ambas a cargo del legislador y la segunda perfectamente simétrica a la obligación de obligar que garantiza los derechos fundamentales positivos (sociales); y también para ellos podremos, por tanto, hablar, junto a las antinomias, de lagunas de las respectivas garantías primarias. Ciertamente, tratándose de derechos *erga omnes,* podremos en tales casos, como ya se ha dicho, deducir la existencia de las respectivas prohibiciones universales (*omnium)*: la de la prohibición de matar correlativa al derecho a la vida, la de la prohibición de robar correlativa al derecho de propiedad, la de la prohibición de producir daños o lesiones respecto de cualquier derecho subjetivo. Y, sin embargo, la ausencia de una legislación penal de desarrollo no comportaría consecuencias distintas a las derivadas de la ausencia de una legislación social de desarrollo de las garantías de los derechos sociales. Serían, de hecho, «de papel», por usar la eficaz imagen de Guastini[90], no menos que los respectivos derechos a la vida, de libertad o de propiedad, las garantías primarias representadas por las prohibiciones antes enunciadas, cuando sus violaciones no fueran expresamente prohibidas por el código penal como delitos de homicidio, hurto, lesiones o similares: cuando menos en la medida en que el principio de legalidad penal impediría castigarlas como delitos. De ahí que todos los derechos fundamentales, sean positivos o negativos, impliquen siempre una obligación del legislador de obligar (si son positivos) o de prohibir (si son negativos) que es propedéutica o de segundo grado —una meta obligación, podríamos decir— respecto a las obligaciones y a las prohibiciones en que consisten las garantías que faltan y que ésta impone introducir dando así un primer e indispensable inicio a su actuación. Por ejemplo, si quisiéramos identificar de forma absoluta y pedante la garantía del derecho a la salud de acuerdo con nuestra definición, diríamos que consiste en la obligación de satisfacerlo, la cual supone e incluye, a su vez, la obligación de producir una legislación social que introduzca los órganos obligados a ofrecer las respecti-

90. R. Guastini, «Diritti», en *Analisi e diritto, 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica,* Giapichelli, Torino, 1994, pp. 168 y 170; edición española, «Derechos», en Íd., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, cit., pp. 179 ss. [Sólo una parte del juego de palabras es reconocible en castellano, en italiano, *di carta* remite, simultáneamente, a *sobre el papel*, es decir, meramente semánticos, a *de papel*, es decir, sin valor (como *tigres de papel*) y *de Carta*, es decir, contenidos en una Carta o Declaración de Derechos. *N. del T.*].

vas prestaciones; de la misma forma en que diríamos que la garantía del derecho a la vida o del derecho a la integridad personal consiste en la prohibición de violarlos, la cual, a su vez, implica e incluye, a cargo del legislador —además de la prohibición de prohibir, o sea, de producir leyes que los contradigan— la obligación de producir una legislación, por ejemplo penal, que prevea como delitos las correspondientes lesiones. Por lo demás, repito, ¿qué significa que existe una antinomia o una laguna sino afirmar que existe la obligación de eliminarla anulando, en el primer caso, las normas antinómicas e introduciendo, en el segundo, las normas que faltan? En definitiva, existe siempre, de acuerdo con la definición que propongo, la obligación correspondiente al derecho positivo, aunque se halle privado de garantías legislativas, así como existe siempre la prohibición correspondiente al derecho negativo violado por el legislador. Lo que puede faltar es la emanación de las respectivas garantías en cumplimiento de la obligación que implica el derecho.

Llego así a las implicaciones metateóricas de las tesis que he sostenido y, por otra parte, de las críticas que me han sido dirigidas. Tengo la impresión de que en la base de la resistencia de Riccardo Guastini a reconocer como lagunas la ausencia de garantías y como antinomias su violación, subyace una específica metateoría del derecho, por otra parte, explicitada por él en otras ocasiones[91]: la idea de que la teoría, en cuanto «*análisis lógico* del lenguaje legislativo (que incluye el análisis estructural del sistema jurídico)» y «del lenguaje de los juristas (pero también de los demás operadores jurídicos, especialmente los jueces)»[92] sea, al menos tendencialmente, descriptiva del derecho o, si se quiere, de su estructura, y que, en tal sentido, se «corresponda» con él, con todas las consecuencias que de ello se derivan para la tormentosa cuestión de la relación entre derecho y lógica y, también, entre derecho y teoría del derecho. Pues bien: me temo que, precisamente, tal concepción descriptiva de la teoría impide a Guastini, con aparente paradoja, describir lo que, de hecho, ocurre: esto es, que las implicaciones lógicas de lo «no prohibido» por parte de lo «permitido» y de la «obligación» o de la «prohibición» por parte del «derecho

91. Cf. R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, pp. 3-7; Íd., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, ²1992, pp. 286-293; Íd., «Imágenes de la teoría del derecho» (1994), en *Distinguendo. Estudios...*, cit., pp. 15 ss.; Íd., «Scienza giuridica», en *Digesto* XVIII, Utet, Torino, ⁴1999, p. 179.

92. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 292-293 (cursivas mías).

subjetivo» son implicaciones normativas, que no excluyen que, de hecho, un comportamiento sea al mismo tiempo permitido y prohibido, ni que no exista la obligación inmediatamente correspondiente al derecho establecido. Que le impida, en otras palabras, aceptar que la teoría diverge del derecho y que pueda ser, por tanto, frente a él, no descriptiva sino normativa: que es precisamente lo que, en cambio, debemos admitir sobre la base del reconocimiento de la posible existencia, en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, de lagunas y antinomias frente a las implicaciones existentes —y formuladas por la teoría— entre derechos y garantías o entre permitido y no prohibido.

La alternativa a la concepción aquí sostenida de las tesis teóricas como tesis normativas supone, en definitiva, o bien la imposibilidad para la teoría de explicar o bien la imposibilidad para la dogmática de admitir —y antes aun, de advertir— la existencia, en el derecho positivo, de antinomias y lagunas. Y es una alternativa que va más allá de nuestro tema de la relación entre derechos y garantías y que abarca toda la teoría y toda la fenomenología del derecho en las actuales democracias constitucionales. Hemos hablado hasta aquí de lo que he llamado «garantías primarias», o sea, de las prohibiciones y de las obligaciones correspondientes a los derechos subjetivos y, paralelamente, de las relaciones existentes entre permitido y prohibido, y entre permitido que no y obligatorio. La posibilidad de afirmar, en la mayor parte de los casos, la existencia de tales garantías en presencia de los respectivos derechos —por haber sido simultáneamente producidas con ellos (como las obligaciones civiles) o por ser derivables de ellos (como las prohibiciones de lesión)— explica la extraordinaria capacidad de resistencia de la tesis de la naturaleza asertiva de la implicación de las primeras por parte de los segundos.

Pero hablemos, ahora, de lo que he llamado «garantías secundarias», o sea, de las obligaciones que incumben a los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la anulación en presencia de actos inválidos o ilícitos que violen las obligaciones o las prohibiciones que forman las garantías primarias de los derechos subjetivos. También respecto de las garantías secundarias resulta del todo plausible, en el plano teórico, la tesis de que las mismas, como he sostenido, están implicadas en los actos ilícitos e inválidos como obligaciones de sancionar los primeros y de anular los segundos. Se trata, por lo demás, de la conocida tesis de Kelsen expresada por la relación de deber ser «si A (ilícito) entonces debe ser B (sanción)» y repetida como implicación paradigmática en todos

los análisis de los fenómenos deónticos: el ilícito, dice Kelsen, es el presupuesto de la sanción, en el sentido de que, dado un ilícito (como, por ejemplo, la violación de un derecho subjetivo), entonces existe la obligación a cargo de un juez de aplicar la sanción. Pero ¿qué decir si tal obligación no existe porque ninguna norma ha instituido aún formalmente —como en el caso del derecho internacional— una jurisdicción capaz de sancionar los actos ilícitos y de anular los actos inválidos? Ciertamente no podremos hablar en tal caso de «normas implícitas»: en el derecho positivo las normas, a menudo, —y ciertamente en este caso— no se deducen unas de otras. En particular, las normas que predisponen la sanción y que Kelsen llama «primarias» (pero que yo prefiero llamar «secundarias», al igual que las garantías introducidas con ellas) no se derivan de las normas que prefiguran el ilícito y que Kelsen llama «secundarias» (y que yo prefiero llamar «primarias», al igual que las garantías dispuestas con ellas). ¿Deberíamos entonces negar, ignorando cuanto ha ocurrido en violación de las respectivas obligaciones o prohibiciones, que estamos en presencia de un acto ilícito o de un acto inválido? Ello equivaldría a frustrar gran parte del derecho positivo. ¿O, más bien, deberíamos, optando por la segunda alternativa propuesta por Guastini, renunciar a la tesis teórica que enuncia la implicación entre ilícitos y obligación (o deber ser) de la sanción? Esto, por su parte, equivaldría a frustrar gran parte de la teoría del derecho.

El precio pagado por cualquier concepción de la teoría del derecho meramente descriptiva —que impida la explicación de la divergencia, connatural al menos a todo sistema articulado sobre varios niveles normativos, entre teoría del derecho y derecho y, por tanto, entre tesis teóricas y tesis dogmáticas— es, en definitiva, el colapso de la teoría del derecho o, peor, del propio derecho positivo. En presencia de una antinomia no resoluble por vía interpretativa sino sólo por obra de un acto de anulación, o se renuncia a las tesis deónticas del tipo «permitido equivale a no prohibido», o se está constreñido a negar la simultánea existencia de normas, por ejemplo, constitucionales, que permiten, y de normas, por ejemplo, de leyes, que prohíben el mismo comportamiento y, por tanto, la existencia de normas inválidas. En presencia de una laguna, igualmente no resoluble por vía de interpretación sino sólo mediante un acto normativo, o se renuncia a tesis teóricas del tipo «todo derecho consistente en la expectativa de una prestación implica la obligación correspondiente» o bien se está constreñido a negar la existencia de las normas que han introducido el derecho.

Ahora bien, la teoría puede mantener un distante desinterés por tales aporías. Sin embargo, su bondad se mide por su capacidad explicativa y reconstructiva del propio objeto de indagación. La particularidad del objeto de investigación de la teoría del derecho es su naturaleza lingüística: el derecho, como sabemos, es un conjunto de normas expresadas por enunciados lingüísticos que bien pueden ser contradictorios entre sí. Las contradicciones, que son inconcebibles en la «realidad» objeto de las ciencias naturales, no sólo son concebibles sino, en gran medida, inevitables en la «realidad» objeto de la ciencia jurídica, que es precisamente un conjunto de signos y significados. Lo mismo puede decirse de las lagunas. La teoría del derecho tiene por tarea explicar tales contradicciones y lagunas. Y puede hacerlo —cuando tales contradicciones y lagunas no pertenecen a discursos normativos del mismo nivel y no son, por tanto, resolubles por vía interpretativa— sólo interpretándolos no ya como genéricos «defectos» de la realidad jurídica, sino más bien como efectos de otras tantas violaciones del derecho. Puede hacerlo, en otras palabras, sólo si se toma el derecho en serio, teorizando su papel normativo frente a sí mismo. Y, por lo tanto, reconociendo el carácter prescriptivo y no puramente descriptivo que tienen las implicaciones entre derechos enunciados por normas de nivel superior, ya sea en términos de inmunidades o de expectativas positivas, y las prohibiciones y obligaciones que constituyen sus garantías, y leyendo las violaciones en los niveles normativos inferiores como antinomias indebidas que requieren ser eliminadas o como indebidas lagunas que exigen ser colmadas.

La aparente aporía señalada por Guastini se disuelve, en definitiva, apenas se distingue entre la teoría del derecho y la dogmática jurídica, reconociendo no sólo, como se ha visto en el apartado 2, su pertenencia a distintos niveles de discurso, sino también, exactamente al contrario de lo que opina Guastini, el carácter virtualmente normativo de la primera y tendencialmente descriptivo de la segunda. «La lógica», dice Guastini, «gobierna el discurso, no el comportamiento de los legisladores. Ahora bien, de lo que aquí se está hablando —creo— es más bien del discurso del legislador, no de su comportamiento»[93]. Cierto. Pero se está hablando de él, en sede dogmática, como de un discurso que bien puede ser contradictorio, esto es, incluir antinomias y lagunas. Por eso la dogmática jurídica, en caso de que no consiga resolver por vía interpretativa las antinomias y lagunas presentes en el discurso del legislador, no

93. R. Guastini, *supra*, p. 59.

puede dejar de reconocerlas como tales y no ser, por tanto, descriptiva respecto a ellas; mientras la teoría, en caso de que intente explicarlas sin incurrir ella misma en contradicciones, no puede no reconocerlas también como violaciones y no ser, por tanto, normativa a ese respecto. En el caso, por consiguiente, de que en el derecho positivo exista un derecho subjetivo, pongamos de rango constitucional, pero no la respectiva garantía, diremos, en el plano dogmático, que no es verdadera, en cuanto que no es satisfecha sino violada por el derecho positivo, la implicación formulada en el nivel teórico entre derechos constitucionalmente garantizados y sus garantías. Pero en esto no hay ninguna contradicción, al ser las tesis dogmáticas descriptivas y las teóricas normativas con respecto al derecho positivo[94].

Naturalmente, las expresiones «descriptiva» y «normativa», asociadas a la dogmática y a la teoría, sólo valen en un sentido bastante aproximativo. De hecho, como es sabido, la dogmática, aun anclada en el derecho positivo por el carácter, respectivamente,

94. Retomando los términos de una discusión sostenida en el seminario genovés ya recordado, diremos que la tesis de que «derecho implica la correspondiente garantía» y precisamente, si es un derecho a prestaciones positivas, «implica la obligación correspondiente» $(D \rightarrow O)$ es una tesis teórica al igual que la de «permitido implica no prohibido» $(P \rightarrow \neg V)$. Supongamos, ahora, que un determinado ordenamiento contenga una norma constitucional que disponga un derecho social D a prestaciones positivas, pero que carece de la norma que establece la obligación O correspondiente, sea que ésta consista en su garantía primaria o en la secundaria. Enunciaremos la tesis, perteneciente al nivel dogmático, de que en el derecho positivo, aunque exista el derecho a una determinada prestación, no existe la obligación correspondiente $(D \cdot \neg O)$ y por tanto no vale (o sea, *no es verdadera* en el discurso dogmático) la tesis de que el primero implica al segundo $(\neg(D \rightarrow O))$; que es una tesis que niega nuestra tesis teórica $(D \rightarrow O)$ y que, por consiguiente, puede afirmarse sin caer en contradicción sólo si se la entiende como comprobación de una laguna en el derecho positivo; y que no desmiente sino viola, la tesis teórica de que —de manera no diferente al principio de no contradicción, no desmentido sino violado por la eventual existencia de una antinomia aseverada a nivel dogmático $((P \cdot V)$, es decir $\neg (P \rightarrow \neg V))$— tiene carácter normativo en relación con las normas de derecho positivo. Tan es así, que nuestra tesis dogmática $(\neg (D \rightarrow O))$ puede transformarse en la tesis $\neg(\neg O \rightarrow \neg D)$, es decir, que incluso en nivel dogmático no vale que (*y no es verdadero que*) si no existe la obligación correspondiente, entonces no existe el derecho. Contrariamente a lo afirmado por Guastini en su argumento *a)*, el hecho de que no exista la obligación no autoriza, en suma, a negar la existencia del derecho (*supra*, p. 58), sino sólo a afirmar la inexistencia de la obligación calificable, con base en nuestra tesis teórica, como «laguna»; al igual que el hecho de que exista una prohibición (definible como no-permiso) en contradicción con la existencia de un permiso, no autoriza a negar ni el uno ni el otro, sino sólo a afirmar su simultánea existencia, calificable, con base en el principio de no contradicción, como «antinomia».

lexicográfico de sus propias definiciones y de reconocimiento de sus propias tesis, incluye, inevitablemente, una dimensión normativa, que se expresa en la elección de las interpretaciones asociadas a los enunciados normativos, con frecuencia vagos y confusos, que analiza. Por otro lado, la teoría, aunque elabora modelos normativos, incluye, a su vez, una obvia dimensión descriptiva, que se expresa en la explicación de la lógica interna de los sistemas jurídicos complejos como articulados sobre varios niveles normativos. Y aunque nunca nos diga ni se pueda deducir de ella cómo es o cómo debe ser el derecho, está claro que sus conceptos y sus afirmaciones —basta con pensar en los conceptos de «derechos fundamentales», de «jerarquía normativa» o de «validez sustantiva»— son construidos, como los conceptos y las afirmaciones de toda teoría empírica, en función de su alcance y capacidad explicativa respecto de su universo de discurso, es decir, de las estructuras jurídicas de las actuales democracias constitucionales.

Lo que cuenta, a los fines de nuestra discusión, es reconocer que el constitucionalismo rígido confiere un inevitable papel normativo a la teoría con respecto a su propio objeto, como consecuencia de la estructura misma de los ordenamientos dotados de constitución rígida. En éstos, las antinomias y lagunas no pueden eliminarse —como en el viejo paradigma paleopositivista del *Estado legislativo de derecho*— mediante la simple interpretación sistemática, conforme a los criterios de la prevalencia de las normas sucesivas respecto a las precedentes, y de las especiales respecto a las generales. En el paradigma del constitucionalismo rígido —que es un paradigma que refleja la lógica del diseño normativo propio del *Estado constitucional de derecho*— el conflicto insuperable por vía de interpretación debe ser resuelto, en caso de antinomia, mediante la abrogación o anulación de la norma inválida y, en caso de laguna, mediante la introducción de la norma ausente; que es, precisamente, lo que impone la teoría, por tanto normativa, al derecho positivo y a sus operadores, y que supone fundar el papel civil y político —crítico y proyectivo— de la ciencia jurídica.

1

DERECHOS SIN FUNDAMENTO

Luca Baccelli

1. Hace algunos años, en uno de los ensayos que después se incluirían en *El tiempo de los derechos*, Norberto Bobbio enumeraba una serie de circunstancias que impiden que pueda señalarse un «fundamento absoluto» de los derechos humanos, naturales o fundamentales. Se trata, en efecto, indica Bobbio, de derechos poco definibles e históricamente variables. Además, los derechos fundamentales de ciertos sujetos colisionan con los derechos fundamentales de otros y, sobre todo, surgen antinomias entre diferentes tipos de derechos, tales como los derechos de libertad y los derechos sociales, de los que son titulares los mismos sujetos. Ello «prueba que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza»[1]. Por otra parte, seguía afirmando Bobbio, con la adhesión de la mayor parte de los gobiernos a la *Declaración universal de derechos del hombre*, el problema de su fundamentación queda superado. Mucho más importante resulta descubrir las soluciones prácticas más eficaces para *tutelar* los derechos del hombre. En cualquier caso, para Bobbio no existe una relación lineal entre fundamentación y protección de los derechos. En la actualidad, en el momento en que la idea de fundamentación absoluta ha sido intensamente criticada, los derechos del hombre se tutelan más que en la época en que estaba difundida la convicción de que el fundamento iusnaturalista resultaba válido[2].

1. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 57.
2. *Ibid.*, pp. 60-62.

Luigi Ferrajoli no aborda explícitamente estos temas, aunque parece igualmente convencido de la imposibilidad y la inutilidad de una investigación sobre el «fundamento absoluto» de los derechos. Su ensayo sobre «Derechos fundamentales» se abre con una definición «teórica, puramente formal o estructural»:

> [...] son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas[3].

Ferrajoli insiste en la neutralidad ideológica de su definición y precisa que «universal» debe entenderse «en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos»[4]. Lo cual significa que la definición prescinde del contenido de los derechos (podrían ser universales derechos «fútiles» como el de ser saludado por la calle, y no serlo derechos como la libertad personal o la de expresión del pensamiento) y de la amplitud de la clase de referencia del cuantificador universal «todos». Ferrajoli, por otra parte, distingue cuidadosamente su definición abstracta de las definiciones «dogmáticas» que se refieren a las normas de un ordenamiento concreto[5]. El enfoque de Ferrajoli queda, por tanto, muy alejado del de aquellos autores contemporáneos que se han propuesto nuevamente la misión de fundamentar los derechos. Piénsese, por ejemplo, en el neoiusnaturalismo de John Finnis, que en su intento de respetar la «ley de Hume», hace referencia a un conjunto de normas morales fundamentales presupuesto. Si bien, Ferrajoli queda igualmente alejado de John Rawls que propone una extensión global de su modelo de la «posición original», o de la de Jürgen Habermas que remite al «principio D» de su *Diskurstheorie*. Me temo que estas ambiciosas operaciones teóricas no obtienen los resultados que se

3. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 19.
4. *Ibíd.*, p. 20.
5. «La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia *en aquel* ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales» (*ibíd.*, p. 20).

proponen[6], y que el distanciamiento implícito de Ferrajoli frente a tales intentos resulta oportuno.

Ferrajoli, por tanto, no parece interesarse por el problema de la «fundamentación» de los derechos. En su teoría, el adjetivo «fundamentales» se atribuye a ciertos derechos en razón de determinadas características formales, prescindiendo de la cuestión relativa a cómo se «fundamentan» dichos derechos. Sin embargo, la definición «formal» y «avalorativa» remite a algunas importantes tesis sustantivas. Efectivamente, en primer lugar, Ferrajoli sostiene que la distinción resulta «suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica» y para argumentar su indisponibilidad[7]. En segundo lugar, con base en dicha definición, Ferrajoli propone una original tipología de los derechos, que abandona la tradicional articulación de derechos en derechos civiles, políticos y sociales, y prescinde de la secuencia de las «generaciones» de derechos[8]. En tercer lugar, sostiene que la definición que propone *permite fundar* cuatro «tesis teóricas»: 1) los derechos fundamentales deben distinguirse cuidadosamente de los derechos patrimoniales[9]; 2) los derechos fundamentales expresan una dimensión «sustancial» que incorpora valores más importantes que la propia democracia política, y que no pueden, por tanto, concebirse como un «efecto reflejo» del ordenamiento o como resultado de una auto-limitación del Estado[10]; 3) los derechos fundamentales —contra las tesis de Marshall sobre la ciudadanía—, con la excepción de los derechos políticos y de ciertos derechos sociales, se adscriben a la persona y no al ciudadano, y prefiguran, por ello, la superación de la ciudadanía[11]; 4) los derechos

6. He tratado de argumentar esta tesis en *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999, pp. 95-115, 125-136. Cf. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980 (trad. it., *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996); J. Rawls, «The Law of the Peoples», en S. Shute y S. Hurley (eds.), *On Human Rights. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Basic Books, New York, 1993 [trad. castellana de H. Valencia, *De los derechos humanos. Las Conferencias Amnisty 1983*, Trotta, Madrid, 1998]; J. Habermas, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, ²2000.

7. «[S]i son normativamente de "todos" (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes tanto públicos como privados» (L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 21).

8. *Ibíd.*, pp. 22-24.

9. *Ibíd.*, pp. 29-35.

10. *Ibíd.*, pp. 35-40.

11. *Ibíd.*, pp. 40-44.

fundamentales deben distinguirse de sus garantías. La ausencia de estas últimas no confirma su inexistencia sino más bien una inadecuación, «una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación»[12]. El tema de la «fundamentación», por decirlo de alguna forma, resurge en un nivel diferente, el de la relación entre la definición formal y estas tesis teóricas.

Me pregunto si en la idea de que la forma universal de los derechos es la base de la igualdad jurídica y garantía de su indisponibilidad, no se habrá invertido la relación causal entre ambos términos. De la argumentación de Ferrajoli, parecería que se hubiera atribuido el carácter de inalienabilidad y de no negociabilidad a ciertos principios porque se hubiera adoptado la forma de la universalización y no, viceversa, que se hubiera atribuido el carácter de la universalidad porque se consideraba —por motivos éticos y políticos, históricamente determinados— que tales derechos eran inalienables y no negociables[13]. Por otra parte, es ciertamente posible que la tipología de Ferrajoli resulte más elegante que la tradicional para la sistematización de los contenidos normativos que hoy atribuimos a los derechos fundamentales, pero resulta obvio que una trayectoria de afirmación y sedimentación histórica no puede ser radicalmente repensada sobre la base de una definición formal. En otras palabras, las tipologías tradicionales parecen mucho más adecuadas para interpretar el secular proceso de reivindicación y afirmación, conceptualización y redefinición de los derechos. Y, más concretamente, resulta difícil negar el vínculo histórico entre los derechos de libertad y los derechos patrimoniales[14]. Ahora bien, me parece que la pregunta fundamental que debe formularse es: ¿en qué sentido «funda», para Ferrajoli, su definición sus cuatro tesis teóricas?

Resulta evidente que, si no es posible derivar del ser el deber ser, tanto menos pueden deducirse de una definición formal contenidos normativos[15]. Esto ha sido, implícitamente, admitido por

12. *Ibid.*, p. 26; cf. pp. 45-52

13. Para la problematización de la noción de «indisponibilidad» adoptada por Ferrajoli, cf. R. Guastini, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», *supra*, pp. 61-62; M. Jori, «Ferrajoli sobre los derechos», *supra*, pp. 117-125.

14. Cf. D. Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad...», *supra*, pp. 87-93.

15. Ermanno Vitale habla de una «ambigüedad de fondo» en el ensayo de Ferrajoli, y se distancia de la «propuesta como implicaciones de una teoría *more geometrico demonstrata*», de la indignación moral y los juicios políticos que están en la base de las tesis normativas de Ferrajoli (E. Vitale, «Teoría general del derecho...», *supra*, p. 64 [ligeramente modificada, *N. del T.*]). Zolo, calificando la cuestión de evidentemente retórica, se pregunta si «es posible establecer un nexo fundante "esencial" entre la lógica formal y la teoría normativa de la política» (D. Zolo,

Ferrajoli en la réplica a sus críticos, en la que ha precisado sus tesis, enfatizando la distinción entre el nivel teórico, el histórico-sociológico, el político-axiológico y el jurídico-dogmático de su discurso. La definición formal de los derechos fundamentales tiene como función la de «identificar la estructura que permite su tutela como derechos iguales, universales e indisponibles»[16], mientras que «las tesis de la teoría [...] no nos dicen nada acerca de los contenidos ético-políticos del derecho, que son fruto de las opciones políticas adoptadas por el legislador [...] así como de las luchas sociales por las que dichas opciones se ven condicionadas»[17]. Ahora bien, Ferrajoli reconoce que «las connotaciones ético-políticas» que aparecen en sus tesis dependen de las «expectativas que, históricamente, en los ordenamientos positivos, se establecen y garantizan como derechos fundamentales»[18]. Por tanto, la definición —que Ferrajoli insiste en considerar «teórica» y no «dogmática» y que prescinde, por tanto, de la referencia a las normas de los ordenamientos concretos— no «funda» las tesis normativas. El propio autor admite que «ese "fundar" es, indudablemente, una expresión demasiado fuerte»[19]. Resultaría, por tanto, incorrecto asimilar la argumentación de Ferrajoli a las clásicas demostraciones *more geometrico*. La definición no tiene el *status* de las de la *Ética* de Spinoza, no pretende singularizar una idea clara y distinta de los derechos fundamentales de la que se deduzcan las sucesivas proposiciones teóricas. Ferrajoli pretende, más bien, aclarar conceptualmente ciertas tesis fundamentales del lenguaje jurídico contemporáneo, presentes en los textos legislativos más importantes, y explicar sus implicaciones normativas. Es como si dijera: si afirmáis ciertos principios —que es posible reconstruir utilizando mi definición— debéis sacar todas las consecuencias, debéis dworkinianamente «tomarlos en serio»[20].

«Libertad, propiedad e igualdad...», *supra*, p. 81.) y sostiene que en el curso de su argumentación Ferrajoli abandona su definición para introducir argumentos normativos independientes. Mario Jori afirma que «Ferrajoli parece, en ocasiones, olvidar que la propia definición de los derechos es una definición *formal*» (M. Jori, «Ferrajoli sobre los derechos», *supra*, p. 125).

16. L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 146.

17. *Ibíd.*, p. 148.

18. *Ibíd.*, p. 153.

19. *Ibíd.*, p. 150.

20. El análisis de las afinidades y diferencias entre la teoría de Ferrajoli y la de Dworkin exigiría, cuando menos, un ensayo aparte. No hay duda de que en el «constitucionalismo» de ambos autores existen muchos elementos comunes, como, por otra parte, resulta igualmente evidente tanto la distancia de Ferrajoli frente a

Ahora bien, queda claro que este «debéis» no se deriva en forma alguna, ni podría hacerlo, de la definición teórica, ni expresa la obligación de coherencia típica del quehacer científico. El «debéis» se deriva de una obligación moral, de una asunción de responsabilidad que se corresponde con una determinada deontología del trabajo teórico. Tal deontología incluye, por otra parte, un deber de precisión conceptual. Es justamente la «divergencia» entre la validez y la eficacia de las normas «entre el deber ser y el ser del derecho», la que exige la responsabilidad de los juristas y de los teóricos políticos, en la media en que éstos, con sus teorías, contribuyen a construir el «universo artificial» que describen[21].

2. Ferrajoli parece pensar que la única vía para asumir esta responsabilidad consiste en profundizar la investigación sobre los *principia iuris* y exaltar el universalismo de los derechos. Una conceptualización más refinada de los principios fundamentales del derecho permitiría hacer más efectivos los derechos o, al menos, supondría una contribución significativa en dicha dirección. Por otra parte, cuanto más universal sea el lenguaje de los derechos, parece presuponer Ferrajoli, tanto más apto resultará para elaborar formas jurídicas de tutela de los individuos frente a la opresión y a la ingerencia de estructuras públicas y privadas.

En mi opinión, la genealogía secular del concepto de derecho subjetivo no parece alentar este optimismo. Ferrajoli afirma que «al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales». En realidad, el debate sobre el significado de *ius* y sobre la hipotética existencia de una concepción subjetivista de los derechos en el derecho romano está muy avanzado, y el ensayo de Pugliese al que Ferrajoli se remite no me parece contar entre las contribuciones más convincentes[22]. Además,

las inclinaciones cuasi-iusnaturalistas del «primer» Dworkin como de la conclusión cuasi-hermenéutica de *Law's Empire*.

21. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 55.

22. Pugliese sostiene que los derechos de las declaraciones modernas tienen su contrapartida en derechos que provienen de épocas antiquísimas (G. Pugliese, «Appunti per una storia della protezione dei diritti umani»: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* [1989], pp. 619-659). Los casos históricos adoptados parecen probar bien poca cosa. En lo relativo a la tutela del derecho a la vida, por ejemplo, se hace referencia a las formas arcaicas de castigo del homicidio y de las lesiones mediante la autorización de la venganza privada, el talión y, más tarde, la intervención represiva de los poderes públicos. Tales situaciones, que nosotros, *a posteriori*, podemos interpretar como la afirmación de la tutela del derecho a la vida, no demuestran que se hubiese difundido o estuviese en curso de elaboración una noción de este tipo en la antigua

la moderna afirmación del concepto de derecho subjetivo, la elaboración de la acepción subjetiva de *ius*, se relaciona con la experiencia jurídica medieval. El Medievo conoció una proliferación de reivindicaciones de libertad, franquicias e inmunidades por parte de sujetos individuales y colectivos que reclamaban ser reconocidos y tutelados jurídicamente. En el caso paradigmático del ordenamiento inglés, los *rights* —desde la *Magna Charta* al *Bill of Rights*, y posteriormente— se concibieron como antiguos derechos y libertades disfrutados «desde tiempos inmemoriales» por parte de los súbditos ingleses en virtud de su *Ancient Constitution*. Si los orígenes del lenguaje de los derechos están indeleblemente marcados por este particularismo, entonces el recorrido que ha llevado a la elaboración de una noción completamente subjetivista y universalista de los derechos como atributos y poderes «naturales» de los humanos, se revela tortuoso y abierto a resultados paradójicos. En especial, resulta difícil sostener que tanto más distinga una teoría analítica entre el significado subjetivo y el objetivo de derecho, tamo más adecuada resulta para fundamentar la tutela jurídica de los individuos. No es posible hablar de universalismo de forma unívocamente positiva. Presentaré sólo dos ejemplos. El propio Ferrajoli ha demostrado con mucha eficacia que la primera teoría universalista de los «derechos humanos», la de Francisco de Vitoria, legitimó la colonización española de las Indias Occidentales[23]. La definición paradigmática del derecho subjetivo en contraposición al derecho en sentido objetivo (*right* frente a *law*, *ius* frente a *lex*), su atribución a todos los hombres en cuanto tales y la teorización de la igualdad natural son, como también recuerda Ferrajoli, obra de

Mesopotamia, ni en la Grecia clásica ni en la Roma republicana. Por otra parte, Pugliese reconoce explícitamente que la tutela jurídica resultaba notablemente diferenciada con relación al *status* de la víctima y del culpable. No creo, por tanto, que pueda acudirse a esta ensayo para afirmar la «existencia» de derechos humanos en el derecho romano clásico (L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 23). Sobre este tema, cf., del propio Pugliese, «*Res corporales*, *res incorporales* e il problema del diritto soggettivo», en VV.AA., *Studi in onore di Vicenzo Arangio-Ruiz* III, Jovene, Napoli, 1954; M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1962 [trad. castellana de L.-D. Horno Liria, en M. Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, 2 vols., Eunsa, Pamplona, 1981]; Íd., *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrétien, Paris, 1975 (trad. it., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano, 1985); R. Tuck, *Natural Right Theories*, CUP, Cambridge, 1979.

23. Cf. L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Anabasi, Milano, 1995 pp. 15-16 [edición española, «La soberanía en el mundo moderno», en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 127 ss.].

Hobbes. Pero ello sucede en el contexto de una teoría destinada a fundamentar la *renuncia* a los derechos —disponibles para los individuos en cuanto propiedad suya— por parte de los súbditos y a legitimar el Estado absoluto. Por el contrario, Locke tan sólo podrá reproponer la tradicional función de garantía ejercida por los *rights* dentro del marco constitucional inglés reintroduciendo la referencia a la ley natural señalada por Dios y el consiguiente deber de autoconservación[24].

Todo esto acaso no resulte pertinente, salvo en la medida en que invite a la cautela y a la distinción. Más allá de las dificultades y de los incidentes del recorrido, el secular proceso de elaboración de la noción de derechos fundamentales podría, con todo, habernos hecho entrega de un instrumento conceptual fiable. Surge, pese a ello, un nuevo problema. La historia de la elaboración del lenguaje de los derechos, y también la historia de la atribución a los mismos de un valor universal, es una historia típicamente occidental, hasta el punto de que el propio concepto de derecho subjetivo resulta prácticamente intraducible a otras culturas jurídicas y a otras éticas. El lenguaje de los derechos lleva consigo marcas indelebles de «nuestra» tradición política y jurídica y, en particular, de aquellos acontecimientos que se desencadenan a partir de la autonomización del sistema jurídico en la Roma antigua. Resulta, por ello, oportuno preguntarse hasta qué punto los «derechos fundamentales» presentan una validez intercultural.

La referencia a los textos normativos, empezando por la *Declaración Universal* de 1948 no basta para resolver el problema. Antonio Cassese ha demostrado cómo ya en la discusión de 1946-1948, en el seno de las Naciones Unidas, se hizo patente la fuerte impronta occidental del contenido de la *Declaración*[25]. Posteriores Cartas de derechos promovidas por organizaciones internacionales relativas a áreas geográficas que han permanecido durante largo tiempo ajenas a la cultura ilustrado-liberal podrían, sin embargo, considerarse como síntomas de una gran capacidad expansiva por parte del lenguaje de los derechos. La lectura de tales Cartas, sin embargo, muestra una significativa influencia de las tradiciones sobre la forma en que se produce la recepción del lenguaje de los derechos, una forma que resulta difícilmente conciliable con el

24. Me permito remitir, nuevamente, a mi *Il particolarismo dei diritti*, cit., pp. 15-72.

25. Cf. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1988 [trad. castellana de A. Pentimali Melacrino y B. Ribera de Madariaga, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991].

clásico individualismo liberal. La *Carta africana de los derechos del hombre y de los pueblos*, adoptada en 1981 por la OUA, sanciona la protección de la moral y los valores tradicionales, y a la familia como «guardián» de tales valores. En la *Declaración islámica universal* se afirma que los derechos se derivan del pacto ancestral de Dios con los hombres, mientras que la libertad religiosa sólo puede ser ejercida en el ámbito de la ley divina. Igualmente surgen dificultades de traducción en el ámbito de otras grandes tradiciones jurídicas como la hinduista o la confuciana[26]. Ferrajoli debería, quizá, afrontar este problema y aclarar en qué sentido los derechos fundamentales y, en especial, la subcategoría de los «derechos humanos», tienen validez universal. Afirma que su teoría tiene «como referencia empírica a los ordenamientos jurídicos de las democracias modernas»[27], y, por otra parte, afirma que los derechos fundamentales son «universales» en el sentido de que es universal la clase de sus titulares. No aclara si son «universales» en el sentido de que son aceptados, o podrían ser aceptados, por todos los seres humanos, prescindiendo de sus convicciones éticas y de su ubicación cultural[28]. Ferrajoli, por tanto, no se plantea el problema de la traducibilidad del lenguaje de los derechos y de su aceptabilidad fuera del contexto cultural en que ha sido elaborado.

En cualquier caso, aunque los derechos fundamentales lleven las marcas de la herencia jurídica y cultural de la modernidad occidental, revelan, sin embargo, una significativa capacidad de atracción más allá de su cultura de origen. Me pregunto, con todo, si una teoría como la de Ferrajoli favorecerá el debate intercultural. Richard Rorty ha señalado que considerar a los derechos como expresión de una fundamentación última, y presentarse, por tanto, como portadores de una verdad normativa no es el mejor modo de comenzar tal diálogo[29]. En absoluto rigor, la teoría de Ferrajoli, en

26. Cf. D. Zolo, *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. de R. García y F. Serra, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 161-169; F. Belvisi, «Universal Legal Concepts? A Critic of "General" Legal Theory»: *Ratio Iuris* 9 (1996); R. Rouland, «I fondamenti antropologici dei diritti dell'uomo»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV/LXXV-2 (1998), pp. 263-278.

27. L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 166.

28. Esta distinción ha sido elaborada por Enrico Diciotti en una intervención en un seminario. Le agradezco que me haya permitido consultar la primera versión de su ensayo en curso de elaboración.

29. Cf. R. Rorty, «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», en S. Shute y S. Hurley (eds.), *De los derechos humanos...*, cit., pp. 117-137; Íd., «Giustizia come lealtà più ampia»: *Filosofia e questioni pubbliche* II/1 (1996).

la medida en que se inspira no en una «fundamentación última» sino en una definición formal, no debería verse alcanzada por estas críticas. Creo, sin embargo, que existe, al menos, un asunto problemático. Creo que puede defenderse que la teoría de Ferrajoli tiene en común con la de Dworkin la concepción de los derechos fundamentales como *trump cards*, como «triunfos» que prevalecen sobre cualquier objetivo social. Un autor como Amartya Sen, convencido de la validez universal de los derechos humanos, ha sostenido que esta concepción vuelve problemática la «aceptabilidad política y social» de los derechos humanos que depende «de forma considerable de su capacidad de resultar convincentes»[30]. Cuando se impugnan determinados derechos —por ejemplo, los derechos civiles y políticos en los países pobres y los derechos relacionados con la esfera sexual y reproductiva en los países con altas tasas de natalidad— en nombre de intereses sociales fundamentales, una teoría que afirme de forma inflexible la existencia de los derechos como «triunfos», corre el riesgo de no resultar la solución más eficaz. Parece más adecuado un equilibrio entre los derechos y ciertos objetivos sociales fundamentales (como, por ejemplo, la superación de la pobreza). De otro lado, la exigencia de debate intercultural señala, igualmente, la necesidad del proceso de interpretación y el carácter irreductiblemente polisémico del lenguaje normativo. Si el propio concepto de derecho subjetivo resulta difícilmente traducible, me pregunto en qué podría ayudarnos una definición más rigurosa. El problema sigue estribando en un paciente proceso interpretativo.

En términos más generales, el enfoque universalista podría inducir dos efectos no deseados. En primer lugar, podría proporcionar, paradójicamente, argumentos a las difundidas resistencia frente a los intentos de extender en el nivel internacional los espacios de libertad y tutela de los individuos y podría, de esta forma, acercar a los teóricos autoritarios de los *Asian Values* a los movimientos de resistencia a la homologación y de defensa del pluralismo cultural. En segundo lugar, si, en el pasado, la religión laica de los derechos acompañó a la conquista del mundo por parte de occidente, hoy, el principio de los derechos humanos puede constituir una justificación ideológica de proyectos de nuevo orden global y de estabilidad hegemónica. Existen numerosos síntomas de la tendencia a considerar a los derechos humanos como primer

30. A. Sen, «Legal Rights and Moral Rights: Old Questions and New Problems»: *Ratio Iuris* 9/2 (1996), p. 154.

principio de la ética internacional, jerárquicamente superior al rechazo de la guerra con que se abre la carta de las Naciones Unidas, y a legitimar nada menos que abiertas violaciones del derecho internacional «positivo». Me refiero, por ejemplo, a las recientes tesis de Antonio Cassese[31] o a los argumentos que Habermas adopta en favor de las intervenciones militares «humanitarias»[32]. Creo que mantener despierta la conciencia de que el lenguaje de los derechos subjetivos, incluidos los fundamentales, lleva las marcas de la cultura en que fue elaborado, resulta un antídoto útil frente a un nuevo «fundamentalismo de los derechos». Frente a estos problemas no creo que existan alternativas al difícil y paciente diálogo intercultural, a la tarea de «traducción» y clarificación entre las diferentes culturas jurídicas y las diferentes experiencias políticas. Exactamente lo que los más autorizados exponentes de la cultura occidental *no* hacen.

3. Ferrajoli, en su réplica, hace implícitamente suya una importante tesis de Bobbio, cuando afirma que el derecho «es el producto [...] de las diversas generaciones de luchas y revoluciones que históricamente lo han modelado, incorporándole otras tantas generaciones de derechos fundamentales»[33]. Esta idea queda, sin embargo, como telón de fondo de sus argumentos. Pienso que debería, por el contrario, otorgársele mayor valor, puesto que, efectivamente, permitiría ver con una luz al menos parcialmente diferente, algunas de las tesis de Ferrajoli.

Me parece que uno de los problemas que Ferrajoli afronta, por así decir, de forma oblicua es el de la distinción entre el lenguaje de los derechos y el lenguaje de los deberes, y entre la noción subjetiva de «derecho» y la noción objetiva. Como es sabido, buena parte del positivismo formalista de los siglos XVIII y XIX tiende a reducir el derecho subjetivo al derecho objetivo, en el sentido de afirmar la prioridad del derecho estatal sobre los derechos subjeti-

31. Cf. A. Cassese, «Ex iniuria ius oritur. Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitaria Countermeasures in the World Community?»: *European Journal of International Law*, 10 (1999).

32. Cfr. J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996 [trad. castellana de J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 161 ss.; trad. ital., *L'inclusione dell'alltro*, Fetrinelli, Milano, 1998, pp. 192-200, 213-215]; Íd., «Bestialität und Humanität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral»: *Die Zeit* 18 (1999) [trad. it. en VV.AA., *L'ultima crociata?*, Libri di Reset, Roma, 1999].

33. L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 171.

vos. Sin embargo, autores tan diferentes entre sí como Alf Ross, Herbert Hart o Neil MacCormick han criticado la tesis de la reducción de los derechos al correlato de los deberes, afirmando que existe una irreductible excedencia semántica[34]. Creo, además, que a este excedencia semántica del lenguaje de los derechos sobre el lenguaje de los deberes se añade una excedencia simbólica. Massimo La Torre ha sostenido, a mi juicio, oportunamente, que una sociedad en la que no se conocieran derechos, sino sólo obligaciones, asistiría «al predominio de las normas sociales (y jurídicas) sobre los individuos y su autonomía»[35]. La imagen de una sociedad que ignora la noción de derechos es la metáfora distópica a través de la cual Joel Feinberg ha puesto en relación la noción de derecho subjetivo con «the activity of claiming». Para Feinberg, el uso característico de los derechos es el de «ser pretendidos (*claimed*), reclamados, afirmados, reivindicados»; y, lo que es más importante, «es el acto de reivindicar el que confiere a los derechos su específico significado moral» en el sentido de que «tener derechos nos permite "ponernos de pie como hombres", mirar a los demás a los ojos y sentirnos fundamentalmente iguales a cualquier otro»[36]. Creo que es este rasgo el que hace al lenguaje de los derechos particularmente adecuado para asumir la perspectiva *ex parte populi*, para expresar, por hacer uso de una feliz expresión de Ferrajoli, «las razones de abajo, frente a las razones de arriba». Me pregunto si Ferrajoli comparte esta idea de la irreductibilidad del lenguaje de los derechos al lenguaje de los deberes y hasta qué punto su definición formal tiene en cuenta este elemento[37].

34. Cf. A. Ross, *On Law and Justice*, Steven & Sons, London, 1958, pp. 158-159 [trad. castellana *Sobre el Derecho y la Justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, pp. 152 ss.]; H. L. A. Hart, *Are there any Natural Rights?*, ahora en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, OUP, Oxford, 1984, pp. 80-83 [trad. castellana «¿Existen los derechos naturales?»: *Revista de Estudios Públicos* [Santiago de Chile] 37 (1990)]; N. MacCormick, «Rights in Legislation», en P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977.

35. Cf. M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 338.

36. J. Feinberg, «The Nature and Value of Rights», en Íd., *Rights, Justice, and the Bonds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 1980, p. 159.

37. Parecería que la respuesta debe ser negativa, dado que Ferrajoli aclara que su crítica a Kelsen no se refiere a «la definición de derecho subjetivo como expectativa que implica una obligación o una prohibición correspondiente —o, como escribe Kelsen, como "reflejo" de tal obligación o prohibición—» (L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales en la teoría...», *supra*, p. 187).

Creo que la pregunta resulta pertinente dado que tengo la impresión de que es este elemento, que acaso sea una típica expresión de la cultura occidental, el que resulta más fácilmente reconocido y valorado desde el interior de otras culturas. Ciertos autores que se han planteado el problema de la «traducción» del lenguaje de los derechos, han propuesto como solución la búsqueda de comunes exigencias de justicia o de códigos normativos trascendentes. Creo que terminarían por resurgir los mismos problemas de traducción, y me parece mucho más viable un camino alternativo: valorizar la idea de la reivindicación, de la búsqueda de reconocimiento, de oposición al poder y a la opresión. El elemento tendencialmente universalista de los derechos fundamentales no creo que pueda buscarse tanto en su contenido —o en su estructura formal— como en el empeño de afirmarlos, reivindicarlos y movilizarse para obtenerlos. En numerosas situaciones los individuos y los grupos tienden, de forma más o menos espontánea, a desear someterse, a encontrar seguridad en la dependencia. Ahora bien, lo que probablemente las «otras» culturas —o, mejor dicho, los oprimidos dentro de las «otras» culturas— reconocen en el lenguaje occidental de los derechos es justamente la valorización de este gesto, cuando menos igualmente humano, de alzarse y reaccionar, de afirmar su propia dignidad. Y, al tiempo, reconocen la versatilidad y la posibilidad de conceptualizar necesidades, intereses y expectativas, de forma que puedan identificarse técnicas jurídicas para protegerlos. Algo semejante a la kantiana «salida de la minoría de edad». Una idea que, en lugar de quedar como una aspiración utópica, puede traducirse, en virtud del lenguaje de los derechos, en la exigencia de elaborar, activar o hacer efectivas determinadas técnicas jurídicas.

4. Considero, por último, que una concepción de los «derechos activos» constituye uno de los elementos que integran una noción de ciudadanía inmune, cuando menos, a algunos de los rasgos particularistas que llevan a Ferrajoli a rechazarla y a proponer su superación. Para Ferrajoli, como es sabido, la ciudadanía representa «el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales»[38]. Algunas interpretaciones críticas sobre el

38. L. Ferrajoli, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en Íd., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, ²2001, p. 117.

ensayo de Ferrajoli han puesto de relieve los posibles efectos perversos que se derivarían de la abolición de la ciudadanía en presencia de una aplicación integral de la teoría ferrajoliana de los derechos[39], y los riesgos conexos a la perspectiva una «"democracia constitucional" de dimensiones planetarias»[40]. Me limitaré, aquí, a indicar que la renuncia a la búsqueda del «fundamento absoluto» de los derechos y la problematización del universalismo de los derechos fundamentales, en el sentido de la universalidad de su aceptación, deberían, igualmente, aconsejar una mayor cautela sobre la relación entre derechos y ciudadanía, y no sólo en referencia al problema de la eficacia. Ahora bien, querría destacar otro asunto: la ciudadanía, entendida en el sentido marshalliano de «pertenencia plena a una comunidad» no implica necesariamente las valencias organicistas, patrioteras y etnicistas que Ferrajoli le atribuye. Por el contrario, la negación del nexo entre derechos y pertenencia corre el riesgo de empobrecer el patrimonio de los valores políticos de la cultura democrática. El sentirse-parte-de remite *también* a valores progresivos, como la autonomía, la solidaridad y la reciprocidad. La *membership* no significa sólo particularismo agresivo y hostilidad frente al «otro», puede también querer decir rechazo a la homologación y defensa de la pluralidad cultural y política.

Las concepciones organicistas, genealógicas y etnicistas de la identidad política vienen desmentidas por la investigación etnológica e historiográfica. Ni la etnia ni —con mayor razón— la nación resultan asimilables a un dato biológico, sino que son, más bien, entidades artificiales, construidas cultural y políticamente[41]. Igualmente oportuna parece una toma de distancia frente a las posiciones de los comunitaristas que teorizan una «obligación de pertenencia» a la comunidad en la cual se ha sido educado y el deber de compartir los valores morales. Se trata de imponer a los individuos una sobrecarga ética y se prescinde de los procesos mediante los cuales, en la modernidad occidental, el individuo se forma incluso *contra* la identidad colectiva.

39. Cf. M. Jori, «Ferrajoli sobre los derechos», *supra*, pp. 131-137.

40. Cf. D. Zolo, «Libertad, igualdad y propiedad», *supra*, pp. 98-104.

41. Cf. B. Anderson, *Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, Verso, London, 1983 [trad. castellana de E. L. Suárez, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, FCE, México, 1993]; E. Gellner, *Nations and Nationalism*, Basil Blackwell, Oxford, [trad. castellana de J. Setó, *Naciones y nacionalismo*, Alianza, Madrid, 1988]); E. J. Hobsbawm, *Nations and Nationalism Since 1780*, CUP, Cambridge, 1990 [trad. castellana de J. Beltrán, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Crítica, Barcelona, 1991]; A. D. Smith, *The Ethnic Origins of Nations*, Basil Blackwell, Oxford, 1986 (trad. it., Il Mulino, Bologna, 1992).

Ahora bien, que las concepciones organicistas y las comunitaristas de ciudadanía no resulten aceptables no significa que no sea posible señalar alternativas[42]. Ronald Dworkin ha propuesto una noción de *liberal community* que respeta la autonomía individual en la medida en que la vida común de la comunidad política se identifica con sus actos políticos y jurídicos oficiales y los ciudadanos constituyen una entidad colectiva en la medida en que actúan siguiendo determinados procedimientos[43]. Otro teórico por encima de toda sospecha de relativismo y comunitarismo, Jürgen Habermas, ha admitido que los ciudadanos tienen derecho a conservar las características de la «forma de vida» a la que pertenecen. Ahora bien, en las democracias modernas, la identidad colectiva prescinde de referencias al *ius sanguinis* y remite, en cambio, a la cultura política y a los principios constitucionales. Según Habermas, la ciudadanía moderna se declina, por tanto, en términos político-jurídicos, y la única forma aceptable de patriotismo es el «patriotismo de la constitución». La concepción habermasiana de la ciudadanía valora particularmente los derechos políticos, en cuanto derechos «reflexivos», que permiten obtener otros derechos y en la medida en que, a diferencia de los derechos civiles y sociales, no pueden ser concedidos paternalistamente[44]. Si bien el intento ha-

42. Me mantengo, aquí, en el terreno normativo aunque resulta obvio que la cuestión de la pertenencia posee implicaciones de otro tipo. Más concretamente, en las modernas sociedades complejas y diferenciadas actúan mecanismos sistémicos que tienden a producir un sentido de pertenencia no problematizado. Me permito remitir, a este respecto, a una anterior contribución a esta revista: «Le ragioni dell'appartenenza»: *Teoria Politica* XII (1996). Quiero destacar también que no entiendo, aquí, «ciudadanía» en el sentido restringido de ciudadanía nacional (aunque estoy bien lejos de considerar al Estado nacional como una formación política obsoleta). Creo que mis observaciones valen *a fortiori* para formas regionales de ciudadanía, como la europea, y que no excluyen la perspectiva de pertenencias múltiples, desde el nivel local hasta, justamente, el nivel supranacional.

43. Cf. R. Dworkin, «The Liberal Community»: *California Law Review* 77/3 (1989) [trad. castellana de C. Montilla, *La Comunidad Liberal*, Uniandes, Santa Fe de Bogotá, 1996].

44. Cf. J. Habermas, «Complementos y estudios previos» en Íd., *Facticidad y validez*, cit., p. 628. Las virtudes progresivas de la noción de ciudadanía aparecen también en las contribuciones de los constitucionalistas americanos que se inspiran en la tradición republicana de la primera modernidad. Frank Michelman, por ejemplo, se ha separado de los juristas que critican las leyes lesivas de la libertad sexual únicamente en nombre del principio de *privacy*. Prohibir la homosexualidad o vetar ciertas prácticas no significa sólo entrometerse en una dimensión privada intangible, sino también inhibir «una modalidad o una de las modalidades de existencia que constituyen y caracterizan la personalidad». De este modo, se impide el desarrollo de «un aspecto de la identidad que exige respeto» negando, así, la ciudadanía a

bermasiano de mantener a un tiempo el particularismo de la pertenencia y el universalismo de los derechos, remite a la idea de que los derechos del hombre y la democracia poseen un valor universal en la medida en que pueden fundarse desde los presupuestos cuasi-trascendentales de la comunicación lingüística.

Renunciar a un fundamento de este tipo, ¿implica renunciar a todo intento de elaboración de una noción político-jurídica de pertenencia? Creo que es posible extraer ciertas indicaciones a este respecto de algunos autores adscritos a la tradición «republicana» del pensamiento político de la primera modernidad. El interés de la concepción «republicana» estriba, principalmente, en un elemento activista —por otro lado, implícito en el uso del término *citizenship* en la lengua inglesa— y en el énfasis otorgado al sentimiento de pertenencia a instituciones, a formas asociativas y comunicativas, antes que a comunidades orgánicas o a formas de vida étnico-culturales. De esta idea podrían deducirse indicaciones para plantear una noción «política» de pertenencia. «Política», en primer lugar, en el sentido de que se trata de una concepción no organicista ni etnicista y, en segundo lugar, en el sentido de que reconoce el valor especial de los derechos políticos. Desde la perspectiva de la tradición republicana, la pertenencia no radica ni en genealogías ni en identidades étnicas, ni en éticas comunitaristas sino, más bien, en la lealtad democrática —y, por tanto, crítica— a principios jurídicos e instituciones políticas. Ahora bien, a diferencia del modelo universalista habermasiano, esta lealtad se dirige a una *particular* república democrática[45].

Pero, sobre todo, existe un aspecto de la reflexión republicana sobre la ciudadanía que me parece particularmente importante y que muchos teóricos contemporáneos del republicanismo minusvaloran. En los *Discursos*, Maquiavelo expresa una tesis teórica revolucionaria conforme a la cual, la libertad y el poder de Roma han sido el resultado del conflicto político[46]. Las «leyes y órdenes en beneficio de la libertad pública» surgen en la Roma republicana

determinados individuos. Desde esta perspectiva, la *privacy* resulta valiosa en cuanto derecho político y se relaciona con la ciudadanía (cf. F. Michelman, «Law's Republic»: *The Yale Law Journal* 97 [1988], pp. 1533-1535).

45. Para una introducción general al debate sobre la tradición republicana, cf. M. Geuna, «La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali»: *Filosofia politica* XIV/1 (1998), que posee el gran mérito de subrayar las diferenciaciones internas dentro de la propia tradición.

46. N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, I.4, trad. española de A. Martínez Arancón, Alianza, Madrid, 1987, pp. 38-40.

como resultado de una movilización activa de la plebe, como producto del choque entre los dos «espíritus» fundamentales de la ciudadanía: el de los patricios que afirma su deseo de poder y el del pueblo que defiende su libertad, resistiéndose al dominio y a la interferencia arbitraria. Esta valoración positiva del conflicto es cualquier cosa menos unánime entre los autores de la tradición republicana, aunque reaparece en autores como Algernon Sidney, Baruch Spinoza y Adam Ferguson, vinculándose con el lenguaje de los derechos[47]. Se dibuja de esta forma una concepción de los derechos que no expresa un comunitarismo exclusivo, sino el activismo, el conflictualismo y el sentido de una identidad colectiva «política», y que se encamina a la tutela del individuo frente al poder.

Creo que, también con referencia a esta tradición de pensamiento político, resulta posible perfilar una concepción de la ciudadanía que no remita a implicaciones particularistas y exclusivistas, ni a referencias etnoculturales. La *citizenship* puede ser vista como el perímetro dentro del cual se reivindican y se conquistan los derechos, el cuadro institucional de la «lucha por los derechos». Por otra parte, el propio disfrute de los derechos no está garantizado de una vez para siempre. Incluso dentro de las «ciudadanías privilegiadas» de Occidente, la titularidad formal se estabiliza y deviene efectiva, en muchos casos, sólo mediante una constante movilización política, apareciendo, en todo caso, expuesta siempre al riesgo de una vuelta a la ineficacia. Y ello en mayor medida para los estratos más débiles, para los marginados y los extranjeros. Incluso desde este punto de vista del universalismo de los derechos, se trata de una conquista conflictiva, nunca definitivamente obtenida, por lo que el concepto de ciudadanía se revela como algo más que una anacrónico privilegio.

47. Me veo obligado, nuevamente, a remitirme a *Il particolarismo dei diritti*, cit., pp. 169-179.

2

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA EN LA TEORÍA DE FERRAJOLI. UN ACUERDO GLOBAL Y UNA DISCREPANCIA CONCRETA

Michelangelo Bovero

La última serie de contribuciones al debate iniciado hace dos años en la revista *Teoria Politica* con la publicación del ensayo de Luigi Ferrajoli sobre los «Derechos fundamentales»[1], ha centrado su atención sobre dos temas, vinculados entre sí: el fundamento de los derechos y la relación entre los derechos y la democracia. No pretendo intervenir directamente en la discusión sobre los mismos, sino, más bien, retomar ciertos elementos de cada uno para desarrollar dos series de reflexiones: respecto del primero, para intentar reconstruir el significado más general de la propuesta teórica de Ferrajoli, considerándola desde la perspectiva de las enseñanzas de Bobbio sobre los derechos; respecto del segundo, para retomar brevemente una discusión sostenida con Ferrajoli hace ya algunos años sobre la noción de «democracia sustancial». De la primera serie de reflexiones se deduce mi adhesión global y (por así decirlo) sustancial a las tesis de Ferrajoli sobre los derechos, y al espíritu de la concepción jurídico-política que en ellas se basa; de la segunda, se pondrá de relieve un discrepancia concreta y (por así decirlo) formal, circunscrita pero no secundaria, relativa a la gramática del concepto democracia.

1. Aparecido en *Teoria Politica* 2 (1998), en el que se publica también la primera serie de contribuciones, *supra*, pp. 19-73. El debate fue retomado posteriormente en el n.º 1 de 1999, y continuado en el n.º 2 del 2000 [*supra*, pp. 75-213 e *infra*, pp. 243-285].

1. *Derechos fundamentales: ¿en qué sentido?*

La propuesta teórica de Ferrajoli relativa a los derechos fundamentales se inscribe, por un lado, en la teoría formalizada del derecho en cuya elaboración y perfeccionamiento el autor trabaja desde hace muchos años; por otro, pero de manera estrechamente vinculada al primero, constituye un desarrollo específico de su reflexión, también ésta largamente elaborada, sobre el significado esencial del constitucionalismo y del «garantismo», o bien, de la que Ferrajoli llama «democracia constitucional», entendida como «un complejo sistema de reglas, vínculos y equilibrios» que incluye «al parlamentarismo y, también, al Estado social, la división de poderes y, también, la garantía de los derechos»[2]. De acuerdo con Ferrajoli, se trata de «un modelo de democracia resultado de un radical cambio de paradigma ocurrido en el ámbito del derecho en los últimos 50 años»[3]. La verdadera «invención» del siglo XX fue la «rigidez de las constituciones [...] y, por ello, la sujeción al derecho de todos los poderes, incluido el legislativo, tanto en el ámbito del derecho interno, como en el del derecho internacional. Su sujeción, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva, en primer lugar, a los derechos fundamentales, que se establecieron tanto en las constituciones estatales como en el embrión de constitución mundial que representan la Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos»[4]. El nuevo «paradigma garantista» consiste esencialmente en la idea de constitución como «*derecho sobre el derecho* que no se limita a programar únicamente las *formas* de producción del derecho [...], sino que programa, además, sus *contenidos* sustanciales», especialmente a través de «la estipulación de aquellas normas que son los «derechos fundamentales»: es decir, de los derechos elaborados por la tradición iusnaturalista, durante el nacimiento del Estado moderno, como «innatos» o «naturales» que se convirtieron, una vez establecidos por aquellos contratos sociales en forma escrita que son las modernas constituciones, en derechos positivos de rango constitucional»[5].

2. Cito de L. Ferrajoli, «La democrazia costituzionale», en P. Vulpiani (ed.), *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Armando, Roma, 1998, p. 55; pero cf. el apartado final del ensayo «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 52-56.
3. L. Ferrajoli, «La democrazia costituzionale», cit., p. 55.
4. *Ibíd.*, p. 56.
5. *Ibíd.*, p. 58.

A pesar de estas precisas y pertinentes referencias a la evolución jurídico-política de la modernidad, reiteradas por Ferrajoli en muchas publicaciones recientes, y a su culminación (ideal) gracias al último «cambio de paradigma» en el ensayo que ha dado origen al debate en *Teoria Politica*, el autor pretende que su definición de «derechos fundamentales» —concebidos como «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar»[6]—, junto a la tipología de los derechos construida a partir de aquélla, tenga validez general, evitando, por tanto, toda referencia específica al mundo moderno. Creo que esta pretensión de validez general, si bien es completamente legítima y, en su contexto, bien argumentada, termina por obscurecer lo que, a mi juicio, es el significado más relevante de la noción de «derechos fundamentales», ligado, precisamente, a la génesis moderna de esta clase de derechos, a su imposición como innovación revolucionaria, es decir, justamente, como esa «novedad» sobre la que el mismo Ferrajoli, por otro lado, no se cansa de insistir. Me parece, pues, que existe una cierta tensión (tal vez, sólo aparente) entre la pretensión de alcance general de la definición ferrajoliana de «derechos fundamentales» y el carácter históricamente innovador, reconocido y subrayado por el mismo Ferrajoli, de la clase de derechos definidos por ella.

Si he entendido bien, la validez general de la definición se deriva de su (doble) carácter exclusivamente teórico y puramente formal[7]. En tanto teórica, es decir abstracta, no formulada para describir datos de la experiencia concreta, aunque, obviamente, construida a partir de ella, la definición no dice que en todos o en algunos ordenamientos hay derechos (considerados o considerables como) fundamentales, sino más bien que algunos (una cierta clase de) derechos, existentes o no en uno u otro ordenamiento concreto, son (considerables como) fundamentales ya que presentan algunas características distintivas frente a otros (o a otras clases de) derechos «no-fundamentales» (lo que no quiere decir, obviamente, que puedan descuidarse, o que sean «no-derechos»), y que tales

6. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 19.

7. Además de ser teórica y formal, la definición de Ferrajoli pretende ser rigurosamente no-normativa: en cuanto tal, la definición no dice que (ciertos) derechos fundamentales «deben» ser adscritos a las personas, los ciudadanos o los sujetos capaces de obrar, sino que son (definibles como) derechos fundamentales los derechos eventualmente adscritos a las personas como tales o como ciudadanos o como sujetos capaces de obrar.

características derivan de (están implícitas en) la adscripción de dichos derechos a las personas como tales, o como ciudadanos o capaces de obrar. En cuanto formal, es decir, no referida al contenido específico de los derechos adscritos por uno u otro ordenamiento a determinadas clases de sujetos —personas, ciudadanos o capaces de obrar—, la definición no dice que sean fundamentales el derecho a la vida, la libertad de culto, al voto, o la educación, etc., porque la vida, la libertad, etc., son (considerados como) bienes «fundamentales» por esos sujetos, sino, más bien, que son (considerables como) fundamentales algunos derechos, sin importar cuáles sean, si y en la medida en la que están adscritos a las personas, los ciudadanos o los capaces de obrar, y es, en ese sentido, en el que son considerados fundamentales por el ordenamiento que los adscribe a dichos sujetos, es decir, porque son constitutivos de la *identidad* de la persona, del ciudadano o del capaz de obrar. De todo esto Ferrajoli deduce que la definición que propone «es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos»; es decir que su «valor teórico» es «del todo independiente de los sistemas jurídicos concretos, e incluso de la experiencia constitucional moderna». No sólo esto, la definición permitiría reconocer que «al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales [definidos de esta manera], si bien la mayor parte limitados a clases bastante restringidas de sujetos»[8].

Pero, entonces, ¿qué significa en el discurso de Ferrajoli que son «fundamentales» los derechos atribuidos —normalmente, pero no sólo y no necesariamente, en las constituciones modernas— a los individuos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar? ¿Cuál es el significado del adjetivo? Para Ferrajoli significa que estos derechos, sea cual sea su contenido, son *universales* —«en el sentido puramente lógico y no-valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos titulares de los mismos»[9]— *y por ello inalienables y no disponibles*. Por ejemplo, si un ciudadano italiano pudiera alienar su derecho fundamental a votar, ya no se podría decir que, de conformidad con el ordenamiento italiano, dicho derecho corresponde a «todos» los ciudadanos. En otras palabras, que un derecho sea (considerable como) fundamental significa, si entiendo bien la propuesta de Ferrajoli, que dicho derecho caracteriza a *todo*

8. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 21, 23.
9. *Ibíd.*, p. 20.

sujeto calificado (dependiendo de los casos) como persona, ciudadano o capaz de obrar, en el sentido de que dicho sujeto perdería su identidad jurídicamente reconocida de persona, ciudadano o capaz de obrar, si alienara ese derecho. Con notable simplificación, pero justificada por la antítesis que Ferrajoli establece entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales (por cierto, plenamente convincente desde mi punto de vista), se podría decir que son fundamentales los derechos que no se pueden comprar ni vender. Dentro de este marco de categorías, la selección del adjetivo «fundamental» para calificar esa clase de derechos, universales y no disponibles, parece expresar la idea de que tales derechos son eminentemente «no-contingentes», fuertemente anclados a las identidades jurídicas (*status*) principales, atribuidas a diversas (y diferentemente extendidas) clases de sujetos humanos por los distintos ordenamientos. Ahora bien: la caracterización de los derechos fundamentales (de esa clase de derechos, universales y no disponibles, calificados con ese adjetivo) como «no-contingentes» es ciertamente compartible; pero tal vez no es por esa razón, o tal vez no sólo ni sobretodo por eso, por lo que tales derechos son considerados (o considerables), de manera apropiada y oportuna como «fundamentales». Considero que recuperando el significado de este adjetivo que se vincula de manera más directa a la que Bobbio ha llamado la «revolución copernicana» de la modernidad jurídica y política, y poniéndolo incluso en un primer plano, la misma propuesta teórica de Ferrajoli relativa a los derechos fundamentales podría adquirir mayor fuerza de persuasión, sin necesidad de modificación alguna. Podría, incluso, mantenerse, en un cierto sentido, la pretensión de validez general de la definición: en el sentido de que los ordenamientos premodernos, como los de tipo totalitario, resultarían rigurosamente definidos como carentes de derechos fundamentales. Quisiera, por ello, en los siguientes apartados, plantear las premisas para una reconsideración de la teoría de Ferrajoli desde de las enseñanzas de Norberto Bobbio.

2. *Derechos «anteriores» a los deberes*

Del simple título del libro de Bobbio, *El tiempo de los derechos*[10], se pueden extraer dos indicaciones. La primera, evidente e inmediata, es que los derechos tienen un tiempo, no se trata, pues, de entidades

10. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 57.

naturales eternas o asimilables a las ideas platónicas que se encuentran fuera del tiempo, sino de fenómenos que pertenecen al mundo histórico y en éste deben ser ubicados y estudiados —en su génesis, en su diverso desarrollo, en su variada fenomenología, en su diferentes suertes y desventuras—, pero, con mayor precisión, quiere decir que tales derechos pertenecen a una determinada época histórica. La segunda indicación, más implícita e indirecta, es que no es estrictamente indispensable añadir un adjetivo al sustantivo «derechos» para entender de qué derechos estamos hablando. En el libro de Bobbio, ciertamente, no se habla de derechos en general, de derechos de todo tipo, sino de un determinado tipo de derechos cuya concepción, reivindicación y reconocimiento positivo caracteriza a la edad moderna, precisamente por eso considerada y redefinida por Bobbio como «el tiempo de los derechos». Derechos «por antonomasia», podríamos decir siguiendo las indicaciones de Bobbio, son los derechos que *no* se derivan de la existencia de determinados deberes lógicamente anteriores a ellos, sino que, al contrario, son concebidos (y estipulados) como originarios y, por tanto, ellos mismos fundadores respecto de una cierta clase de deberes, que se derivan lógicamente de ellos. Toda norma, explica Bobbio, es de tipo imperativo-atributivo: mientras impone un deber a un sujeto, atribuye un derecho a otro. Pero ¿cuál es el *prius* lógico, y cuál el *posterius*? Las concepciones jurídico-políticas premodernas consideran, en general, preeminente la dimensión imperativa de la norma, y, por lo tanto, conceden prioridad lógica al deber sobre el derecho. Son concepciones modernas las que consideran prevalente la dimensión atributiva y, por ello, otorgan prioridad lógica al derecho sobre el deber o, mejor dicho, a *ciertos* derechos sobre ciertos deberes; aunque se podría decir incluso: sobre *todo el código* de deberes. *¿Cuáles* son estos derechos? Son los que el individuo como tal puede reivindicar *ante, contra* o, en cualquier caso, *en relación* con la colectividad y con el poder que la gobierna. En una concepción de la convivencia como algo artificial, construido, que es la visión propiamente moderna, los derechos representan las condiciones según las cuales el individuo se vincula al colectivo, o bien, asume la obligación de obedecer las decisiones colectivas: son las cláusulas de su adhesión al «contrato social». Los derechos que pretenden tener una prioridad sobre los deberes, los derechos que el individuo reivindica frente a la sociedad y que caracterizan al tiempo de los derechos, coinciden con los que Ferrajoli, como Bobbio, llama «derechos fundamentales». Desde la perspectiva planteada por Bobbio, los derechos fundamentales son tales, o bien es sensato llamarlos así, no porque tengan un (sólido)

fundamento, sino porque —independientemente del hecho que puedan o deban tenerlo y de las relativas e infinitas controversias entre los filósofos— son asumidos como fundamento de todo un orden jurídico-político en las cartas constitucionales. De ahí la invitación formulada por Bobbio para reflexionar no tanto, y no sólo, sobre el fundamento que *tienen* o pueden tener los derechos fundamentales, sino, sobre todo, sobre el fundamento que ellos mismos *son* o pretenden ser.

Este significado del adjetivo «fundamental» aplicado al sustantivo «derechos» me parece particularmente acorde con la concepción jurídico-política de Ferrajoli; y no sólo esto, es perfectamente congruente también con lo que él mismo sostiene contra la tesis de Gerber, según la cual los «derechos públicos» de los individuos no son otra cosa que los «efectos reflejos» del poder estatal. Esta tesis, afirma Ferrajoli, «contradice no sólo el paradigma iusnaturalista de los derechos fundamentales como *prius* lógico y axiológico, fundante y no fundado, en relación con al artificio estatal, sino también el paradigma constitucional, que al positivizar tales derechos los ha configurado como vínculos y limites a los poderes públicos en su conjunto. Poderes públicos de cuya legitimidad los derechos fundamentales son, precisamente, el fundamento y no a la inversa»[11]. En lo relativo a la tensión que, me parece, puede existir entre esta concepción de los derechos fundamentales, que los circunscribe a la edad moderna anclándolos en la lógica del constitucionalismo, y la pretensión de validez general de la definición propuesta por Ferrajoli, ésta sólo puede ser resolverse, como ya he adelantado antes, reconociendo que en los ordenamientos pre-modernos, antecesores del constitucionalismo, al igual que en los de corte totalitario, *no existen* «derechos fundamentales» tal como son definidos por la propuesta de Ferrajoli, integrada con las observaciones sugeridas por Bobbio, sobre la «prioridad» de tales derechos respecto a los deberes. Aceptando esta integración, resulta totalmente insostenible plantear que los «derechos fundamentales», definidos de esta manera, «siempre hayan existido, desde el derecho romano»: la idea misma de derechos fundamentales como derechos «anteriores a los deberes» puede concebirse sólo a partir de una concepción individualista de la sociedad y artificial del Estado, que nace en la edad moderna.

Ahora bien, en el lenguaje común, la expresión «derechos fundamentales» ha sido, por un lado, superada y confundida por otro,

11. «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 27-28.

con la de «derechos humanos». Desde que entró a formar parte del lenguaje cotidiano (lo que no ocurrió hace mucho tiempo), esta última expresión se ha convertido en el conducto de una noción vaga e imprecisa, tan ambigua como proclive a usos retóricos polivalentes y divergentes (como los de los católicos y los laicos). Ello no significa que no se pueda proponer la fórmula «derechos humanos» en un sentido riguroso, apropiado y oportuno, y por ello distante de la vaguedad retórica del sentido común: en la articulada tipología de los derechos construida por Ferrajoli, se utiliza, pero no para indicar todo el conjunto de los derechos fundamentales —que son, si se asume la lección de Bobbio, los derechos individuales típicamente modernos, «anteriores a los deberes»—, sino una sub-especie particular dentro de aquél. De cualquier manera, tendremos que hacer un ajuste de cuentas con la acepción más difundida de la fórmula «derechos humanos» que, por el contrario, se refiere de manera genérica al conjunto de los derechos que caracterizan al «tiempo de los derechos». Quizá no resulte inútil realizar en este momento un breve inventario de los adjetivos utilizados a lo largo de las diversas etapas de la modernidad y por distintas corrientes culturales para calificar a esos derechos[12].

3. *Los adjetivos de los derechos*

El primer «adjetivo de los derechos» puede encontrarse fácilmente en la expresión clásico-moderna de «derechos *naturales*» (de la cual es una simple variante la fórmula «derechos innatos»). Con esta fórmula, los iusnaturalistas modernos designaban exclusivamente a todos los derechos individuales *anteriores* a toda asociación y *superiores* a todo ordenamiento positivo, presuponiendo su existencia extra-temporal y afirmando la posibilidad de ser conocidos mediante la mera razón, también llamada «natural». Es evidente que la noción de derechos naturales está vinculada con la concepción iusnaturalista como tal, en sus diversas formas y reformulaciones (existe y se termina con ella). Una especie de traducción positivista de la idea de derechos naturales puede reconocerse en la noción de «derechos *públicos subjetivos*» construida por la iuspublicística alemana del siglo XIX. Sin embargo, tales derechos, que Jellinek relaciona con *status* jurídicos normativamente creados, son concebidos

12. En este intento seguiré parcialmente las indicaciones contenidas en el primer capítulo de G. Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE, Madrid, 1995.

como el producto de una auto-obligación o una auto-limitación del Estado, siempre revocable. Ahora bien, de esta forma se revoca (como observa el mismo Ferrajoli), precisamente, la prioridad lógica y axiológica del derecho respecto al deber que constituía la característica específica, y a la vez la novedad revolucionaria, de la noción de derechos naturales.

Esta prioridad no es solamente recuperada, sino incluso radicalizada, por la noción de «derechos morales», que se difundió en el lenguaje contemporáneo gracias, sobre todo, al éxito de la obra de Ronald Dworkin. Todo el derecho constitucional moderno, sostiene Dworkin, «está fundado en una teoría moral, según la cual los hombres tienen derechos morales frente al Estado»[13]. En realidad la noción estaba ya presente, y había sido defendida, en el clásico ensayo de Herbert L. A. Hart en 1955, cuyo título, «Are there any natural rights?»[14], se relaciona explícitamente con la fórmula originaria, la que había inaugurado el tiempo de los derechos. En dicho ensayo, el iuspositivista Hart replanteaba la idea clásica del iusnaturalismo, sugiriendo que los derechos pueden ser concebidos como «una propiedad moral de los individuos, de los que son titulares precisamente en cuanto individuos». De esta forma, el concepto de derechos o, más bien, de esa clase de derechos específicamente modernos que preceden a los deberes, parece substraerse al universo jurídico —del cual, por el contrario, los «derechos naturales» formaban parte— y encuentran su lugar propio antes y fuera del mismo, planteándose como una especie de fundación moral del derecho (y de la política). Se puede objetar que este *status* moral es solamente el original e inicial, falto de coacción, de los derechos individuales modernos: es el *status nascendi* de los derechos, cuando se presentan como meras pretensiones y reivindicaciones, que no han sido todavía acogidas ni reconocidas jurídicamente, y por lo tanto privadas de validez formal. Sólo cuando estos derechos se positivizan se vuelven plenamente derechos, *iura perfecta*; si bien, una vez que se convierten en tales, dejan de ser «solamente» derechos morales. El tipo de derechos que estamos analizando, buscando los adjetivo más adecuados para expresar su naturaleza, son fundadores de un cierto código de deberes —no sólo esto, en los sistemas constitucionales contemporáneos,

13. R. M. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Planeta-Agostini, Barcelona, 1992.

14. En *The Philosophical Review* 64/2 (1955) [trad. castellana en H. L. A. Hart, «¿Existen los derechos naturales?»: *Revista de Estudios Públicos* (Santiago de Chile), 37 (1990)].

incluso de todo el ordenamiento jurídico— no en tanto (simples) derechos morales, sino como derechos jurídicamente reconocidos o, mejor dicho, como derechos propiamente establecidos por una norma jurídica de rango constitucional.

Sobre todo por eso, y en ese sentido, (aunque no sea la única razón), es preferible la expresión «derechos fundamentales»: porque puede —y, a mi juicio, debe— referirse a la dirección unívoca del nexo de implicación (y de fundación) típicamente moderno entre derechos y deberes (*de los* derechos de los individuos *a los* deberes del Estado); y, probablemente también, porque parece más adecuado —como sugiere Gregorio Peces-Barba[15]— para recordar tanto la dimensión ética como la jurídico-política de la noción de «derechos», propia del tiempo de los derechos. No sólo la primera, como «derechos morales», ni sólo la segunda, como «derechos públicos subjetivos». Pero ¿por qué no adoptar (también) la expresión «derechos humanos», en la acepción amplia hoy más difundida? Para encontrar elementos útiles para una respuesta, intentaré hilar las líneas más sencillas de una argumentación más compleja, que nos permita entender el que me parece ser el significado esencial de la propuesta teórica de Luigi Ferrajoli, reconstruyendo los siguientes puntos: *a*) el concepto de «derechos subjetivos» y su redefinición; *b*) el concepto de «derechos fundamentales» como clase particular de derechos subjetivos; *c*) el concepto de «derechos humanos» como una clase particular de derechos fundamentales.

4. *Derechos subjetivos: la redefinición de Ferrajoli*

Mientras que la noción y definición formal de «derecho (en sentido) objetivo» como conjunto de reglas o normas, y su distinción de la noción indicada con la fórmula «derecho subjetivo», no es particularmente controvertida, la definición misma de «derecho subjetivo» presenta una gama particularmente amplia de opciones. Un derecho reconocido y/o adscrito a un sujeto se identifica de muchas maneras en la literatura jurídica: con un interés protegido, una pretensión justificada, una libertad tutelada, una facultad para actuar, un poder de querer, etc. Entre ellas, la definición más convincente, también por ser la más amplia, parece la que adopta y aclara Riccardo Guastini, que concibe a un derecho subjetivo como una «pretensión —o una "expectativa"— conferida a un sujeto (o a una

15. *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 37.

clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos)»[16]. Tal derecho-pretensión, sostiene Guastini, se atribuye al primer sujeto o clase de sujetos por una norma, precisamente, atributiva, que puede pertenecer a un sistema jurídico (y, por lo tanto, al derecho objetivo) o a un sistema moral. Y sabemos, también, que una norma (jurídica o moral) atributiva es, inmediatamente, imperativa, es decir, constitutiva de un deber-obligación correspondiente al derecho-pretensión. Pero la correlación entre la pretensión de un sujeto y la obligación de otro —es decir, entre el derecho y el deber— subsiste sólo si y en la medida en que la pretensión esté, de alguna manera, justificada: una pretensión injustificada o infundada (sin razones «buenas» o «válidas») es una pretensión, pero no es un derecho. El fundamento, la justificación, la razón buena o válida, sostiene Guastini, no puede ser buscada sino en una norma o en un sistema de normas, jurídico o moral —la (creencia en cuya) validez tendrá necesidad, a su vez, de un fundamento (y, así, sucesivamente, mientras se avanza en la regresión).

Llegados a este punto, se podría proponer la siguiente casi-definición: la «edad de los derechos» es aquella en la que *algunas* pretensiones del individuo como tal (o mejor dicho, planteadas en nombre, por cuenta y en beneficio del individuo por movimientos políticos y corrientes del pensamiento filosófico), las que reivindican una validez moral universal y, por ello, se presentan como derechos morales, se vuelven, o tienden a volverse, derechos positivos, jurídicamente reconocidos y por ello tutelados y protegidos por el derecho objetivo, considerado este último, como un conjunto de normas no puramente morales sino coactivas. Las pretensiones moralmente justificadas, si se convierten en derechos positivos y dejan de ser meramente morales, no son ya simples pretensiones, sino, más propiamente o más justificadamente, derechos: lo que equivale a decir que los derechos no son, o tienden a no ser, pretensiones vanas, o desatendibles. En suma: lo derechos morales son sólo pretensiones, los derechos positivos son pretensiones no vanas.

Podría concluirse que un derecho subjetivo es propiamente y plenamente un derecho, un *ius perfectum*, cuando a la pretensión justificada se le suma una garantía, es decir un seguro jurídico objetivo frente a la violación del propio derecho subjetivo, es decir, frente a de la inobservancia del deber implicado en el derecho-pretensión. Sin embargo, puede darse el caso (es más, sucede con

16. R. Guastini, «Derechos», en Íd., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer y Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 180.

frecuencia) de que una pretensión moral sea efectivamente recogida por documentos jurídicos positivos, convirtiéndose, con ello, en un derecho subjetivo, precisamente por el hecho de haber sido reconocido, o mejor dicho «establecido» por una norma del derecho objetivo positivo, pero sin que el mismo derecho objetivo, es decir el ordenamiento jurídico concreto, establezca en su favor garantías específicas y adecuadas. Tal derecho subjetivo ya no será solamente un derecho moral, y por lo tanto una simple pretensión (independientemente de que esté moralmente justificada), sino, a pesar de estar establecido por una norma jurídica, un *ius imperfectum* en cuanto derecho sin (específicas) garantías. Ahora bien ¿un derecho sin garantías sigue siendo propiamente un derecho, o deberá asimilarse a una simple pretensión moral, justamente porque, como ésta, es desatendible? Guastini parece inclinarse por esta segunda alternativa cuando sugiere la distinción entre «verdaderos» derechos y derechos de «papel», no garantizados y, por ello, no justiciables, y concluye: «un jurista experto dirá que un derecho que es conferido, pero no garantizado "no existe", en el sentido de que es un derecho ficticio»[17]. No obstante, se puede objetar a la posición de Guastini: ¿cómo es posible juzgar como irrelevante la diferencia entre una pretensión moral y la misma pretensión recogida en una norma jurídica, en un documento (por ejemplo) constitucional, o bien, la diferencia entre las reivindicaciones de los filósofos y las declaraciones de los derechos?

La propuesta de redefinición del concepto de derecho subjetivo planteada por Luigi Ferrajoli, se inspira, precisamente, en la exigencia de resolver este tipo de problema. Para tal redefinición, Ferrajoli utiliza el término «expectativa» —por otro lado, ya identificado por Guastini como equivalente a «pretensión», en su definición; si bien en la teoría general de Ferrajoli, la noción de expectativa tiene un alcance mucho más vasto[18]. En su sentido más habitual, expectativa es la previsión de lo que verosímilmente puede ocurrir; en el sentido en que lo usa Ferrajoli, es decir, relacionado con la redefinición de derecho subjetivo, el término adquiere una específica acepción normativa: en el ámbito y a partir de un cierto ordenamiento normativo, el derecho de un sujeto no es otra cosa que una expectativa de no sufrir lesiones o de tener algunas prestaciones, a cargo de otro sujeto, relativas a un interés del primero. Naturalmente, la expectativa-

17. *Ibíd.*, pp. 185, 191.

18. Cf. L. Ferrajoli, «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho», trad. de J. Ruiz Manero: *Doxa* 20 (1997), pp. 235-278.

derecho puede no coincidir con la expectativa-previsión; no sólo eso, resulta prácticamente inevitable una falta de correspondencia entre las dos. La amplitud de la divergencia entre los dos tipos de expectativas mide el grado de eficacia del derecho. Ello significa que «tener derechos» no basta: para que esa divergencia se reduzca al mínimo, los derechos exigen garantías idóneas, que deben ser establecidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento normativo que atribuye los derechos. Desde este punto de vista, la existencia de «derechos sin garantías» parece una especie de *aporía* dentro de un ordenamiento, que, por un lado, crea expectativas normativas, y, por otro, las ignora (o no las satisface adecuadamente). Pero, insiste Ferrajoli, los derechos sin garantías no pueden ser considerados inexistentes, «existen» en cuanto aparecen establecidos (o predispuestos) por una norma positiva, los derechos «de papel» no son «no-derechos», sino que es tarea de la teoría identificarlos, y proponer la solución de las aporías en que consisten.

Paradójicamente, en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos son identificables como derechos sin (idóneas) garantías algunos de los derechos que pertenecen a su clase más importante: la de los derechos fundamentales.

5. *Derechos fundamentales y deberes de los Estados*

La definición de «derechos fundamentales» propuesta por Ferrajoli, que ya recordé antes, en el § 1, podría, entonces, ser reformulada, a partir de su definición de derechos subjetivos, como sigue: son derechos fundamentales todos, y únicamente, los derechos subjetivos —es decir, las expectativas negativas o positivas, de no verse lesionado, o de obtener alguna prestación, sobre el comportamiento de otros— establecidos en favor de un sujeto por parte de una norma jurídica en tanto dicho sujeto es reconocido, a partir de la propia norma y/o de otras normas de ese ordenamiento, como dotado del *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar. De manera paralela a los derechos subjetivos en general, los derechos fundamentales, que son una especie de aquéllos, «existen» como derechos independientemente de la existencia o no, dentro del mismo ordenamiento, de ulteriores normas que establezcan en su favor garantías específicas: «los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas», por lo cual «concurrien-

do las normas que disponen los derechos, sería absurdo negar la existencia de éstos, en vez de, más correctamente, negar la existencia de sus garantías en ausencia de normas que las predispongan»[19].

Se trata de una definición no exenta de dificultades, y que ha suscitado objeciones e impugnaciones, algunas de ellas producto, probablemente, de malentendidos. Pero más allá de las críticas realizadas a Ferrajoli por sus interlocutores y de la discusión sostenida, se trata de entender de manera correcta las razones y las funciones principales de esa definición. Antes que nada, la distinción entre derechos fundamentales y sus garantías permite (a mi juicio) plantear de manera correcta el problema de los «derechos de papel», como los ha llamado Riccardo Guastini, como son, sobre todo y de manera evidente, muchos derechos sociales en los ordenamientos contemporáneos. Desde el punto de vista de la propuesta teórica de Ferrajoli, esos derechos, establecidos en las constituciones de la segunda posguerra, se configuran (de hecho e indebidamente) como no tutelados, no tanto porque subsista algún deber correspondiente —un derecho por definición implica un deber—, sino, simplemente, porque ese deber no fue debidamente cumplido: pero, obviamente, un deber continúa existiendo aunque perdure su incumplimiento. Y se trata, en primer lugar (como lo deja claro Ferrajoli particularmente en su contestación al primer grupo de comentarios sobre su trabajo), del deber del Estado (del legislador) de predisponer garantías idóneas de los derechos, es decir, de instituir y de precisar normativamente los deberes (las prohibiciones y las obligaciones) correspondientes a los derechos. Si el Estado no cumple con el primer deber, que Ferrajoli llama «obligación de legislar» ello provoca una laguna dentro del ordenamiento. En resumen: «todos los derechos fundamentales, sean positivos», es decir, expectativas de prestaciones, como los derechos sociales, «o negativos», es decir, expectativas de no verse lesionado, como los derechos de libertad, «implican siempre una obligación del legislador de obligar (si son positivos) o de prohibir (si son negativos) que es propedéutica y, por así decir, de segundo [...] respecto a las obligaciones y a las prohibiciones en que consisten las garantías que faltan y que ésta impone introducir»[20]. Podría objetarse que ese deber del Estado, por lo menos en lo relativo a los derechos sociales —es decir, por el aspecto de este deber que

19. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 49-50.

20. Así replica Ferrajoli a sus interlocutores; «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 190.

consiste en la «obligación de obligar», o sea de instituir normativamente las obligaciones de las estructuras que deben satisfacer los derechos sociales—, es un «deber imperfecto», dado que no existe ningún poder jurídico que pueda (esté autorizado a) obligar, a su vez, al legislador a legislar; pero un deber imperfecto no es un «no-deber» de la misma manera que un derecho imperfecto no es un «no-derecho». A menos que se quiera sostener que dicho deber se excluye en todos los casos en los que no sea materialmente posible obtener los recursos para garantizar normativamente los derechos sociales: *ad impossibilia nemo tenetur*. ¿Pero es realmente siempre imposible todo lo que es considerado como tal? Frecuentemente dichas afirmaciones se basan en argumentos capciosos, que los vientos de neoliberalismo impulsado por el «turbocapitalismo» global difunden como pretexto a lo largo y ancho de la tierra[21].

En todo caso, sólo si se mantiene una sólida y rigurosa distinción entre los derechos fundamentales y sus garantías, que permita aclarar que los primeros no están en riesgo cuando faltan las segundas, «las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo», la constitucionalización de los derechos sociales, y, de manera más general, la internacionalización de los derechos fundamentales, no quedarán reducidas «a simples declamaciones retóricas»[22].

A mi me parece que todo este razonamiento resultaría todavía más claro y convincente si Ferrajoli aceptara recoger explícitamente en su definición de «derechos fundamentales» (no como una corrección, sino) como integración y reforzamiento, la connotación estructural que Bobbio indica como característica distintiva de los derechos «del tiempo de los derechos», los cuales coinciden, justamente, como he señalado antes, con los derechos fundamentales: es decir, la primacía o la prioridad de tales derechos sobre los deberes (sobre todo el código de deberes integrado en un ordenamiento), que está, a su vez, fundada en, e implicada por, la concepción individualista de la sociedad y artificial del Estado, que es común en sus características esenciales tanto al iusnaturalismo moderno y a su filosofía política contractualista, como al constitucionalismo contemporáneo que es su legítimo heredero. Esta integración (como ya he dicho) llevaría a restringir el ámbito de aplicación de la noción de derechos fundamentales solamente a los derechos individuales, universales e indis-

21. Comparto *toto corde* los argumentos de Ferrajoli sobre la verificabilidad técnica y política de las garantías de los derechos sociales, planteados al final del § 6 de «Derechos fundamentales», *supra*.

22. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 45.

ponibles, «de rango constitucional», o bien supraordenados a todo poder, entendiendo la idea de constitución en el sentido estricto y riguroso que se desprende de los artículos 2 y 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, así como del artículo 1 de la sección «Devoirs» de la Constitución del año III, recordados frecuentemente por Ferrajoli: «La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre»; «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida no tiene constitución»; «La declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores». «Constitución», en este sentido estricto, podría definirse como aquella norma (o conjunto de normas) que, en primer lugar, en su preámbulo o en su primera parte, reconoce *derechos* fundamentales, en segundo lugar, en su cuerpo o en la segunda parte, instituye *poderes*, articulando sus competencias y regulando su ejercicio en función de la tutela de los derechos; o bien, como la institución de un acuerdo general, primigenio, sobre los *fines* principales de la convivencia política, que coinciden con la satisfacción de las necesidades primarias y los intereses vitales de todos los individuos, y, consecuentemente, sobre los *medios*, o mejor dicho, sobre las instituciones y los procedimientos para alcanzar la formación de las decisiones colectivas encaminadas a la consecución de los fines principales. Desde esta perspectiva teórica (que, repito, me parece particularmente compatible con el espíritu de la concepción jurídico-política de Ferrajoli), los derechos fundamentales se configuran como cláusulas del pacto social entre los individuos, condiciones que vuelven aceptable para todos, en cuanto asociados, la obediencia a las reglas de convivencia: idealmente, el individuo acepta respetar las reglas sólo si la colectividad le reconoce y garantiza derechos-expectativas fundamentales; pero ello implica, inmediatamente, que esos derechos pueden hacerse valer en contra del Estado, o bien que el Estado tiene el deber de establecer garantías para los derechos, precisando normativamente quién tiene la obligación de satisfacer (y la manera en que debe hacerlo) las expectativas individuales, y quién tiene la obligación de reparar el daño si alguien viola esa obligación.

6. *La internacionalización de los derechos fundamentales*

El deber del Estado (del poder público y, en primer lugar, del legislativo) de instituir garantías para los derechos fundamentales deriva de *su* constitución, pero no únicamente: los derechos fun-

damentales hoy en día se encuentran establecidos no sólo en las constituciones de los Estados en particular, sino es ese «embrión de constitución mundial», como la llama Ferrajoli, que está contenido en la Carta de la ONU, en la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 y en los sucesivos pactos y tratados internacionales sobre los «derechos humanos». Pero precisamente desde el punto de vista (hipotético y futurista) de la «constitución mundial», es fácil descubrir que existe una dificultad para la definición de Ferrajoli: *estos* derechos, establecidos en documentos internacionales, son por ello mismo, creo, derechos de la persona independientemente de la ciudadanía, y (tal vez) por eso son llamados simplemente «derechos humanos». En relación con el «mundo», nadie es ya «extranjero», es decir, nadie es ciudadano de una ciudad en lugar de otra. Ello plantea el doble problema de la relación entra las categorías de los derechos de la persona y los derechos del ciudadano, y entre las nociones de derechos fundamentales y derechos humanos.

Ferrajoli sostiene que las tres identidades-*status* de persona, ciudadano y capaz de obrar, «siempre»[23] fueron los criterios para atribuir o no atribuir, derechos fundamentales (por definición universales y no disponibles) a las personas naturales, pertenecientes a la especie biológica *homo*, es decir, para la inclusión o exclusión, de los seres humanos concretos del ámbito de los titulares de (algunos o de todos los) derechos fundamentales. Son, pues, los parámetros «por excelencia» de la igualdad y de la desigualdad entre los hombre y del desarrollo histórico de las mismas: la personalidad le fue «negada a los esclavos», y no sólo en los ordenamientos arcaicos, como dice Ferrajoli, sino durante un largo período también en el primer Estado constitucional moderno, y ahora está «extendida desde hace tiempo a todos los seres humanos»; la capacidad de obrar fue «largamente negada y hasta hace poco tiempo limitada en base al sexo, la religión, la instrucción y la renta», y hoy «se extiende a todas las personas mayores de edad y capaces»; por lo que respecta a la ciudadanía —concepto complejo y controvertido—, el discurso se torna menos claro: Ferrajoli dice que se afirmó como un «factor de igualdad y de inclusión con el nacimiento del moderno Estado de derecho», pero «siempre vinculada a sus

23. Si Ferrajoli acogiera mi sugerencia de integración de la definición de derechos fundamentales, que restringiría su aplicación sólo a los derechos del tiempo de los derechos, se eliminaría la indeterminación de la referencia temporal contenida en ese «siempre», o, al menos, quedaría notablemente relativizada.

confines estatalistas»[24]. En su conjunto, el modelo conceptual de Ferrajoli permite reconstruir idealmente la historia del derecho (podríamos decir: la historia de la civilización política y jurídica occidental) como un camino disputado y contradictorio hacia la igualdad efectivamente universal *entre todos* los seres humanos *en los* derechos fundamentales, mediante la superación de discriminaciones y privilegios (que a partir de la definición de Ferrajoli consisten en la exclusión o en la inclusión, respectivamente, de *algunos* sujetos concretos en las tres clases de titulares de derechos fundamentales). Hoy, sostiene Ferrajoli, esa igualdad universal encuentra dos limitaciones: la primera, que él considera «insuperable», coincide con la diferencia entre las personas que son consideradas (además) capaces de obrar y las que no son consideradas tales; la segunda, que Ferrajoli juzga «superable», coincide con la diferencia entre las personas que son (además) «ciudadanos» y las personas que son (calificadas como) «no-ciudadanos» (extranjeros). Pero, en la perspectiva de la internacionalización de los derechos fundamentales, me pregunto: ¿por qué no considerar como algo históricamente contingente y por lo tanto (al menos de manera ideal) como algo pasajero el *status* de ciudadano, de misma manera que el *status* de «libre» como «no esclavo», o por ejemplo de «caballero», o los varios *status* nobiliarios del *ancien régime*, vinculados a la condición accidental del nacimiento? El mismo Ferrajoli considera a la ciudadanía como el «último factor de diferenciación de los seres humanos por un accidente de nacimiento» y, precisamente por ello, como un límite en sí superable para la realización de la igualdad universal en los derechos fundamentales entre los seres humanos. En esta perspectiva, ¿no se cancelaría la diferencia entre derechos de la persona y derechos del ciudadano? y ¿no se lograría la tendencial coincidencia, o unificación, en una sola categoría, de los «derechos fundamentales» y de los «derechos humanos»? (con la excepción de tener que tomar en cuenta posteriormente lo que Ferrajoli llama el límite insuperable de la capacidad de obrar y, por lo tanto, de distribuir los derechos y sus titulares en dos categorías). En suma: ¿qué consecuencias implicaría superar a la ciudadanía para la clasificación de los derechos fundamentales construida por Ferrajoli a partir de la definición teórica de los mismos derechos?

En el ensayo que estamos discutiendo, Ferrajoli presenta una tipología de los derechos fundamentales basada en las dos «grandes divisiones» entre derechos de la persona y derechos del ciudadano,

24. «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», cit., p. 157.

por un lado, y entre derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (o instrumentales, o de autonomía), por otro, de cuyo producto se obtienen cuatro clases de derechos: *a*) los *derechos humanos*, atribuidos a todas las personas en cuanto tales, incluidas las que no son (consideradas en el marco de un determinado ordenamiento) ni ciudadanos, ni capaces de obrar, como por ejemplo el derecho a la vida o a la integridad de la persona, pero también el derecho a la educación o a la salud; *b*) los *derechos públicos*, atribuidos sólo a las personas que son también ciudadanos, pero independientemente de su capacidad de obrar, como por ejemplo el derecho de residencia o los de reunión y asociación; *c*) los *derechos civiles*, atribuidos únicamente a las personas que son también capaces de obrar, pero independientemente de su ciudadanía, como por ejemplo la capacidad para contratar o el derecho de accionar en juicio; *d*) los *derechos políticos*, atribuidos sólo a las personas que son también ciudadanos y sean capaces de obrar, como por ejemplo el derecho de elegir representantes para el parlamento y el de ser elegidos. Se trata, evidentemente, de una clasificación construida *ratione subiecti*, es decir, mirando a los diferentes tipos de sujetos titulares de derechos, que no debe confundirse con la que se construye *ratione materiae*, es decir, tomando en cuenta el contenido de los mismos derechos, que fue expuesta por Ferrajoli en otros trabajos[25]. Esta segunda clasificación distingue entre *derechos civiles, derechos políticos, derechos de libertad* y *derechos sociales*. Hay pues una parcial coincidencia entre las dos tipologías; y dada la complejidad que asume de esta manera el cuadro conceptual de los derechos, resultaría, a mi juicio, necesaria una reconstrucción general por parte de Ferrajoli. En todo caso, en la eventualidad de una superación de la categoría de ciudadanía (o sea, de la diferencia entre persona y ciudadano), como presupuesto para la atribución de derechos fundamentales, a mí no me parece que modificara la diferencia estructural, por ejemplo, entre derechos civiles y derechos políticos: esta diferencia ya no coincidiría, no obstante, con una diferente extensión de las clases de sus titulares, que serían, en uno y en otro caso, todas las personas capaces de obrar[26]. La misma capacidad de obrar, por otra parte, podría ser vista como un límite, sí, insuperable para la igualdad, por lo que

25. Cf. «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en Íd., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, ²2001, pp. 97-123.

26. La atribución de los derechos políticos de participación democrática a los capaces de obrar podría (es más, debería) depender exclusivamente del factor, puramente contingente, de la residencia.

respecta a sus derechos, entre todas las personas, pero a fin de cuentas no tan rígido y discriminatorio: quiero decir que no es susceptible de excluir a las personas no capaces de obrar del goce de los efectos positivos de (al menos algunos) derechos secundarios de autonomía, que pueden ser ejercidos en su favor por sus tutores.

La perspectiva que de manera sumaria estoy delineando, se plantea, en esencia, la posible (normativa y optativa, incluso diría utópica) atribución de todos los derechos a todos los seres humanos. ¿Por qué descartar que pueda ser aceptada de manera progresiva la directriz normativa según la cual deberían corresponder a todas las personas naturales todas las clases de derechos fundamentales que hoy están atribuidas a clases limitadas de sujetos, y que pueda llegar a verse como algo sensato, en sus líneas generales, una propuesta de redefinición teórica de «derechos fundamentales» como «todos los derechos que corresponden a las personas en cuanto tales»? Por desgracia, muchos sujetos e instituciones, incluidos algunos movimientos autodefinidos como progresistas, parecen moverse en la dirección opuesta: regresiva. Por ejemplo, los que le atribuyen a la Carta europea de los derechos, en proceso de elaboración, el carácter de Carta de los derechos *de los ciudadanos* europeos, demostrando que conciben esos derechos como privilegios. Transformando nuevamente a los derechos de la persona (los derechos *humanos*) en derechos del ciudadano, se aprestan a recorrer, a la inversa, el camino de la modernidad.

7. *«Democracia sustancial»: ¿una contradicción en los términos?*

Paso ahora, por último, a la discrepancia que he llamado «concreta» y «formal» respecto a las tesis de Ferrajoli.

De las cuatro «tesis teóricas»[27] que Ferrajoli construye a partir de la definición de «derechos fundamentales», la segunda, que identifica en los derechos fundamentales la «dimensión sustancial de la democracia», me ofrece la oportunidad de retomar una discusión sostenida con el autor hace unos años. Esta tesis había sido ya formulada por Ferrajoli en la última parte de *Derecho y razón*: en ese texto, distinguiendo entre «democracia política o formal» y «democracia social o sustancial», Ferrajoli reconocía a la primera como un cierto conjunto de reglas sobre las competencias y sobre los procedimientos para tomar decisiones colectivas, o sea, sobre

27. Cf. el apartado 2 de «Derechos fundamentales», *supra*.

«quién puede» y «cómo se debe» decidir; y hacía coincidir la segunda con un determinado modelo normativo de estado de derecho, es decir, con un conjunto de reglas concernientes a «qué se debe» y «qué no se debe» decidir. Estas últimas venían a su vez subdivididas en dos clases principales destinadas a establecer y garantizar, respectivamente, los derechos de libertad y los derechos sociales, y caracterizan las dos formas históricas, liberal y social, para Ferrajoli complementarias, del estado de derecho. Ferrajoli afirmaba que «en un sentido no formal y político, sino sustancial y social de "democracia", el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la *mayoría*, los intereses y necesidades de *todos*»[28]. De aquí partía su propuesta de articulación del concepto de democracia en dos dimensiones, una *formal*, basada en el principio de mayoría, y una *sustancial*: a favor de esta última calificación argumentaba que las normas en las que se establecen los derechos fundamentales, «de manera diferente a las normas sobre el "qué" y sobre el "cómo" se debe decidir, que se refieren a las fuentes y las formas de producción de las normas primarias, hacen referencia a "qué" se debe o no se debe decidir y, por ello, a sus contenidos sustanciales»[29].

Había expresado mi discrepancia sobre esta específica propuesta teórico-terminológica de Ferrajoli, interviniendo en una discusión a muchas voces sobre *Derecho y razón*[30]. Juzgaba inoportuno rehabilitar a la fórmula ni clara ni precisa de «democracia sustancial». Reconocía que en el texto de Ferrajoli no se encuentra una contraposición entre democracia sustancial y democracia formal parecida a la afirmada en su tiempo por los defensores de la «libertad comunista», los que querían entender que solamente la primera es democracia auténtica, mientras que la segunda es por sí misma aparente: en *Derecho y razón* la noción de democracia sustancial, declarada equivalente a la de Estado de derecho, resulta no solo compatible sino congruente con la noción de democracia formal. Sin embargo, hacía observar que en ciertos pasajes del discurso de Ferrajoli —por ejemplo ahí donde se hace referencia a las «necesidades e intereses *materiales*» y a la «realización de la igualdad

28. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, ⁴2000, p. 864.

29. *Ibíd.*

30. Mi intervención, originalmente aparecida en *Iride* 6 (1991), ha sido luego reimpresa en el volumen colectivo editado por L. Gianformaggio, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 399-406.

sustancial»[31]— se podría haber encontrado un eco de la vieja y equivocada idea de democracia *pour le peuple* y de su contraposición a la democracia formal. También por esto, creía equívoco denominar «democracia sustancial» al modelo de Estado de derecho propuesto por Ferrajoli. Sugiriendo mantener una clara distinción incluso léxica entre democracia y Estado de derecho, sostenía que el contenido (el «qué») de las decisiones colectivas *no* concierne a la democracia, en el único sentido para mi plausible y no eulógico del término: una decisión no es calificable como (más o menos) democrática a partir de su contenido, sino exclusivamente a partir de su forma[32]. Más allá de la distinción léxica, adelantaba además alguna perplejidad sobre el modo ferrajoliano de concebir la relación entre democracia formal y Estado de derecho, o sea, entre el proceso decisional democrático y los derechos fundamentales: entendía por un lado excesivo el papel que me parecía (entonces) atribuido por Ferrajoli a la teoría en el establecimiento de en qué consisten y cuáles son los derechos fundamentales, en perjuicio del papel de los individuos, únicos intérpretes autorizados, desde el punto de vista democrático, de los propios «intereses primarios» y «necesidades vitales»; por otro lado, me parecía disminuido en la visión de Ferrajoli el papel de la dialéctica democrática misma frente a las normas que instituyen los derechos fundamentales, las cuales sí fijan objetivos generales obligatorios, pero dejan indeterminada tanto su interpretación, como la elección de los medios y de las estrategias para conseguirlos.

La respuesta de Ferrajoli[33] trajo elementos de clarificación sobre todas las cuestiones presentadas por mí; pero quizá no suficientes para allanar toda discrepancia. Ferrajoli reconocía que su «rehabilitación» de la fórmula «democracia sustancial», marcada «por múltiples usos ideológicos», tenía esencialmente un «carácter provocador»[34]. Sin embargo, respondía que «las reglas que establecen —más allá, e incluso contra la voluntad de la mayoría— los derechos fundamentales» son calificables como «sustanciales» en cuanto que se refieren «no a la "forma" (al *quién* y al *cómo*) sino a la "sustancia"

31. *Derecho y razón*, cit., pp. 883-884.

32. Esto no equivale a afirmar que una decisión democrática sea también en todo caso legítima y («sustancialmente») válida: no lo es si contradice los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Pero esto significa, en mi léxico, que puede «existir» una decisión democrática ilegítima que no puede ser definida como no-democrática por el hecho de ser («sustancialmente») ilegítima.

33. Contenida en el volumen editado por L. Gianformaggio, cit.

34. *Ibid.*, p. 506.

o "contenido" [...] de las decisiones»[35]. Se trata, explicaba en otras palabras, de las «normas «sustanciales» sobre la producción de las leyes»: las normas formales son aquellas que regulan las formas de las decisiones democráticas asegurando la expresión de la voluntad de la mayoría; las normas sustanciales son las que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones vinculándolas al respeto a los derechos fundamentales. Por eso, concluía, tales normas «corresponden a las reglas con las que podemos caracterizar a la democracia *sustancial*»[36]. Nada que objetar, salvo precisamente sobre esta conclusión: las normas sobre los derechos fundamentales, «de libertad» y «sociales», que Ferrajoli caracterizará luego como «normas téticas», son ciertamente «sustanciales» en el sentido por él indicado, pero, justamente por eso no son referibles como tales a (no pertenecen a las connotaciones de) la «democracia», que, en el único significado para mí claro y distinto (aunque para nada simple), es un *método* para tomar decisiones colectivas. Tales normas son más bien vínculos *externos* al proceso decisional democrático, es decir, *pre*-delimitan la esfera de lo que es decidible democráticamente. Como decía el mismo Ferrajoli, «ninguna mayoría, en un estado constitucional de derecho que incluya tales derechos (fundamentales), puede decidir la supresión de la vida de un hombre o de su libertad»[37], etcétera: precisamente porque los derechos fundamentales coinciden con lo que está *sustraído* al poder de la decisión democrática. Al menos, al poder de decisión ordinaria: ya que es bien posible, admitía Ferrajoli, que un ejercicio formalmente correcto del poder de reforma constitucional debilite o suprima ciertos derechos fundamentales. De todo esto Ferrajoli desprendía correctamente la confirmación de que «la democracia política *no tiene nada que ver* con el estado de derecho [...] y puede incluso estar en conflicto con él»[38]: pero entonces, ¿por qué llamar «democracia» (sustancial) *también* al estado de derecho, como si fuera una especie del mismo género o el *reverso* de la misma moneda? ¿no resulta, al menos potencialmente, equívoco?

Las perplejidades que me quedaron después de la respuesta de Ferrajoli (en otros aspectos convincente y clarificadora) han sido, por así decirlo, reavivadas por el ensayo sobre los *Derechos fundamentales*. La raíz de nuestro (residual) disenso se encuentra en el alejamiento, declarado y provocador, de Ferrajoli de la noción

35. *Ibíd.*
36. *Ibíd.*
37. *Ibíd.*, p. 507.
38. *Ibíd.*

históricamente más consolidada —si bien interpretada de distintas formas— de democracia como *forma de gobierno*. Tengo la impresión de que tal alejamiento deriva, a su vez, o es congruente con el hecho de que en la teoría formalizada del derecho a la que Ferrajoli se dedica desde hace tiempo, el término «democracia» es asumido como primitivo, es decir, no definido. Pues bien, las consecuencias de este hecho me parecen comportar desventajas superiores a las ventajas que ofrece. Da como resultado un uso de la noción de democracia no solo indeterminado, o no precisamente determinado, sino (desde mi punto de vista) demasiado elástico, abierto a las más diversas connotaciones y, consiguientemente, a las más diversas calificaciones: en la primera réplica de Ferrajoli a los comentarios al ensayo que estamos discutiendo, los adjetivos que especifican los cuatro tipos estructurales de derechos fundamentales son inmediatamente empleados también para identificar cuatro aspectos o dimensiones de la «democracia», que aparece a la vez como democracia «liberal», «social», «política» y «civil»[39]. En el mismo texto, Ferrajoli precisa que «las distintas dimensiones de la democracia son, en el plano teórico, independientes»[40]. Pregunto: ¿no resulta equívoco llamar «*democracia* liberal» a un sistema político-jurídico que reconozca solamente los derechos de libertad, pero no los derechos políticos, o que limite fuertemente el derecho de voto a partir del censo? ¿No es más bien, la primera, una forma de *autocracia*, como la del despotismo ilustrado, y la segunda una forma de *oligarquía* liberal? ¿Y no corre el riesgo de resultar capcioso llamar «*democracia* social» o (peor aun, a causa de sus viejos usos ideológicos) «sustancial», a un sistema que garantice únicamente los derechos sociales? El propio Ferrajoli, en el mismo lugar, llama a un sistema similar *paternalista*. ¿Y qué es la «*democracia* civil»? ¿Es oportuno llamar «democracia» a un sistema que tutele solamente los derechos de autonomía privada, cuyo ejercicio corresponde al conjunto de las decisiones puramente individuales, no colectivas y mucho menos colegiadas, de los *homines oeconomici*? Para llegar hasta el fondo del asunto: ¿no se corre el riesgo (y es un riesgo que Ferrajoli, estoy seguro, no está dispuesto a correr) de legitimar en tal modo el uso, adoptado por la retórica periodística, de llamar «reformas *democráticas*» a un conjunto de políticas dirigidas únicamente, o principalmente, a la instauración del libre (léase: salvaje) mercado, como las emprendidas en su tiempo por el

39. «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», cit., p. 166.
40. *Ibid.*, p. 172.

presidente ruso Yeltsin, un presidente tan «democrático» que para defender esas políticas ha ordenado batir a cañonazos su propio parlamento, con la bendición «democrática» de Occidente?

En síntesis, y más allá de mi contra-provocación: por un lado, la acepción de «democracia» en el discurso de Ferrajoli me parece demasiado genérica, indicadora de un completo (e indefinido) sistema político-jurídico-social —como se desprende de los lugares en los que Ferrajoli indica como «referencia empírica» de su propia teoría los ordenamientos «de las democracias modernas»[41]—; por otro lado, el intento de especificarla articulando sus niveles y sus dimensiones termina, desde mi punto de vista, por hacerla totalmente vaga y ambigua. Es verdad que Ferrajoli ancla constantemente la idea de democracia a la de igualdad[42]. Sin embargo, se trata de un anclaje poco sólido, porque la propia noción de democracia como igualdad —si bien aparece con frecuencia en muchos escritores políticos, incluso clásicos— es, a su vez, genérica y, por lo menos, equívoca. Ferrajoli se refiere de modo explícito, para evitar equívocos, a la igualdad «en derechos fundamentales»; pero la igualdad que pertenece a la democracia (en la acepción que me parece más rigurosa y que invito a adoptar) como su connotación identificadora no es la igualdad en los derechos fundamentales *de todo tipo*, sino la igualdad en los derechos *específicamente políticos*. La fórmula que preferiría es la siguiente: hay democracia cuando *todos* aquellos a los que estarán dirigidas las decisiones colectivas tienen *igual* derecho-poder de participar, directa o indirectamente, en la formulación de esas decisiones. Esta fórmula contiene, a mi juicio, la indicación de las condiciones esenciales de la democracia, en relación con las cuales este término tan mal manejado adquiere un sentido no equívoco.

Tengo, además, la impresión de que la provocación de Ferrajoli, tal como se manifiesta sobre todo en el uso de la fórmula «democracia sustancial», sea más bien justificable (¡y cómo!) en consideración a su objetivo polémico, que es el de combatir la idea (y la práctica) de la omnipotencia de la mayoría, pero corre el riesgo de volverse contra el provocador, retándolo a afrontar el difícil problema de las decisiones sobre los derechos fundamentales mismos, es decir, el problema del poder constituyente y/o de reforma constitucional en su doble relación con el estado de derecho y

41. Cf., por ejemplo, *ibíd.*, p. 166.

42. Cf., por ejemplo, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 22, donde se afirma que «la extensión de la igualdad» coincide con «el grado de democraticidad» de un ordenamiento.

con la democracia (obviamente formal). Al comienzo del ensayo que estamos discutiendo, cuando Ferrajoli se refiere a la estipulación de los derechos fundamentales «en normas constitucionales supraordenadas a *cualquier* poder decisional»[43], resulta implícitamente afirmado que los derechos fundamentales no son materia de elección decisional: esto, por un lado, significa que los derechos fundamentales no están en «poder» de nadie, pero, por otro, abre la cuestión de a quién compete decidir establecerlos como derechos fundamentales y, eventualmente, modificarlos.

Quisiera dirigirme para concluir esta intervención a analizar más directamente, aunque sea de forma breve, la «segunda tesis» enunciada en el ensayo sobre los «Derechos fundamentales» y algunos de los argumentos en los que se apoya. La enunciación es la siguiente: «los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión "sustancial" de la democracia, previa a la dimensión política o "formal" de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría»[44]. Aquí el adjetivo «sustancial» está implícitamente referido, una vez más, al «contenido» de las decisiones políticas, que «deben» —con base en el paradigma del constitucionalismo moderno— estar vinculadas al respeto de los derechos fundamentales. Ahora bien, yo no refuto, como bien sabe Ferrajoli, que *este* contenido sustancial es (quizá en un sentido que habría que precisar mejor) «previo» al ejercicio del poder democrático; refuto más bien que sea correcto u oportuno identificarlo con una «dimensión» de la democracia. Esta «sustancia» no es (apropiadamente designable como) «democracia», sino (como dice por lo demás el propio Ferrajoli) «estado de derecho», conjuntamente liberal y social, es decir constituido por «normas téticas» tanto sobre los derechos de libertad como sobre los derechos sociales. ¿Qué significa, en el discurso de Ferrajoli, que los derechos fundamentales «incorporan valores previos y más importantes que los de la democracia política»[45]? Quiere decir que éstos valen como «vínculos constitucionales a los poderes públicos», «vínculos sustanciales normativamente impuestos [...] para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado "fundamental"»[46]. Ferrajoli concluye, correctamente, que «resulta así

43. *Ibíd.*, p. 21, cursivas añadidas.
44. *Ibíd.*, p. 25.
45. *Ibíd.*, p. 35.
46. *Ibíd.*

desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría»[47]; pero esto, desde mi punto de vista, significa simplemente que el poder democrático (ordinario) es un poder *limitado*. Y no hay mejor modo de ilustrar y sostener esta tesis que distinguir, como hace Ferrajoli, las dos *esferas* de lo «decidible» (por mayoría) y de lo «no decidible» («de lo *no decidible que*, o sea las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales»)[48]. Pues bien, la «esfera de lo no decidible», en cuanto *tal*, no es (oportunamente identificable con) una *esfera* de la democracia, sino que queda (ubicada) *fuera de* la democracia.

La democracia —y así retomo, para terminar, mis (contra)-tesis— es una *cracia*, esto es, una forma de poder (de régimen político, una forma de gobierno), definida respecto a las otras *cracias* por un cierto conjunto de reglas, de competencia y de procedimiento, para la adopción de decisiones colectivas. Pregunto: ¿tiene sentido, es oportuno llamar «democracia» *también* al conjunto de las reglas que establecen lo que *no* es decidible (de un modo u otro), o sea aquello en lo que esa *cracia* no cuenta nada, aquello sobre lo que este poder no tiene poder? Ciertamente tiene sentido afirmar que ese poder democrático —la *cracia* del *demos*— en el cuadro de un estado constitucional de derecho es un poder *limitado* (el mismo concepto de «democracia constitucional», sobre el que Ferrajoli justamente insiste, ¿no significa, pues, «democracia limitada»?); pero si luego el contenido, la *sustancia* de sus decisiones colectivas estuviera completamente determinada por las normas constitucionales sobre los derechos fundamentales, el poder democrático mismo quedaría *anulado*. Estoy seguro de que Ferrajoli no pretende delinear un «determinismo constitucional» parecido; pero tengo la sospecha de que algunos malentendidos (y/o interpretaciones forzadas) de sus argumentaciones, surgidos en el curso del debate, derivan también del uso enfático de la fórmula «democracia sustancial». Una fórmula, desde mi punto de vista, contradictoria: si es «democracia» no es «sustancial», si es «sustancial» no es «democracia». La democracia constitucional —así me parece que se puede tomar e interpretar, modificándola un poco, la teoría de Ferrajoli— es aquel régimen, o aquella forma de gobierno, en el

47. *Ibíd*, p. 36.
48. *Ibíd.*

que el poder de decisión colectiva, fundado sobre la atribución universal de los derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad, encuentra vínculos de sustancia, y no solo de forma, para su propio ejercicio: estos vínculos coinciden precisamente con los derechos fundamentales, y principalmente con los derechos de libertad y con los derechos sociales —*algunos* de los cuales deben ser considerados *pre*-condiciones de la democracia, pero no *incorporados* en una de sus (pretendidas) «dimensiones»—. Pero en este punto se abrirían otras cuestiones de «gramática» de la democracia: las dejo para el próximo debate.

3

DERECHOS INSACIABLES

Anna Pintore

1. *El problema de la tenaza*

Las presentes páginas tienen como finalidad criticar una tendencia muy difundida en la actualidad dentro de la filosofía político-jurídica tanto italiana como extranjera: la de convertir a los derechos en un instrumento insaciable[1], devorador de la democracia, del espacio político y, a fin de cuentas, de la propia autonomía moral de la cual los hacemos derivar. En mi opinión, las ideas expresadas en los últimos años por Luigi Ferrajoli, en especial a partir de *Derecho y razón*[2] y hasta algunos de sus trabajos recientes[3], no sólo ejemplifican adecuadamente esta tendencia, sino que la llevan a su extremo y a su punto crítico. Por ello, asumiré dichas ideas como paradigmáticas en mi crítica que, sin embargo, aspira a contar con un alcance más general, y a dirigirse contra todas las filosofías políticas que llevan la defensa de los derechos hasta el sacrificio de los propios rasgos democráticos de nuestros ordenamientos constitucionales[4].

1. La expresión proviene de A. J. Sebok, «The Insatiable Constitution»: *Southern California Law Review* (1997).

2. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, ⁴2000.

3. Se trata de: «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, ²2001, «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 19-56; «Garantismo e poteri selvaggi», *Teoria Politica* XIV (1998), n. 3; «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, pp. 139-196; «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho»: *Doxa* 20 [1997], pp. 235-278)

4. En estas páginas, por tanto, sólo me ocuparé del aspecto filosófico-político, y no del teórico-jurídico de la teoría de los derechos fundamentales de Luigi

Lo que resulta particularmente interesante de las tesis de Ferrajoli acerca de los derechos fundamentales es el hecho de que se desarrollan dentro de un marco que se presenta como rigurosamente divisionista y iuspositivista. Lo que, en términos sencillos, quiere decir que para Ferrajoli, por un lado, los derechos fundamentales no son el fruto de una deducción racional de la naturaleza de las cosas, ni pueden fundamentarse de ningún otro modo; y, por otro, que su existencia como derechos *jurídicos* depende exclusivamente de un acto de disposición de la *auctoritas* estatal o supranacional de que se trate[5].

Ahora bien, el divisionismo y el iuspositivismo actúan como una suerte de tenaza, bajo la cual los derechos corren el riesgo de terminar triturados. Efectivamente, dentro de este marco notablemente exigente, los derechos parecen destinados a un equilibrio estructuralmente precario. Una vez extirpados del tejido objetivo del contractualismo político y de la ética liberal en el que nacieron, se hace necesario confiarlos por entero a un derecho que es, en esencia, *auctoritas* y no *veritas*. Pero la autoridad es voluntad, y la voluntad puede convertirse en arbitrariedad: del mismo modo en que puede *poner* los derechos, puede también excluirlos. Los derechos, en este marco, parecen abandonados a sí mismos, o mejor dicho, a los frágiles e imprevisibles itinerarios de la historia, por otra parte reciente, del constitucionalismo moderno. En resumen, y paradójicamente para el divisionista, a un puro hecho.

Surge una buena oportunidad, entonces, para los críticos iusnaturalistas de recordar la necesidad de una fundamentación, es decir, de un enraizamiento menos efímero para los derechos. Estos críticos, sin embargo —y aunque se trata de una historia bien conocida—, suelen minusvalorar la complejidad de los problemas que implica esta reclamación, problemas que pueden reconducirse esencialmente a los tres siguientes: *cómo* fundamentar los derechos, *qué* derechos fundamentar y, por último, *cómo* insertar en la historia, es decir, en la

Ferrajoli. No abordaré, por ello, el problema de si su definición de «derecho fundamental» resulta más o menos adecuada desde el punto de vista de la teoría jurídica, ni tampoco la distinción teórica entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. El concepto de derecho fundamental se adoptará aquí en sentido exclusivamente axiológico.

5. «Si no queremos caer en una forma de paradójico iusnaturalismo realista y hacer desempeñar a nuestras teorías funciones legislativas, habremos de admitir que los derechos y las normas que los expresan existen en tanto y en cuanto son positivamente producidos por el legislador, sea ordinario, constitucional o internacional» (L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 50).

realidad de las instituciones político-jurídicas, los derechos ya fundamentados. Es sobre todo este último problema el que querría destacar ahora. Los teóricos del enraizamiento objetivo de los derechos caen con frecuencia en el error de confundir la realidad jurídico-política con su teorización sobre la misma, en el sentido de que, en ocasiones, estiman suficiente la pura y simple crítica a la teoría (iuspositivista) que reduce el derecho a la *auctoritas* para considerar que, de esta forma, se resuelve *también* el problema político-jurídico de la autoridad histórica. Ahora bien, obviamente, esto no es más que un *wishful thinking*; es evidente que no basta con negar el principio cardinal del iuspositivismo, *auctoritas non veritas facit legem*, para disolver la autoridad política de carne y hueso, que existe a despecho de cualquier crítica a dicho principio y que es, además, la que deberá desarrollar, en las formas que se determine, la necesaria tarea de conferir (o reconocer) los derechos y de proveer a su administración en el mundo real, y no en el armonioso mundo de la teoría[6].

En realidad, ninguna teoría de los derechos fundamentales puede resultar (auto)suficiente, es decir, ninguna puede prescindir de una teoría de la autoridad[7]. Esto es cierto con carácter general y no sólo para el iusnaturalismo. Más aun, estaría tentada de afirmar que, a fin de cuentas, el *verdadero* problema de los derechos fundamentales es justamente el «procedimental» de la autoridad que los administra. Lo que, en realidad, no es más que otra forma de repetir la expresión de Bobbio: «el problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*»[8]. No se trata, como acaso pudiera parecer a los lectores apresurados o tendenciosos de Bobbio, de una forma expeditiva de liquidar el problema de la fundamentación. Se trata, más bien, de una forma de afrontarlo desde un ángulo que lo haga más susceptible de acercamiento, y que permita convergencias a medio camino, incluso partiendo de principios últimos contrapuestos[9]. Por

6. La idea de administración de los derechos fundamentales, que emplearé en este trabajo se inspira en M. Jori, «Definizioni giuridiche e pragmatica»: *Analisi e Diritto* (1995).

7. Véase J. Waldron, «A Right-based Critique of Constitutional Rights»: *Oxford Journal of Legal Studies* (1993), pp. 19 y 32 s. Este aspecto es objeto de una lúcida discusión en J. L. Hyland, *Democratic Theory. The Philosophical Foundations*, Manchester University Press, Manchester, 1995, pp. 141 ss., especialmente p. 153.

8. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991(cursivas del autor), p. 61

9. Se podría decir, empleando la fórmula de Cass Sunstein, que sólo por esta vía es posible alcanzar, en el terreno de los derechos, *incompletely theorized agree-*

ello, en el fondo, plantear la cuestión de los derechos fundamentales en términos de una alternativa entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, como yo misma acabo de realizar por razones de simplicidad expositiva, nos deja hoy el sabor rancio de una discusión bloqueada. No porque dicha contraposición carezca ya de valor, sino porque conduce a acercarse al problema desde el lado insoluble de su fundamentación, en lugar de hacerlo desde el más tratable de la administración.

Sin embargo, se esperaría de un iuspositivista como Ferrajoli, acostumbrado por formación y militancia intelectual a habérselas con el problema de la autoridad política, una gran conciencia de este aspecto, por decirlo de algún modo, «procedimental» del problema de los derechos fundamentales. Sin embargo, las cosas no son así. Ciertamente, Ferrajoli es consciente del reducido espacio de maniobra que el marco de sus propios principios le concede. Trata, por ello, de sustraer a los derechos fundamentales de la tenaza divisionismo/iuspositivismo, pero lo hace, en mi opinión, minusvalorando de forma sorprendente el problema de la autoridad. El camino elegido paga con ello un altísimo peaje. Conduce, de hecho, al sacrificio de la democracia entendida como método de elección y decisión política de individuos iguales en autonomía moral y, por ello, iguales en su capacidad de ser titulares de derechos. Conduce, en definitiva, a segar el vínculo entre los derechos y sus propios titulares. Y conduce, en último lugar, a una (implícita) solución del problema de la autoridad en clave de un activismo judicial potencialmente ilimitado.

La minusvaloración del problema formal de la gestión del contenido sustancial de los derechos, que caracteriza a los teóricos de los derechos insaciables como Ferrajoli, constituye, en definitiva, ella misma, una respuesta (oculta) al problema de la autoridad política, una respuesta que, sin embargo, repudia el principio de la administración democrática de los derechos.

ments, obviamente imposibles de mantenerse en el terreno de la fundamentación. Cf. C. Sunstein, «Incompletely Theorized Agreements»: *Harvard Law Review* (1995). Observa A. Marmor («On the Limits of Rights»: *Law & Philosophy* [1997], p. 15) que, desde un punto de vista estrictamente analítico, el concepto de derecho subjetivo resulta redundante, ya que representa la etapa intermedia de un largo razonamiento que lleva de los valores a los deberes. Por ello, el discurso en términos de derechos nos permite fijar un conjunto de conclusiones intermedias compartidas, pese a los considerables desacuerdos sobre la fundamentación. Añadiría, por mi parte, que, con frecuencia, la sensación de haber llegado a un acuerdo aparece ligada a la indeterminación que suele caracterizar a las formulaciones de los derechos fundamentales.

2. *Primera etapa: la definición de «democracia» y de «derecho fundamental»*

El punto de partida de la teoría objeto de examen radica en la distinción entre democracia *formal* y democracia *sustancial*: la primera se proyecta sobre el «quién» y el «cómo» se decide, la segunda sobre «qué» es lo decidible y lo no decidible. Escribe Ferrajoli:

> [...] los derechos fundamentales [...] forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamará dimensión «sustancial» de la democracia, previa a la dimensión política o «formal» de ésta, fundada, en cambio sobre los poderes de la mayoría. [...]. de aquí la connotación «sustancial» impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben —más allá e incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías— los derechos fundamentales [...] son «sustanciales», precisamente por ser relativas no a la «forma» (al *quién* y al *cómo*) sino a la «sustancia» o «contenido» (al *qué*) de las decisiones (o sea, al *qué* es lícito decidir o no decidir)[10].

Obviamente, no puedo (y, por fortuna, no debo) afrontar aquí, *in extenso*, el problema de la definición del concepto de «democracia» *per se*. Me limitaré, por ello, a las siguientes observaciones. Todas las discusiones actuales acerca de la democracia política se ven obligadas a afrontar el problema de la tensión entre los dos elementos que coexisten en nuestras democracias constitucionales: de un lado, la presencia de un núcleo de contenidos «indisponibles», formulado en términos de derechos fundamentales, y, de otro, la adopción de un método de decisión (en lo que se refiere a las decisiones políticas generales) basado en la representación y el sufragio universal. Ambos elementos conviven *de facto* en combinaciones normativas y grados de efectividad variables en todos los ordenamientos occidentales contemporáneos. Podría, por tanto, parecer razonable la propuesta de definir tales ordenamientos sencillamente como democracias, salvo que se distinga dentro de la definición un aspecto formal (método de decisión) y otro sustancial (contenido de las decisiones).

Naturalmente, en un marco nominalista y convencionalista, las definiciones ostentan un valor puramente instrumental, y cada es-

10. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 25 y 36 (cursivas del autor).

tudioso es libre de adoptar las definiciones que considere más oportunas para el desarrollo de su teoría. Se trataría, así, de discernir su fecundidad y/o adecuación, y no, ciertamente, su correspondencia con una presunta naturaleza esencial de los fenómenos definidos.

Ahora bien, de las definiciones se puede abusar, y mi crítica es, justamente, la de un uso abusivo del instrumento definitorio. Trataré de motivar mi acusación en dos pasajes.

En primer lugar, una definición de «democracia» que incorporase una referencia a contenidos (en realidad a todo un catálogo de derechos civiles, políticos, sociales y de libertad) acabaría por alejarse notablemente del significado léxico de la expresión «democracia» que, históricamente, siempre ha incorporado una referencia al «quién» y al «cómo» decidir, por encima del «qué» decidir. En definitiva, más a la idea de *self-government* que al contenido del *government*[11]. Se podría, sin embargo, anotar que todas las teorías (modernas) de la democracia, incluso las que se proyectan más sobre el elemento «procedimental», suelen considerar indispensable para la democracia de los modernos la referencia a una serie de derechos (voto, asociación, expresión, *habeas corpus*), cuya concesión (y cuyo disfrute efectivo, al menos «a grandes rasgos») se consideran condiciones *sine qua non* para calificar a un sistema político de democrático[12]. Esta observación resulta inobjetable pero, en un análisis más profundo, hace referencia a *otro* tipo de contenidos diferentes de los que aquí estamos discutiendo. Efectivamente, una cosa son los contenidos, los ámbitos, sobre los que puede versar la decisión democrática y otra, los presupuestos (también éstos de contenido) que hacen de dicho método decisional un mé-

11. Para un esbozo de una historia de la palabra «democracia», véanse R. R. Palmer, «Notes on the Use of the Word "Democracy". 1789-1799»: *Political Science Quaterly* (1953), pp. 203-226; G. Calogero, T. De Mauro y G. Sasso, «Intorno alla storia del significato di "democrazia" in Italia»: *Il Ponte* (1958), pp. 39-66.

12. Incluso las teorías de la democracia consideradas procedimentales por excelencia, como las de Kelsen, Dahl y Bobbio, prevén siempre un catálogo de derechos de este tipo. Véanse, respectivamente, H. Kelsen, *La democrazia*, trad. it., Il Mulino, Bolonia, 1998 [Se trata de una compilación de «Von Wesen und Wert der Demokratie», «Das Problem des Parlamentarismus» y «Foundations of Democracy», N. *del T.*]; R. Dahl, «Procedural Democracy», en P. Laslett y J. S. Fishkin (eds.), *Philosophy, Politics and Society* (fifth series), Blackwell, Oxford, 1979; Íd., *La democracia y sus críticos*, trad. de L. Wolfson, Paidós, Barcelona, 1992; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984 [trad. castellana de J. Moreno, N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Planeta-Agostini, Madrid, 1992].

todo, justamente por ello, democrático[13]. O, por decirlo, de otro modo, una cosa son los contenidos del juego y otra, los presupuestos indispensables para que el juego que se quiere jugar sea justamente ése y no otro. Mi tesis es que, en la definición, si se quiere ser fiel a la semántica de «democracia» (de los modernos), pueden incluirse los presupuestos, pero no debe incluirse el contenido[14].

13. Incurren con frecuencia en el equívoco de intercambiar presupuestos con contenidos tanto los críticos como los propios teóricos de la democracia «procedimental». Los primeros, efectivamente, acusan a los segundos de «mero» procedimentalismo, los segundos rechazan la acusación aduciendo la relevancia otorgada a los presupuestos de contenido. En realidad, se equivocan tanto unos como otros, ya que ningún procedimentalismo puede calificarse de «mero» (es decir, neutro moralmente o sin implicaciones morales). Pero no principalmente a través de los presupuestos de contenido, sino en razón del valor moral, intrínseco o instrumental, de los procedimientos democráticos. Permítaseme remitir sobre este punto a mi «Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico»: *Sociologia del diritto* (1999).

Para un uso particularmente temerario de la noción de «procedimiento» en referencia a la democracia política, véase P. Flores D'Arcais, *L'individuo libertario. Percorsi di filosofia morale e politica nell'orizzonte del finito*, Einaudi, Torino, 1999, cap. IV, *passim*.

14. A. Weale (*Democracy*, MacMillan, London, 1999, pp. 171-172), tras enumerar una serie de derechos, tales como la libertad de reunión y de asociación, la libertad de discutir los asuntos de interés público y de criticar al gobierno de turno, la libertad frente a los arrestos arbitrarios, etc., afirma: «Junto a estos derechos, sin embargo, existen también derechos que, aunque puedan estar asociados en la práctica a la democracia, resultan lógicamente distintos de cualquier definición de democracia que podamos ofrecer [...] El grado de limitación del ámbito de la acción del poder resulta lógicamente distinto de la fuente de aquel poder, y, de existir alguna relación, se trata de una relación contingente y empírica, más que definitoria».

Naturalmente, incluso el catálogo de derechos hoy considerados indispensables para el método de decisión democrático resulta enormemente controvertido, como controvertidos resultan los contenidos de tales derechos (y, también por esta razón, sería recomendable una definición lo más «ligera» posible de «democracia»). Se ha puesto en duda, por ejemplo, que el derecho a la libertad de pensamiento, cuando se lo considera como presupuesto necesario del juego democrático, pueda incluir, también, aquellas manifestaciones del pensamiento irrelevantes para los fines de la formación de las opiniones políticas, tales como las artísticas o pornográficas. La discusión sobre estos temas, originada en los Estados Unidos por el libro de A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (Harper & Brothers, New York, 1948), se ha apoyado, posteriormente, de manera principal en las tesis de J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980 [trad. castellana de M. Holguín, en J. H. Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Uniandes, Santa Fe de Bogotá, 1997]. Una buena reconstrucción de las diferentes teorías constitucionales subyacentes aparece en M. Edelman, *Democratic Theories and the Constitution*, State University of New York Press, Albany, 1984 y en P. P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

Naturalmente, esta autolimitación definitoria, en la medida en que se refiere a una palabra tan irresistiblemente cargada, al menos hoy, de buenas promesas, exige un esfuerzo casi heroico que no puede, ciertamente, pretenderse del hombre de la calle. Sí cabe, sin embargo, pretenderlo del filósofo y, en especial, del filósofo analítico.

En segundo lugar, el filósofo político no es, como es obvio, un compilador de diccionarios. Más aun, una de las utilidades específicas de su trabajo es, justamente, la de plasmar y volver a plasmar los conceptos políticos para mostrarnos más claramente los problemas y, en su caso, las soluciones. Junto a las definición lexicográficas encontramos las definiciones estipulativas y nada impide, al contrario, resulta conveniente, que en filosofía política se realice de ellas un amplio uso. Esta observación, sin embargo, no modifica mi juicio sobre la vía definitoria objeto de examen. Definir como «democracia sustancial» al estado de derecho, equivale, de hecho, a otorgar una solución *semántica* a un problema *normativo*[15]. Equivale a resolver *in limine* y de forma oculta, con una operación de limpieza lingüística, precisamente, el problema crucial de la justificación filosófica de las democracias constitucionales: el problema, justamente, de cómo conciliar el estado de derecho (contenidos) con la democracia (forma), de cómo resolver en un equilibrio aceptable la tensión entre los derechos fundamentales y el principio del autogobierno. Se trata de un problema normativo que acecha, en primer lugar, a los propios estados democráticos de derecho hoy existentes, en los que los conflictos sociales, de valores y entre poderes giran en lo esencial, justamente, en torno a tal problema. Y, consecuentemente, se trata, en segundo lugar, de un problema de la filosofía. La filosofía, sin embargo, no puede limitarse a registrar las soluciones más o menos claras (y, en todo caso, heterogéneas y contingentes) incorporadas a los ordenamientos positivos. Si lo hiciera, incurriría en un error simétrico al del iusnaturalismo que superpone la propia teorización a la realidad jurídico-política. Incurriría en el error de elevar a solución teórica una particular situación histórica.

Por ello, mi crítica no es sólo de infidelidad a la definición lexicográfica, sino de inoportunidad de una definición estipulativa que se aleja de una definición léxica, y por tanto «ligera» de democracia, y que, al alejarse, asume como resuelto el problema que, en

15. Sobre la distinción entre problemas semánticos y problemas normativos en la teoría democrática, véase recientemente J. L. Hyland, *Democratic Theory*, cit., pp. 3 y 104.

cambio, la propia definición debería ayudar a plantear de forma más clara. Definir el estado de derecho como democracia (sustancial) equivale, en resumen, a imponer un auténtico *definitional stop* a la discusión[16].

Añadiré, finalmente, que de la definición del estado de derecho como democracia (sustancial) aflora una visión teórica de la democracia constitucional, en el fondo, irenista. Una visión en la que dos criterios opuestos de legitimación del poder, democracia y derechos, aparecen, por el contrario, como complementarios y armoniosamente integrados[17]. El mensaje superficial que la definición nos transmite es que podemos tenerlos a los dos, sin tener que sacrificar el uno al otro. El desarrollo de la premisa definitoria, como luego diré, conduce, sin embargo, a una (inevitable) conclusión bien diferente. Conduce a concluir que la primacía de los derechos puede y debe justificar el sacrificio del principio del autogobierno. Téngase presente que una conclusión de este tipo es, en sí misma, totalmente legítima y bien pude desarrollarse y someterse a discusión. Lo que no resulta legítimo es presentarla como una teoría (y una definición) de la democracia, ya que, en realidad, se trata de algo totalmente diferente[18].

16. Desde otro punto de vista, no directamente relevante aquí, la definición supone una decidida sustancialización del propio concepto de estado de derecho. J. Raz observa a este respecto que «si el *rule of law* es el dominio del buen derecho, entonces explicar su naturaleza equivale a proponer una completa filosofía social. Ahora bien, si esto es así, el término carece de utilidad. No es preciso convertirse al *rule of law* para descubrir tan sólo que creer en él implica creer en que el bien debe triunfar. El *rule of law* es un ideal político que un sistema político puede poseer en mayor o menor grado [...] es sólo una de las virtudes a la luz de las cuales un sistema jurídico puede y debe ser juzgado. No se confunde con la democracia, la justicia, la igualdad (ante la ley o de otro tipo), los derechos humanos de cualquier tipo o el respeto por las personas o de la dignidad humana» (J. Raz, «The Rule of Law and its Virtues» en Íd., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 211).

17. M. Fioravanti, Costituzione, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 160 (*Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, p. 163) habla de «gran fractura entre democracia y constitucionalismo».

18. Recordaré que el libro *Principia iuris*, del que los recientes ensayos de Ferrajoli suponen un anticipo lleva como subtítulo *Teoría jurídica de la democracia* (y no como, por el contrario, resultaría legítimo esperar, *Teoría jurídica del estado de derecho*). En su *Derecho y razón*, cit., p. 865, Ferrajoli había afirmado con mayor claridad la independencia, en el plano lógico, de los dos modelos de democracia, formal y sustancial, añadiendo que, sin embargo, en el plano axiológico «la democracia sustancial incorpora valores más importantes y, en cualquier caso, prejudiciales respecto de la formal».

También pertenece al área de los problemas definitorios otro pasaje de las tesis de Ferrajoli: la definición de derechos fundamentales como normas (téticas). Los derechos fundamentales «se identifican con las mismas normas o reglas generales que los atribuyen»[19]. La idea implícita en esta definición es que los derechos existen desde el mismo momento, y sólo desde ese momento, en que se ponen las normas que los contemplan.

Esta definición de los derechos fundamentales como normas resulta, en apariencia, totalmente coherente con el marco iuspositivista en el que Ferrajoli se mueve. Y, sin embargo, sospecho que también esta definición esconde una operación ideológica, tan inadvertida como peligrosa.

En mi opinión, la idea de que los derechos son un producto de las normas resulta profundamente necesaria, antes incluso que al iuspositivismo, al divisionismo ético: equivale, efectivamente, a reconducir a los derechos (y, en general, a los valores) al campo de la elección humana, a recordarnos que derechos y valores sólo «existen» si nosotros los ponemos como tales, y no porque existan previamente en lo más recóndito de la naturaleza o de la razón. Un derecho o un valor, para el divisionista, existen sólo porque alguien los ha puesto, es decir, los ha elegido, como tales y los ha introducido en su universo ético propio. Este acto de disposición sale de la esfera individual y adquiere una dimensión intersubjetiva en el momento en que se realiza en las formas jurídicamente admitidas dentro de un ordenamiento jurídico socialmente existente. En este marco, por tanto, la prioridad de la norma (jurídica) sobre los derechos resulta indispensable para la consistencia objetiva —es decir, intersubjetiva— de los propios derechos, para distinguirlos de los que pueda imaginar, en la teoría, el filósofo.

Ahora bien, en una lectura más detenida, la operación teórica realizada por Ferrajoli con su identificación *tout court* de los derechos fundamentales con las normas, va en una dirección totalmente contraria a la anteriormente señalada. Al identificar los dos elementos —la norma y el derecho subjetivo— se produce, efectivamente, la ilusión de que la objetividad de la norma se trasfiere, por así decir, automática y totalmente al derecho. Se nos dice que la existencia de un derecho es un dato tan objetivo como lo es la existencia de una norma y que es posible verificarla en términos

19. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 33. La definición tiene también como importante función la de diferenciar los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales, problema del que no me ocuparé en el presente trabajo.

igualmente seguros, en la medida en que norma y derecho coinciden. En el fondo, lo que se sugiere es que la aprobación de los derechos, es decir, de las normas, es todo cuanto necesitamos, salvo, naturalmente, una vez puesta la norma-derecho, la obligación del legislador histórico de predisponer todas las garantías necesarias para dar efectividad a la norma y, con ello, al propio derecho. Sólo este paso (junto con el de la aprobación original) dependería de los concretos actos normativos del legislador histórico, si bien, se trataría de un paso, en cierto sentido, necesario, ejecutivo. En este marco, en el que los derechos, siendo normas, «existen» indudablemente y poseen la misma identidad definida que las normas, no queda más que actuarlos o denunciar su inactuación.

Y, sin embargo, en mi opinión, resulta necesario separar la norma que pone de lo que es puesto[20]. En el marco iuspositivista, la objetividad de las normas puestas (en un ordenamiento jurídico socialmente existente), no implica una *equivalente* objetividad, es decir, determinabilidad semiótica y cognoscibilidad, de los contenidos puestos[21]. La identificación entre derechos y normas conduce, en realidad, a eludir el problema de la complejidad, indeterminación y equivocidad del contenido de las propias normas que ponen los derechos. Obsérvese que no pretendo sostener que la existencia de una norma jurídica no sea condición necesaria y suficiente (para la creación) del derecho que pone, y, con ello, contestar la tesis iuspositivista de partida. Lo que, en su lugar, pretendo sostener es que el sentido en que un derecho existe en un ordenamiento es mucho más problemático que el sentido en que una norma existe en dicho ordenamiento (en un ordenamiento, se entiende, basado sobre un elenco tendencialmente rígido de fuentes formales, como son los ordenamientos occidentales contemporáneos). Ni pretendo, tampoco, afirmar la vacuidad semántica de la proclamación normativa de los derechos. Desde un punto de vista no escéptico, incluso una norma que proclamase un derecho impalpable como el dere-

20. La distinción proviene, aunque no de forma particularmente nítida, de los propios teóricos de las reglas constitutivas téticas. Conte, incluso desde su reticencia filosófica, distingue la norma como condición de aquello de lo que ella es condición. Lo mismo hace Carcaterra, en el marco de una ontología más explícita, en la que los objetos creados por las normas téticas pasan a formar parte de una suerte de popperiano mundo 3.

21. Este aspecto es abordado en M. Jori, «Ferrajoli sobre los derechos», *supra*, pp. 111 ss., que, sin embargo, no parece considerarlo un punto problemático de la teoría de Ferrajoli.

cho a la felicidad, o al bienestar, o a la dignidad, sería algo más que un *flatus vocis*, ya que su existencia señalaría siempre una diferencia semiótica sistémica, aunque notablemente evanescente, entre dicho ordenamiento y otro que no la incluyese. El derecho en cuestión indudablemente «existiría» en dicho ordenamiento. Y, sin embargo, la determinación del contenido de la norma (es decir, del derecho) plantearía problemas epistemológicos y semióticos que la determinación de la existencia de la propia norma no plantea. Problemas que se reflejarían indudablemente en los pasos normativos ulteriores necesarios para la actuación del derecho en cuestión. En resumen, los derechos son, con frecuencia, proteiformes si no inasibles, mientras que las normas (hoy), por lo general, lo son mucho menos, y la identificación de unos y otras nos lleva a minusvalorar esta diferencia y, en consecuencia, a minusvalorar el abanico de opciones políticas posibles dentro del marco de los derechos, y compatibles con él.

La identificación entre normas y derechos supone, en definitiva, una suerte de ontologización de los derechos. Nos conduce a un vía sustancialista muy similar a la ya recorrida por el derecho natural[22]. No sorprende que quien sigue esta vía, incluso partiendo de una dirección opuesta a la iusnaturalista, llegue, de igual modo, a hacerse la ilusión de que la solidez de la sustancia exima de afrontar las cuestiones de procedimiento, o abra el camino a una consideración puramente «ejecutiva» de las mismas.

Efectivamente, como aclararé (*infra* § 4), la identificación definitoria entre derechos fundamentales y normas contribuye a generar la ilusión de que estos últimos poseen un carácter, por así decir, autoejecutivo y de que no precisan de administración (y, por tanto, de administración democrática).

22. Un claro ejemplo de este tratamiento ontologizante de los derechos aparece en M. Dogliani, «Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione», en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 272: «o *hay* derechos, y entonces *no puede haber* poder constituyente (en la medida en que los derechos ya han sido afirmados, por lo que sólo puede existir un poder que expanda perfeccione y modifique la disciplina de los propios derechos, o que modifique diferentes partes, no inviolables, de la constitución. Es decir, un poder de revisión); o *hay* poder constituyente, y entonces *no hay* derechos, desde el momento en que el único contenido posible actual del poder constituyente es la negación de los derechos (en cuanto que si no los negase como núcleo inviolable de la constitución, no sería poder constituyente sino poder de revisión)» (cursivas mías). Naturalmente, el razonamiento resulta persuasivo sólo a condición de atribuir a este «hay» una objetividad que, desgraciadamente, los derechos fundamentales, aunque positivos, raramente poseen.

3. *Segunda etapa: la constitución* sub specie aeternitatis

Modificando parcialmente lo afirmado antes (§ 2), reconozco que, en realidad, Ferrajoli aduce al menos un argumento no definitorio en defensa de la complementariedad entre democracia formal y democracia sustancial dentro de su modelo. Dicho argumento es que la forma y la sustancia, el principio democrático y los derechos, poseen un fundamento justificativo común, a saber, la constitución entendida como contrato social. Escribe, efectivamente, Ferrajoli:

> [...] las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva [...] la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como *causa* precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia[23].

Se trata, en realidad, de la segunda etapa en la vía de disolución del principio democrático. Interpretar las constituciones como contratos sociales implica, de hecho, en mi opinión, una nueva dilatación del concepto de democracia, y un ulterior debilitamiento, dado que conduce a suprimir la distinción entre el fundamento consensual y el carácter democrático del poder[24]. Ahora bien, a esta identificación debe objetarse que una cosa es el principio de la soberanía popular, y otra, la democracia como específica forma política y específica fuente de legitimación del poder. El fundamento consensual del poder político resulta perfectamente compatible con el carácter no democrático del poder así fundado. A fin de cuentas, Hobbes no es Locke. El contrato social es el pacto fundacional del orden social, fruto de la soberanía popular ejercida de una vez y

23. L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, p. 38. Este pasaje ya había llamado la atención de E. Vitale, «¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?, *supra*, p. 72, cuyas observaciones comparto enteramente.

24. Últimamente, estas distinciones aparecen señaladas de forma impecable en J. Waldron, «Precommitment and Disagreement», en L. Alexander (ed.), *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, CUP, Cambridge, 1998, pp. 272 s. K. Graham (*The Battle of Democracy. Conflict, Consensus and the Individual*, Barnes & Nobles Books, Totowa, 1986, p. 84) recuerda que el consenso, incluso unánime, poco tiene que ver con la democracia.

para siempre en un momento hipotético de la historia. La constitución (de los modernos), por el contrario, es el fruto de la soberanía popular que se ejercita mediante *self-government* ininterrumpidamente en la historia. Identificar la constitución con el contrato social equivale a relegar el principio del autogobierno a un rincón remoto de la historia, y a considerarlo irreversiblemente marcado por el propio acto de su única ocasión de ejercicio.

A Rawls se le ha reprochado, frecuentemente y con razón, el haber predeterminado completamente, en su metáfora del contrato social, la posición original y las características de la sociedad inspirada en la *justice as fairness*, Con todo, Rawls se preocupa, al menos, de articular en una serie de etapas sucesivas el proceso de disolución del velo de ignorancia que cubre a los contratantes en la posición original, atribuyéndoles la tarea de determinar, progresivamente y cada vez con mayor detalle, los diferentes aspectos y niveles del diseño constitucional. Ferrajoli exige, en cambio, que el contrato constitucional sea estipulado de una vez y para siempre. De esta forma, equipara el momento fundacional de un concreto y contingente orden político con el momento en que tiene su origen el orden social, que el contractualismo moderno nos impone buscar *a parte populi*. De esta forma, traslada al primero tres características que, por el contrario, pertenecen exclusivamente al segundo: la *inevitabilidad*, la *unanimidad* y la *irreversibilidad*. Ahora bien, de esta forma trata como inevitable, unánime e irreversible a un producto tan sólo contingente, una entre las posibles redacciones del contrato, por lo general fruto de un compromiso más o menos estable o frágil y, por ello, ligado a una historia particular (aunque se trate de una historia con la pretensión de imponer universalmente su propia superioridad racional).

Interpretar las constituciones como contratos sociales posee, por ello, una segunda implicación igualmente inquietante para los amantes del principio democrático: equivale a convertir las constituciones en *eternas*. Los individuos habrían suscrito, en un momento en la historia, un pacto dotado de términos, condiciones y contenidos, y ello de una vez y para siempre. Nunca podrían cambiarlo, ya que la voluntad de todos sólo puede ser anulada por la voluntad de todos[25]. A los titulares de los derechos se les sustrae, paradóji-

25. Merecería la pena reflexionar más a fondo acerca de la calificación habitual de la democracia como método consensual, y acerca de la difundida tendencia a santificar el principio de unanimidad. Por ejemplo, D. Gauthier, «Constituting Democracy», en D. Copp, J. Hampton y J. E. Roemer (eds.), *The Idea of Democracy*, CUP, Cambridge, 1993, pp. 315-334, 329, justamente en referencia a las en-

camente, de forma definitiva, la disponibilidad de sus *propios* derechos, a través de la transcripción de un acuerdo, a fin de cuentas, histórico y contingente, por muy amplio y solemne que sea, sobre las formas *legítimas* en que puede manifestarse el consenso desde abajo, y sobre los contenidos sobre el que puede recaer. La constitución concebida de este modo se vuelve insaciable, ya que termina por devorar a su propia fuente y fundamento. Ahora bien, como aclararé (§ 4), el resultado de esta operación corre el riesgo de ser el contrario al esperado, es decir, no el dominio de los contenidos universales, sino el de una particular, contingente y peligrosamente arbitraria organización y administración oculta, cuyos caracteres dependerán de las contingentes correlaciones de fuerzas y no de un diseño visible, públicamente justificado y, presumiblemente, prudente y previsor.

Coherentemente con sus premisas, Ferrajoli se suma a las tesis de los constitucionalistas italianos que rechazan la idea de un poder *jurídico* constituyente que no pueda reducirse al poder de revisión constitucional, y admite que este último sólo puede ejercitarse dentro de unos límites rigurosamente circunscritos, como pura extensión del contenido de los derechos ya presente en la carta constitucional[26]. Prescindiendo en esta ocasión de estas discusiones jurídico-políticas objeto de debate, apuntaré que esta tesis representa una ulterior confirmación de mi interpretación de esta teoría de

miendas constitucionales, señala que un procedimiento unánime resulta desaconsejable porque invita a abandonar la perspectiva *deliberative* para adoptar una perspectiva puramente estratégica. Este punto aparece desarrollado con su habitual agudeza por J. Elster («The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory», en J. Bohman y W. Rehg [eds.], *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1997, pp. 16 s.), que señala que el método de la unanimidad, aunque pueda parecer paradójico, desde el punto de vista psicológico reduce más que amplia la libertad de elección, dado que pone en marcha mecanismos adaptativos del tipo «uvas verdes» («pocos piensan como yo, así que es mejor que me adapte al horizonte de posibilidades dado»), y concluye considerando más fiable el resultado de una decisión democrática que haya recibido el voto contrario de una minoría. Desde otro punto de vista, J. S. Fishkin (*Tyranny and Legitimacy. A Critique of Political Theories*, John Hopkins University Press, Baltimore-London, 1979, p. 68 ss., especialmente p. 71) impugna que la unanimidad pueda inmunizar frente al riesgo de un régimen tiránico.

26. Véase el ensayo de Dogliani, citado en la nota 22, que supone un compendio de estas posiciones. Una discusión sobre la juridicidad del poder constituyente en G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997, cap. 2. [trad. castellana de J. Calvo González y G. Palombella, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Comares, Granada, 2000].

los derechos como sustancialista e irenista. La idea de la pura y simple *extensión* de un derecho sólo puede adquirir un sentido no problemático, justamente, en el marco de ciertas presunciones notablemente costosas. Debe presuponer que el espacio moral de los derechos es ilimitado y, por tanto, indefiniblemente expansible; debe presuponer, además, que la «superficie» ocupada por cada derecho, dentro del espacio moral, se concibe siempre como delimitada con precisión; y deber presuponer, por último, la idea de que ninguna de las superficies-derechos tiene nunca puntos de intersección con las otras, en forma tal que la ampliación de una de ellas puede producirse sin perjuicio para las demás. Además de por Ferrajoli, una teoría de los derechos dotada de estas características ha sido desarrollada con radicalidad, en tiempos recientes, por Robert Nozick[27]. El límite más grave a una concepción de este tipo es que, por muy atractiva que resulte su simplicidad asertiva de los derechos, choca con la intuición general de que los derechos colisionan[28]. Los derechos, efectivamente, pueden colisionar entre sí y, con frecuencia, entran en relaciones recíprocas de suma cero. Lo que nos obliga a admitir que el espacio moral que ocupan no resulta ilimitado (por razones normativas y no sólo fácticas[29]). En el marco de estas menos atrayentes pero más realistas consideraciones, la idea de la *extensión* del contenido de los derechos termina por perder toda su autoevidencia intuitiva y su simplicidad, al igual que termina por perder autoevidencia la idea de que su actuación pueda consistir en operaciones puramente «ejecutivas»[30].

27. A. Marmor (*On the Limits of Rights*, cit., pp. 7 ss.) llama *newtonianas* a este tipo de concepciones. Véase R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974 [trad. castellana de R. Tamayo en R. Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, FCE, México, 1988]. No creo que a Ferrajoli le agrade este acercamiento a Nozick.

28. J. Waldron, «Rights in Conflict»: *Ethics* (1989), pp. 507 ss., señala agudamente que los teóricos de los derechos son renuentes a tratar el argumento del conflicto entre derechos ya que parece evocar el espectro del *trade-off* y del utilitarismo.

29. Sobre el coste económico de los derechos, véase S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Co., New York, 1999.

30. No pretendo, por tanto, sostener que no tenga sentido *nunca* hablar de extensión de un derecho (en contraposición a su restricción). Por el contrario, es posible hablar así en muchos casos con una considerable dosis de certeza, pero a costa de considerar cada derecho aisladamente y de ponerlo en relación con el espacio normativo que un ordenamiento jurídico le asigna. Por ejemplo, una ley (inconstitucional) que prohibiese hoy, digamos, las reuniones en lugares públicos, sin duda restringiría el área del derecho de reunión tal como aparece delineado en

4. *Tercera etapa: el carácter autoejecutivo de los derechos*

La identificación de los derechos con las normas, como indicábamos antes (§ 2), contribuye a atribuir a estos últimos el carácter de sustancia, y a tratarlos de una forma que denominaré *autoejecutiva*: como un *a priori* jurídico que debe ser ejecutado y no administrado. Se trata de un resultado al que también han llegado otros teóricos del derechos por vía interpretativa, jugando con la distinción entre conceptos y concepciones del derecho[31]. Ferrajoli viene a sumárseles por vía axiomática[32].

El razonamiento parte de la definición de los derechos como *expectativas* positivas y negativas de prestaciones o de no lesiones, es decir, de modalidades imperativas (obligaciones y prohibiciones: *garantías primarias* de los derechos), y se desarrolla con la tesis de que unas (expectativas) y otras (modalidades imperativas), *en el plano teórico*, se implican respectivamente, que son dos caras de la misma moneda, es decir, que las prohibiciones y las obligaciones correspondientes a los derechos son *deducibles* de la enunciación de estos últimos[33].

Todo esto, en el plano teórico. Ahora bien, en la dinámica concreta de los ordenamientos jurídicos históricos resulta perfectamente posible que una norma otorgue un derecho sin indicar los sujetos de la obligación correspondiente. Estaremos, en este caso, nos dice Ferrajoli, ante una *laguna deóntica* «que en plano teórico parecería no permitir, hasta que no sea colmada, hablar de expectativa, ni por tanto de "derecho subjetivo". Pero donde esté previsto por una norma jurídica positiva [...] un derecho subjetivo, y por

la Constitución Italiana y en la normativa subordinada correspondiente. Ahora bien, en una consideración sistémica de los derechos, dado que éstos con frecuencia colisionan, y que tienen además como necesario *reverse* obligaciones de terceros, la cuestión se vuelve, con frecuencia, extraordinariamente problemática. Por ejemplo, tratemos de preguntarnos si la libertad personal se extendería en caso de extensión de la *privacy* individual. Por mi parte, no sabría responder a la pregunta con un simple «sí» o «no», ya que, por un lado, la extensión de la *privacy* sólo podría lograrse mediante la introducción de nuevas obligaciones y, de otro, tendría como efecto incidir negativamente en el espacio de otros derechos (como la libertad de expresión).

31. Aludo, naturalmente, a Ronald Dworkin. De este autor pueden consultarse sobre las relaciones entre democracia y constitucionalismo: «Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court»: *Alberta Law Review* (1990); «Constitutionalism and Democracy»: *European Journal of Philosophy* (1995).

32. Véase, L. Ferrajoli, «Expectativas y garantías», cit., especialmente, pp. 250 ss.

33. *Ibíd.*, pp. 251 y 253.

tanto una expectativa, jurídicamente existe, y no puede ciertamente ser ignorado por la teoría. Se sigue de ello que la laguna *debe ser* resuelta por alguien —intérprete o legislador. Y es precisamente en este deber ser de su solución donde reside la obligación implicada por el derecho proclamado: que es una relación por así decir de segundo grado, dado que opera sobre el intérprete y/o el legislador como "obligación de obligar", o sea de introducir la modalidad imperativa que forma la garantía que falta»[34].

Estas lagunas deónticas poseen carácter *lógico* y son diferentes de las lagunas *jurídicas*, que consisten en la ausencia de los presupuestos organizativos o normativos necesarios para que resulten justiciables las violaciones jurídicas de las expectativas; las primeras son «más radicales y, por ello, menos tolerables» que las segundas, ya que la ausencia de las imperativos correspondientes vuelve «inconsistentes» las expectativas. De donde se deduce que la laguna «debe ser también reconocida e integrada, en la medida de lo posible, por vía de interpretación»[35].

La clave de este razonamiento estriba en la relación que establece entre las expectativas/derechos y las garantías primarias[36]. ¿De qué tipo de relación se trata en realidad? Ferrajoli trata ambiguamente este punto en la medida en que, por un lado, nos dice que derechos y garantías son dos caras de la misma moneda y, de otro, que los derechos *implican lógicamente* sus garantías. Estas dos reconstrucciones son, sin embargo, diferentes ya que, en el primer caso, nos encontraríamos ante una relación de identidad (las garantías serían los propios derechos vistos del lado de los sujetos pasivos) y, en el segundo, se trataría de una relación de derivación lógica (en un razonamiento en el que los derechos actuarían como premisa y las garantías como conclusión). Estas dos construcciones también marcan una importante diferencia en la dinámica de los ordenamientos

34. *Ibíd.*, p. 251.

35. *Ibíd.*, p. 254.

36. He tenido ocasión de detenerme en este aspecto de las ideas de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales en mi *Democracia senza diritti*, cit., pp. 30 ss. En el ensayo «Expectativas y garantías» la terminología de Ferrajoli aparece, en parte, modificada (ya no se habla de lagunas *técnicas*, como en *Derechos fundamentales*, sino de lagunas *deónticas*), sin que ello suponga diferencias sustanciales en el razonamiento. La verdadera novedad se encuentra en el hecho de que, por primera vez, se identifica al intérprete como al sujeto sobre el que (junto al legislador) pesa la obligación (jurídica) de colmar las lagunas deónticas. Ferrajoli había sotenido anteriormente (*Derecho y razón*, cit., esp. 879-880) una tesis algo diferente. A saber, que el trabajo crítico de la jurisprudencia doctrinal se debe realizar no mediante la armonización del sistema, sino mediante la denuncia de sus lagunas y antinomias.

jurídicos históricos puesto que, en el primer caso, las garantías ya existirían, en la medida en que vendrían puestas con el propio acto de disposición del derecho (o, mejor dicho, de la norma que lo proclama), mientras que, en el segundo, deberíamos alcanzar una conclusión diferente. Dado que el legislador no necesariamente obedece a la lógica, podrían existir jurídicamente las premisas y no las conclusiones, los derechos pero no las garantías.

En mi opinión, las cosas deben verse de la primera forma: un derecho subjetivo es siempre una pretensión sobre la conducta de otro, y escindirlo de la obligación de conducta ajena parece un sinsentido conceptual antes incluso que jurídico[37]. Decir que los derechos y las obligaciones son dos caras de la misma moneda es otra forma de decir que en los derechos hay lo que hay, ni más ni menos, nos guste o no. Que las obligaciones que especificarán el contenido de la obligación general (puesta con la creación del derecho) de respetar dicho derecho no pueden ser fruto de *deducción* sino de *decisión*. Pero no en el sentido de que los contenidos ya dados por la lógica deban ser puestos para convertirse en jurídicos (es decir, que la validez lógica deba esperar a un acto empírico para traducirse en validez jurídica), sino en el sentido de que no se trata de contenidos efectivamente ya dados por la lógica o por la teoría.

Ferrajoli pasa por alto, de hecho, que la garantía primaria del derecho está dotada del mismo tipo de existencia y consistencia que el derecho (en la situación que ahora discutimos, en la que exista sólo la norma que proclama el derecho). Dicha garantía «existirá» si una norma la ha puesto, al poner el derecho, si bien este «existir» podría tener un estatuto semiótico incierto. Desde el punto de vista semiótico podría quedar notablemente indeterminada la gama de conductas que se consideran cumplimiento de la obligación en cuestión, y, por lo general, es justamente esto lo que sucede en el caso de las proclamaciones constitucionales de los derechos. Y ello sucede no por casualidad ni por descuido semán-

37. Naturalmente, esto vale, justamente, para aquellos derechos calificados por Hohfeld como «derechos en el sentido más riguroso» y correlativos a deberes. Véase W. N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*, trad. it., Einaudi, Torino, 1969, p. 17 [trad. castellana de G. R. Carrió, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1992]. En realidad, los que normalmente llamamos derechos y derechos fundamentales son, por lo común, «racimos» de modalidades hohfeldianas (*cluster-rights* los llama J. J. Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990, pp. 55 s.). Obviamente, Ferrajoli tiene bien presente que los derechos fundamentales son también, con frecuencia, inmunidades correlativas a incapacidades.

tico, sino porque, por lo común, en las constituciones nos vemos obligados a incluir sólo aquello sobre lo que «hemos convenido disentir», y no podemos hacer otra cosa si las entendemos como producto del *self-government* y, por tanto, punto de convergencia de valores plurales[38].

Desde el punto de vista ético-político, la indeterminación del contenido de las obligaciones puestas como garantía de los derechos podrá ser juzgada insatisfactoria y absolutamente «intolerable», como con razón la califica Ferrajoli. Los derechos de nuestra ética individual de filósofos suelen tener contornos mucho más precisos que los que tienen los proclamados en las cartas de derechos, contornos generados por una «cascada» de obligaciones que vienen a precisar la obligación genérica de respectar la expectativa-derecho[39]. Y, sin embargo, no resulta lícito calificar la ausencia de indicación de estos precisadores-de-obligaciones como lagunas, ni, nada menos, que como lagunas *lógicas*, que harían surgir en el legislador o en el intérprete la obligación de colmarlas, si con ello se quiere decir que *toda* la colección de obligaciones *necesarias* para la tutela de los derechos aparece ya incluida en la norma que proclama el derecho, y que espera sólo a ser trasvasada en normas

38. J. Reiman, «The Constitution, Rights and the Conditions of Legitimacy», en A. S. Rosenbaum (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, Greenwood Press, New York, 1988, p. 142: «Nuestras diferencias acerca de la constitución quedan plasmadas e incluidas en el léxico moral de la constitución, y constituyen, por tanto, diferencias sobre cosas sobre las que hemos convenido disentir».

39. En nuestras teorías normativas de los derechos raramente consideramos que el interés o el bien que el derecho trata de proteger puede quedar satisfecho con la única obligación de respetar dicho bien o interés. Consideramos, por ejemplo, que para la tutela del interés de no ser torturado no basta el puro y simple establecimiento de una prohibición de torturar, sino que resulta preciso también prever la obligación de los órganos públicos de verificar las violaciones, de perseguir a los autores, de instruir los correspondientes procesos, de imponer las eventuales condenas, de disponer los medios para prevenir dichas prácticas, tales como campañas de opinión o comisiones de investigación parlamentarias, etc. Lo que, incidentalmente, termina por impugnar la propia distinción entre derechos positivos y negativos. Véase J. Waldron, *Rights in Conflict*, cit., p. 510. Todas estas diferentes obligaciones no brotan del derecho fundamental, sino que se derivan del valor a cuya satisfacción se ordena el derecho. Para determinarlos, debemos recorrer marcha atrás el razonamiento que conduce de los valores a los derechos, de que habla Marmor (ver n. 9), y especificar nuestra *concepción* de dicho valor (en el ejemplo de la tortura, del valor de la integridad personal). Para Dworkin, esta operación resulta, de alguna forma misteriosa, preordenada por el *concepto* del valor en cuestión. Los que, como yo, no creemos en tal preordenación, no alcanzamos a ver qué argumentos sólidos podrían aducirse para sustraer la especificación de los valores y, por tanto, de las obligaciones en la esfera pública al debate político y al voto.

positivas que la expliciten[40]. No resulta lícito, en mi opinión, hablar de lagunas, sobre todo por razones lógico-conceptuales, ya que los precisadores-de-obligaciones no están, de hecho, implícitos en los derechos, ni pueden deducirse de ellos *more geometrico*[41]. No es lícito, en segundo lugar, por razones filosófico-jurídicas, si vinculamos iuspositivistamente la juridicidad de los contenidos del derecho a los actos de posición de normas. No es lícito, en último lugar, por razones ético-políticas, si creemos que la administración de aquellos objetos sobre los que hemos acordado disentir debe realizarse de forma pública, justificada y controlable, por parte de sujetos políticamente responsables. Es decir, por parte del legislador democrático, y no del filósofo ni del intérprete[42].

La lógica o, mejor dicho, la teoría no puede ni debe producir los contenidos de los derechos, es decir, colmar el marco normativo de nuestras constituciones. Estos contenidos, si no están ya ahí, sólo podrán ser el fruto de la decisión y la elección, es decir, que pertenecen enteramente a la esfera política y de lo decidible, y no a la esfera jurídicamente pre-dada y de lo no decidible[43]. Lo no decidible de que habla Ferrajoli resulta, en realidad, siempre decidido (y no podría ser de otra forma), por lo que demostraría una desmesurada ingenuidad filosófica quien pensase que fuese suficiente calificar un ámbito normativo como tal para substraerlo a la decisión; sólo un déspota ilustrado, en realidad, lograría obtener tal resultado. Y ello, pese a todo, con un acto de decisión. Se trata, por

40. Las palabras en cursiva en el texto señalan los puntos críticos de la teoría. ¿Cuál podría ser *toda* la colección de estas obligaciones? ¿Cuándo una obligación resulta *necesaria* y cuando no? ¿*Cuántas* obligaciones resultarían necesarias? La cuestión no es que no podamos encontrar respuestas plausibles a estas preguntas, sino que tales respuestas sólo pueden encontrarse en una teoría filosófica de los derechos y no en el derecho positivo, si no están ya presentes en él.

41. Al menos, en un marco analítico de los conceptos y las definiciones.

42. Ferrajoli avanza en la dirección del activismo judicial hasta el punto de proponer, como (acaso) exigida por su teoría, la constitucionalización de cuotas del presupuesto estatal destinadas a la implementación de los derechos sociales, con el consiguiente sometimiento de la ley de presupuestos al control judicial de las leyes. Véase L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», cit., p. 51. Se asignaría, de esta forma, al Tribunal Constitucional la función de decidir la política económica del país, sustrayendo también ésta al poder del gobierno. Sólo nos cabe esperar que esta propuesta no salga del círculo de los filósofos políticos, que afortunadamente (al menos, por ahora) carece de poder de decisión.

43. Véanse observaciones semejantes en G. Palombella, «Diritti fondamentali. Argomenti per una teoria», en http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/glp.htm, que concluye, incontestablemente, que no lo único que no es, en cambio, decidible es la propia democracia.

tanto, de establecer a quién debe confiarse este poder de administración de los derechos dentro del marco constitucional, y en qué formas: si al legislador democrático o al intérprete, si a la mayoría política, ciertamente «sólo» mayoría, probablemente inepta y acaso arrogante pero cuando menos electiva y políticamente responsable, o, por el contrario, a una minoría, aunque sea filosóficamente ilustrada, pero no electiva ni políticamente responsable.

La alternativa, por tanto, no está entre un poder de decisión y una autoejecución, sino entre un método de administración democrático, y uno no democrático.

5. *El riesgo de la democracia*

La teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli no consigue, en realidad, eludir la tenaza del divisionismo y el iuspositivismo. La falta de una fundamentación moral objetiva de los derechos conduce, así, a buscar su fundamento en el hecho mismo de la existencia de las constituciones, incluso eternizadas como contratos sociales. La operación resulta ambigua, ya que implica la trasfiguración de un hecho histórico y contingente. Ahora bien, el iuspositivismo parece, en definitiva, llevar en ella la mejor parte. Los derechos que tenemos, pese a todo, los tenemos porque han sido puestos. El iuspositivismo, sin embargo, termina por autodestruirse justamente cuando se afirma como fundante ya que, en el momento mismo en que los derechos se introducen en la historia institucional de un ordenamiento, sus contenidos, que «valen» sólo en virtud de la forma en que se los ha puesto, se vuelven insaciables, aplastan la forma y asumen el dominio sobre ella, hasta el punto de volver superfluas, al menos en apariencia, las técnicas específicas del derecho moderno, es decir, el procedimiento y la autoridad.

Después de todo, en la teoría de Ferrajoli, los derechos están verdaderamente abandonados a sí mismos, son el fruto de una suerte de *reductio ad Constitutionem*, que, ciertamente, nada tiene en común con las terribles *reductiones* imputadas al iuspositivismo, sino que, en realidad, supone justamente lo contrario, aunque no por ello resulte menos preocupante.

Desde el punto de vista psicológico, merece la pena destacar la tasa de desconfianza que esta teoría implica frente a los propios movimientos sociales, raciales y de opinión a los que, sin embargo, se imputa el mérito de haber determinado el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales, favoreciendo la difusión de

una *opinio* común que nuestros ordenamientos se han visto obligados, tarde o temprano, a recoger.

Existe una cierta disonancia psicológica entre la simpatía moral por las luchas «de abajo» que han producido los derechos, y la actitud, en el fondo aristocrática y paternalista, aunque ilustrada, de quien desea hoy substraerlos a la decisión de quienes los han elegido, y confiarlos enteramente a la prudente administración del filósofo o, lo que es lo mismo, a la oculta administración del intérprete. Existe una cierta disonancia pragmática entre esta perentoria exaltación de los derechos y su exclusión de la esfera de la autonomía moral y, por tanto, política de sus titulares. Después de todo, creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no a la inversa[44]. Y, como nos recuerda Walzer, los derechos desligados de la autonomía corren el riesgo de convertirse en dones insidiosos, devoradores del propio valor del que nacieron[45].

Asumir como fundante el valor ético político de la autonomía supone la dolorosa consecuencia de aceptar su principal corolario, es decir, el riesgo de que sea ejercida de forma inepta, malvada o incluso autodestructiva; por eso, como se ha dicho, la democracia es el régimen del riesgo y es un régimen trágico[46]. Ahora bien, resulta ilusorio creer que sea posible desterrar este riesgo (nunca totalmente inevitable salvo por medios despóticos), refugiándose en la defensa exclusiva de la razón que está ya *en el* derecho, o que el filósofo cree ver en él, e ignorando aristocráticamente la razón que puede operar *por* el derecho. Es verdad, sin embargo, que «cualquier teórico de los derechos verdaderamente optimista sobre la posibilidad de protegerlos en un sistema democrático debe poner sus esperanzas, en último término, en su propia capacidad de convencer a un número suficiente de sus conciudadanos [...] de la importancia de respetar estos derechos»[47].

44. Véase J. Waldron, *A Right-based Critique of Constitutional Rights*, cit., pp. 27 s.

45. M. Walzer, «Philosophy and Democracy»: *Political Theory* (1981), pp. 27 s.

46. C. Castoriadis, «La polis greca e la creazione della democrazia» (1982), en Íd., *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, Dedalo, Bari, 1998, p. 215 [trad. castellana de A. L. Bixio, en C. Castoriadis, *Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto*, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 124]: «en una democracia, el pueblo *puede* hacer cualquier cosa y debe saber que no *debe* hacer cualquier cosa. La democracia es el régimen de la autolimitación y es, pues, también el régimen del riesgo histórico —otra manera de decir que es el régimen de la libertad— y un régimen trágico» (cursivas del autor).

47. J. Waldron, «Rights and Majorities: Rousseau Revisited» en J. W. Chapman y A. Wertheimer (eds.), *Majorities and Minorities*, Nomos XXXII, New York University Press, New York-London, 1990, p. 58.

4

SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
ENTRE IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO

Ermanno Vitale

Las siguientes consideraciones se insertan en el debate sobre los derechos fundamentales abierto en esta revista [*Teoria politica*] por el ensayo homónimo de Luigi Ferrajoli[1]. A dicho ensayo, el autor ha añadido otro, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho» en el que responde analíticamente a las objeciones presentadas —en los números 2/98 y 2/99— por Riccardo Guastini, Luigi Bonanate, Danilo Zolo y Mario Jori (y, aunque tímidamente, también por quien esto escribe). En el presente número [2/00], se han añadido las observaciones de Luca Baccelli —«Derechos sin fundamento»— y la severa crítica de Anna Pintore, cuya *ratio* de fondo puede intuirse desde el título de su contribución: «Derechos insaciables».

La tesis de fondo de Baccelli estriba, a mi parecer, en considerar débil a una teoría de los derechos fundamentales que sigue configurándose como marcadamente etnocéntrica (occidentocéntrica) y que, sin embargo, se pretende desligada de la noción de ciudadanía y, especialmente, de la de ciudadanía republicana «conflictiva» (es decir, del republicanismo de ascendencia maquiaveliana), en la que el discurso sobre los derechos habría encontrado

1. Indicaré en el texto la procedencia de las citas sirviéndome de las siguientes siglas: GP = N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 41984); DF = L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 19-56; R = L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, pp. 139-196; QD = L. Ferrajoli, «Quali sono i diritti fondamentali?», en E. Vitale (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2000; DI = A. Pintore, «Direchos insaciables», *supra*, pp. 243-265.

hasta el momento presente (y, a juicio de Baccelli, no podrá dejar de encontrar) su más sólida referencia histórico-institucional, además de su más seguro fundamento teórico. Mis reflexiones, por el contrario, aunque aludiré en las conclusiones al tema de la problemática relación entre la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli y el multiculturalismo, seguirán la estela del ensayo de Anna Pintore. Efectivamente, es ella la que, a mi juicio, apunta más directamente al corazón de la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli, creyendo poder demostrar su carencia de fundamentación convincente:

> Después de todo, en la teoría de Ferrajoli, los derechos están verdaderamente abandonados a sí mismos, son el fruto de una suerte de *reductio ad Constitutionem*, que, ciertamente, nada tiene en común con las terribles *reductiones* imputadas al iuspositivismo, sino que, en realidad, supone justamente su contrario, aunque no por ello resulte menos preocupante (DI, p. 264).

Pese a que no desearía compartir ni el encendido tono polémico ni las conclusiones, que estimo a su vez contradictorias, del trabajo de Pintore, el problema del fundamento de los derechos fundamentales (perdón por el juego de palabras) me parece importante e interesante. También a mí me parece una solución acomodaticia el refugiarse tras la autoridad de Bobbio, interpretando de la forma más superficial su trillada «máxima» según la cual hoy sería, ante todo, necesario que los derechos fueran tutelados en la práctica, más que argumentativamente justificados en la teoría. De la ejemplar claridad de Bobbio me serviré, en cambio, en el resto de mi trabajo, para destacar resumidamente la distinción entre iusnaturalismo y iuspositivismo (en sus diferentes acepciones y desarrollos), distinción a la que inevitablemente remite cualquier cuestión acerca de la fundamentación del derecho y, con mayor razón, la de los derechos fundamentales.

Por lo demás, sobre el problema de la fundamentación, y en cierto sentido de las relaciones entre derecho, moral y política, trataban ya buena parte de los comentarios críticos precedentes y de las respuestas de Ferrajoli, respuestas de las que pretendo partir, sin descuidar, sin embargo, la confrontación con un trabajo suyo aun más reciente —«Quali sono i dirtti fondamentali»— en el que el intento de definición de las relaciones entre constitucionalismo y multiculturalismo, entre universalismo de los derechos y relativismo ético, le lleva a reconsiderar desde otra nueva perspectiva la cuestión «metateórica» de la fundamentación.

1. Comencemos, pues, con las respuestas de Ferrajoli, respuestas que —aunque organizadas y concentradas en torno a las cuatro cuestiones teóricas de la definición de derechos fundamentales, del nexo entre tales derechos y democracia, de la antinomia entre su universalismo y su anclaje parcial a la ciudadanía y, finalmente, de la ausencia de garantías (o «lagunas deónticas») relativas a los derechos fundamentales característica del derecho positivo vigente— hacen aparecer claramente como prejudicial a la que el propio Ferrajoli define como «la cuestión meta-teórica», relativa a «la naturaleza de los conceptos de la teoría del derecho con relación a los de la dogmática jurídica y, por otro lado, la de los conceptos de la filosofía política de la justicia». Dicho de otra forma, resulta necesario, ante todo, clarificar, en relación con los derechos fundamentales, «¿cuál es —o, si se prefiere, cuál debe ser— su *método de formación*? ¿Cuál el alcance empírico y el contenido informativo de sus definiciones y, por lo tanto, su *relación con el derecho positivo*? ¿Cuál, en fin, su *papel pragmático*?» (R, 139-140, cursivas mías).

Para acercarse a tal clarificación, Ferrajoli considera oportuno distinguir, con una estrategia argumentativa a lo Habermas, diferentes tipos o niveles de discurso, cuya confusión habría originado muchas de las incomprensiones por parte de sus interlocutores, en cierto sentido condicionados inevitablemente por su origen académico. El planteamiento me parece correcto y útil para responder de forma totalmente satisfactoria (al menos, en lo que a mí respecta) a las objeciones relativas, justamente, a las cuestiones *teóricas* antes recordadas, sobre las que no pretendo volver salvo accidentalmente, pero sólo parcialmente en lo que respecta a la cuestión prejudicial metateórica.

Simplificando un poco (acaso también por mi predilección por el procedimiento de las dicotomías antes que por el de las reconstrucciones dialécticas), la respuesta de Ferrajoli invita, ciertamente, a distinguir los perfiles de la dogmática jurídica de los de la filosofía del derecho, y estos últimos, a su vez, de los de la sociología del derecho y de la filosofía política, cada uno de los cuales cuenta con su propia especificidad y su propia dinámica argumentativa interna, si bien, a fin de cuentas, en el discurso sobre los derechos fundamentales parece decírsenos que la distinción irrenunciable sigue siendo la del nivel descriptivo y el prescriptivo o, mejor aun, entre una *teoría* del derecho, que reivindica su propia función normativa, y la *historia* del derecho, es decir, la descripción avalorativa de su concreto desarrollo en normas positivas, con frecuencia incoheren-

tes y contradictorias, negadoras de los propios principios de los que lógicamente deberían derivarse:

> [...] si bien es cierto que una noción de «derechos fundamentales» (o de «persona») como la que propongo identifica la forma a través de la cual se asegura normativamente en nuestros ordenamientos la igualdad de los seres humanos, su igual dignidad y sus necesidades reputadas como vitales, es con referencia a estos contenidos concretos y a su concreta extensión, que quienes comparten tales objetivos exigen, respecto a los mismos, coherencia y plenitud en el ejercicio de los poderes públicos y, en particular, del poder legislativo (R, 148).

Acaso con la intención de resultar definitivamente claro, Ferrajoli añade que las tesis teóricas no pueden decirnos nadas sobre «los contenidos ético-políticos del derecho, que son fruto de las opciones políticas tomadas por el legislador —ordinario y, antes, constitucional— así como de las luchas sociales por las cuales dichas opciones se ven condicionadas» (R, 148). Creo, sin embargo, que, en conjunto, la relación entre la teoría de los derechos fundamentales y su completa realización en el derecho positivo se podría reformular más plausiblemente en términos de un problemático (en modo alguno, previsto o lineal) esfuerzo de aproximación, por parte del legislador, a la «piedra de toque» que constituye la teoría. Sin, obviamente, anular la distinción entre los dos niveles del discurso sobre los derechos fundamentales.

Creo que estas precisiones de Ferrajoli, entre otras cosas, consiguen superar, por decirlo así *ante litteram*, muchas de la objeciones presentadas por Pintore y centradas sobre la correspondencia histórico-político-sociológica que los derechos fundamentales y el constitucionalismo entero debieran tener para resultar adecuadamente fundamentados. De hecho, a las objeciones para las que, mediante una concepción de la constitución (o, al menos, de sus principios fundacionales) de máxima rigidez y por tanto eterna, a los titulares de los derechos «se les sustrae, paradójicamente, definitivamente la disponibilidad de sus *propios* derechos» al tiempo que se les oculta igualmente su organización y administración arbitraria, «cuyos caracteres dependerán de las contingentes correlaciones de fuerzas, no de un diseño visible, públicamente justificado, y presumiblemente prudente y previsor» (DI, 256-257), se puede alegar, antes que nada, que ello puede suceder con mayor razón en el lado opuesto, es decir, haciendo «insaciable» la democracia y alegremente flexible la constitución. La constitución se inventó, por así decir, como dique frente a los poderes fuertes y, antes que a ningún otro, frente al poder

político, cualquiera que sea la forma de gobierno en que se practique. Una democracia sin constitución se escoraría fácilmente, arribando antes o después, de forma casi inevitable, a ingenuas soluciones participativas que abren la puerta a formas populistas y más tarde cesaristas, o directamente a estas últimas.

En lo relativo a la prudencia y previsión del diseño, nuevamente, la democracia procedimental ha dado pruebas de necesitar, en este aspecto, de vínculos constitucionales rígidos. A tal respecto, Ferrajoli lanza esta provocación:

> Si en la época de Beccaria se hubiese sometido a votación su *De los delitos y de las penas*, o en 1789 se hubiese celebrado un referéndum sobre la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, creo que los votos favorables no habrían superado el uno por mil. Y, todavía hoy, creo que resultaría en gran medida de temer un referéndum sobre gran parte de las garantías penales y procesales (QD, 115).

En términos más generales, los estudios de ciencia política nos han puesto ampliamente al corriente, por si la experiencia cotidiana no bastara, de los difundidos «criterios de prejuicio» y la miopía o, al menos, la prevalencia del impacto emotivo frente a un tipo de análisis informado y meditado, detectable en la así llamada opinión pública, en especial cuando se convierte en cuerpo electoral, en el que a la predisposición fruto de una larga costumbre, se añade el estímulo de los profesionales de la propaganda política.

En el estado actual de cosas, la posibilidad de que se dé «demasiada constitución» puede catalogarse, razonablemente, entre las hipérboles. Ahora bien, incluso queriendo prescindir de todo ello para abandonarse al cielo de la pura teoría, la respuesta de Ferrajoli a las que fueran (sólo en el nivel, justamente, de pura teoría) también mis perplejidades sobre la posibilidad de un constitucionalismo «ontológico» y/o invasivo, me parece, insisto, satisfactoria.

2. Anna Pintore tiene, sin embargo, razón —insisto también en esto— al devolver con decisión al centro del discurso sobre los derechos fundamentales la cuestión de la fundamentación. Expone, con todo, el problema de forma inadecuada, recurriendo a una metáfora, la de la tenaza, con la que, nuevamente, creo que no consigue, sin embargo, atrapar la teoría de los derechos de Ferrajoli. La tenaza en la que los derechos corren el riesgo de quedar triturados sería la que forman el iuspositivismo y el divisionismo. Al pretender ser al tiempo divisionista y iuspositivista, Ferrajoli se vería obligado a afirmar

que «por un lado, los derechos fundamentales no son el fruto de una deducción racional de la naturaleza de las cosas, ni pueden fundamentarse de ningún otro modo; y, por otro, que su existencia como derechos *jurídicos* depende exclusivamente de un acto de disposición de la *auctoritas* estatal o supranacional de que se trate» (DI, 244). Lo primero que me pregunto es: ¿no son, en realidad, los dos brazos de la tenaza uno sólo, tan sólo nominalmente duplicado? Si el término «divisionismo» es otra forma de replantear la *Is/ought question*, de subrayar la falacia de hacer derivar el bien de la verdad —y aquí, concretamente, sobre cómo no se debe recurrir a una fundamentación externa del derecho— y iuspositivismo significa, según la fórmula clásica, que *auctoritas non veritas facit legem*, ambos «ismos» parecen estar, al margen de sutilezas interpretativas, en relación de mutua intercambiabilidad.

Es, desde luego, cierto, como señala (aunque fugazmente) Pintore, que los críticos de matriz iusnaturalista podrían encontrar aquí una buena oportunidad para reclamar al «iuspositivista» Ferrajoli —si bien es justamente esta autoatribución la que más adelante querría poner en duda— ulteriores aclaraciones sobre la fundamentación de su teoría de los derechos fundamentales. En realidad, el otro brazo de la tenaza parece efectivamente, una vez más, consistir en el iusnaturalismo, o mejor dicho, en el iusrracionalismo. Ahora bien, al detenerse un momento sobre lo anterior, no es posible no verse asaltado por múltiples dudas: ¿qué iuspositivismo? ¿qué iusnaturalismo? ¿qué entender por «naturaleza de las cosas»? Por último, y, principalmente, ¿qué (tipo de) fundamentación puede hacer, al menos en la teoría, más persuasiva y sólida la argumentación en favor de los derechos fundamentales?

Reaparecen en este momento, con toda su evidencia, los términos de la venerable y nunca totalmente apaciguada polémica entre iusnaturalismo (o iusrracionalismo) y iuspositivismo, ello pese a que, en la actualidad, los iuspositivistas casi parecen haber triunfado definitivamente (incluyo también entre estos últimos, posiblemente en un exceso de simplificación, a los defensores del «realismo jurídico»). Retomar este debate, tratando de analizar sus categorías principales, podría, sin embargo, resultar todavía útil para aclarar la posición de Ferrajoli, y para valorar en términos más correctos el eventual *déficit* de fundamentación de su teoría de los derechos fundamentales. Realizando una breve (y, acaso, sólo aparente) digresión, me valdré a tal fin, como ya había anunciado, de la recopilación de ensayos de Norberto Bobbio *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, en la que dicho análisis categorial aparece nítidamente explicitado.

3. A riesgo de didactismo, querría recordar la sintética definición que Bobbio ofrece, respectivamente, de iusnaturalismo y iuspositivismo: «por iusnaturalismo entiendo la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el positivo; por positivismo jurídico, la teoría de la *exclusividad* del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista, el positivismo jurídico, monista» (GP, 128). Del iusnaturalismo existen, sin embargo, al menos tres formas bien distintas, que han dado lugar a tres críticas positivistas diferentes y, por ello, a tres formas de iuspositivismo. Resumidamente: el derecho natural como conjunto de principios éticos generales, que el legislador debe respetar para formular las normas inspiradas en ellos (procediendo tomísticamente *per conclusionem* o *per determinationem*); el derecho natural como conjunto de preceptos de la recta razón, preceptos que el derecho positivo traduce y articula en normas coactivas añadiéndoles eficacia mediante la definición de la sanción en caso de violación (Kant); finalmente, el derecho natural como fundamento de legitimidad del ordenamiento jurídico positivo que, sin embargo, una vez justificado como función indispensable dentro de la sociedad humana, se autorregula y se autoalimenta (Hobbes).

Las críticas positivistas han atacado estas tres formas de iusnaturalismo. En su primera forma, se le ha reprochado ser abstracto y ahistórico, en la medida en que «las pretendidas leyes naturales primarias resulta meramente formales (como *bonum faciendum, malum vitandum*) y, por tanto, susceptibles de cualquier contenido, interpretándolas cada uno a su modo» (GP, 131); en su segunda forma, el aislar y preconstituir arbitrariamente el objeto de la norma jurídica cuando, en realidad, «lo que hace de una regla de conducta una norma jurídica no es el contar con este o aquel contenido, sino la forma de su producción o de su ejecución» (GP, 132); en su tercera forma, el deslizarse fatalmente, en su intento de definir una norma fundamental extrajurídica que justifique y oriente el sistema, hacia una suerte de *regressio ad infinitum*, a la que, por el contrario, debe oponerse el principio de efectividad, según el cual el fundamento de un ordenamiento jurídico está en el «hecho, el hecho desnudo, históricamente verificable, de que el ordenamiento resulta habitualmente obedecido por la mayor parte de las personas a las que se dirige» (GP, 133).

Todas estas críticas —pese a ser, en términos generales, pertinentes y saludables además de, desde una perspectiva de realismo político, inatacables— dejan, sin embargo, abierto el paso a una igualmente inobjetable contra-objeción. ¿Puede concebirse el derecho como equivalente acrítico de la simple legalidad, no fundamen-

tado sobre ningún principio moral, incluso, él mismo fundamento más o menos consciente de una ética de la pura legalidad? ¿Cómo rechazar totalmente la invitación que el iusnaturalista dirige constantemente al jurista, a considerar que existe «además del enfoque del investigador escrupuloso, imparcial y metódico, también el enfoque valorativo del crítico, y que del ejercicio de esta segunda actividad dependen el cambio, las transformaciones y la evolución del derecho» (GP, 143).

Las dos tesis iusnaturalistas tradicionales —las leyes como dictados de la razón antes que como mandatos del soberano, y la naturaleza de las cosas en lugar de la legislación como fuente principal de la producción jurídica— se han articulado, posteriormente, en muchas escuelas diferentes, con una notable variedad de enfoques, si bien en todos los casos han insistido en la función (auto)crítica del derecho. Habiendo destacado, especialmente, «la inadecuación y, por tanto, la intrínseca incompleción del ordenamiento jurídico» y la necesidad de la «libre investigación del derecho, más allá del derecho positivo, para integrar, adaptar y mejorar el ordenamiento positivo» (GP, 141).

Si confrontamos la exigencia de una función autocrítica que define y caracteriza a las más recientes posiciones, en sentido amplio, receptivas a las tradicionales tesis iusnaturalistas, y las repetidas consideraciones de Ferrajoli sobre la necesidad de perfeccionar el derecho positivo y de eliminar las lagunas deónticas, se podría considerar, razonablemente, que su constitucionalismo se ha tomado en serio la invitación del «iusnaturalista» al jurista positivo. No me refiero, me parece obvio, al *côté* sustancialista, ontologizante (y, en último término, teológico) del iusnaturalismo clásico —para el que la ley positiva deriva de la ley natural y esta última de la ley divina— sino al iusnaturalismo en sentido moderno, en cuanto plantea una pretensión de uso de la razón que incluye también las cuestiones de la fundamentación, poniendo en duda esa forma límite del *ipse dixit* que supone la *auctoritas* política, y también, aunque más oblicuamente, la que suponen el derecho consuetudinario y la interpretación de los códigos. Por lo demás, las propias reflexiones de Ferrajoli sobre la herencia contractualista del constitucionalismo mismo parecen caminar en esta dirección.

Ferrajoli afirma, sin embargo, estar del lado del iuspositivismo, aunque sin restringirlo a lo que define como el «paradigma paleopositivista» (DF, 53). Hablar de «lagunas deónticas» y declararse iuspositivista ¿supone, entonces, una contradicción real o aparente? En términos generales, frente a la multiplicidad de enfoques y de

posibles conclusiones sobre este tema, Bobbio sugería precavidamente responder a la pregunta sobre la posición iusnaturalista o iuspositivista de un autor con un «depende». Y explicaba: «depende del punto de vista que se adopta para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro» (GP, 146). Con la misma precaución trataré, ahora, de demostrar cuál es, a mi juicio, a su pesar, la posición de Ferrajoli, o, al menos, la que se deduce de una posible interpretación sobre la necesaria fundamentación de su teoría de los derechos fundamentales.

4. Retomemos, pues, rápidamente, a los solos efectos de claridad expositiva, la posición de Ferrajoli sobre la *vexata quaestio* resumida a grandes rasgos en el punto anterior. Según Ferrajoli, es posible admitir una tercera y (teóricamente) revolucionaria posición entre iusnaturalismo y iuspositivismo. Posición que no se presenta como una simple solución de compromiso, o de equilibrada mezcla pragmática entre los extremos, sino susceptible de ser considera como «nuevo paradigma del derecho». Esta revolución «se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad* (o *de legalidad sustancial*). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. En efecto, en un ordenamiento dotado de constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución» (DF, 53).

Se podría, acaso, decir que el nuevo paradigma consiste, del lado del derecho positivo, en el hacerse cargo, asumiéndolo en su interior, del deber crítico, en cierta medida de la exigencia que se renueva cada día en todos los rincones de la tierra, de un derecho que sea también «derecho cargado de razón». Un iuspositivismo que finalmente comprende, en ambos sentidos de la palabra, la *ratio* profunda del iusnaturalismo. Pero que, a mi juicio, no puede eludir la pregunta sobre el criterio de formación de aquellos prin-

cipios que informan la legalidad sustancial, o lo que es lo mismo, nuevamente el problema de la fundamentación teórica de los derechos fundamentales y de la tensión inevitable entre una concepción voluntarista y una concepción racionalista del derecho.

Preguntándose sobre cuáles son los derechos fundamentales, Ferrajoli puede ciertamente hacer valer, en una primera aproximación, la distinción entre los niveles del discurso y afirmar que, en la teoría del derecho, la definición más fecunda es la que «la identifica con todos aquellos derechos adscritos universalmente a todos en cuanto personas, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar, y que son, por ello, indisponibles e inalienables» (QD, 107), mientras que en el derecho positivo, es decir, en la dogmática constitucionalista e internacionalista, son los sancionados como tales en las Cartas constitucionales y en las Declaraciones y convenciones internacionales. Queda, sin embargo, abierta la pregunta, a caballo entre la filosofía política y la filosofía del derecho, de qué derechos *deberían* ser garantizados como fundamentales. Ferrajoli es bien consciente de ello y, por así decir, no se echa para atrás: para definir qué derechos fundamentales deberían ser garantizados, es preciso dar «una respuesta no de tipo asertivo sino normativo. Por ello debemos formular, para fundamentarla racionalmente, los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para identificarlos» (QD, 107). Poco después, se identifican como racionales tres criterios axiológicos, constituidos, respectivamente, por los nexos con los conceptos de paz, de igualdad y de «ley del más débil». Acaso este último criterio comprenda también a los dos primeros:

> Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. En primer lugar, el derecho a la vida, contra la ley del que es más fuerte físicamente. En segundo lugar, los derechos de inmunidad y de libertad, contra la voluntad de quien es más fuerte políticamente. En tercer lugar, los derechos sociales, que son los derechos a la supervivencia contra la ley del que es más fuerte social y económicamente (QD, 108).

Al explicar su génesis histórica, Ferrajoli afirma que tales derechos «se correspondieron, siempre, con un "nunca más" estipulado contra la violencia o la prevaricación generadas por la falta de límites y reglas, frente a una u otra» (QD, 108).

Ahora bien, al leer estos pasajes, parece indudablemente posible rastrear un *côté* iusnaturalista —una apelación a la *ratio naturalis*, a la naturaleza de las cosas contra el positivismo y el formalismo jurí-

dico en connivencia con el poder (con el más fuerte)— en el pensamiento de Ferrajoli. En tal caso, se trataría de ver si es posible clasificarlo en una de las tres formas propuestas por Bobbio en el ensayo antes citado. A mi juicio, la forma lógica de la relación entre el (cripto)iusnaturalismo de Ferrajoli y el iuspositivismo se aproxima a la que Bobbio atribuye a Hobbes: una norma fundamental que pone en marcha un sistema capaz, después, de regirse por sí mismo y de proceder autónomamente. Con la diferencia, sin embargo, de que el criterio meta-ético del derecho como derecho del más débil conserva también una función (re)orientadora y crítica frente al derecho positivo que se desviase de su inspiración originaria, mientras que el *pacta sunt servanda* hobbesiano abandona brusca y definitivamente a la voluntad del soberano la producción del derecho positivo (según una concepción puramente legalista y formalista de la justicia).

De hecho, pese a no compartir la concepción kantiana según la cual el soberano no hace otra cosa que convertir en obligatorios los dictados provisionales del derecho natural, creo que Ferrajoli injerta en la construcción hobbesiana su exigencia de que la teoría del derecho actúe constantemente como piedra de toque para la dogmática jurídica, constituyendo, al mismo tiempo, una suerte de puente entre esta última y el enfoque normativo propio de la filosofía moral y política. En caso contrario, el iuspositivismo parece condenado a fundamentarse sobre la mera facticidad de un ordenamiento jurídico que extrae su fuerza y razón de ser de la constatación del ser, justamente, en la mayoría de los casos observado, obedecido. Lo que califica a tal ordenamiento jurídico de expresión —aunque sea a través de diferentes mediaciones: sociales, políticas, culturales, etc.— de derecho del más fuerte.

5. Teniendo en cuenta, sin embargo, la llamada a la cautela en el juicio de Bobbio («depende»), es preciso subrayar que, con gran resolución, Ferrajoli, en el mismo ensayo en el que investiga los criterios meta-éticos de fundamentación de los derechos fundamentales, tilda de falaz el argumento que sostiene la existencia de un nexo de implicación entre universalismo de la teoría de los derechos fundamentales y universalismo como doctrina moral, reivindicando nuevamente, en mi opinión, una intransigente posición iuspositivista. Escribe Ferrajoli:

> Ciertamente, la teoría y la convención jurídica de la universalidad de los derechos fundamentales son un producto histórico de la correspondiente doctrina moral. Ahora bien, no implican, de hecho, su aceptación. No suponen en los hechos, ni imponen que se

> compartan los valores morales que subyacen a los derechos y al principio de igualdad (QD, 115).

No debemos excluir que en la nitidez del asunto haya influido la naturaleza polémica de la argumentación más general en la que se inserta, argumentación dirigida contra los defensores de la superioridad de la constitución material, expresión del presunto sentir común del pueblo o de su mayoría moral. Pero ello no obsta, en mi opinión, a su carácter de reafirmación de la neta separación, sin posibilidades de comunicación, entre la esfera moral y la del derecho.

Ahora bien, a la luz de esta explícita colocación en la matriz del iuspositivismo (aunque sea con el nuevo paradigma antes aludido) y reconociendo la importancia de la distinción entre los niveles de la teoría del derecho y de la filosofía política (permitiéndome dejar de lado el nivel de la dogmática), queda por ver «de qué depende» la posición de Ferrajoli. En otros términos, si su teoría de los derechos fundamentales puede verdaderamente prescindir del todo, como a fin de cuentas pretende, de los contenidos normativos de los que el propio autor (aquí y allá) la colma. Y, acaso, haya llegado el momento de intentar distinguir más explícitamente entre los diferentes sentidos de la noción de «fundamentación». Creo que dicha noción puede adoptar (*grosso modo*) tres significados distintos:

i) fundamentación en sentido *histórico-genético*: en este sentido, el debate sobre la fundamentación de los derechos se centra en la clásica *querelle* sobre el origen continental o anglosajón (anglo-americano) de los mismos, es decir, si se los considera principalmente el fruto (laico) de la revolución francesa o más bien el fruto (con fuertes connotaciones en sentido religioso) de las revoluciones inglesas y de las primeras constituciones de los estados americanos. La preferencia concedida a una o a otra opción, sin embargo, no modifica en exceso, desde una perspectiva estrictamente teórica, los términos del problema. Sigue siendo cierta —en esto tiene Ferrajoli, a mi juicio, perfectamente razón— la afirmación de que no es necesario haber seguido uno de estos dos itinerarios para poder encontrar fundamento a una teoría universalista de los derechos fundamentales. Resultaría, efectivamente, contradictorio reivindicar su universalidad y, al mismo tiempo, vincularlos a un específico (además de presumiblemente irrepetible) contexto de civilización. Por este camino, se terminaría, además, por dar razón a quien afirma, con el fin de desterrarla, el carácter neo-imperialista (etnocéntrico, filo-occidental) de cualquier doctrina de los derechos humanos;

ii) fundamentación en sentido *ético-metafísico*: se trata de aquella fundamentación que remite en sentido amplio a una visión del mundo individualista-mecanicista, de la que se deriva la superioridad axiológica del individuo sobre la sociedad de la que es parte, así como una concepción ético-antropológica coherentemente centrada en la noción de autointerés y de responsabilidad personal. De un lado, podemos colocar las doctrinas del contractualismo moderno y algunas variantes del utilitarismo, así como las muy diversas (y divergentes) filosofías políticas contemporáneas que, con todo, se remiten a las mismas. Del lado contrario, se encuentran las igualmente numerosas (acaso no menos en conflicto entre sí) filosofías reconducibles, más o menos directa y explícitamente, a una visión del mundo holístico-organicista caracterizada por el principio axiológico de la superioridad, en último término, del todo sobre las partes (por tanto, del colectivo sobre los sujetos miembros), como, por ejemplo, las múltiples formas de comunitarismo (en sus variantes neoaristotélicas, neotomistas, neohegelianas, neoheideggerianas, etc.). La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿también desde esta segunda perspectiva podrían encontrarse elementos para *pensar*, antes incluso que para fundamentar, una teoría de los derechos fundamentales como la que propone Ferrajoli? A mi juicio, si se responde afirmativamente, se tropieza con la admisibilidad de una categoría de presuntos derechos fundamentales como los derechos de titularidad colectiva, que, sin embargo, por su propia naturaleza, no resultan universalizables (y, por tanto, se cae en contradicción). Si se responde negativamente, se debe admitir, no sólo histórica sino también lógicamente, que el punto de partida implícito, el atlante escondido en el interior de la teoría, es algún tipo de mezcla de iusnaturalismo (o iusrracionalismo) hobbesiano-kantiano;

iii) fundamentación en sentido *epistemológico-jurídico*: se trata de aquella a la que, en mi opinión, se confía Ferrajoli para superar la pregunta formulada (acaso con reprobable obstinación) en el punto precedente. Escribe:

> Los conceptos de la teoría del derecho son construidos por el teórico sobre la base de *definiciones convencionales*, más o menos adecuadas según su alcance empírico y su capacidad explicativa y, sin embargo, independientes [...] de lo que prescriben las normas de los distintos sistemas de derecho positivo. [...] No nos dicen cuáles son las normas de un ordenamiento concreto, o cuáles sus concretas condiciones de validez o qué comportamientos son relevantes como actos jurídicos o, más específicamente, como ilíci-

> tos. Se limitan, más bien, a identificar las relaciones sintácticas que unen los distintos conceptos, estableciendo, por ejemplo, que una «norma» es toda regla general y/o abstracta producida por un acto jurídico (R, 143-144).

Una teoría de los derechos fundamentales que asume, por tanto, una forma lógico-axiomática, es decir, que parte de la definición estipulativa de los elementos esenciales del derecho, bien diferente tanto de la cuestión «contenidista», propia de la filosofía política, sobre cuáles son, o deberían ser, los derechos, como de la de su eventual implementación histórica, que es misión de la historiografía social, política y jurídica el investigar. De acuerdo. Digamos, entonces, que las «definiciones convencionales» o los axiomas de partida, presuponen, a su vez, una determinada versión del racionalismo moderno —la razón hobbesiana como facultad de cálculo podría, acaso, representar su línea de desarrollo más prometedora— a la que subyace una visión del mundo individualístico-mecanicista. En esto consiste, a mi juicio, el «criptoiusnaturalismo» de Ferrajoli. Me parece interesante, a este respecto, lo que Ferrajoli afirma para rechazar mi imputación de «spinozismo jurídico» (una exageración que pretendía, lo admito, forzar una aclaración). Lo que «la *recta ratio* aplicada al derecho, es decir, la teoría jurídica consiente (y, en mi opinión, impone) es la pretensión de coherencia entre dichos principios y los sistemas jurídicos que los han incorporado como normas vinculantes, esto es, la remoción de las antinomias y la superación de las lagunas generadas, unas por comisión y las otras por omisión, por violaciones o incumplimientos de los mismos por parte de los poderes públicos» (R, 149). Me parece, ciertamente, evidente que, aquí, la razón se entiende, hobbesianamente, como facultad de cálculo capaz de construir un modelo con coherencia intrínseca para emplearlo en contraste crítico con los ordenamientos positivos, del mismo modo que la fundamentación contractual del «estado por institución» servía, según Hobbes, para mostrar a los soberanos de los estados históricamente existentes (estados por adquisición) de qué poderes habrían debido disponer necesariamente y qué conducta habrían debido observar para mantenerse durante largo tiempo. Ahora bien, siguiendo el trabajo de Bobbio recordado en el punto tercero, es justamente el carácter racionalista de tal fundamentación el que permite identificar a Hobbes como el jefe de filas de la tercera forma de iusnaturalismo.

6. Por tanto, si algo atenaza la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, dicha tenaza consiste en la compleja

relación que su pensamiento establece entre una fundamentación iusnaturalista y otra iuspositivista. En realidad, en dicha complejidad se encuentran las razones tanto de la fuerza como de la debilidad de su construcción. Al declararse iuspositivista, evita todas las dificultades tradicionales de la posición iusnaturalista, si bien, al mismo tiempo, corre el riesgo de perder el significado profundo de su teoría de los derechos fundamentales. La cual pretende, en última instancia, exigir el deber de coherencia lógica a los ordenamientos positivos que declaran fundarse sobre un cierto conjunto, históricamente definido, de derechos fundamentales, que, por lo tanto, deberían desear defender y garantizar prioritariamente. Esta construcción lógica parte de definiciones convencionales, que pueden resultar «más o menos adecuadas» (R, 143). Característica esta de la adecuación que, en mi opinión, vuelve inevitablemente a poner en juego opciones de principio que remiten a una visión del mundo general, aunque suficientemente definida.

Un buen ejemplo de esta tensión no resuelta creo que puede encontrarse en la relación problemática que Ferrajoli establece entre (su) constitucionalismo y el conjunto de pretensiones morales, políticas y, en algunos casos, propiamente jurídicas a la «diferencia», que corre bajo el tan empleado como manido nombre de multiculturalismo. La doble articulación que, según Ferrajoli, permitiría convivir a una verdadera constitución internacional de los derechos fundamentales (éste es, en el fondo, el núcleo de la cuestión) con la pluralidad de las culturas, consiste en sostener, por un lado, la ya mencionada distinción entre (adhesión) moral y derecho y, por otro, en considerar tal constitucionalización, que implica la afirmación del principio de igualdad jurídica, justamente, como la mejor garantía del respeto a las diferencias culturales:

> [H]e caracterizado a la igualdad jurídica como el derecho a la diferencia, es decir, como el principio de igual respeto y valoración de todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diferente a los demás y de cada individuo, una persona como todas las otras (QD, 118).

Ahora bien, el enfoque divisionista y iuspositivista —la separación entre moral y derecho, para el que la constitucionalización no precisa, por así decir, de una mayoría moral de kantianos— resulta extraordinario para desactivar el relativismo cultural extremo y el respeto a las diferencias que degenera en diferencialismo, mientras que, por el contrario, los iusnaturalistas, al recurrir, por su parte, a algún tipo de idea de la naturaleza de las cosas, tropiezan rápi-

damente con la multiplicidad de tales ideas presentes en las diferentes culturas y con su pretensión (como mínimo) de incomensurabilidad, de la cual es fácil hacer derivar la inanidad de cualquier esfuerzo de constitucionalización internacional de los derechos fundamentales. Sin embargo, convirtiéndolo en *ius positum*, se incurre en la otra típica objeción «multiculturalista»: las declaraciones internacionales son, en realidad, un derecho puesto en un momento histórico en razón de las relaciones de fuerza existentes, que reflejan la prevalencia político-militar de lo que, por brevedad, solemos llamar Occidente. Ahora bien, incluso si una constitución supranacional fuese puesta de forma que resultase verdaderamente la expresión y al mismo tiempo el fundamento de una ciudadanía cosmopolita, ¿por qué no debería ser esencialmente modificada o abrogada, justamente en cuanto derecho positivo, por ejemplo, por las generaciones futuras? ¿No nos deslizamos, como repetidamente señala Pintore, también por esta vía a la utopía de una constitución eterna, una constitución mediante la cual se intenta «blindar» en forma de derecho positivo el fruto de una fase histórica considerada como un momento mágico, como una suerte de afortunada realización de un modelo arquetípico, como un pico de racionalidad que se defiende vigorosamente de la presumible y próxima tormenta irracionalista de la historia?

Ferrajoli, sin embargo, ha aclarado, a mi juicio de forma convincente, que su propuesta se refiere, sobre todo, al nivel de la teoría general del derecho. Por tanto, aunque pudiera parecer que cuenta con una subyacente filosofía progresiva de la historia, es cierto que la forma lógica de los derechos fundamentales no tiene nada que ver con la especificación histórica de los titulares de los mismos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. Serán las luchas sociales y políticas las que determinen, en cada momento, a quién se le reconocen tales condiciones. También el contenido de los derechos —piénsese sobre todo en los derechos sociales— podrá cambiar, tanto en el sentido de la implementación como en el contrario de la reducción. En resumen, si lo he entendido bien, la teoría seguiría siendo válida (aunque vacía) si, por coquetear un poco con Hegel, se tuviese que volver a aquel Oriente en que sólo uno era libre.

Ahora bien, justamente a partir del caso extremo del déspota oriental, podemos preguntarnos: ¿es totalmente cierto que ello no cuestiona la teoría de Ferrajoli, que no le obliga a repensar su relación con la moral (y a ajustar cuentas con las visiones del mundo contrarias, las así llamadas «metafísicas influyentes»)? ¿O es sólo

cierto si interpretamos el «despotismo oriental» con categorías... occidentales (o, mejor dicho, modernas)? Si consideramos, empleando más o menos conscientemente categorías filosóficas y jurídicas a las que subyace una visión del mundo individualista y mecanicista, que el déspota oriental representa el caso en el que uno sólo es el titular de derechos fundamentales, seguramente tiene razón Ferrajoli. El problema no se produce en el nivel de la teoría general del derecho, sino que atañe, en su caso, al compromiso político de que tales derechos se extiendan progresivamente al vulgo indiferenciado, a la masa de súbditos, transformándolos primero en personas, luego en ciudadanos y así sucesivamente. Ahora bien, si al déspota oriental o a la aristocracia teocrática, o al guía espiritual de cualquier etnia o confesión se le reconocen por parte de los individuos funciones y/o poderes carismáticos, sobrenaturales o mágicos, de epifanía de lo divino y/o de símbolo del cuerpo místico de la comunidad —reconocimiento que expresa y, al tiempo, implica una visión del mundo holística y organicista—, la perspectiva resulta, entonces, a mi juicio, bien diferente. Porque ya no se trata de adherirse o no, de compartir o no —como en los ejemplos de Ferrajoli, que se pregunta cuántos habrían aprobado la Declaración de 1789— sino antes aun de comprender(se), es decir, de emplear un léxico y una sintaxis conceptual al menos compatible.

Trataré de explicarme mejor. ¿Qué diferencia en el fondo a dos críticos severísimos de la Declaración de 1789, como Joseph De Maistre y Jeremy Bentham? El segundo considera que la Declaración es un documento abstracto y lleno de falacias, inútil para tutelar a nadie y contradictorio desde el enfoque de una teoría de la obligación política, aunque está de acuerdo en el presupuesto, en la asunción preanalítica según la cual los individuos son el elemento más simple del razonamiento político. La sociedad, por tanto, no se compone de otra cosa que de su suma y agregación autointeresada. El primero, en cambio, niega la doctrina de los derechos del hombre porque niega que pueda concebirse al hombre en cuanto tal, es decir, al individuo (o a la persona) *uti singulus*. Los hombres son sólo concebibles en cuanto miembros de comunidades organizadas, no importa si nacionales (como en la mayoría de los casos para Maistre), étnicas, religiosas, etc. Respecto de dicha comunidad o tradición, los hombres poseen, desde el acto mismo del nacimiento, *deberes ineludibles* (en lugar de derechos inalienables e imprescriptibles). En esta línea de neorromanticismo político, aunque sometido a un *lifting* más o menos cuidadoso, se sitúan todavía hoy los teóricos comunitaristas y los defensores (prácticos) de los así

llamados *Asian values* (en lo relativo a la ubicación de las múltiples formas de republicanismo en el eje holismo/individualismo, tema sobre el que presumiblemente me reclamaría Baccelli, también yo advierto la necesidad de un reflexión adicional). He aquí por qué el «iusnaturalismo» como *Weltanschauung* de la modernidad puede resultar útil para defender, además de la exigencia de autocrítica del derecho, la modesta pero firme exigencia de intransigencia frente a una malentendida tolerancia intercultural y multicultural. Si queremos fundamentar los derechos fundamentales, debemos, al menos, reconocer que sus titulares no pueden ser pueblos, comunidades u otros entes organicistamente concebidos, sino individuos o personas.

Cuando Ferrajoli sostiene con justicia el «principio de igual respeto y valoración de todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diferente a los demás y de cada individuo, una persona como todas las otras» (QD, 118) avanza en la dirección opuesta a cuanto sostienen (y desearían realizar) buena parte de los partidarios del multiculturalismo. Es decir, un mundo en el que cada individuo biológico es, ante todo, miembro de su comunidad —no importa tanto si adscriptiva o electiva— y está, por ello, obligado prioritariamente a cumplir los *deberes fundamentales* que tal pertenencia comporta. Un mundo en el que no se niega este o aquel derecho fundamental, o incluso todos los derechos en su conjunto o su concepto, sino hasta que sean concebibles los eventuales portadores de dichos derechos. Cuando Ferrajoli plantea el caso de prácticas bárbaras —de la clitoritomía a la segregación impuesta a la mujer por los talibanes— y concluye que «en estos casos nos encontramos ante lesiones graves en perjuicio de las mujeres que ningún respeto a la cultura ajena puede justificar» (QD, 117), parece minusvalorar el hecho de que tales prácticas (y otras semejantes) no son más que la manifestación más llamativa de culturas que se basan sobre la negación, el desconocimiento y la tergiversación de la dignidad personal. No se trata, por tanto, en el fondo, de prácticas excepcionales o accidentales y residuales, sino funcionales y esenciales para la conservación de las «formas de vida» que las reproducen y las consideran moralmente admisibles. Es sabido que, incluso donde son penalmente sancionables, tales prácticas son *de facto* toleradas o perseguidas de forma mitigada y completamente esporádica.

Naturalmente, la teoría de los derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli mantiene, incluso frente a estas observaciones, su validez en el plano lógico. Una clase, o incluso todas las clases,

pueden ser empíricamente vacías sin perjuicio para la coherencia interna y la elegancia formal de una teoría. Tampoco es necesaria la coincidencia moral, la aprobación de la totalidad o de la mayoría, ni tan siquiera de un número suficientemente elevado, para que resulte válida. Queda, sin embargo, la cuestión de la adecuación, de la capacidad de «hacer mella en el mundo» de las estipulaciones convencionales de las que una teoría parte. Recorriendo hasta el final este camino, una reflexión en sentido amplio «iusnaturalista» que se enfrente con las visiones del mundo opuestas antes mencionadas, resulta a mi juicio, si no insoslayable, al menos, oportuna. Es, sin embargo, cierto que, bien mirado, la falta de explicitación de tales opciones —y, más ampliamente, de las cuestiones de «filosofía política»— no parece, en último término, hacer ni más fuertes ni más débiles las conclusiones en el nivel de la teoría general del derecho. Su autor podría, por ello, con razón considerar una investigación de este tipo, desde el punto de vista del perfeccionamiento interno de la teoría, entre las cosas indiferentes o, incluso, las pérdidas de tiempo. Pero se trata de una línea de investigación a cuyo desarrollo, tanto más en un momento en que una gran parte de la filosofía política normativa parece nuevamente en fase de repliegue escolástico, la continuación de las reflexiones de Luigi Ferrajoli podría suponer una nueva y significativa contribución.

III

LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luigi Ferrajoli

1. *Análisis de un problema: cuatro significados de la pregunta «¿qué derechos son fundamentales?»*

Gran parte de los problemas y divergencias que, con frecuencia, surgen a propósito de los derechos fundamentales, y que han surgido también con ocasión de nuestro debate[1], depende de la diversidad de enfoques —teóricos o filosóficos, descriptivos o prescriptivos— y de las disciplinas (jurídicas, éticas, sociológicas o historiográficas) que se ocupan de ellos. De ahí la variedad de significados asociados a la expresión «derechos fundamentales» (o «humanos», «públicos», «constitucionales», «personalísimos», «morales» o «de ciudadanía», según los léxicos de las distintas disciplinas) los cuales, muchas veces, se refieren a elementos distintos y heterogéneos entre sí, como los valores o fines ético-políticos que se persiguen con ellos, los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho o de derecho, a través de ellos, el rango constitucional o en todo caso privilegiado de sus fuentes o el carácter universal, ya de los principios que los derechos fundamentales expresan o de los sujetos a los que se atribuyen o de aquellos que los reivindican o comparten su validez.

Ya he subrayado, en mi primera respuesta, la necesidad de distinguir estos diferentes puntos de vista y estos distintos tipos de discurso con el fin de evitar, por la confusión de lenguajes, incom-

1. En *Teoria Politica* XIV/2 (1998), pp. 3-60; XV/1 (1999), pp. 3-92; XVI/2 (2000), pp. 3-48 y, ahora, en este libro. Agradezco, además de al resto de colegas que han intervenido en la discusión, a Tecla Mazzarese y a Danilo Zolo la atenta lectura crítica de mi segunda réplica.

prensiones y aporías originadas por el uso de una categoría connotada en términos unas veces teóricos, otras axiológicos, referida unas veces al derecho positivo, otras a su génesis histórica y otras a las funciones que de hecho satisfacen. Abordaré, ahora, el problema de los fundamentos específicos de cada uno de estos distintos tipos de discurso para mostrar, en concreto, sus diferencias, que me parece que han sido otra vez ignoradas en algunas de las últimas intervenciones. Discutiré, especialmente, el problema filosófico del fundamento axiológico de los discursos normativos de tipo ético-político, que Anna Pintore y Luca Baccelli consideran que he dejado de lado con mi definición teórica[2], y que Ermanno Vitale y Michelangelo Bovero me invitan a no eludir[3].

2. Según A. Pintore («Derechos insaciables», *supra*, p. 244), el hecho de que mis tesis «se desarrollan dentro de un marco que se presenta como rigurosamente divisionista y, al mismo tiempo, iuspositivista» significaría que, en mi opinión, los derechos fundamentales, además de no ser «fruto de una deducción racional de la naturaleza de las cosas», tampoco pueden «fundamentarse de ningún otro modo». Es decir, que más allá de su existencia (o inexistencia) entre las normas de un ordenamiento dado, carecen de todo fundamento axiológico o ético-político. Luca Baccelli («Derechos sin fundamento», *supra*, p. 198) considera por su parte que estoy «convencido de la imposibilidad y la inutilidad de una investigación sobre el "fundamento absoluto"» y que, en todo caso, no parezco «interesar[me] por el problema la "fundamentación" de los derechos» (p. 199). Tengo la impresión de que en el origen de estas interpretaciones de mis tesis, que son de teoría del derecho y no de filosofía de la justicia, se encuentra una confusión entre los dos tipos de enfoque y de discurso, lo que, además, se confirma en la intervención de Pintore por el pasaje citado en la nota 56 y al que se remite en la n. 59.

Creo que existe una confusión similar entre análisis conceptual de tipo teórico-jurídico y discursos axiológicos de pertinencia de la filosofía política, con los inevitables equívocos que de él se derivan, en el origen de las críticas que me dirige A. Ruiz Miguel («Democracia, jueces y derechos»: *Revista de Libros* 42 [2000], pp. 11 ss.), a las que responderé más adelante en los §§ 3 y 5. Según Ruiz Miguel, mis tesis de teoría del derecho sobre el carácter «universal e inalienable de los derechos fundamentales en un sentido puramente formal o estructural» y, por tanto, sobre «el límite *lógicamente* insuperable» que imponen a la autonomía de sus titulares independientemente de sus «rasgos de naturaleza moral o sustantiva», invierten «palmariamente el único modo de justificación racional» (p. 12). Lo que constituye, evidentemente, una cuestión no ya de teoría del derecho sino de filosofía normativa de la justicia relativa a *qué* derechos resulta justificado tutelar en la forma lógica propia de los derechos fundamentales, según su definición teórica. Sobre este punto, que creo haber aclarado en la respuesta a Vitale y a Zolo en «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, pp. 139-153, véanse también, *infra*, la nota 6 y mis respuestas a Bovero, Baccelli y Pintore en los §§ 4, 5 y 6, pp. 314-355.

3. Según Ermanno Vitale («Sobre la fundamentación de los derechos...», *supra*, pp. 275-276), «el nuevo paradigma» del constitucionalismo rígido que defiendo, consistente en un «un iuspositivismo que finalmente comprende, en ambos sentidos de la palabra, la *ratio* profunda del iusnaturalismo», «no puede eludir la pregunta

A tal fin, me parece oportuno, de forma preliminar, analizar y distinguir con mayor claridad las diversas cuestiones planteadas por la pregunta «¿qué derechos son fundamentales?». Trazaré luego, en términos más analíticos, las distinciones entre los diferentes tipos de derechos sugeridas por mi definición teórica de «derechos fundamentales», y someteré a análisis crítico dos conceptos tradicionales de la filosofía política —libertad negativa y libertad positiva— sobre los que, a menudo, se fundamentan, respectivamente, el liberalismo y la democracia. Sobre estas bases afrontaré, por fin, el problema del fundamento axiológico de los derechos fundamentales, retomado por Vitale y por Baccelli, así como los muchos problemas relativos a las relaciones entre tales derechos, la democracia y la autonomía individual planteados, con distintos enfoques y opiniones, por Pintore y Bovero.

Por lo común, a la pregunta «*qué derechos son fundamentales*» se suele dar dos respuestas distintas, ambas sustanciales, según se la interprete en el sentido de «*cuáles son*» o en el sentido de «*cuáles deben ser*» esos derechos. Una primer respuesta, que podemos llamar «iuspositivista», es aquella según la cual «son» derechos fundamentales, por ejemplo en el ordenamiento italiano, la libertad personal, la libertad de expresión, de reunión y de asociación, los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social establecidos por los artículos 13, 21, 17, 18, 32 y 34 de la constitución. La segunda respuesta, de tipo «axiológico» o, si se prefiere, «iusnaturalista», es que se deben considerar fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como «fundamentales».

Ninguna de estas dos respuestas pertenece a la teoría del derecho. La primera respuesta es una tesis jurídica de dogmática positi-

sobre el criterio de formación de aquellos principios que informan la legalidad sustancial, o lo que es lo mismo, el problema de la fundamentación teórica de los derechos fundamentales y de la tensión inevitable entre una concepción voluntarista y una concepción racionalista del derecho». En resumen, «queda, sin embargo, abierta la pregunta, a caballo entre la filosofía política y la filosofía del derecho, de qué derechos *deberían* ser garantizados como fundamentales» (p. 276). Michelangelo Bovero («Derechos fundamentales y democracia...», *supra*, p. 218) me pregunta, por su parte, «qué significa», en mi argumentación, «que son "fundamentales" los derechos atribuidos —normalmente, pero no sólo y no necesariamente, en las constituciones modernas— a los individuos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar».

va. La segunda es una tesis moral o política, de filosofía de la justicia. La primera es una respuesta empírica de tipo asertivo, verificable o refutable con referencia al ordenamiento objeto de indagación. La segunda es una respuesta axiológica, de tipo normativo y, por consiguiente, ni verdadera ni falsa. Una nos informa acerca de las expectativas que en un determinado ordenamiento han sido normativamente establecidas como derechos fundamentales. La otra prescribe qué expectativas es (o sería) justo, es decir, moral o políticamente justificado, tutelar como derechos fundamentales.

Las dos respuestas tienen en común el hecho de decirnos no *qué son* sino, respectivamente, *cuáles son* y *cuáles deben ser* los derechos tutelados o que deben tutelarse como fundamentales; exactamente aquello que la teoría no puede ni debe decirnos. Ni una ni otra son, por tanto, tesis teóricas. Lo que en cambio la teoría nos dice, y sólo la teoría puede decirnos, es qué entendemos con la expresión «derechos fundamentales». Y puede decirlo ofreciéndonos una definición del concepto teórico de «derechos fundamentales» que es, al igual que toda definición teórica, *a*) una definición *estipulativa,* ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos (e incluso si no hubiera derechos) allí tutelados como fundamentales y, *b*) una definición *formal*, esto es, dirigida a identificar los rasgos estructurales que, en función de dicha finalidad, convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean (o nos parezca justo que sean) sus contenidos.

Las tres cuestiones anteriores —*a*) cuáles son, *b*) cuáles deben ser y *c*) qué son los derechos fundamentales— pertenecen, por otra parte, al igual que las respectivas respuestas, a tres tipos distintos de discurso que —para evitar equívocos y falsas divergencias— deben distinguirse rigurosamente. Estos tres tipos de discurso corresponden a otras tantas disciplinas: *α*) la *ciencia jurídica positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional; *β*) la *filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales; *γ*) la *teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos y afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del derecho positivo.

Hay, finalmente, un cuarto sentido de nuestra pregunta, así como una cuarta posible aproximación al tema de los derechos fundamen-

tales, que se refiere a su concreta fenomenología empírica: *d*) «¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales?». Esta pregunta pertenece al ámbito *δ*) de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*. Y admite, por consiguiente, respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reinvindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio.

Abordaré después el problema de las relaciones entre la definición teórica y los distintos (significados de los) «fundamentos» de los derechos fundamentales en los distintos tipos de discursos que se ocupan de ellos. Por ahora, me limito a destacar que de todas las cuestiones aquí enumeradas, la teórica es previa a todas las demás. Sólo si sabemos qué entendemos con el concepto de «derechos fundamentales», y disponemos de una tipología adecuada de esta clase de derechos, podremos, en efecto, responder a todas las otras preguntas arriba señaladas: reconocer cuáles son los derechos fundamentales establecidos en un determinado ordenamiento; proponer los criterios axiológicos a partir de los cuales justificar cuáles deberían o no serlo; reconstruir los procesos históricos y culturales por medio de los cuales han sido teorizados, reivindicados y luego sancionados en los distintos ordenamientos positivos; indagar sus condiciones y grado efectivo de tutela, así como proyectar las políticas y técnicas de garantía adecuadas para su satisfacción.

2. *Una tipología de los derechos fundamentales*

Según la definición que propongo, son *derechos fundamentales* aquellos *derechos subjetivos* que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* en tanto *personas*, *ciudadanos* y/o personas *capaces de obrar*[4]. Los rasgos estructurales

4. «Derechos fundamentales», *supra*, p. 19. Entendiendo por «derecho subjetivo», como he aclarado, cualquier expectativa de actos jurídicos, trátese de una expectativa positiva de prestaciones o de una expectativa negativa de no lesiones.

que, con base en esta definición, distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres, todos ellos independientes del contenido de las expectativas que tutelan: *a*) la forma universal de su imputación, entendiendo «universal» en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; *b*) su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado «normas téticas», en oposición a las «normas hipotéticas» que, en cambio, predisponen, como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos, negociales por ejemplo, que prevén en hipótesis[5]; *c*) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás. Gracias a la identificación de estos tres caracteres, uno corolario del otro, esta definición puramente formal dice —y no es poco— que, en caso de que se quiera tutelar un derecho como «fundamental», es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndolo igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general y, de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional colocada por encima del mismo[6].

Por otra parte, esta definición permite fundar dos tipologías de derechos fundamentales, también de carácter teórico y formal, puesto que referidas a los dos elementos estructurales contenidos en ella: una, *subjetiva*, relativa a las clases de sujetos a los que se atribuyen

5. Como se recordará, he llamado «normas téticas» a las que inmediatamente disponen, en forma general y abstracta, las situaciones expresadas mediante ellas (por ejemplo, las que enuncian los derechos fundamentales, o las que imponen prohibiciones penales o las normas de la señalización vial) y «normas hipotéticas» a las que no disponen inmediatamente nada, sino que pre-disponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas como hipótesis (por ejemplo, las normas del código civil que pre-disponen derechos patrimoniales u obligaciones civiles como efectos de actos negociales) («Derechos fundamentales», *supra*, pp. 33-34; «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho, *supra*, pp. 155-156, n. 32).

6. Ambas técnicas de tutela son, obviamente, diferentes. En este sentido, sólo la indisponibilidad de los derechos fundamentales en la contratación entre particulares —y no su inviolabilidad frente a la legislación ordinaria que se deriva, por su parte, de su rango constitucional y viene garantizada por la anulabilidad de las leyes que la contradigan— es corolario de mi definición, es decir, de la forma universal que a tales derechos otorga, independientemente de su contenido, su estatuto de reglas (por ejemplo: «Todos tienen derecho a manifestar libremente su pensamiento»): un contrato en el que vendiera mi libertad de manifestación del pensamiento sería inexistente, más que inválido, dado que no alteraría la regla constitucional o no, que atribuye tal libertad a «todos», yo incluido.

tales derechos; la otra, *objetiva*, relativa a los tipos de comportamiento que son el contenido de tales derechos.

Ya he formulado, en el ensayo que ha iniciado nuestra discusión, la primera tipología, basada en la titularidad *subjetiva* de tales derechos[7]. Pero conviene ahora precisarla, desarrollarla y, sobre todo, aclarar, como me ha solicitado Bovero[8], sus nexos con la segunda. Las clases de sujetos que nuestra definición ha identificado como posibles titulares de los derechos fundamentales, más allá de las distintas y cada vez mayores extensiones que históricamente han ido asumiendo, son tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar, cada una definida por otros tantos *status*, el primero de los cuales —el de persona— incluye a los otros dos. Si se distinguen las cuatro combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del *status* de ciudadano y/o de capaz de obrar como presupuestos de los derechos fundamentales, obtendremos cuatro clases de estos derechos: *a*) los *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar; *b*) los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; *c*) los *derechos públicos*, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; *d*) los *derechos políticos*, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar.

Denomino al conjunto de las primeras dos clases de derechos, pertenecientes a todas las personas independientemente de la ciudadanía, *derechos de la persona* o *derechos de la personalidad*, y al conjunto de las otras dos clases de derechos, referidas sólo a los ciudadanos, *derechos del ciudadano* o de *ciudadanía*. Además, denomino al conjunto de la primera y tercera clases de derechos, pertenecientes a todas las personas con independencia de su capacidad de obrar, *derechos primarios* o *sustanciales*, y al conjunto de la segunda y cuarta clases de derechos, pertenecientes sólo a los capaces de obrar, *derechos secundarios* o *formales*. Está claro que ambos conjuntos equivalen a otras tantas distinciones exhaustivas (pero no alternativas) de derechos fundamentales: una, entre *derechos de la persona* y *derechos del ciudadano*, la otra entre *derechos primarios* y *derechos secundarios*. Combinando las dos distinciones, obtenemos,

7. «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 22-24 y p. 23, nota 3. Cf., también, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, ²2001, pp. 104-108.

8. M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia...», *supra*, p. 233.

en consecuencia, las cuatro clases de derechos antes identificadas, cada una de las cuales corresponde, como muestra el siguiente esquema, al producto lógico de cada clase del primer conjunto con cada clase del segundo: los derechos primarios de la persona, que son los *derechos humanos*; los derechos primarios del ciudadano, que son los *derechos públicos*; los derechos secundarios de la persona, que son los *derechos civiles*; los derechos secundarios del ciudadano, que son los *derechos políticos*.

D. fundamentales	D. de la persona	D. del ciudadano
D. primarios	D. humanos	D. públicos
D. secundarios	D. civiles	D. políticos

De nuestras dos distinciones —entre derechos de la persona y del ciudadano, y entre derechos primarios y secundarios— la segunda es, sin duda, la más importante para el análisis de la fenomenología del poder en el estado de derecho y de la teoría de la democracia. Efectivamente, al basarse en la posesión o no de la capacidad jurídica de obrar de sus titulares, o sea del poder de realizar actos jurídicos preceptivos, nos conduce a la segunda de nuestras dos tipologías: la *objetiva*, referida a los tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales. Distinguiré, precisamente a partir de su naturaleza de expectativas negativas (de no lesiones) o positivas (de prestación), los *derechos primarios*, pertenecientes a todos con independencia de la capacidad de obrar, en *derechos de libertad* y *derechos sociales*. Los primeros consistirán en derechos *negativos* o de inmunidad, es decir, en la expectativa de omisión de interferencias de los demás, distinguible a su vez en simples *libertades de*, como el derecho a la vida y la libertad personal, y *libertades para* (además de *libertades de*) como la libertad de prensa, de asociación y de reunión. Los segundos, en cambio, consistirán en derechos *positivos*, esto es, en expectativas de prestaciones por parte de otros, como es el caso del derecho a la salud, educación, seguridad social y similares. En función del tipo de poderes en que consisten, identificaré, en cambio, los *derechos de autonomía* con los *derechos secundarios*, pertenecientes a todos en tanto capaces de obrar y divisibles, a su vez, en *derechos civiles* y *derechos políticos*. Los primeros consistirán en derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociales de disposición sobre derechos patrimoniales. Los otros consistirán en derechos de autonomía política, ejercitados a través de actos públicos, de los que el voto es el más característico.

<table>
<tr><td>D. fundamentales</td><td colspan="2">D. de la persona</td><td>D. del ciudadano</td></tr>
<tr><td rowspan="2">D. primarios
(sólo expectativas)</td><td rowspan="2">D. de libertad
(expec. neg.)</td><td>libertad de</td><td rowspan="2">D. públicos
(expectativas positivas)</td></tr>
<tr><td>libertad para</td></tr>
<tr><td>D. secundarios
(expec. y poderes)</td><td colspan="2">D. civiles
(D. de autonomía privada)</td><td>D. políticos
(D. de autonomía política)</td></tr>
</table>

Nuestra tipología objetiva, pues, coincide parcialmente con la subjetiva[9]. La coincidencia es perfecta en lo que se refiere a la distin-

9. Para hacer más clara la estructura de los diferentes tipos de derechos que he distinguido, propondré una formalización de las dos tipologías, formulando en esta nota las definiciones de los términos empleados y, en la nota 12, los teoremas que enuncian las distinciones y el resto de relaciones existentes entre ellos.

Adoptaré como signos lógicos los conectores «·» (conjunción), «v» (disyunción), «¬» (negación), «→» (implicación) y «≡» (equivalencia) y los operadores (x) (cuantificador universal), (∑x) cuantificador existencial) y M (cuantificador de posibilidad). Adoptaré como constantes predicativas los siguientes símbolos: DIR (derecho subjetivo), CAA (capaz de obrar), POT (poder jurídico), DFO (derechos fundamentales), DPA (derechos patrimoniales), DUM (derechos humanos), DCI (derechos civiles), DPU (derechos públicos), DPL (derechos políticos), DDP (derechos de la persona), DDC (derechos del ciudadano), DPR (derechos primarios), DSE (derechos secundarios), DLI (derechos de libertad), DSO (derechos sociales), DDAy (derechos de libertad de), DDI (derechos de libertad para), DAU (derechos de autonomía) y —además— ASP (expectativa), PRT (prestación), LES (lesión), FAC (facultad), AGP (acto jurídico preceptivo), PER (persona física), CIT (ciudadano), TIT (titular).

Asumo como términos primitivos (o supongo que ya han sido anteriormente definidos) estos últimos ocho términos. (Remito, para una aclaración más precisa del significado de tres de ellos —expectativa (ASP), facultad (FAC) y titular (TIT)— a mi «Expectativas y garantías», cit., pp. 235-278).

Adoptaré las siguientes dieciocho definiciones: *derecho subjetivo* es cualquier expectativa de prestación o de no lesión (D1); *capaz de obrar* es cualquier persona dotada de la facultad de realizar actos jurídicos preceptivos (D2); *poder (jurídico)* es la facultad de realizar actos jurídicos preceptivos (D3); *derechos fundamentales* son los derechos subjetivos de los que todos (y *derechos patrimoniales* aquellos de los que no todos) son titulares en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar (D4 y D5); *derechos humanos*, *derechos civiles*, *derechos públicos* y *derechos políticos* son los derechos fundamentales adscritos a todos, respectivamente, en cuanto personas, capaces de obrar, ciudadanos y ciudadanos capaces de obrar (D6, D7, D8, D9); *derechos de la persona* y *derechos del ciudadano* son, los primeros, los derechos fundamentales adscritos a todos en cuanto personas o capaces de obrar; los segundos, los adscritos a todos en cuanto ciudadanos (D10, D11); *derechos primarios* y *derechos secundarios* son, los primeros, los derechos fundamentales adscritos a todos en cuanto personas o ciudadanos; los segundos, los adscritos a todos en cuanto capaces de obrar (D12, D13); *derechos sociales* y *derechos de libertad* son, respectivamente, los derechos primarios que consisten en expectativas positivas de prestación y en expectativas negativas de lesión (D14, D15), divididos estos últimos en *derechos de libertad*

ción entre derechos primarios y derechos secundarios, basada, bien en el elemento subjetivo de la capacidad de obrar de los titulares, bien en el elemento objetivo del tipo de actos en que consiste su ejercicio. Esto se explica porque la capacidad de obrar es precisamente la capacidad de realizar actos jurídicos potestativos. Por eso, los derechos civiles y políticos que se adquieren con ella —independientemente del hecho de que la ausencia de los primeros, a diferencia de la de los segundos, puede ser suplida por la representación legal de los incapaces— son en realidad *poderes*; entendido el término «poder», no como la simple *facultas agendi* en que consisten los derechos activos de libertad (o «libertad para»), sino como *potestas agendi*, es decir, como la facultad de realizar actos jurídicos (voto, elecciones, contrato, testamento y otros similares) que producen efectos en la esfera jurídica de los demás. En lo que respecta, en cambio, a la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, la coincidencia, como muestra nuestro segundo cuadro, es sólo parcial y, en el plano teórico, siempre contingente.

Existe, así, una asimetría, puesta en evidencia por nuestra tipología objetiva, entre las dos distinciones indicadas por nuestra ti-

de y *derechos de libertad para* según consistan en simples expectativas negativas o inmunidades o, además, también en facultades (D16, D17); los *derechos de autonomía* se identifican, por último, con los derechos secundarios (D18), y consisten, concretamente, en la capacidad de obrar jurídicamente y, por tanto, en el poder de realizar actos preceptivos en la esfera pública y en la privada.

D1 (y) (DIRy ≡ M(∑X) ((ASPyx · PRTx) v (ASP¬x · LESx)))
D2 (z) (y) (CAAzy ≡ (PERz · TITzy · M(∑x) (FACyx · AGPx)))
D3 (y) (POTy ≡ M(∑X) (FACyx · AGPx))
D4 (y) (DFOy ≡ (DIRy · ((z) (PERz ≡ TITzy) v (z) (CITz ≡ TITzy) v (z) (y) (CAAzy ≡ TITz)))
D5 (y) (DPAy ≡ (DIRy · ¬((z) (PERz ≡ TITzy) v (z) (CITz ≡ TITzy) v (z) (y) (CAAzy ≡ TITz)))
D6 (y) (DUMy ≡ (DFOy · (z) (PERz ≡ TITzy)))
D7 (y) (DCIy ≡ (DFOy · (z) (y) (CAAZy ≡ TITzy)))
D8 (y) (DPUy ≡ (DFOy · (z) (CITz ≡ TITzy)))
D9 (y) (DPLy ≡ (DFOy · (z) (y) ((CITz · CAAzy) ≡ TITzy)))
D10 (y) (DDPy ≡ (DFOy · ((z) (PERz ≡ TITzy) v (z) (y) (CAAZy ≡ TITzy))))
D11 (y) (DDCy ≡ (DFOy · ((z) (CITz ≡ TITzy) v (z) (y) ((CITz · CAAzy) ≡ TITzy))))
D12 (y) (DPRy ≡ (DFOy · ((z) (PERz ≡ TITzy) v (z) (CITz ≡ TITzy))))
D13 (y) (DSEy ≡ (DFOy · ((z) (y) (CAAzy ≡ TITzy) v (z) (y) ((CITz · CAAzy) ≡ TITzy))))
D14 (y) (DLIy ≡ (DPRy · M(∑x) (ASPy¬x · LESx)))
D15 (y) (DSOy ≡ (DPRy · M(∑x) (ASPyx · PRTx)))
D16 (y) (DDAy ≡ (DLIy · M(∑x) (ASPy¬x))
D17 (y) (DDIy ≡ (DLIy · M(∑x) (ASPy¬x · FACy))
D18 (y) (DAUy ≡ DSEy)

pología subjetiva. La distinción entre derechos primarios y secundarios es insuperable, si bien los presupuestos de la capacidad de obrar pueden variar según los diversos ordenamientos, como es el caso de los años que determinan la mayoría de edad. La distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano es, en cambio, superable, bien mediante la extensión de la ciudadanía a todas las personas, bien a través de su supresión como presupuesto de los derechos fundamentales, algo que, por otro lado, ya ocurre con gran parte de ellos en las cartas constitucionales tanto internacionales como estatales. De aquí que la extensión de las clases identificadas por la primera distinción sea relativamente rígida, al estar vinculada a la naturaleza de *poderes* de los derechos secundarios, los cuales no pueden atribuirse a sujetos totalmente incapaces de obrar mediante actos preceptivos. Se podrá anticipar la mayoría de edad, pero no se podrá, evidentemente, extenderla a los recién nacidos. Por el contrario, la extensión de las clases identificadas por la segunda distinción es contingente, al no existir razones teóricas ni axiológicas para que ningún derecho fundamental sea adscrito sólo a los ciudadanos y no a todas las personas. El propio derecho político de voto bien podría ligarse a la simple residencia en el lugar de elección de los representantes, que es, además, el lugar en el que se desarrollará su (auto)gobierno. En realidad, mientras que la distinción subjetiva entre derechos de la persona y derechos del ciudadano se basa únicamente en el derecho positivo, pudiendo un derecho del ciudadano ser transformado en derecho de la persona (y viceversa), la distinción objetiva entre derechos primarios y secundarios está estrechamente vinculada a su diferente objeto (argumento o contenido).

Todo esto, sin embargo, no supone, como propone Bovero, que la referencia al *status* de ciudadano pueda ser excluida de la definición teórica de «derechos fundamentales» por ser «históricamente contingente y por lo tanto (al menos de manera ideal) [...] algo pasajero [...] de la misma manera que el *status* de "libre" como "no esclavo", o por ejemplo de "caballero", o [...] los varios *status* nobiliarios del *ancien régime*»[10]. Pese a ser transitorio y superable, tal *status* aparece previsto, todavía hoy, en todos los ordenamientos estatales como presupuesto (no de todos, y ni siquiera de la mayor parte, pero sí) de algunos derechos fundamentales. Por eso, su exclusión de la definición de tales derechos produciría una tesis ya no teórica, sino axiológica, vinculada, como dice el propio Bovero, a una «perspectiva» que «se plantea, en esencia, la posible (normativa

10. M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia...», *supra*, p. 232.

y optativa, incluso diría utópica) atribución de todos los derechos a todos los seres humanos»[11]. El día en que esto ocurra, el *status* de ciudadano equivaldrá al de noble o caballero, y podrá, sin duda, ser eliminado, como un resabio histórico, de la definición de «derechos fundamentales». En ese momento, todos los derechos del ciudadano se convertirían, de hecho, en derechos de la persona, todos los derechos públicos devendrán derechos humanos y, al menos en el plano subjetivo, todos los derechos políticos se convertirían en derechos civiles. Pero mientras la ciudadanía siga siendo un presupuesto de algunos de estos derechos, no puede ser ignorada por la definición teórica del concepto de derechos fundamentales si no es al precio de una reducción de su alcance empírico y su capacidad explicativa, y de una confusión entre discurso teórico y discurso axiológico. Mientras que lo importante, como insistiré en el punto número 5, es que no se confunda esta cuestión axiológica con la teórica y con la de derecho positivo referida al estatuto actual de la ciudadanía, que, hoy —contrariamente a lo que la mayoría sostiene en el plano teórico y a lo que de forma ilegítima se practica en nuestros ordenamientos— no es en absoluto el presupuesto jurídico de todos los derechos, sino sólo de los del ciudadano y no de los de la persona.

El carácter contingente y superable de la ciudadanía ofrece, más bien, un nuevo argumento en defensa de la mayor relevancia teórica de la distinción, con frecuencia ignorada, entre derechos primarios y secundarios, referida tanto a sus sujetos como a sus contenidos. Mientras los derechos primarios consisten, esencialmente, en expectativas sustanciales (de no lesión, en el caso de los negativos, de prestación, en el de los positivos) y, por consiguiente, en los *beneficios* que se aseguran a sus titulares, los derechos secundarios, sean civiles o políticos, al ser ejercidos mediante actos que producen efectos jurídicos, son además *poderes* y, como tales, se encuentran sometidos, en el estado de derecho, a límites y vínculos legales. Por eso he llamado a los primeros *derechos sustanciales* o *finales* y a los segundos *derechos formales* o *instrumentales*.

Finalmente, una última precisión. También estas distinciones, al igual que la definición de «derechos fundamentales», son distinciones analíticas, verdaderas por definición[12]. No nos dicen *qué* dere-

11. *Ibíd.*, p. 234.

12. De las definiciones formuladas en la nota 9, se derivan los siguientes dieciocho teoremas a los que acompaño de la indicación de sus correspondientes premisas: los derechos fundamentales —en oposición a los derechos patrimoniales (T1, T2) que forman la otra clase de derechos en la que es posible dividir los derechos subjetivos (T3)— se dividen en: *a*) derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles y

chos —o sea, con referencia a qué contenidos— son de la persona o del ciudadano, de libertad o sociales, sino *qué son* estos distintos tipos de derechos. Se trata, por tanto, de categorías analíticas, como, por otra parte, lo son todos los conceptos teóricos, que concurren como figuras atómicas en la composición de esas figuras moleculares que, en concreto, son las situaciones jurídicas. Así, llamamos, por ejemplo, «sociales» a los derechos a la salud o la educación, y «de libertad» a la libertad de prensa o reunión, en tanto que son ex-

derechos políticos (T4); *b*) derechos de la persona y derechos del ciudadano (T5); *c*) derechos primarios y derechos secundarios (T6).

T1	(y) (DFOy → ¬DPAy)	D4, D5
T2	(y) (DPAy → ¬DFOy)	T1
T3	(y) (DIRy ≡ (DFOy v DPAy))	D4, D5
T4	(y) (DFOy ≡ (DUMy v DPUy v DCIy v DPLy))	D4, D6, D7, D8, D9
T5	(y) (DFOy ≡ (DDPy v DDCy))	D4, D10, D11
T6	(y) (DFOy ≡ (DPRy v DSEy))	D4, D12, D13

Los derechos humanos son, justamente, los derechos primarios de la persona (T7), los derechos públicos son los derechos primarios del ciudadano (T8), los derechos civiles son los derechos secundarios de la persona (T9) y los derechos políticos son los derechos secundarios del ciudadano (T10). De forma tal que los derechos primarios son el conjunto de derechos de libertad y de derechos sociales (T11) y los derechos secundarios o de autonomía son el conjunto de los derechos civiles y de los derechos políticos (T12, T13). Los derechos de libertad se dividen, a su vez, en derechos de libertad «de» y derechos de libertad «para» (T14).

T7	(y) (DUMy ≡ (DPRy · DDPy))	D6, D10, D12
T8	(y) (DPUy ≡ (DPRy · DDCy))	D7, D11, D12
T9	(y) (DCIy ≡ (DSEy · DDPy))	D8, D10, D13
T10	(y) (DPLy ≡ (DSEy · DDCy))	D9, D11, D13
T11	(y) (DPRy ≡ (DLIy v DSOy))	D14, D15, D12, D4, D1
T12	(y) (DSEy ≡ (DCIy v DPLy))	D7, D9, D13
T13	(y) (DAUy ≡ (DCIy v DPLy))	D18, T12
T14	(y) (DLIy ≡ (DDAy v DDIy))	D14, D16, D17

Por tanto, todos los derechos fundamentales se dividen en derechos de libertad, derechos sociales y derechos de autonomía (T15) o, más exactamente, en derechos de libertad, derechos sociales, derechos civiles y derechos políticos (T16). De todos estos derechos, sin embargo, los derechos secundarios o de autonomía, ya sean civiles o políticos, al estar vinculados con la capacidad de obrar (D7, D9), son también poderes (T17, T18); por ello mismo, en el estado de derecho, basado en el principio de legalidad de los actos jurídicos, están subordinados a la ley, es decir a las normas formales y sustanciales que disciplinan la producción de los actos preceptivos que constituyen su ejercicio.

T15	(y) (DFOy ≡ (DLIy v DSOy v DAUy))	T6, T11, T13
T16	(y) (DFOy ≡ (DLIy v DSOy v DCIy v DPLy))	T6, T15, T13
T17	(y) ((DSEy v DAUy) → POTy)	D13, D16, D2, D3
T18	(y) ((DCIy v DPLy) → POTy)	T17, T12

pectativas positivas lo que prometen los primeros y negativas los segundos. Pero ello no quita para que en el derecho a la salud se incluyan inmunidades (por ejemplo, frente a la contaminación) o para que en la libertad de reunión se incluyan también expectativas positivas (por ejemplo, al disfrute de un lugar público)[13].

3. *Libertad negativa y libertad positiva. Derechos de libertad y derechos de autonomía*

La falta de clarificación de estas distinciones estructurales y la incomprensión de la naturaleza de «poderes» de los derechos secundarios constituyen el origen, en mi opinión, de muchos de los equívocos y pseudo problemas que afectan a la teoría de los derechos fundamentales. Estos equívocos, me parece, provienen de dos errores conceptuales que se resuelven, aunque bajo enfoques distintos, en la confusión de (derechos de) *libertad* y (derechos-) *poderes*.

No me detendré en la primera de estas confusiones, la que se da entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales* —unos universales e indisponibles, los otros singulares y disponibles— y, más específicamente, entre *libertad* y *propiedad*, sobre la que ya he hablado en varias ocasiones[14]. Esta confusión, como ya he indicado, se

13. «Expectativas negativas» y «expectativas positivas» son figuras atómicas que participan de diferentes formas en la composición molecular de los diferentes tipos de derechos, tanto fundamentales como patrimoniales. Véase el análisis de V. Abramovich y C. Courtis, «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en M. Abregú y C. Courtis (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 284-296, donde se ponen de relieve las numerosas expectativas positivas y negativas incluidas, respectivamente, tanto en los derechos de libertad como en los derechos sociales. La misma tesis sostiene G. Palombella, «Diritti fondamentali. Per una teoria funzionale»: *Sociologia del diritto* XXVII/1 (2000), pp. 74-78. El criterio de distinción entre estas dos clases de derechos basado en el contenido negativo o positivo de las expectativas en que consisten, conserva, sin embargo, validez al menos en lo relativo al resultado de su tutela, así como en lo que se refiere a la prevalencia que, en la composición de una y otra, tienen las expectativas negativas satisfechas mediante un *non facere* y las expectativas positivas satisfechas con un *facere*.

14. «Derechos fundamentales», *supra*, pp. 29-35, en especial, pp. 29-30; «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, pp. 153-167, en especial, pp. 156-157. Remito, también, a *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 99-105; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, ⁴2000, pp. 909-918; «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su "Diritto e ragione"», en L. Gianformagio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 508-512; «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», cit., pp. 101-104.

ha visto propiciada por la ambivalencia del concepto de «propiedad», con el que se designan, simultáneamente, tanto los derechos civiles y, por tanto, universales, de adquirir y disponer autónomamente de los propios bienes de propiedad, como los derechos reales y, por tanto, singulares, sobre determinados bienes de propiedad. «Lo *mío* externo», escribe, por ejemplo, Kant, «es aquello que se encuentra fuera de mí, respecto de lo cual cualquier cosa que me impida su libre uso me dañaría (ofendería mi libertad, que puede subsistir con la libertad de cada uno según una ley general) [...] aquí se trata de la determinación práctica del arbitrio según las leyes de la *libertad*»[15]. Está claro que la «determinación práctica del arbitrio» de la que habla Kant es la propiedad en el segundo de los significados arriba distinguidos, esto es, el derecho real sobre un «mío externo» que exige ser tutelado contra «cualquier cosa que me impida su libre uso» y que, por lo tanto, tiene en común con el primer significado dado a la propiedad y con los derechos de libertad, la universalidad (no ya de sus titulares, sino más bien) de los sujetos con respecto a los cuales es garantizado su «libre uso». Tanto el derecho real de propiedad como los derechos civiles y los de libertad consisten, efectivamente, en las *facultates agendi* que los civilistas llaman «derechos absolutos» (*erga omnes*), a los que corresponde la prohibición «universal», puesto que concierne a todos (*omnium*), de su lesión. Pero mientras los derechos de libertad, al igual que los derechos civiles de intercambiar bienes de propiedad, son, además, derechos universales (*omnium*) y, por tanto, indisponibles, el derecho real de propiedad, como los otros derechos patrimoniales, es un derecho-poder singular (*excludendi alios*) y, por tanto, disponible.

Existe, además, una segunda confusión, no menos peligrosa, en la que se incurre con frecuencia: la que se da entre *derechos de*

15. I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), trad. it. de G. Solari y G. Vidari, «Principi metafisici della dotrina del diritto», en *Scritti politici e di filosofia della storia y del diritto*, Utet, Torino, 1956, pp. 428-29 [trad. castellana de J. L. Izquierdo Hernández, *Principios metafísicos del derecho*, Américalee, Buenos Aires, pp. 55-56, algo modificado]. Son «intereses civiles», escribió Locke, «la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de las cosas externas, tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes» (J. Locke, *Carta sobre la tolerancia*, trad. de P. Bravo Gala, Madrid, Tecnos, ²1991, p. 8). Sobre el nexo entre libertad y propiedad en el pensamiento de Kant, cf. G. Solari, «Introduzione» en los *Scritti*, cit., p. 27: «La posesión se eleva a la categoría suprema en el orden jurídico natural kantiano, desde el momento en que en ella, la actividad jurídica del hombre, su libertad externa, adopta forma concreta [...] En la propiedad, la libertad externa adquiere forma y valor jurídico»; N. Bobbio, «Kant e le due libertà» (1965), en M. Bovero (ed.), *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999 (próxima edición española en Editorial Trotta).

libertad y *derechos de autonomía*, ambos fundamentales, aunque unos primarios y otros secundarios, según la distinción que aquí se ha propuesto basada en el carácter de simples inmunidades frente a interferencias de los primeros y (además) de «poderes», en el sentido arriba explicado, de los segundos. A veces, como en la tipología de Marshall que he criticado en varias ocasiones, la confusión tiene lugar entre derechos de libertad y derechos de autonomía privada —es decir, entre libertad y propiedad, entendida ésta en los dos sentidos antes considerados— reunidos de manera indiferenciada en la categoría de «derechos civiles»[16]. Con mayor frecuencia, la confusión tiene lugar entre el conjunto de estos derechos —de libertad y de autonomía, tanto privada como política— y la indiferenciada figura de las «libertades».

De hecho, la distinción entre derechos de libertad y derechos de autonomía se ha visto oscurecida por otra, igualmente importante pero distinta, entre *libertad negativa* y *libertad positiva*, que se remonta a Benjamin Constant[17] y que ha sido retomada por Norberto Bobbio e Isaiah Berlin. La *libertad negativa*, escribe Bobbio, es la libertad como «no impedimento» o «no constricción», que es un predicado de la acción; la *libertad positiva* es la libertad como «autodeterminación o autonomía», que es un predicado de la voluntad[18]. La

16. Remito a «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», cit., pp. 101-102. Dentro de los derechos civiles, «necesarios para la libertad individual», Marshall incluye: la «libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y religión, derecho a la propiedad y a establecer contratos válidos y derecho a la justicia» (T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 22-23). Sobre la base de las tipologías aquí propuestas, conviene, en cambio, distinguir: *a*) las libertades personales, de expresión, pensamiento y credo, que son derechos primarios de la persona, es decir, humanos y, en lo relativo a su contenido, derechos de libertad; *b*) el derecho de poseer determinadas cosas en propiedad, que es un derecho patrimonial real sobre las cosas de propiedad; *c*) el derecho de celebrar contratos válidos, es decir, de intercambiar y disponer de la propiedad de cada uno, que es un derecho civil en cuanto implica la capacidad de obrar; *d*) el derecho de obtener justicia que es, *da*) un derecho civil si con él se entiende el derecho de acción, es decir, de actuar personalmente en juicio, que supone la capacidad de obrar, mientras que es *db*) un derecho primario de la persona, si con ello se hace referencia también al derecho a obtener justicia a través de representantes. Ninguno de estos derechos es un derecho de ciudadanía, es decir, sólo de los ciudadanos. Sólo los derechos indicados *sub c*) y *da*) son derechos civiles o de autonomía privada, que incluyen la propiedad como derecho fundamental, además de patrimonial como en el sentido *sub b*), y que, por tanto, deben distinguirse de los derechos de libertad.

17. «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en Íd., *Escritos Políticos*, trad. de M. L. Sánchez Mejía, CEC, Madrid, 1989, pp. 257-285.

18. N. Bobbio, «Libertad» (1979), ahora en *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. 50 [trad. castellana de P. Aragón Rincón, *Igualdad y libertad*, Paidós-

primera es la libertad inmunidad o «libertad de»: «el área», dice Berlin, «el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado»; la segunda es la libertad facultad o «libertad para», consistente en «ser dueño de sí mismo»[19]. Una es la definida por Montesquieu como «derecho a hacer todo lo que las leyes permiten»[20]. La otra es

UAB, Barcelona, 1993]. La distinción ya había sido formulada con claridad en N. Bobbio, «De la libertà dei moderni comparata a quella dei posteriori» (1954), en *Teoria generale della politica*, cit., pp. 228-232. Cf., también, N. Bobbio, «Kant e le due libertà», cit., pp. 40-53, donde se demuestra que la distinción entre los dos conceptos fue ignorada por Kant que define, explícitamente, la «libertad» en el sentido rousseauniano de libertad positiva (*vid. infra* n. 21) pero que, después, la entiende siempre, implícitamente, como libertad negativa; Íd., «Autonomia»: *Parolechiave* 4 (1994), pp. 11-19. También puede decirse que la libertad negativa, como no impedimento, es la libertad estática y pasiva, mientras que la libertad positiva, como autonomía, es la libertad dinámica y activa: «autonomía», escribe Vittorio Foa, «quiere decir no vivir pasivamente, sino tratar de participar en la construcción del propio mañana, otorgando de esta forma un sentido al propio ser y actuar, un espacio a las elecciones posibles» (*Passaggi*, Einaudi, Torino, 2000, p. 37).

19. I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), trad. it. de M. Santambrogio, *Due concetti di libertà*, con epílogo de M. Ricciardi, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 12 y 24 [trad. castellana de J. Bayón, «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1ª ed. en «Ensayo», 1998, pp. 220 y 232]. «El primero de estos sentidos que tienen en política las palabras *freedom* o *liberty* (libertad) —que emplearé con el mismo significado— y que, siguiendo muchos precedentes, llamaré su sentido "negativo", es el que está implicado en la pregunta "cuál es el ámbito en que al sujeto —una persona o un grupo de personas— se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas". El segundo sentido, que llamaré "positivo", es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de "qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra"». Sobre la distinción de Berlin, véanse los ensayos recogidos por I. Carter y M. Ricciardi (eds.), *L'idea de libertà*, Feltrinelli, Milano, 1996, y la amplia bibliografía incluida en los dos volúmenes citados.

20. Ch. Montesquieu, *Le Esprit des Lois* (1748) [trad. castellana de P. de Vega, *El Espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, p. 150]: «La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent»; «la liberté politique» implica que «personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet». Sustancialmente idéntica es la definición de D. Diderot, «Liberté civile», voz de la *Encyclopédie des sciences*, ed. de Livorno, 1773, t. IX, p. 427: [D. Diderot y J. R. D'Alambert, *Artículos políticos en la Enciclopedia*, trad. de R. Soriano y A. Porras, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 118 y 119]. «La liberté civile consiste à ne pas pouvoir être forcé de faire une chose que la loi n'ordonne pas... La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent». La misma noción aparece expresada en el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789: «Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». Deben recordarse, igualmente, las clásicas nociones de libertad como *silentium legis* y como ausencia de impedimentos formuladas por Th. Hobbes, *Leviatán* (1651), trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1999,

la definida por Rousseau como «obediencia a la ley que uno se ha prescrito»[21].

Aunque fundada y en muchos aspectos fecunda, esta distinción ha terminado por oscurecer la formulada aquí entre «libertad» como derecho fundamental primario y «autonomía» como derecho fundamental secundario, muy importante para la teoría del derecho. Tanto porque su dominio es precisamente el jurídico de los derechos subjetivos, como porque se encuentra más inmediata y linealmente conectada a la diferenciación entre liberalismo y democracia que, por el contrario, suele vincularse, como en el caso de Bobbio[22], a la primera de las distinciones. Y, lo que es más, ha oscurecido la distinción entre libertad negativa y derechos de libertad, y entre libertad positiva (o autonomía) y derechos de autonomía.

En el sentido de Bobbio y de Berlin, «libertad negativa» y «libertad positiva», o bien «libertad» y «autonomía», son conceptos no homogéneos sino asimétricos. Una, referida a la acción, resulta necesariamente definida, en tanto que ausencia de constricciones, con referencia al derecho, o mejor dicho, a cualquier impedimento natural o social y, por tanto, también al derecho. La otra, referida a la voluntad, resulta en cambio definida sin ninguna referencia al derecho. Tómese el ejemplo propuesto por Bobbio de los dos sentidos de libertad religiosa: como libertad negativa de profesar mi religión «aunque no haya elegido libremente la religión que libremente profeso» porque «vivo en un Estado que reconoce y garantiza la libertad religiosa»; y como libertad de «elección» autónoma de la «religión que profesar» incluso si «no soy libre de profesarla porque vivo en un Estado confesional»[23]. Está claro que las dos libertades, como

XXI, p. 194: «En cuanto a otras libertades, dependerán del silencio de la ley. En aquellos casos en los que el soberano no ha prescrito ninguna regla, el súbdito tendrá la libertad de hacer o de omitir, según su propia discreción»; *ibíd.*, XIV, p. 119: «Se entiende por libertad, según el más propio significado de la palabra, la ausencia de impedimentos externos...».

21. J. J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), Garnier-Flammarion, Paris, 1966, I, 8, p. 56: «l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté» [*Del contrato social*, trad. de M. Armiño, Alianza, Madrid, 1980, p. 44]; I. Kant, *Zum ewigen Frieden* [trad. castellana *Sobre la paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, ³1991, p. 16, nota 4]: señala «Mi libertad exterior (jurídica) hay que explicarla, más bien, de la siguiente manera: como la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto en cuanto he podido darle mi consentimiento»; Íd., *Principios metafísicos*, cit., pp. 40, 119 a 121. G. W. F. Hegel, *Lecciones de filosofía de la historia*, trad. de M. Quintana Cabanas, PPU, Barcelona, 1989, p. 58: «... y sólo es libre la voluntad que obedece a la ley, por cuanto se obedece a sí misma y está consigo misma y es libre».

22. N. Bobbio, «Kant e le due libertà», cit.; Íd., «De la libertà dei moderni...», cit..

23. N. Bobbio, «Libertad», cit., p. 104.

dice Bobbio, son entre sí no sólo distintas sino «independientes»[24]. Puedo tener jurídicamente una sin tener moralmente la otra, y viceversa. Lo mismo vale para los dos sentidos de la libertad (o no libertad) de fumar: la libertad (o la no libertad) negativa en ausencia (o presencia) del cartel «prohibido fumar», y la libertad (o la no libertad) positiva consistente en mi mayor o menor capacidad de auto limitarme en el vicio de fumar.

Si en cambio hablamos de las dos libertades en términos homogéneos, con referencia en ambos casos al derecho positivo, es decir, en sentido (no moral sino) jurídico, la «libertad» (o «libertad negativa») jurídicamente tutelada implica la «autonomía» (o «libertad positiva») también tutelada jurídicamente, y viceversa. En otras palabras, las dos libertades coinciden jurídicamente. Retomemos el ejemplo de Bobbio de la libertad religiosa. Si conforme a las normas jurídicas del Estado en el que vivo tengo el *derecho* de libertad religiosa en el sentido negativo de no impedimento jurídico, también tengo, con independencia del hecho de que por constricciones o condicionamientos no jurídicos no elija mi propia religión, el *derecho* de libertad religiosa en el sentido de autonomía, dado que nada, salvo los referidos condicionamientos no jurídicos, podrá impedirme el ejercicio del derecho a elegir mi religión. A la inversa, si conforme a las normas jurídicas del Estado en el que vivo tengo el *derecho* de libertad religiosa en el sentido de autonomía, tengo también, con independencia del hecho de que por condicionamientos culturales o simplemente no jurídicos no la ejerza, e incluso me vea constreñido, por ejemplo por mi familia o por el medio cultural, a no ejercerla, el *derecho* de libertad religiosa como no impedimento obviamente jurídico. Por el contrario, si vivo en un Estado confesional que me niega el *derecho* de libertad religiosa en el sentido negativo de no impedimento jurídico, no tendré tampoco, independientemente de mi autonomía moral personal, el *derecho* de libertad religiosa en el sentido de autonomía, dado que se me podrá impedir, con el riesgo incluso de ser enviado a la hoguera, el ejercicio de mi libertad de conciencia. Del mismo modo, si en ese Estado confesional se me niega el *derecho* de libertad religiosa en el sentido de autonomía, no tendré tampoco, con independencia de mi valiente elección de practicar de todos modos la religión en la que creo, el *derecho* de libertad religiosa como no impedimento jurídico.

En suma, la distinción entre las dos libertades vale en el terreno moral pero no en el jurídico. Sólo en el plano moral, pero no en el

24. *Ibíd.*

jurídico, «no es redundante», como escribe Bobbio, afirmar (o negar) tanto la una como la otra, del mismo modo que «no es contradictorio» afirmar una y negar la otra[25]. Pero no sólo eso. Ninguna de las libertades, o mejor dicho, la libertad extra-jurídica a la que ambas pueden reducirse son tampoco, en sentido estricto, «derechos», ni mucho menos «derechos fundamentales», sino simplemente lo que resulta de la ausencia de impedimentos (también) jurídicos. Consisten, según Montesquieu, en el «derecho de hacer todo lo que las leyes permiten», o sea, en un mero permiso o facultad que, sin embargo, no constituye, en absoluto, un «derecho subjetivo», como, por el contrario, escribe Montesquieu y, antes que él, Hobbes. Y no lo es, tanto porque no es producida por el derecho, sino que resulta, al contrario, de la ausencia de derecho positivo, como porque puede ser siempre limitada, no sólo por las leyes[26], sino también por las obligaciones que sus titulares pueden asumir en el ejercicio de sus derechos civiles[27].

25. *Ibíd.*

26. Th. Hobbes, *Leviatán*, XXVI, cit., p. 233: «Y la ley fue traída al mundo nada más que para limitar la libertad particular de los hombres, de tal modo que no se hagan daño unos a otros»; J. Bentham, *Principes du code civil*, cap. I, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, edición de É. Dumont, Hauman, Bruxelles, ³1840, t. I, pp. 55-56 [trad. castellana de M. Rodríguez Gil, en J. Bentham, «Principios del Código civil», *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 103 y 104]: «Al crear obligaciones la ley acorta la libertad en la misma proporción [...] Los desfalcos o disminuciones de libertad son inevitables; y es imposible crear algunos derechos, imponer algunas obligaciones, proteger la persona, la vida, la reputación, la propiedad, la subsistencia, la libertad misma, sino a costa de la libertad».

27. Es probable que la confusión entre esta genérica libertad pre- o extra-jurídica, por ellos tratada como «derecho» y los *derechos* de libertad, se remonte a las definiciones de Montesquieu y Diderot, citadas *supra*, en la nota 20. Aunque, acaso, haya también contribuido la distinción de Hobbes entre *ius* y *lex* (considerada por Bobbio como la primera distinción entre derecho «en sentido subjetivo» y derecho «en sentido objetivo» en *Teoría general de la política*, cit., p. 443): «... *jux* y *lex*, *derecho* y *ley*, deberían distinguirse. Porque el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y obliga a una de las dos cosas. De modo que la ley y el derecho difieren entre sí en la misma medida en que difieren la obligación y la libertad, las cuales no pueden coexistir con respecto a una misma cosa» (Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XIV, p. 119); «Pues la ley me obliga a hacer o abstenerme de hacer algo y, por consiguiente, pone sobre mi una obligación. Pero mi derecho es una libertad que la ley me deja de hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordene» (Íd., «Diálogo entre un filósofo y un jurista de Inglaterra» [1671], en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, trad. de M. Á. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992, p. 28); ; «Pues es el *derecho una libertad natural* no constituida por las *leyes* sino dejada por ellas. Si desaparecen las leyes, la *libertad* queda íntegra [...] Por lo tanto hay diferencia entre *ley* y *derecho*; porque la *ley* es un *vínculo*, y el *derecho* es *libertad*, y difieren como contrarios que son» (Íd., *De cive* [1647], trad. castellana de J. Rodríguez Feo, *Tratado sobre*

Existen, sin embargo, otros dos significados, bastante más restringidos y específicamente jurídicos, tanto de la libertad negativa como de la positiva, que se distinguen por ser, ellos sí, independientes uno de otro. Se trata, por un lado, de esas específicas libertades negativas que son, justamente, los «*derechos fundamentales de libertad*» y que quedan sustraídas, en tanto establecidas como universales, a la autonomía privada y, cuando gozan de rango constitucional, a la autonomía política[28]. Y se trata, por otro lado, de esas específicas libertades positivas, o autonomías, que he llamado «*derechos fundamentales de autonomía*» y que consisten en *potestates agendi*, esto es, en la potestad de autodeterminarse, directamente en la esfera privada e indirectamente en la pública, mediante actos jurídicos potestativos. Entendidos en este sentido, (derechos de) *libertad* y (derechos de) *autonomía* son figuras jurídicas distintas, no reducibles entre sí y susceptibles de subsistir con independencia unas de otras. Resulta perfectamente posible que un ordenamiento sea liberal pero políticamente no democrático, al igual que resulta posible que sea políticamente democrático y no liberal. En realidad, la estructura de estas dos clases de derechos es distinta. Los derechos (primarios) de *libertad*, ya sean estos simples inmunidades frente a lesiones o constricciones (o «*libertades de*») o también facultades de comportamientos no jurídicos igualmente inmunes frente a impedimentos (o «*libertades para*», además de «*de*») conviven tendencialmente sin interferencias recíprocas. Los derechos (secundarios) de *autonomía*, ya sean *derechos civiles* (o de autonomía privada) o

el ciudadano, Trotta, Madrid, 2000, XIV, 3, p. 124). Evidentemente, en estos pasajes hobbesianos, como en los de Montesquieu y Diderot, el uso de *droit* y de *ius* alude a los derechos «naturales», en el sentido de que se refieren al estado de naturaleza, y no a los «derechos» como situaciones jurídicas que, dentro de un sistema de derecho positivo, son siempre producidos por un acto jurídico (véase, *infra*, la n. 57).

28. La distinción que he introducido entre esta genérica «libertad» o mera facultad que no constituye, propiamente, un derecho, y los «derechos de libertad» podría, quizá, considerarse una útil reelaboración de la distinción entre «permiso débil» y «permiso fuerte» realizada por H. von Wright (*Norm and Action. A Logical Enquiry*, 1963 [trad. esp., *Norma y acción, Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 100-102]), y retomada por C. E. Alchurrón y E. Bulygin (*Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 31-33), según el cual un acto está permitido en sentido débil si no está prohibido, mientras que está permitido en sentido fuerte si está explícitamente permitido por una norma. Una lúcida crítica de esta distinción entre «permiso débil» y «permiso fuerte», por su inadecuación para expresar la diferencia entre meros permisos y derechos de libertad constitucionalmente garantizados, ha sido realizada por T. Mazzarese, «Permesso forte e permesso debole: note a margine», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2000*, Giappichelli, Torino, en prensa (pp. 10, 12 y 13 del original).

derechos políticos (o de autonomía política), en tanto que poderes cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas, están en cambio destinados a entrar en conflicto en el caso de que no sean jurídicamente limitados y disciplinados.

La tradición liberal ha ignorado esta distinción, desconociendo la naturaleza de (derechos-) poderes de los derechos de autonomía y confundiendo, en particular, derechos de libertad y derechos civiles o de autonomía privada. Se trata, sin embargo, de una distinción esencial desde muchos puntos de vista; acaso, la más importante en el campo de los derechos fundamentales. En primer lugar, porque estas dos clases de derechos son las que caracterizan, respectivamente, al liberalismo y la democracia, en lugar de las simples libertades negativas y positivas que, en cierta medida, existen incluso en los regímenes más antiliberales y están limitadas incluso en los más liberales. Los derechos civiles y políticos de «autonomía» en el sentido aquí establecido constituyen, justamente, a diferencia de los derechos de «libertad» que, en cambio, los limitan y forman la sustancia del liberalismo, la base, respectivamente, del mercado y de la representación, de la democracia civil y de la democracia política. En segundo lugar, porque los derechos de autonomía, a diferencia de los derechos de libertad, son derechos-poderes que, como todos los poderes en el estado de derecho que no admite poderes *legibus soluti*, se encuentran sujetos a la ley. Específicamente, a los límites y vínculos impuestos por los derechos de libertad y los derechos sociales, de un lado, a la representación política y a la legislación producidas por el ejercicio de los derechos políticos, y de otro, al mercado y a la autodeterminación privada producidos por el ejercicio de los derechos civiles. En tercer lugar, y consiguientemente, porque resulta impropio hablar de «conflictos» o de «incompatibilidad» entre derechos[29] y no, simplemente, de sujeción a la ley, en este caso constitucional, a propósito de las oposiciones entre los derechos poderes de autonomía y los límites y vínculos que les vienen impuestos por los otros derechos constitucionalmente establecidos. Oposiciones —entre libertad de empresa y derecho laborales, entre autonomía contractual e indisponibilidad de los derechos fundamentales, entre autonomía política e inviolabilidad de los propios derechos— que son las habitualmente abordadas y dramatizadas por la rica literatura sobre conflictos entre derechos.

Estos tres aspectos de los derechos de autonomía se encuentran vinculados entre sí. No tiene sentido hablar de «conflictos» y menos

29. Como, por ejemplo, en el pasaje de Norberto Bobbio reproducido, *infra*, en la nota 80.

de tendencial o virtual «incompatibilidad» entre libertad negativa, de un lado, y derechos de autonomía civil y política del otro. Se debe, más bien, hablar, una vez aclarada la distinta estructura y naturaleza de los derechos primarios y los secundarios, de una oposición menos problemática pero mucho más seria e importante. De los límites impuestos a la genérica libertad negativa por el ejercicio directo o indirecto de los derechos de autonomía, dentro de los límites impuestos a éstos por los derechos de libertad. La libertad negativa de que hablan Bobbio y Berlin —que, en sí misma, no es en modo alguno un «derecho» (subjetivo) sino ausencia de derecho (objetivo) hasta el punto de resultar ilimitada («salvaje» como dice Kant) donde tal ausencia sea total, y de existir en cualquier caso, en cierta medida, incluso en el Estado más despótico— es, en realidad, siempre limitable y, de hecho, muchas veces limitada por el ejercicio de los derechos de autonomía. Por las obligaciones civiles producidas por la contratación como efecto del ejercicio de derechos civiles (propios y ajenos); por los poderes públicos y, en particular, por las prohibiciones penales producidas, a través de la mediación representativa en las funciones legislativas, como efecto del ejercicio de los derechos políticos. Pero, a su vez, como se verá mejor en los apartados 5 y 6, la autonomía política y la autonomía civil —esto es, los derechos políticos y los derechos civiles sobre los que se fundan la representación y el mercado, y no la genérica libertad positiva, que ni siquiera es de por sí un derecho autónomo— están limitadas, de un lado, (no ya por la genérica libertad negativa sino) por esas específicas libertades negativas erigidas en derechos fundamentales de libertad y, por otro lado, por los derechos sociales y del trabajo que, en virtud del rango constitucional de los primeros y aun sólo legislativo de los segundos, están normativamente supraordenados a la legislación y a la contratación respectivamente.

«Libertad negativa» y «libertad positiva» se confirman así como categorías del lenguaje normativo genérico o incluso modal[30], a diferencia de los derechos de libertad y de autonomía que son, en cambio, figuras mucho más restringidas del más específico lenguaje jurídico. Su inadecuación como categorías teóricas del léxico jurídico y político depende del hecho de que no nos dicen nada, ni sobre lo

30. En la imagen propuesta por Hobbes —«Así como el agua, si se la embalsa y se la cierra por todos lados se estanca y se corrompe, pero si se la deja libre se extiende y cuantas más salidas encuentre más libremente fluye» (en *Tratado sobre el ciudadano*, cit., XIII, 15, p. 119)— y retomada por Bobbio (*Libertad*, cit., p. 98), esta figura se extiende hasta la posibilidad material y se refiere, por tanto, también a las cosas.

que pueden impedir o deben consentir (libertades «de qué» y «en qué») y menos aun acerca de sus diferencias estructurales con los derechos-poderes, que no por casualidad han sido siempre desdeñadas por el pensamiento liberal[31], a pesar de ser esenciales para una teoría del estado de derecho y de la democracia.

Por otro lado, una vez que se las distingue de los derechos de libertad y de los derechos de autonomía, se aclaran y se desdramatizan las clásicas oposiciones no sólo entre estas dos libertades, sino también entre (derechos de) libertad y autonomía política, entre (derechos de) libertad y autonomía empresarial, entre (derechos de) libertad e igualdad, entre (derechos de) libertad y democracia. La «libertad negativa» y, como reflejo, la «positiva», en tanto equivale en el plano jurídico a la mera facultad, es decir, al permiso de hacer todo lo que no es ni prohibido ni obligatorio, son (no un límite, sino más bien) limitadas por las prohibiciones y obligaciones producidas por el ejercicio legítimo de cualquier poder, sea éste expresión directa de la autonomía privada o expresión indirecta de la autonomía política. Pero no es ésta la libertad en la que consisten «los derechos de libertad», que son no las libertades de hacer cualquier cosa, sino tan sólo las libertades «fundamentales»: o sea, las libertades igualmente conferidas a todos porque su ejercicio, evidentemente, no daña a nadie y, por lo tanto, son (no limitadas, sino más bien) un límite a las obligaciones y las prohibiciones introducidas por el legítimo ejercicio de cualquier poder, sea éste público o privado.

Es preciso, en resumen, distinguir tres niveles de figuras deónticas. En el nivel más bajo está la *libertad natural* o extra-jurídica, que no es un derecho sino una situación de no-derecho. Es la libertad que consiste en poder hacer deónticamente todo lo que se puede hacer materialmente, incluso asesinar o robar o de algún modo dañar a los demás, y que, por lo tanto, está destinada a ser limitada (y dentro de tales límites, protegida), por un lado, por las leyes, y por otro, por los negocios jurídicos entre particulares[32]. En un plano superior están los poderes —privados y públicos, vinculados, unos directa y otros indirectamente, a los *derechos de autonomía*, respec-

31. Cabe recordar, por ejemplo, F. Oppenheim, *Dimensioni della libertà* (1962), trad. it. de A. Pasquinelli y R. Rossini, Feltrinelli, Milano, 1964, p. 231, donde, hablando en términos cuantitativos sobre la libertad en una democracia y en una dictadura se afirma que «resultaría erróneo concluir que el monto total de libertad en una dictadura es exiguo», tesis duramente criticada por U. Scarpelli, «La dimensione normativa della libertà»: *Rivista di Filosofia* LV/4 (1964), pp. 449-467.

32. Deben recordarse los pasajes de Hobbes y Bentham citados, *supra*, en la nota 26.

tivamente civiles y políticos— cuyo ejercicio, a través de leyes y negocios jurídicos, limita siempre la libertad. Finalmente, en un plano superior a tales poderes se encuentran los *derechos de libertad*, sean de rango constitucional, lo que es necesario para que operen como límites frente al poder legislativo, sean de rango legislativo, lo que es suficiente para que sirvan como límite a los poderes contractuales. Las libertades negativas y positivas del primer tipo son limitadas de distintas maneras por el ejercicio de los derechos-poderes de autonomía: de manera tendencialmente igual por las leyes, de forma desigual por la contratación privada. Las libertades positivas del segundo tipo, es decir, los derechos de autonomía, dado que interfieren en las libertades del primer tipo, son, además, poderes limitados en cuanto tales por el derecho. Finalmente, las libertades negativas del tercer tipo, o sea, los derechos de libertad, son precisamente los límites impuestos a los derechos-poderes de autonomía.

Por ello los derechos de libertad, al igual que el resto de los derechos fundamentales, son la base de la *igualdad jurídica*; mientras que la *desigualdad jurídica* caracteriza tanto a los derechos patrimoniales y a las demás situaciones singulares, como a las simples libertades negativa y positiva —en una palabra, la «simple facultad»— limitadas de diferentes modos por las distintas situaciones singulares de las que cada uno es titular. Todos somos igualmente titulares de los mismos derechos de libertad. Pero cada uno tiene un grado distinto de libertad extra-jurídica o de simple facultad. Esto vale claramente para la libertad negativa (o de acción) que aunque es igual para todos, por ejemplo, frente a la ley penal, varía en grado y en ámbitos para cada uno según las distintas prohibiciones y obligaciones que incumben a las distintas personas en tanto que empresarios o trabajadores dependientes, poseedores o desposeídos, propietarios de casas o inquilinos, padres o hijos, profesores o estudiantes, y otros casos similares. Pero vale todavía más claramente para la libertad positiva (o de querer) que será jurídicamente máxima para quien pueda permitirse satisfacer cualquier capricho, adquirir y gozar de la más amplia gama de bienes y elegir entre los más diversos proyectos de vida, mientras será mínima para quien pueda satisfacer sólo (o no pueda satisfacer ni siquiera) las necesidades más elementales.

Sería interesante realizar un análisis teórico del grado (o de la cantidad) de libertad de la que goza por un lado, cada sociedad, según los derechos de libertad garantizados en ella y, por otro, cada individuo, en razón, además, de las distintas situaciones singulares de las que es titular. Como principio, podemos afirmar que el grado o la cantidad de simple libertad (pública) es igual para todos por

efecto de la legislación: máxima en las sociedades liberales, donde es asegurada por el modelo normativo, liberal y garantista de lo que he llamado «derecho penal mínimo»[33]; mínima en las totalitarias, donde es arbitrariamente restringida por modelos de «derecho penal máximo». Por el contrario, el grado o la cantidad de mera libertad (privada) es distinto en cada ocasión para cada uno, por efecto de los negocios jurídicos entre privados, de las decisiones judiciales y administrativas, así como, por otro lado, por la fuerza de las libertades positivas colectivas que se expresan en los conflictos sociales y en la negociación colectiva. En los estados liberales de derecho, la primera libertad es un reflejo de la igualdad política frente a la ley; la segunda es, al mismo tiempo, fuente y efecto de la desigualdad civil. El grado de libertad de cada uno será, en todos los casos, el resultado de la suma de los iguales derechos fundamentales de libertad, de las iguales libertades públicas y de las desiguales libertades privadas. Por eso, los límites y vínculos impuestos, por ejemplo, en las relaciones laborales a los derechos-poder de autonomía privada, si bien reducen como es obvio el espacio de tales derechos, extienden, a diferencia de lo que sugieren las ideologías liberistas, el de las simples libertades privadas; del mismo modo en que los límites y vínculos impuestos por los derechos de libertad y otras garantías penales y procedimentales a los derechos de autonomía política, si bien reducen como es obvio el espacio de tales derechos y de los poderes públicos generados por su ejercicio, extienden simultáneamente el de las simples libertades públicas.

Existe por lo tanto un nexo entre igualdad jurídica en los derechos civiles y desigualdad jurídica en los derechos patrimoniales y en los espacios de libertad que éstos permiten. Es el nexo que existe entre el igual derecho fundamental de adquirir y disponer de bienes de propiedad y los distintos derechos patrimoniales de propiedad adquiridos a través de su ejercicio y que, según Alfonso Ruiz Miguel y Gianluigi Palombella, invalidaría mi distinción entre ambas clases de derechos[34]. Pero se trata precisamente de un nexo, y no de una

33. «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), pp. 493-524; *Derecho y razón*, cit., cap. VI, pp. 321-349.

34. A. Ruiz Miguel, «Democracia, jueces y derechos», cit., p. 12: «una vez que se reconoce la universalidad y la inalienabilidad del derecho a "adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad" no es coherente negar su evidente conexión con los derechos singulares y alienables a la propiedad sobre tal o cual bien concreto», pues «según lo reconoce justamente [Ferrajoli] "son inevitablemente diversos los pensamientos que cada uno puede expresar en uso de la libertad de manifestación del pensamiento"». El pasaje al que se refiere Ruiz Miguel se encuentra en «Derechos fundamentales», *supra*, p. 31, en el que critico una tesis de Jack Barbalet y Danilo

equivalencia. Del mismo nexo, por lo demás, que existe entre toda situación jurídica y el comportamiento que la lleva a la práctica y, por tanto, también entre la libertad de expresión y las distintas manifestaciones del pensamiento con las cuales se ejerce, o entre el derecho a la salud y las distintas prestaciones sanitarias con las que éste se satisface. Con dos diferencias no desdeñables. En primer lugar, que mientras se manifiesta el propio pensamiento o se obtienen prestaciones sanitarias sólo en razón de los respectivos derechos fundamentales, no se adquieren derechos patrimoniales de propiedad *sólo* en razón de la titularidad del derecho fundamental de intercambiar o disponer de los propios de derechos fundamentales, sino también gracias a la titularidad de otros derechos patrimoniales obtenidos a través del ejercicio de los primeros. Y en segundo lugar, y sobre todo, que mientras la realización de los otros derechos fundamentales es siempre un comportamiento privado de efectos jurídicos, el ejercicio del derecho-poder de (adquirir o disponer de bienes de) propiedad es siempre un acto jurídico de disposición que incide en la esfera jurídica propia y en la de los demás.

Son precisamente estos rasgos específicos del nexo entre la propiedad como derecho civil —un «meta-derecho de propiedad», por así decir— y la propiedad como derecho real, los que hacen del primer derecho, aunque igualmente atribuido a todos y, por tanto, fundamental, el principal vehículo de las desigualdades jurídicas en los derechos patrimoniales y, a la vez, en las genéricas libertades extra-jurídicas. Y no se entiende —si no es con la inveterada asociación ideológica entre libertad y propiedad y con las connotaciones ético-sustanciales indebidamente asociadas al concepto teórico y axiológicamente neutral de «derechos fundamentales»— por qué tal nexo impide al análisis teórico advertir, en el plano conceptual, las macroscópicas diferencias estructurales entre los derecho fundamen-

Zolo sobre los derechos sociales, sin negar, en efecto, la conexión antes mencionada que, incluso, he aclarado, recientemente, en «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 165. G. Palombella me ha formulado una crítica similar (*op. cit.*, pp. 72-73), conforme a la cual la propiedad como derecho civil fundamental y la propiedad como concreto derecho real «resultan inseparables, siguen el mismo destino: donde no existiese algún derecho patrimonial en concreto, resultaría igualmente inconcebible la libertad de apropiación, su universalidad e incluso su carácter fundamental», lo que implicaría «una sustancial modificación de nuestros ordenamientos». Efectivamente. Pero se trata, sin embargo, de figuras conceptualmente distintas. Uno puede estar privado de derechos civiles, como los menores, o estarlo total o parcialmente, como consecuencia, por ejemplo, de penas privativas de derechos, y, sin embargo, seguir siendo titular de derechos reales; así como, a la inversa, se puede ser titular de derechos civiles y ser, no obstante, indigente.

tales, incluidos los derechos civiles de adquirir y disponer de bienes de propiedad y, más en general, de obligarse y de obligar, que son necesariamente universales e indisponibles, y los derechos patrimoniales adquiridos a través de su ejercicio, como los derechos reales de propiedad, que son en cambio singulares y disponibles. La indisponibilidad de los primeros es, en realidad, el presupuesto de la disponibilidad de los segundos, que faltaría en su ausencia: si fuese ilimitado y por tanto disponible el derecho-poder de disponer, precisamente la dinámica del mercado, que se basa en él, lo destruiría, a la vez que al propio mercado. Pero precisamente por ello —porque son derechos-poder cuyo ejercicio produce efectos obligatorios desiguales y virtualmente ilimitados sobre las libertades propias y las de los demás—, los derechos civiles no pueden no estar sometidos a la ley, ni, por tanto, ser confundidos con los derechos de libertad que, por el contrario, representan para aquéllos un límite infranqueable.

4. *Los fundamentos de los derechos fundamentales entre iuspositivismo y iusnaturalismo. Cuatro criterios axiológicos*

Ahora ya podemos afrontar el problema de los fundamentos de los derechos fundamentales, suscitado en varias ocasiones en nuestro debate. Se debe ante todo aclarar y distinguir los diversos significados que pueden asociarse a la palabra «fundamento»[35]. Estos significados, me parece, son cuatro, tantos como los fundamentos de las respuestas que admiten las preguntas, pertinentes desde otros tantos enfoques y disciplinas, en torno a las cuales he articulado al comienzo la cuestión de «¿qué derechos son fundamentales?»: *a*) la razón o fundamento teórico; *b*) la fuente o fundamento jurídico; *c*) la justificación o fundamento axiológico; *d*) el origen o fundamento histórico y sociológico. Son, correlativamente, diferentes los significados intensionales del adjetivo «fundamentales» asociado a «derechos»: según que hagan referencia a su forma universal en el plano de la teoría del derecho, a las constituciones o leyes fundamentales que los recogen en el plano jurídico, a los valores asumidos como básicos en el plano axiológico, o a los procesos políticos y sociales mediante los cuales son promovidos e implementados en el plano histórico o sociológico.

35. Desde un punto de vista diferente al aquí sostenido, E. Vitale («Sobre la fundamentación...», *supra*, pp. 278-280) distingue tres tipos de fundamentos: «histórico-genético», «ético metafísico» y «epistemológico-jurídico», este último asociado según él a mis tesis.

El fundamento teórico, puramente convencional, de la definición de «derechos fundamentales» no presenta ninguna especificidad respecto de los fundamentos de cualquier otra tesis de tipo teórico. Una definición teórica es siempre una definición estipulativa, elaborada en función de las finalidades explicativas que, junto a las otras tesis de la teoría, es capaz de satisfacer. En este plano, no hay ninguna diferencia entre (el fundamento de) la definición de «derechos fundamentales» y (el de) la definición de «derecho subjetivo», «acto jurídico», «sujeto de derecho», «norma», «validez» o de cualquier otro concepto teórico. Resulta igualmente evidente el fundamento jurídico que consiste en el principio iuspositivista de legalidad, en la respuesta ofrecida a nuestra pregunta por la dogmática positivista: son «derechos fundamentales» en el sentido arriba estipulado, en un determinado ordenamiento, aquellos derechos que las normas constitucionales o legislativas pertenecientes a él atribuyen universalmente a todos en cuanto personas, o ciudadanos y/o capaces de obrar.

El verdadero problema, de carácter filosófico-político o de teoría de la justicia, es el del fundamento axiológico de los derechos fundamentales. La cuestión es la clásica de carácter ético-político expresada en la pregunta «¿qué derechos *deben ser* (o es justo o está justificado que sean) tutelados como fundamentales?»; y admite, por tanto, una respuesta de tipo no asertivo sino normativo, cuya fundación racional exige la formulación de los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para justificar su estipulación normativa, conforme a los fines o los valores ético-políticos que aquéllos sean capaces de satisfacer. Creo que, de forma sumaria, es posible identificar cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio, según la clásica máxima de la moral kantiana. Estos criterios, tal como expondré, sirven, por un lado, para determinar las opciones ético-políticas en favor de los valores de la persona —vida, dignidad, libertad, supervivencia— que son establecidos positivamente como fundamentales bajo la forma de expectativas universales; y, por otro, son todos sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático, tanto estatal como internacional, que ha resultado, de hecho, orientada axiológicamente por ellos.

El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos fundamentales e *igualdad*. Como se ha visto, la forma universal de tales derechos equivale a la igualdad en su titularidad de los sujetos —personas o ciudadanos y/o capaces de obrar— a los que les son atribuidos. Es preciso, obviamente, determinar «en qué» —la vida, ciertas

libertades, las necesidades vitales— es justo o está justificado que los derechos aseguren esta igualdad: es ésta, precisamente, la determinación axiológica que hace de la igualdad un criterio de identificación de cuáles «deben ser» los derechos que merecen ser tutelados como fundamentales.

El segundo criterio, en conexión con el primero, es el del nexo entre derechos fundamentales y *democracia*. Como se recordará, en mis dos primeras intervenciones, he identificado en los límites y vínculos impuestos a la mayoría por los derechos fundamentales, lo que he llamado la «dimensión sustancial» de la democracia. Precisaré y desarrollaré, ahora, esta tesis a luz de la tipología objetiva de los derechos arriba formulada: las cuatro clases de derechos distinguidos en ella —derechos políticos, civiles, de libertad y sociales— servirán, en efecto, para configurar la base de otras tantas dimensiones axiológicas de la democracia.

El tercer criterio es el del nexo entre derechos fundamentales y *paz* establecido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad, los civiles y políticos pero también, en un mundo en el que sobrevivir es un hecho cada vez menos natural y progresivamente más artificial, los derechos sociales a la supervivencia.

El cuarto criterio es el papel de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*. Con esta base, todos los derechos fundamentales —del derecho a la vida a los derechos de libertad y los derechos sociales— pueden ser definidos, en el plano axiológico, como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte políticamente, como en el estado absoluto; de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista.

Desarrollaré, en los cuatro puntos siguientes, las cuatro tesis axiológicas correspondientes a cada uno de estos cuatro criterios. Primero, sin embargo, es preciso afrontar el problema de la relación que sobre todo Ermanno Vitale me ha invitado a precisar[36], entre mi definición teórica y formal de «derechos fundamentales» y las tesis axiológicas y sustanciales que la misma permite plantear según los criterios aquí propuestos. En otros términos: ¿en qué consiste el nexo enunciado entre derechos fundamentales y los cuatro valores

36. E. Vitale, «Sobre la fundamentación...», *supra*, pp. 275-277 y 284-285.

(igualdad, democracia, paz y tutela del más débil) señalados por mis cuatro criterios?

Dicho nexo consiste, creo, en la relación de *racionalidad instrumental* que liga medios a fines[37], o sea, en la adecuación, relativamente verificable en el plano empírico, de una determinada conducta, técnica o artificio institucional respecto a los objetivos prefijados. Quiero decir que la forma universal de los derechos fundamentales identificada por mi definición teórica no es sino el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se refiere, para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados sino postulados[38], que su concreta estipulación positiva persigue. Se trata, por tanto, de la forma lógica que deben adoptar las expectativas expresadas por tales derechos *si queremos* que, cualquiera que sea su contenido, queden tuteladas y satisfechas. A la pregunta sobre cuál es el fundamento axiológico de los derechos fundamentales diremos, por tanto, que no reside en ellos mismos[39], es decir, según su definición, en su forma universal, sino en los fines para cuya obtención dicha forma es un medio necesario aunque, obviamente, por sí solo insuficiente. Estos fines son, justamente, aquellos a los que se refieren mis cuatro criterios: la *igualdad* en las expectativas asumidas axiológicamente como fundamentales, como los derechos a la vida, a algunas libertades y a la autodeterminación civil y política; la *democracia*, resultante, en sus distintas dimensiones, de la realización de la igualdad en otros tantos tipos de derechos; *la paz*, o sea, la pacífica convivencia proveniente, según el paradigma kantiano, de la convivencia entre los derechos fundamentales de cada uno y los de todos; la *tutela del*

37. Es lo que Max Weber llamaba racionalidad «con relación al fin» (*Economía y sociedad*, trad. castellana de J. Winckelmann y C. Gerhard, FCE, México, 1964, pp. 6-18, 170).

38. «Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican; se asumen: aquello que es último, propiamente porque es último, no tiene ningún fundamento» (N. Bobbio, «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» [1966], en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 56).

39. Ésta es la tesis de Bobbio y Bovero, asociada, sin embargo, como se verá, a la noción sustancial o contenidista de «derechos fundamentales» específicamente propia del enfoque axiológico o filosófico-político que presupone: «Desde la perspectiva planteada por Bobbio, los derechos fundamentales son tales, o bien es sensato llamarlos así, no porque tengan un (sólido) fundamento, sino porque [...] son asumidos como fundamento de todo un orden jurídico-político en las cartas constitucionales. De ahí, la invitación formulada por Bobbio para reflexionar no tanto, y no sólo, sobre el fundamento que *tienen* o pueden tener los derechos fundamentales, sino, sobre todo, sobre el fundamento que ellos mismos *son* o pretenden ser» (M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia...», *supra*, pp. 220-221).

débil frente al abuso del más fuerte, que aquéllos pueden impedir o, en todo caso, limitar. Es en estos fines donde residen los valores, y es en la voluntad de realizarlos donde intervienen las opciones ético-políticas, ajenas, en cambio, a las definiciones teóricas y las tesis dogmáticas. Por lo que, como se verá, lo que el relativismo y el diferencialismo cultural deberían cuestionar no es el universalismo de los derechos, sino los valores concretos —la vida, la igual dignidad de las personas, la paz y la democracia— que, gracias a su forma universal, queremos realizar y que no resultan realizables sin tal forma.

Estos fines son, sin embargo, ajenos a la definición teórica de «derechos fundamentales», que se limita a señalar, en la forma universal asignada a los derechos que se quiere tutelar como fundamentales, el medio para alcanzarlos. Una definición del concepto teórico de «derechos fundamentales» no puede ni debe decir más que esto. Michelangelo Bovero propone, en cambio, incluir también connotaciones sustanciales. Objeta la «pretensión de validez general» de mi definición por el hecho de que ignora la «génesis moderna» y el «carácter históricamente innovador» de los derechos fundamentales, que yo mismo, por lo demás, he «reconocido y subrayado»[40]. Y propone integrarla con la referencia de los derechos fundamentales «a lo que Bobbio ha llamado la "revolución copernicana" de la modernidad jurídica»[41] y, más exactamente, con su caracterización como específicamente propios de nuestro «tiempo de los derechos» en el que han sido puestos como fundamento y justificación de esos artificios que son el derecho y el estado[42]. «Esta integración», afirma, «podría restringir el ámbito de aplicación de la noción de derechos fundamentales sólo a los derechos individuales, universales e indisponibles, "de rango constitucional", o sea, impuestos a todo poder, entendida la idea de constitución en el sentido estricto y riguroso que se recoge en los artículos 2 y 16 de la Declaración de 1789, así como en el artículo 1 de la sección "Devoirs" de la Constitución del año III, varias veces recordada por Ferrajoli»[43]. «Aceptada esta integración, resultaría, sin embargo, insostenible que los "derechos fundamentales" así definidos "siempre hayan existido, desde el derecho romano"», como yo he sostenido en cambio, dado que la idea de

40. M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia...» *supra*, p. 217.
41. *Ibíd.*, p. 219.
42. *Ibíd.*, pp. 220 y 229. Bovero habla también con razón de «novedad revolucionaria» (*ibíd.*, p. 223).
43. *Ibíd.*, pp. 229-230; cf. también, *ibíd.*, p. 224.

tales derechos como «derechos "anteriores a los deberes" puede concebirse sólo a partir de una concepción individualista de la sociedad y artificial del Estado, que nace en la edad moderna»[44]. «Sin necesidad de (otras) modificaciones», mi propuesta teórica resultaría así «más persuasiva» y «Podría, incluso, mantenerse, en un cierto sentido, la pretensión de validez general de la definición: en el sentido de que los ordenamientos premodernos, como los de tipo totalitario, resultarían rigurosamente definidos como carentes de derechos fundamentales»[45].

Comparto plenamente estas tesis histórico-filosóficas de Bovero. Y, sin embargo, precisamente porque se trata de tesis histórico filosóficas, no pueden integrar, restringiendo su «ámbito de aplicación», la definición del concepto teórico de «derechos fundamentales»; por las mismas razones por las que, como se ha visto en el apartado 2, no puede excluirse de él la referencia a la ciudadanía que permitiría, en cambio, extenderlo. Es verdad que los derechos fundamentales se han convertido en la edad moderna en fundamento jurídico y político del estado de derecho, gracias sobre todo a su positivización en constituciones rígidas. Pero ésta no es una tesis teórica: entendida en sentido asertivo es una tesis histórica, apoyada por la tesis jurídica o de derecho positivo del rango constitucional que a menudo se atribuye a tales derechos; entendida en sentido normativo es una tesis axiológica o ético-política. Y ninguna de estas tesis —ni la histórica, ni la jurídica, ni la axiológica— puede integrar la definición teórica, sino al precio de una inútil amputación de su alcance empírico y explicativo y al de la frecuente confusión entre (fundamentos de) discursos distintos. En efecto, no es verdad que no se pueda hablar de «derechos fundamentales», en el sentido de mi definición, antes de la edad moderna, como escribe Bovero, o del medievo, como escribe Baccelli[46]. ¿Cómo explicar los derechos negociales y contractuales atribuidos en la Roma antigua a todos los sujetos «libres» y «emancipados», o sea, capaces de obrar, si no es calificándolos de «derechos civiles»[47]? ¿O los derechos de voto para la elección de las magistraturas y aprobación de *leges* y *plebiscita* en las asambleas populares de la Roma republicana, ordenadas por *cen-*

44. *Ibíd.*, p.221.
45. *Ibíd.*, p. 219.
46. L. Baccelli, «Derechos sin fundamento», *supra*, p. 203.
47. Sobre los derechos humanos en la Roma antigua, véase el recentísimo, R. Bauman, *Human Rights in Ancient Rome*, Routledge and Kegan, London, 2000; cf., también, *Le monde antique et les droits de l'homme*, Actes de la 50ème session de la Sihda, Bruselas, 1996, Université Libre, Bruxelles, 1998. Sobre los «derechos de la

turiae y *tribus* (en los *comitia centuriata*, en los *concilia plebis* y en los *comitia tributa*), si no es caracterizándolos como «derechos políticos»[48]? ¿O cómo explicar muchas de las inmunidades y garantías del correcto proceso inventadas en Roma y antes en Grecia, si no configurándolas, entonces como hoy, como derechos de libertad[49]? Obviamente estos derechos no tenían, entonces, la centralidad política que asumirían en la edad moderna con su fundación sobre bases puramente individualistas y su configuración como fines respecto a los cuales el derecho y el Estado son sólo instrumentos. Y, sin embargo, existían, y una teoría del derecho no puede no dar cuenta de ellos. Por otro lado, ¿cómo podría una definición teórica de «derechos fundamentales» incluir unos sí y otros no porque fueran fútiles

personalidad», sobre el *ius commercii* y, más en general, sobre los derechos asociados a la capacidad de obrar en la Roma republicana, véase G. Crifò, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione storica de una vicenda istituzionale*, Bulzoni, Roma, 1984, en especial, pp. 7 ss. y 269 ss.; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, München, [1]1971; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palumbo, Palermo, 1979; G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Giappichelli, Torino, 1999.

48. Sobre derechos políticos y de ciudadanía, véanse W. Kunkel, *Romische Rechtsgeschite. Eine Einführung* (1964), trad. it. de T. y B. Sapgnuolo Vigorita, *Linee di storia guiridica romana*, Esi, Napoli, 1973, pp. 12-2727 [trad. castellana, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, [3]1994, pp. 16-31]; Cl. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome repubblicaine* (1979), tr. it., reimp., *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, Riuniti, Roma, 1999; F. Salerno, *«Tacita libertas». L'introduzione del voto segreto nella Roma repubblicana*, Esi, Mapoli, 1999; F. Serrao, «Legge (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto* XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 794, ss.; Íd., *Classi, partiti e legge nella Roma Repubblicana*, Pacini, Pisa, 1974, pp. 181 ss.; E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997; G. Crifò, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2000; F. Càssola, L. Labruna, «Le assemblee popolari», en *Lineamenti del diritto romano*, ed. de M. Talamanca, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 206-226.

49. Deben recordarse, por ejemplo, las máximas de Ulpiano que enuncian, respectivamente, los principios de retribución, legalidad y materialidad de los delitos: «aliud "fraus" est, aliud "poena"; fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest» (D 50.16.131); «poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est» (*ibid.*); «cogitationis poenam nemo patitur» (D 48.19.18). E, incluso, el principio de responsabilidad personal enunciado por Gayo («singulorum proprium est maleficium» en D 47.10.34) y por Paulo («si poena alicui irrogatur [...] ne ad heredes transeat; quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit», en D 48.19.20). Sobre todas estas garantías penales y, también, sobre la presunción de inocencia y las garantías del imputado en el derecho procesal romano, remito a mi *Derecho y razón*, cit., pp. 92-93, 359, 383, 390-391, 482, 487, y a las notas que allí aparecen. Véase, también, sobre el derecho de asilo en Egipto, Grecia y Roma antigua, G. Crifò, «Asilo (diritto di). Premessa storica», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958), pp. 191-197.

o dañinos —el derecho de reunión pero no el de fumar, la libertad de imprenta pero no la de poseer o portar armas— sin agregarles connotaciones valorativas tan vagas y opinables como histórica y políticamente determinadas?

Mucho menos puede incluirse en la noción de «derechos fundamentales» su rango constitucional. En Inglaterra no existe una constitución y los derechos fundamentales se remontan a la *Magna Charta* de 1215 y al *Bill of Rights* de 1689, que tienen, como mucho, el valor de leyes ordinarias. Pero incluso en los ordenamientos dotados de constitución rígida, como el italiano, existen derechos fundamentales (puesto que universales, según mi definición) establecidos por leyes ordinarias. Piénsese en los derechos sociales en materia laboral y familiar —a vacaciones, descanso semanal, horario de trabajo, igual retribución, a la seguridad social en caso de maternidad o enfermedad, al mantenimiento de los hijos por parte de los padres y otros— introducidos mediante leyes ordinarias, empezando por el propio código civil, si bien consagrados y reforzados, por ejemplo en Italia, por los títulos II y III de la primera parte de la Constitución. Al tratarse de derechos frente a los poderes privados, su paradigma garantista es, ciertamente, distinto del de los derechos frente a los poderes públicos: como se ha dicho, mientras el rango constitucional de los segundos es necesario para limitar al poder legislativo, el rango legislativo de los primeros es suficiente para limitar los poderes negociales y de contratación. Por lo demás, como se verá en el apartado 6, en el plano teórico, también de la constitución sólo cabe una definición formal y estructural, que no nos dice nada sobre sus contenidos, limitándose únicamente a identificar su grado jerárquicamente superior al de cualquier otra norma; mientras que una definición sustancial, como la contenida en el art. 16 de la Declaración de 1789 invocado por Bovero, sólo es posible en el plano teórico como definición contrafáctica que establezca, por ejemplo, que las constituciones, *si son democráticas* en el sentido que será precisado más adelante, contienen entre sus normas derechos fundamentales y separación de poderes. Que es lo que caracteriza, precisamente —en el plano histórico-jurídico y en el ético-político—, a las constituciones de las democracias actuales.

Llego así a la relación entre génesis o fundamentos históricos y fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales, unos y otros muy bien ilustrados por Bovero. Claro que la tesis ya señalada de su tendencial convergencia no es una tesis teórica, sino una simple tesis empírica, de carácter historiográfico o sociológico. La coincidencia entre los dos tipos de fundamentos es, en realidad, del

todo contingente en el plano lógico y teórico, y sería por tanto una falacia naturalista afirmarla como necesaria[50]. Pero no es de ningún modo contingente ni casual en el plano político[51]. No por casualidad esos criterios axiológicos han orientado, efectivamente, la historia de los derechos fundamentales, afirmados en ocasiones como negación de la guerra o, en todo caso, de conflictos insoportables, de desigualdades y discriminaciones consideradas insostenibles, de poderes arbitrarios y absolutos tenidos por injustificados, de opresiones de sujetos débiles o diferentes advertidas en algún momento como intolerables: el *bellum omnium* del estado de naturaleza hobbesiano y la afirmación del derecho a la vida como justificación axiológica del artificio estatal; la persecución de los herejes y la lucha por la libertad de conciencia al inicio de la edad moderna; la represión de los disidentes políticos y su batalla por la libertad de imprenta y de opinión; después, la explotación del trabajo obrero y las luchas sociales por los derechos de los trabajadores y los derechos sociales; más tarde, la opresión y las discriminaciones de las mujeres y las batallas por su emancipación y liberación; finalmente, la catástrofe de las guerras mundiales en los orígenes de la refundación del derecho internacional sobre el imperativo de la paz y el carácter supra-estatal de los derechos humanos. Naturalmente, esta coincidencia entre fundamentos axiológicos y fundamentos teóricos es sólo parcial y tendencial. En el plano axiológico puede pronosticarse no sólo la introducción de nuevos derechos, sino también la reformulación e incluso la supresión de viejos derechos: piénsese, por ejemplo, en el «derecho de los ciudadanos a tener y portar armas», sancionado por la II Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Se aclara así, en el plano metateórico, la inconsistencia de la alternativa entre «iuspositivismo» y «iusnaturalismo» en torno a la que con frecuencia se alinean las discusiones sobre derechos fundamentales, y que ha quedado reflejada también en nuestro debate: mis tesis, dice Pintore, «se desarrollan dentro de un marco que se presenta como rigurosamente divisionista y iuspositivista»[52] y, sin embargo, afirma Vitale, «se ha tomado en serio la invitación del

50. Debo esta precisión a una observación crítica de Tecla Mazzarese.

51. Sobre este carácter de los derechos fundamentales como «eminentemente no contingentes» insiste M. Bovero, *supra*, p. 219; que, sin embargo, incurriendo —en mi opinión— en la confusión entre discurso teórico y discursos histórico y axiológico, lo refiere no sólo a la noción axiológica sino también a la noción teórica, en coherencia con la integración sustancial con aquélla que propone.

52. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 244.

"iusnaturalista" al jurista positivo»[53]. Estas dos opciones no son incompatibles porque se refieren a discursos diferentes. Son necesariamente iuspositivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica, que tiene como referencia los concretos ordenamientos de derecho positivo. Por el contrario, la determinación, en sede de filosofía de la justicia, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental, no puede no ser «iusnaturalista», para quien quiera continuar usando esta vetusta palabra. Pero es por la misma razón por la que se es iuspositivista en sede teórica y científica: por la separación entre hechos y valores que, si no admite derivar los primeros de los segundos, tampoco consiente derivar los segundos de los primeros.

De aquí, la «función autocrítica del derecho» desarrollada por lo que Vitale llama mi «cripto-iusnaturalismo»[54]: en el doble sentido de que la fundación histórica y positiva de los derechos fundamentales está informada por principios de justicia que bien podrían llamarse «iusnaturalistas» o más simplemente ético-políticos, y que éstos, una vez constitucionalizados, imponen la coherencia y la censura de la eventual incoherencia del derecho positivo respecto a ellos. Sólo en este sentido, en virtud del papel normativo y crítico que le viene dado por esta dimensión pragmática, se puede hablar de la teoría, según la imagen de Vitale, como de una «piedra de toque para la dogmática jurídica»[55]: en el sentido de que la coherencia y la plenitud, como he repetido en otras ocasiones, pertenecen a la teoría del derecho y no al derecho mismo. La teoría, sin embargo, es rígidamente iuspositivista: el constitucionalismo teorizado por ella como *deber ser positivo del derecho positivo* no es, en modo alguno, un paradigma intermedio entre iusnaturalismo y iuspositivismo, sino un desarrollo y un perfeccionamiento del positivismo jurídico.

Creo, por el contrario, que las críticas que me dirige Anna Pintor, en el tema del iuspositivismo y iusnaturalismo, siguen un camino un tanto contradictorio. En mi argumentación, escribe Pintore, «el divisionismo y el iuspositivismo actúan como una suerte de tenaza, bajo la cual los derechos corren el riesgo de terminar triturados [...]. Una vez extirpados del tejido objetivo del contractualismo político y de la ética liberal en la que nacieron, se hace necesario confiarlos por entero a un derecho que es, en esencia, *auctoritas* y no *veritas*. Pero

53. E. Vitale, «Sobre la fundamentación...», *supra*, p. 274. Vitale observa, además, en mi cuarto criterio axiológico, «un *côté* iusnaturalista —una apelación a la *ratio naturalis*, a la naturaleza de las cosas» (*ibíd.*, p. 276).

54. *Ibíd.*, pp. 277 y 280.

55. *Ibíd.*, pp. 270 y 277.

la autoridad es voluntad, y la voluntad puede convertirse en arbitrariedad: del mismo modo en que puede *poner* los derechos, puede también excluirlos. Los derechos, en este marco, parecen abandonados a sí mismos, o mejor dicho, a los frágiles e imprevisibles itinerarios de la historia, por otra parte reciente, del constitucionalismo moderno. En resumen, y paradójicamente para el divisionista, a un puro hecho»[56]. Parecería una crítica de puro cuño iusnaturalista, dejando de lado el «paradójicamente» que, en realidad, no tiene nada de paradójico. El divisionismo, esto es, la tesis, como escribe Pintore, de que «los derechos fundamentales no son el fruto de una deducción racional de la naturaleza de las cosas» no es sino un corolario del iuspositivismo, o sea, de la idea de «que su existencia como derechos *jurídicos* depende exclusivamente de un acto de disposición de la *auctoritas*»[57], es decir, justamente, de «un *puro hecho*».

Pero, poco después, Pintore recupera sus habituales ropajes de iuspositivista. «La idea de que los derechos son un producto de las normas resulta profundamente necesaria, antes incluso que al iuspositivismo, al divisionismo ético [...]. Un derecho o un valor, para el divisionista, existen sólo porque alguien los ha puesto»[58]. Justamente es esto lo que poco antes me era objetado. Los derechos, más allá de nuestras opciones morales y del propio «tejido objetivo del contractualismo político y de la ética liberal en el que nacieron», existen en un determinado ordenamiento si y sólo si han sido producidos por normas pertenecientes al mismo. Así que para quien —como yo,

56. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 244. La imagen de la tenaza que aparece en el título del primer apartado, se retoma en las páginas 244, 246 y 264.

57. *Ibíd.*, p. 244. Sobre la implicación entre el principio iuspositivista de legalidad y la tesis de la separación entre derecho y moralidad, que no es más que el significado de dicho principio, cf. H. L. A. Hart, «El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral», en *Derecho y Moral. Contribución a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, pp. 1-64. Remito también a mi *Derecho y razón*, cit., p. 235-238. En resumen, todos los derechos subjetivos son puestos o positivos: los patrimoniales son puestos por actos singulares, en concreto, actos negociales con los que se ejercita la autonomía privada y con sentencias o decisiones administrativas; los fundamentales, que consisten en normas, son puestos por actos normativos, como los actos legislativos o el del constituyente, y nada garantiza ni que lo sean, ni cuántos, ni cuáles.

58. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 252. «Este acto de disposición», continúa Pintore, «sale de la esfera individual y adquiere una dimensión intersubjetiva en el momento en que se realiza en las formas jurídicamente admitidas dentro de un ordenamiento jurídico socialmente existente». En realidad, los derechos sancionados por las constituciones no suelen introducirse «en las formas jurídicamente admitidas», sino mediante actos constituyentes, con frecuencia revolucionarios y, por ello, fundacionales para los ordenamientos y sus formas jurídicas.

pero también, parece, como Pintore[59]— no comparta una fundamentación ético-cognoscitivista de los mismos, los *derechos* están, en efecto, «abandonados a sí mismos», o mejor dicho, a los actos normativos que los producen y, por lo tanto, «a los imprevisibles itinerarios de la historia».

Aquí, sin embargo, Pintore invierte de nuevo su crítica. Mi «definición de los derechos fundamentales como normas resulta, [sólo] en apariencia, totalmente coherente con el marco iuspositivista»[60]. En realidad, «la identificación entre normas y derechos supone, en definitiva, una suerte de ontologización de los derechos. Conduce a una vía sustancialista muy similar a la ya recorrida por el derecho natural»; a «generar la ilusión de que [los derechos] poseen un carácter, por así decir, autoejecutivo y de que no precisan de administración (y por tanto, de administración democrática)»[61]. Detrás de

59. Digo «parece» porque al final de su intervención, Pintore parece tomar distancias frente al iuspositivismo y volver a su posición ético-cognoscitivista: «La teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli no consigue, en realidad, eludir la tenaza del divisionismo y el iuspositivismo. La falta de una fundamentación objetiva de los derechos conduce, así, a buscar su fundamento en el hecho mismo de la existencia de las constituciones, incluso eternizadas como contratos sociales [...] Después de todo, en la teoría de Ferrajoli, los derechos están verdaderamente abandonados a sí mismos» (A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 264). Al margen de la cuestión de la «tenaza», que como se ha visto, no es en realidad una tenaza, y de la de las constituciones «eternizadas» de las que hablaré después, se pone igualmente de manifiesto en este caso la falta de distinción entre el fundamento jurídico de los derechos fundamentales que está, sin duda, «en el hecho mismo de la existencia de las constituciones», producto, a su vez, de la historia, y su fundamento axiológico, normalmente identificado con una «fundamentación moral objetiva».

60. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 252. Esta «definición» no es, en realidad, una definición, sino el corolario de las definiciones de «norma» como regla general y abstracta y, por tanto, «universal» en el sentido de la cuantificación universal de sus argumentos, y de «derecho fundamental» como derecho «universal» en este mismo sentido.

61. *Ibíd.*, pp. 254. Pintore retoma esta crítica en el apartado siguiente (*ibíd.*, p. 255) en el que me imputa una concepción de las constituciones «*sub specie aeternitatis*». Una crítica similar —el riesgo de que a partir de esta concepción, la política se transforme de «actividad eminentemente deliberativa en actividad prevalentemente "ejecutiva"» y que se «reduzca tendencialmente a cero» o se erosione «notablemente la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y de deliberación por el sistema de mayoría» ya me había sido dirigida por E. Vitale, «Teoría general del derecho o fundación...», *supra*, pp. 64 y 71, que, posteriormente, consideró, «satisfactoria» («Sobre la fundación de los derechos fundamentales», *supra*, p. 271) mi respuesta en «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 170. También Bovero ha expresado la preocupación de que «si el contenido, la sustancia» de las decisiones «estuviera completamente determinada por las normas constitucionales sobre los derechos fundamentales, el poder democrático mismo sería *anulado*» («Derechos fundamentales y democracia...», p. 241; aunque véase también, *ibíd.*, pp. 240

mi definición, en realidad, Pintore «sospecha», como a menudo ocurre en nuestras discusiones, de la existencia de «una operación ideológica, tan inadvertida como peligrosa»[62]: crear «la ilusión de que la objetividad de la norma se transfiere, por así decir, automática y completamente al derecho» y de que «la existencia de un derecho es un dato tan objetivo como lo es la existencia de una norma y que es posible verificarla en términos igualmente seguros, en la medida en que norma y derecho coinciden»[63]. «Y, sin embargo, resulta necesario», dice Pintore, «separar la norma que pone de lo que es puesto. En el marco iuspositivista, la objetividad de las normas puestas, no implica una *equivalente* objetividad, es decir, determinabilidad semiótica y cognoscibilidad, de los contenidos puestos»[64].

Pintore emplea, por consiguiente, «norma» en dos sentidos distintos: en el sentido de «norma *que pone*», que es evidentemente el *acto normativo*, y en el sentido de «norma *puesta*», que es evidentemente la *norma*, o sea, el significado o contenido normativo puesto por el acto. Está claro que la «objetividad» de la que habla se refiere al acto (y al texto) normativo, que es el hecho empírico «*que pone*» la norma, mientras que la «norma *puesta*» (o sea, la norma) no es sino el significado o «contenido puesto» (o sea, el derecho fundamental enunciado por el acto). No se comprende por tanto cómo puede decirse que norma y derecho fundamental, que son, al contrario del acto normativo, ambos significados, tienen un grado distinto de «objetividad» o de «existencia», de «determinabilidad semiótica» o de «cognoscibilidad», o «que el sentido en el que un derecho existe en un ordenamiento es mucho más problemático que el sentido en el que una norma existe en dicho ordenamiento»[65]. Distinto del sentido en el que existe un derecho será sólo el sentido en el que existe el acto (y el texto) normativo, pero no, ciertamente, el sentido en el que existe la norma que es su significado y que por tanto tiene —admitido que se pueda hablar de «existencia» del sentido de un enunciado y sea lo que sea que se entienda con esta expresión— la misma «objetividad», «determinabilidad» o «proble-

y 241). Lo que, a mi juicio, constituye una preocupación infundada, ya que las normas constitucionales no predeterminan el contenido de las leyes o de los actos de gobierno, sino que, sencillamente, condicionan su validez, precluyendo las decisiones que sean contrarias a las mismas. Véase también, *infra*, las notas 73 y 90 y el final del § 4.

62. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 252.

63. *Ibíd.*, pp. 252-253.

64. *Ibíd.* «La identificación entre derechos y normas» continúa Pintore, «conduce, en realidad, a eludir el problema de la complejidad, indeterminación y equivocidad del contenido de las propias normas que ponen los derechos».

65. *Ibíd.*

maticidad» que el derecho que se expresa por medio de ella. Tendremos, en efecto, un derecho vago, indeterminado o problemático, como por ejemplo el derecho al trabajo o el derecho a la felicidad, si es vaga, indeterminada y problemática la norma en la cual se formula. Tendremos un derecho no vago, no indeterminado y no problemático, como por ejemplo la libertad de conciencia, en la medida en que no lo sea la norma que lo expresa. Lo mismo vale, por lo demás, para todas las normas que enuncian situaciones universales, como las expresadas por el cartel «no hacer ruido», por el precepto «honrar al padre y a la madre» o por el artículo del código que castiga el «maltrato doméstico», cuyos «contenidos», a diferencia por ejemplo de la prescripción «prohibido fumar», son tan vagos, «proteiformes si no inasibles», como las prohibiciones y obligaciones que los mismos prescriben, según escribe Pintore, a propósito de los derechos[66].

Por lo tanto, no es cierto que «la determinación del contenido de la norma (es decir, del derecho) plantearía problemas epistemológicos y semióticos que la determinación de la existencia de la propia norma no plantea»[67]. Ésta suscita exactamente los mismos problemas y abre, en la medida en que dichos contenidos, o bien las propias normas, no están determinadas con exactitud, los inevitables y amplísimos espacios que justamente Pintore asigna a su «administración» o «gestión» en el marco de la democracia política.

Hay, sin embargo, otro aspecto a partir del cual Pintore retoma su idea de que los derechos fundamentales serían, según mis tesis, «auto-ejecutivos». A propósito de la relación que establezco entre derechos y garantías se pregunta: «¿De qué tipo de relación se trata?»[68]. Ya he abordado ampliamente este problema —seguramente el más importante de nuestro tema de discusión— sosteniendo, en respuesta a Riccardo Guastini, que en ordenamientos nomodinámicos como aquellos en los que vivimos, la relación entre derechos y garantías es una relación de deber ser, que la teoría enuncia como una implicación no diferente a la que existe entre permitido y no prohibido y que, sin embargo, al igual que ésta, puede ser desatendida, es decir, inactuada o violada por la legislación vigente[69]. Por ejemplo, aunque el derecho de libertad personal establecido por la Declaración Universal de 1948 implica la correspondiente prohibi-

66. *Ibid.*, p. 254.
67. *Ibid.*
68. *Ibid.*, p. 260.
69. «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, pp. 182-196.

ción de lesión, puede no existir, en contradicción con la teoría y como, en efecto, no existe, la norma penal internacional que prohíba y castigue la detención arbitraria; así como, aunque el derecho de libre expresión del pensamiento establecido por la Constitución Italiana implica la respectiva no prohibición, puede existir, en contradicción con la lógica y como, en efecto, existe con base en nuestro código penal, una norma que prohíbe y castiga las expresiones consideradas como desacato.

Pintore, por el contrario, tras haber expuesto dos posibles «reconstrucciones» teóricas de la relación —*a*) «las garantías ya existirían, en la medida en que vendrían puestas con el propio acto de disposición del derecho», y *b*) «dado que el legislador no necesariamente obedece a la lógica, podrían existir, jurídicamente, las premisas y no las conclusiones, los derechos pero no las garantías»[70]— opta, antes que por la segunda, por la primera: «En mi opinión las cosas deben verse de la primera forma: un derecho subjetivo es siempre una pretensión sobre la conducta del otro, y escindirlo de la obligación de conducta ajena parece un sin sentido conceptual antes incluso que jurídico»[71].

De este modo, Pintore no critica mis tesis, sino su opinión. Según ésta, yo olvidaría «que la garantía primaria del derecho está dotada del mismo tipo de existencia y consistencia que el derecho»; que la misma «"existirá" si una norma la ha puesto, al poner el derecho, si bien este "existir" podría tener un estatuto semiótico incierto» dado que «podría quedar ampliamente indeterminada la gama de conductas que se consideran cumplimiento de la obligación en cuestión, y, por lo general, es esto lo que sucede en el caso de las proclamaciones constitucionales de los derechos»[72]. Y algunas páginas antes había escrito, conforme con ésta, *su* propia opinión: «No sorprende que quien sigue esta vía, incluso partiendo de una dirección opuesta a la iusnaturalista, llegue, de igual modo, a hacerse la ilusión de que la solidez de la sustancia exima de afrontar las cuestiones de procedimiento, o abra el camino a una consideración puramente "ejecutiva" de las mismas»[73]. Ahora bien, *mi* opinión es

70. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, pp. 260-261.

71. *Ibíd.*

72. *Ibíd.* Anna Pintore me dirigió esta misma crítica en «Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico» (*Sociologia del diritto* 2 [1999], pp. 31-36).

73. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 254. Parecería que es ésta la causa de la «insaciabilidad» de los derechos temida por Pintore. Según su interpretación de mis tesis, «en el momento mismo en que los derechos se introducen en la historia institucional de un ordenamiento, sus contenidos, que "valen" sólo en virtud de la forma en que se los ha puesto, se vuelven insaciables, aplastan la forma y

exactamente la opuesta: como he sostenido repetidamente, las garantías, de cuya inexistencia, insuficiencia o debilidad me he ocupado toda mi vida, en modo alguno «existen» jurídicamente sólo porque deberían existir en razón de la estipulación positiva de los respectivos derechos, sino sólo si son, también ellas, positivamente estipuladas y administradas —estoy de cuerdo en que ésta es la tarea insustituible de la política— dentro de la «gama de conductas [ampliamente indeterminada] que se consideran cumplimiento de la obligación» que aquéllos generan.

5. *A) La igualdad. La aporía de la ciudadanía y la convivencia de las diferencias*

Llegamos, por último, al análisis de los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales. Comenzaremos por nuestro primer criterio, el del nexo entre tales derechos y la *igualdad jurídica*. Entiendo, aquí, por «igualdad jurídica» la igual titularidad de situaciones jurídicas —desde los derechos fundamentales a las prohibiciones penales— proveniente de su atribución a la clase de sujetos entre los que es predicada, en forma de reglas generales y abstractas, esto es, de las que he llamado «normas téticas». Entiendo, en cambio, por «desigualdad jurídica» la titularidad, por parte de cada sujeto, de situaciones distintas y singulares como son, por ejemplo, los derechos y obligaciones predispuestos por las que he llamado «normas hipotéticas», como efectos de los actos singulares que éstas prevén. Si las normas téticas constituyen la base de la igualdad, las normas hipotéticas constituyen la base de la desigualdad jurídica.

Entendida en este sentido, la igualdad jurídica es, evidentemente, un corolario de la igualdad conforme a (o ante) la ley, que, a su vez, es un efecto del principio del «gobierno de las leyes», en lugar del «gobierno de los hombres». Somos iguales según la ley en la medida en que somos titulares de las mismas situaciones que ésta

asumen el dominio sobre ella, hasta el punto de volver superfluas, al menos en apariencia, las técnicas específicas del derecho moderno, es decir, el procedimiento y la autoridad» (*ibíd.*, p. 264). Me pregunto cómo puede afirmarse que la autoridad, las formas y los procedimientos de actuación de las garantías de los derechos son para mí «superfluas» e, incluso, «aplastadas» por aquéllos, cuando, por el contrario, he subrayado siempre que se imponen, como obligación encomendada a la política y garantía de su efectividad, por la propia estipulación de los derechos. Los cuales, por otra parte, justamente porque «valen sólo en virtud de la forma en que se los ha puesto», podrían alterarse a partir de estas mismas formas, es decir, de las técnicas más o menos rígidas de revisión constitucional de las que esté dotado el ordenamiento.

dispone de forma universal: sean libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones. Distinguiré, por tanto, a nuestros fines, dos dimensiones de la igualdad: *a*) *la igualdad en los derechos* establecida, por ejemplo, en el artículo 1 de la Declaración de 1789 («les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits») y en el artículo 1 de la Declaración universal de 1948 que aluden, obviamente, no a cualquier tipo de derecho subjetivo sino sólo a los derechos fundamentales; *b*) *la igualdad en los deberes*, como las prohibiciones establecidas por las leyes penales o las obligaciones establecidas por las leyes fiscales o similares.

El cambio sustancial producido por el nacimiento del derecho moderno ha consistido en la afirmación de la igualdad en los derechos además de, y *antes que*, la igualdad en los deberes. Un «vuelco radical en la historia secular de la moral»[74], como ha afirmado Bobbio y recordado Bovero, coetáneo a esa otra «revolución copernicana» que ha sido la configuración del derecho y del estado no como en la concepción antigua, como entidades naturales, sino como «artificios» construidos por los hombres como «instrumentos» de tutela de sus derechos: «le but de toute association politique», proclamó el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789, «est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme».

Este nexo entre derechos fundamentales e igualdad es, precisamente, el establecido, aunque sin ninguna connotación axiológica, por la definición formal de los primeros como derechos universales. Baccelli me pregunta «en qué sentido» dicha «definición "funda" las cuatro tesis teóricas» que he desarrollado en mis dos primeras intervenciones[75] y que, como he precisado, no constituyen de ningún modo «una teoría político-normativa de la democracia constitucional»[76]. Lógicamente, esa definición fundamenta, de por sí, sólo las dos primeras de dichas tesis: la de la diferencia estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales como parámetros, unos, de la igualdad, y los otros, de la desigualdad en los derechos, y la de los vínculos sustanciales que los primeros, en caso de que tengan rango constitucional, imponen a la legislación ordinaria y por tanto a la política y a la democracia representativa. En cuanto a la tercera tesis, según la cual es falso que todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como derechos de ciudadanía, es una

74. N. Bobbio, «De la prioridad de los deberes a la prioridad de los derechos» (1988), ahora en *Teoria generale della politica*, cit.

75. L. Baccelli, «Derechos sin fundamento», *supra*, p. 200.

76. «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 150.

tesis jurídico-positiva, que se deriva de la definición formal de tales derechos como derechos de la persona o del ciudadano y de la constatación empírica de que, en todos los ordenamientos, la mayor parte de ellos se confiere no sólo a los ciudadanos sino a todas las personas. Mi cuarta tesis, en cambio, se deriva de la definición formal de los derechos fundamentales como expectativas negativas o positivas de forma universal o, más sencillamente, como normas y, además, del reconocimiento del carácter nomodinámico del derecho positivo. Se trata de la tesis del carácter *normativo* y no descriptivo de la implicación entre tales derechos y sus garantías, que existen no porque se deduzcan de los derechos mismos, sino sólo en caso de que sean producidas por el legislador en observancia de la obligación de producirlas en correspondencia a los mismos; por lo que su inexistencia no comporta la inexistencia del derecho positivamente establecido, sino una laguna y, por lo tanto, un incumplimiento de éste.

En consecuencia, mi definición formal de los derechos fundamentales fundamenta ante todo la distinción estructural entre éstos y los derechos patrimoniales que, en relación con aquélla, es una distinción analítica, verdadera por definición. Por definición son «fundamentales» todos los derechos universales en tanto que atribuidos a todos (como personas, o ciudadanos o capaces de obrar), y «patrimoniales», todos los derechos singulares en tanto que atribuidos singularmente a cada uno con exclusión de los demás. Y esto, independientemente de los contenidos, tanto de los primeros como de los segundos, esto es, de la naturaleza de los comportamientos que constituyen su objeto, cuya identificación no es —ni debe ser— tarea de la teoría, sino únicamente de la dogmática jurídica de los concretos ordenamientos positivos. De hecho, en nuestros ordenamientos democráticos son «fundamentales» los derechos civiles, los derechos de libertad, los derechos políticos y los derechos sociales; mientras son «patrimoniales» los derechos de crédito y los de propiedad sobre determinados bienes. Sin embargo, como ya he sostenido en mi primera respuesta, nada excluye —en confirmación del carácter analítico tanto de la definición de las dos clases de derechos como de su distinción, no refutable con base en el derecho positivo— que en un determinado ordenamiento, por ejemplo, esclavista o radicalmente liberista, sean patrimoniales, en tanto que singulares y disponibles, la libertad personal, los derechos políticos e incluso la vida, ni que en otro ordenamiento, como se supone que fue, por ejemplo, el de la antigua Esparta, sean fundamentales, en tanto establecidos como universales e indisponibles, los derechos sobre determinadas porciones de tierra, consiguientemente sustraídos al mercado. Posibilida-

des de este género nada quitan a las definiciones formales de «derechos fundamentales» y de «derechos patrimoniales», las cuales proporcionan las reglas de uso de tales conceptos y no información empírica sobre las normas de los concretos ordenamientos.

De aquí se sigue que mi definición fundamenta, además de la distinción conceptual entre derechos fundamentales y patrimoniales, tanto la tesis de la igualdad jurídica en los primeros como la de la desigualdad jurídica en los segundos, aun no diciendo nada, nuevamente, sobre los contenidos de una y otra, esto es, aquello respecto de lo cual los sujetos son iguales o desiguales en un determinado ordenamiento, o deberían serlo según un cierto modelo de justicia, ni sobre la extensión de las clases de sujetos que en relación con tales contenidos son o deberían ser iguales. A su vez, la distinción entre las cuatro clases de derechos en relación a los *status* de sujetos que constituyen su presupuesto —los derechos civiles, los políticos, los de libertad y los sociales— aunque no diga cuáles son los derechos civiles, cuáles los políticos, cuáles los de libertad y cuáles los sociales, fundamenta la diferencia conceptual entre otros tantos tipos de igualdad jurídica, independientes una de otra, al igual que los correspondientes derechos: la *igualdad civil* (en los derechos civiles), la *igualdad política* (en los derechos políticos), la *igualdad liberal* (en los derechos de libertad) y la *igualdad social* (en los derechos sociales).

El problema del fundamento axiológico no «resurge» por tanto, como escribe Baccelli, «en la relación entre la definición formal y estas tesis teóricas»[77] que se derivan de la primera. Surge, más bien, en la estipulación normativa de las específicas expectativas que *deben ser* igualmente garantizadas a todos puesto que, de su contenido, hacemos depender la calidad o el valor axiológico de la igualdad. Es en la determinación de estos contenidos donde interviene la opción de «valor» que, como tal, no es verdadera ni falsa. En la tradición occidental este valor se ha identificado con lo que muchas cartas constitucionales, incluida la italiana, llaman *dignidad* de la persona; algo similar a ese «ponernos de pie como hombres» y al «sentirnos fundamentalmente iguales a cualquier otro» de los que habla Baccelli, citando un pasaje de Joel Feinberg[78]. «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», dice, por ejemplo, el artículo 1 de la Declaración universal de los derechos humanos, haciéndose eco del artículo primero de la *Déclaration* de 1789. Por eso, los derechos en los que se ha afirmado la igualdad,

77. L. Baccelli, «Derechos sin fundamento», *supra*, p. 200.
78. *Ibid.*, p. 208.

son aquellos que, garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales, aseguran el (igual) valor o la (igual) dignidad de todas las personas. Por un lado, los derechos de libertad, es decir, los derechos de cada uno a la libertad de expresión y al respeto de las propias identidades y diferencias. Por otro lado, los derechos sociales, es decir, los derechos cuya garantía equivale a la reducción de las desigualdades económicas, asegurando a todos los mínimos vitales[79]. En ambos casos, la igualdad corresponde a lo que asumimos como valor o dignidad de la *persona*: la vida, la libertad personal y las otras libertades consideradas fundamentales, la autodeterminación civil y política, la supervivencia. *Si queremos* que tales valores sean satisfechos, la técnica jurídica idónea a tales fines es su formulación normativa como derechos fundamentales.

Por otra parte, este tipo de igualdad en ningún caso entra en conflicto, o menos todavía, resulta incompatible, como a menudo se afirma, con la libertad. La idea de una incompatibilidad entre libertad e igualdad, sostenida, por ejemplo, por Norberto Bobbio[80], depende de la confusión de los derechos de libertad con la genérica libertad negativa, por un lado, y de los derechos de autonomía con la genérica libertad positiva, por otro, de la que se ha hablado en el tercer punto y sobre la que volveré en el que sigue. Ahora bien, esta idea se desvanece apenas se distingue entre las específicas libertades positivas que son los derechos de autonomía que, a su vez, son derechos-poder cuyo ejercicio comporta, en todo caso, limitaciones de las genéricas libertades negativas, y esas específicas libertades negativas que son los derechos de libertad que, por el contrario, constituyen ellos mismos limitaciones a la contratación y a la legislación producidas, unas por el ejercicio de los derechos civiles, y las otras por el ejercicio de los derechos políticos a través de la representación. Estos dos tipos de limitaciones, en efecto, no provocan

79. Para este nexo entre igualdad y derechos fundamentales, remito a *Derecho y razón*, cit., p. 908-912; «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza»: *Democrazia e diritto* 2 (1993), pp. 49-73 [publicado como «Igualdad y diferencia» en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 73-96]; «Ancora sul significato di uguaglianza»: *ibid.* 2-3 (1994), pp. 475-488.

80. N. Bobbio, «Democrazia ed Europa» (inédito de 1987), ahora en *Teoria generale della politica*, cit.: «Estos dos principios resultan, en última instancia, llevados a su extremo, incompatibles entre sí. Una sociedad en la que se protejan todas las libertades, incluida la económica es una sociedad profundamente desigual, digan lo que digan los partidarios del mercado. Y, al tiempo, una sociedad en la que el gobierno adopte medidas de justicia distributiva adecuadas para hacer iguales a los ciudadanos, no sólo formalmente o ante la ley, sino, como suele decirse, también sustancialmente, se verá obligada a limitar muchas libertades».

conflictos ni incompatibilidades, sino que reflejan, simplemente, la estructura de cualquier poder en el estado de derecho, incluidos los derechos-poder que, en cuanto «poderes», producen siempre, con su ejercicio, límites a la simple libertad de los demás y, en tanto que «de derecho», están, a su vez, sujetos a los límites que les imponen la constitución y las leyes en garantía, precisamente, de la igualdad. De la igualdad liberal, a través de las prohibiciones de interferencia en los derechos de libertad impuestos a cualquier poder, pero también de niveles mínimos de igualdad social, a través de los límites y vínculos a la autonomía privada y política impuestos, por ejemplo, en los contratos de trabajo por los derechos de los trabajadores y, en la legislación, por los derechos sociales.

Otro problema diferente es el de la clase de sujetos de los que es predicable la igualdad. «Persona», en el plano de la teoría del derecho, no equivale a «ser humano», sino más bien al *status* de los sujetos, cualesquiera que sean, normativamente previsto como presupuesto de situaciones jurídicas y, específicamente, de los «derechos de la persona». La equivalencia entre «persona» y «ser humano» y la consiguiente correlación entre «igualdad en los derechos» y «persona humana» se han afirmado, sin embargo, no sólo en el plano axiológico, sino también en el plano del derecho positivo, con el reconocimiento del *status* de «persona» a todos los seres humanos, producido con las primeras codificaciones y con la configuración, en las constituciones modernas, de casi todos los derechos fundamentales —desde los derechos de libertad a los derechos civiles, hasta gran parte de los derechos sociales— como «derechos de la persona», y sólo de los derechos políticos y de algunos derechos sociales como «derechos del ciudadano»[81]. Finalmente, dichas correlaciones y equivalencias se han afirmado, en el derecho internacional, con la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, que afirma, en el artículo 6, que «todo individuo tiene el derecho, en todo lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica» y, en el artículo 2, que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color,

81. «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits» (art. 1 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789; «L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen» (art. 7 del *Code civil* de Napoleón, de 1804). En la Constitución Italiana, por ejemplo, son derechos de la persona, además de los derechos civiles, casi todos los derechos de libertad y los derechos sociales a la salud (art. 32), a la instrucción (art. 34) y a la igual retribución (art. 36); son, por el contrario, derechos del ciudadano, además de los derechos políticos, los derechos a la libertad de circulación, reunión y asociación (art. 16, 17 y 18) y los derechos sociales al trabajo (art. 4) y a la asistencia social (art. 38).

sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

Temo, por tanto, haber sido malinterpretado por muchos de los que han criticado mis tesis en materia de personalidad y de ciudadanía y sus respectivos derechos, según las cuales: *a*) los derechos fundamentales no son identificables con los derechos de ciudadanía, sino que incluyen, más bien, la clase de los derechos de la personalidad y *b*) pertenecen a esta segunda clase de derechos y no a la primera, la mayor parte de los mismos según las constituciones estatales, y la totalidad según la Declaración de 1948 que ha previsto, entre otros, incluso el derecho a emigrar[82]. Estas dos tesis no son axiológicas, sino asertivas, una de teoría del derecho y la otra de dogmática jurídica positiva. No «proponen», según la interpretación ofrecida por ejemplo por Alfonso Catania, «una progresiva abolición de la ciudadanía en su clave tradicional de contenedor de los derechos» como un «deber ser opuesto a la plana efectividad de las ciudadanías nacionales»[83], sino simplemente niegan que, en el plano del derecho vigente, sea la ciudadanía, en lugar de la personalidad, el principal «contenedor» de derechos fundamentales. No presentan, según la tesis que me atribuye Alfonso Ruiz Miguel, «la universalización completa de los derechos humanos» como «extensión *éticamente necesaria* del concepto de derechos humanos», «hasta superar las distinciones de ciudadanía, esto es, derivadas de la existencia de distintos Estados»[84]; ni mucho menos persiguen «la utopía de un universalismo de los derechos susceptible de ser adscrito al hombre en cuanto hombre»[85]. Reconocen, de manera más simple pero también más radical, que, si en el plano teórico los «derechos humanos» son derechos de todas las personas y no sólo de los ciudadanos, en el plano del derecho positivo, la casi totalidad de los derechos fundamentales son (y ya no «deben ser» o convertirse en) «derechos humanos», es decir, de todos los seres humanos en cuanto personas y no sólo de los ciudadanos. Y su «universalismo» como derechos «susceptibles de ser adscritos al hombre en cuanto hombre» no es, por tanto, «una utopía», como la llama Catania, sino el derecho vigente, aunque sea desconocido por las actuales teorías de

82. Art. 13, apartado 2° de la Declaración universal de los derechos humanos: «Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country».

83. A. Catania, *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 99.

84. A. Ruiz Miguel, *Democracia, jueces y derechos*, cit., p. 12.

85. A. Catania, *op. cit.*, p. 100.

la ciudadanía y clamorosamente violado por nuestras legislaciones en materia de extranjeros y de inmigrantes. Si acaso, son «normativas» y «axiológicas» (en sentido regresivo) respecto al derecho vigente, las tesis opuestas que —en contraste con lo que dicen códigos civiles, constituciones estatales y cartas internacionales— «proponen», precisamente, que la ciudadanía sea considerada como el «contenedor» de todos los derechos, o bien que «el concepto de derechos humanos» sea circunscrito sólo al de derechos del ciudadano.

Una cuestión distinta, ésta sí de carácter axiológico, es la perspectiva de una ciudadanía universal o, lo que es lo mismo, la abolición de las ciudadanías estatales como presupuesto de los derechos políticos que bien podrían asociarse a la simple residencia. Como se ha dicho en el apartado 2, de los dos *status* que, junto al de «persona» he identificado como relevantes en la definición teórica de los derechos fundamentales —la capacidad de obrar y la ciudadanía— mientras que el primero es subjetivamente transitorio para todos y de cualquier manera insuprimible como presupuesto de los derechos-poder que son los derechos de autonomía, el segundo designa, en realidad, un accidente «de nacimiento» no sólo superable sino también, en mi opinión, injustificable en el plano ético político. Pero ésta es una cuestión secundaria respecto al problema político —no axiológico— de la superación de los vínculos jurídicos y de hecho que, en contradicción con el artículo 2 de la Declaración de 1948 y con las propias constituciones estatales, condicionan de manera ilegítima no sólo los derechos del ciudadano, sino también los derechos de la persona, al «origen nacional» de sus titulares expresado, precisamente, por la ciudadanía. Ésta es la antinomia regresiva entre derechos universales y ciudadanía, destinada a tornarse explosiva con el crecimiento de las desigualdades y las presiones migratorias, que he señalado en otras ocasiones[86] como fuente permanente de peligros para la paz y para la credibilidad misma del derecho, tanto internacional como constitucional. Y el verdadero problema, entre los más graves de la humanidad, es la superación de esta antinomia, es decir, la puesta en marcha del diseño universalista esbozado no ya por una utopía sino por el derecho constitucional e internacional positivo. Un diseño del cual la política y la filosofía política deberían hacerse cargo, en lugar de ignorarlo o, peor, despreciarlo, tomando en serio, antes de que lo hagan poniendo en riesgo la paz las vastas masas de

86. Cf. «Ciudadanía y derechos fundamentales», cit.; «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», cit., pp. 98-101; «Derechos fundamentales», *supra*, p. 43; «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 176.

excluidos, los principios del derecho vigente formulados en todas las cartas constitucionales, tanto estatales como internacionales.

Es, por tanto, de este problema y de las muchas objeciones y reservas que, en el actual debate politológico, se oponen a su solución en coherencia con las cartas constitucionales vigentes, de lo que debemos hablar. No es una objeción teórica, sino una petición de principio, la del carácter irrealizable y, por consiguiente, utópico, de la perspectiva de un orden mundial basado en instituciones internacionales idóneas para garantizar la igualdad de todos los seres humanos en los derechos de la persona, a causa de los intereses políticos y económicos que se oponen a la misma y que coinciden, evidentemente, con los de los países más ricos y poderosos que bien podrían realizarla con sólo quererlo. Si no se quieren eludir u ocultar (nuestras) responsabilidades políticas y de cultura jurídica y politológica, es preciso, en efecto, distinguir, entre pesimismo y realismo, entre lo que no se quiere realizar, por lo que, verosímilmente, no será realizado, y lo que es irrealizable. Ya que, por pesimistas que puedan ser las previsiones sobre la perspectiva de la igualdad de los seres humanos en los derechos fundamentales, nada autoriza a afirmar que la misma sea irrealista o irrealizable. Su realización depende, únicamente, de la política: de la voluntad de los países económica y militarmente más fuertes, pero también de las luchas políticas y sociales de las masas hoy discriminadas, así como del apoyo que les presten las fuerzas democráticas de los países privilegiados.

Hay un segundo orden de objeciones realistas, avanzadas en nuestro debate por Danilo Zolo, a quien he respondido en parte en mi segunda intervención[87]. El principal obstáculo a la perspectiva de un constitucionalismo mundial (e incluso de una constitución europea) estaría representado por la ausencia, no sólo de las adecuadas instituciones internacionales, sino de una sociedad civil global (y de un pueblo europeo) y por las profundas diferencias culturales entre pueblos distintos en materia de tradiciones, lengua, religión, condiciones y estructuras jurídicas, económicas y sociales; de modo que la precondición de cualquier constitución o carta de derechos fundamentales sería ese mínimo de cohesión prepolítica y de sentido común de pertenencia entre los individuos y los pueblos a los cuales pretende regir, que se expresa, precisamente, en la ciudadanía nacional[88]. No me parece que esta concepción tendencialmente comu-

87. D. Zolo, «Libertad, propiedad y igualdad...», *supra*, pp. 101-104; mi respuesta en «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, pp. 177-178.

88. P. Grimm, «Una costituzione per l'Europa» (1994), trad. it. en *Il futuro della*

nitaria de la ciudadanía haya tenido nunca verificación en el plano empírico. En el origen de nuestros modernos estados de derecho no existía, en el plano social, una homogeneidad política y cultural mayor de la que hoy existe entre los diferentes continentes del mundo. Y el grado de homogeneidad social y de identidad colectiva que ha venido madurando en los mismos ha sido, también, producto del sentido de igualdad generado por los derechos. Por otro lado, las constituciones son esencialmente pactos de no agresión destinados, a través de los límites y vínculos que imponen para la tutela de los derechos de todos, a garantizar la convivencia pacífica entre sujetos distintos y virtualmente en conflicto, y no, ciertamente, alguna presunta homogeneidad social.

Finalmente, el tercer tipo de objeciones al universalismo de los derechos, adelantada por el diferencialismo y por el relativismo cultural, es la de su carácter indefendible en cuanto contrapuesto al multiculturalismo, es decir, a la pluralidad de las culturas que el universalismo de los derechos humanos pretendería negar y homologar. Baccelli se pregunta si el enfoque universalista «favorece el debate intercultural»[89]. Como se verá mejor en el apartado 8, no sólo lo favorece sino que es el único que lo posibilita. Los clásicos derechos de libertad, al garantizar el igual valor y dignidad de todas las personas, cualesquiera que sean sus diferentes identidades culturales, equivalen a otros tantos derechos de cada uno a la propia identidad, irreductiblemente diferente. En cuanto a los derechos sociales —a la subsistencia, la salud y la educación— equivalen a otros tanto derechos a niveles mínimos de igualdad social, a su vez previos para la convivencia civil, en tanto forman el presupuesto material del ejercicio de todos los demás derechos. En otras palabras, porque su satisfacción se basa en la «dignidad» de la persona y porque, en fin, los niveles mínimos de subsistencia que garantizan constituyen, justamente, la principal condición de ese sentido de pertenencia y solidaridad social en el que se basan la cohesión y los vínculos pre-políticos invocados como esenciales por las teorías comunitarias.

costituzione, ed. de G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther, Einaudi, Torino, 1996, pp. 339-367; D. Zolo, *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. de R. García y F. Serra, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 178-184; Íd., «Libertad, propiedad e igualdad...», *supra*, p. 103; M. Luciani, «La costruzione giuridica della cittadinanza europea», en G. M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Ets, Pisa, 1999, pp. 87-88; A. Baldassarre, «La sovranità dal cielo alla terra», *ibíd.*, p. 80.

89. L. Baccelli, «Derechos sin fundamento», *supra*, p. 205.

6. *B) La democracia constitucional. El método democrático y los «conflictos» entre derechos*

El segundo criterio axiológico que permite establecer «cuáles deben ser los derechos fundamentales» es el del su nexo con la democracia constitucional. También este nexo aparece sugerido en la definición formal de «derechos fundamentales». Como se recordará, la segunda tesis teórica derivada de dicha definición es, en efecto, que tales derechos, si son sancionados con rango constitucional, imponen límites y vínculos —de forma no distinta a cualquier otra norma de grado superior y, así, más allá de toda connotación axiológica— a la legislación y, por tanto, en caso de que ésta sea competencia de instituciones representativas, a la democracia política.

También esta tesis, al igual que la relativa a la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales respecto a los contenidos de la igualdad y la desigualdad jurídicas, no dice nada sobre los contenidos concretos de las normas constitucionales. No dice, siquiera, que tales contenidos consistan en derechos fundamentales. Dice, tan sólo, que las normas constitucionales, al estar supraordenadas a las ordinarias, condicionan su validez, no sólo en cuanto a la forma sino también en cuanto a la sustancia. Y esto independientemente de su contenido y del valor axiológico que asociamos o no a las mismas. La Ley de Principios del Movimiento Nacional de la España franquista del 17/5/1957, por ejemplo, al disponer en su artículo 3 la nulidad de cualquier norma que la contradijese, equivalía formalmente a una constitución rígida, si bien con una ostensible carga antiliberal y antidemocrática.

Naturalmente, son las constituciones «democráticas» las que aseguran «la garantía de los derechos» y la «separación de poderes», según la conocida definición ofrecida por el artículo 16 de la Declaración de 1789. Según ellas, y en razón de su rigidez, son, por tanto, derechos fundamentales los límites (cuando consisten en expectativas negativas) y los vínculos (cuando consisten en expectativas positivas) a la sustancia, es decir, al contenido, de las decisiones remitidas a fuentes normativas subordinadas a ellos. De aquí la posibilidad de enunciar y distinguir, a partir de nuestra tipología, las distintas dimensiones de la democracia constitucional: por un lado, la *democracia formal*, generada por los derechos secundarios o de autonomía y articulada en las dos formas, referidas al «quién» y al «cómo» de la decisión, de la *democracia civil* y de la *democracia política*, fundadas, una sobre los derechos civiles, y la otra sobre los derechos políticos; por otro lado, la *democracia sustancial*, determinada por los derechos primarios o

sustanciales y articulada en las dos dimensiones, relativas al «qué» de las decisiones, de la *democracia liberal* (o *liberal-democracia*) y de la *democracia social* (o *social-democracia*), basadas una en los derechos de libertad, y la otra en los derechos sociales.

Es en la opción a favor de los valores que tales derechos expresan donde se manifiesta su fundamento axiológico como medios idóneos para realizar la democracia constitucional. *Si queremos* satisfacer cada una de esas dimensiones, es necesario establecer y satisfacer los correlativos derechos en los que las mismas se enuncian. El nexo es totalmente pacífico en lo que respecta a la democracia política, cuya forma específica es, precisamente, el sufragio universal generado por el otorgamiento de los derechos políticos a todos los mayores de edad. Pero resulta igualmente evidente en lo que respecta a la democracia liberal, a la social y a la civil: la forma universal de los derechos de libertad está en la base de la liberal-democracia, la de los derechos sociales en la de la social-democracia, y la de los derechos civiles en la de la democracia civil. Ahora bien, dicho nexo depende únicamente de los valores contenidos en los derechos establecidos como universales y de la formulación de los mismos en normas supraordenadas a los distintos tipos de poder. En efecto, es absolutamente contingente en el plano de la teoría del derecho, que el poder político sea «democrático» (y/o «liberal» y/o «social») y que los poderes privados tengan la forma de los derechos civiles de autonomía; que el «quién» y el «cómo» de las decisiones estén establecidos en las formas, por un lado, de la autonomía privada y, por otro, de la representación y de la mayoría generadas por el ejercicio de los derechos civiles y el derecho de voto, y el «qué» no es decidible (qué o qué no) venga establecido por normas sustanciales que vinculen las decisiones a la tutela y a la satisfacción de todos los derechos que reputamos fundamentales.

Bastaría con esto para responder a la crítica dirigida por Anna Pintore a mi «distinción entre democracia *formal* y democracia *sustancial:* la primera se proyecta sobre el "quién" y el "cómo" se decide, la segunda sobre *qué* es lo decidible o lo no decidible»[90]. Habría incurrido, según Pintore, en un «uso abusivo del instrumento definitorio»[91]. En primer lugar, porque mi definición incluiría no

90. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 247. En realidad, identifico la dimensión sustancial de la democracia con la estipulación de «qué es indecidible», no, ciertamente, con la predisposición de «qué es decidible»; de manera que, dentro de los límites impuestos por lo que es indecidible, lo decicible queda, obviamente, del todo indeterminado.

91. *Ibid.*, p. 248. Ya en el ensayo «Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico», cit., p. 22, n. 49, Pintore había afirmado que «la definición de "demo-

sólo los «presupuestos» sino también «el contenido» del juego democrático; en segundo lugar, porque «definir como «democracia sustancial» al estado de derecho, equivale, de hecho, a otorgar una solución *semántica* a un problema *normativo* [...] el problema, justamente, de cómo conciliar el estado de derecho (contenidos) con la democracia (forma), de cómo resolver en un equilibrio aceptable la tensión entre los derechos fundamentales y el principio del autogobierno»[92]. «Se trata» afirma Pintore, «de un problema normativo» de la filosofía, la cual «no puede limitarse a registrar las soluciones más o menos claras (y, en todo caso, heterogéneas y contingentes) incorporadas a los ordenamientos positivos. Si lo hiciera, incurriría en un error simétrico al del iusnaturalismo que superpone la propia teorización a la realidad jurídico-política. Incurriría en el error de elevar a solución teórica una particular situación histórica»[93].

No me detendré en la poco clara distinción entre los «contenidos», que Pintore interpreta como «los ámbitos sobre los que puede versar la decisión democrática», y los «presupuestos (también éstos de contenido) que hacen de dicho método decisional un método, justamente por ello, democrático»[94], si no es para decir que no se ve en qué se distinguen jurídicamente estos presupuestos, si son esta-

cracia sustancial" queda *enteramente* fuera del área semántica de "democracia"», según mi propuesta de identificarla con el sistema de límites y vínculos que, en el estado constitucional de derecho, vienen impuestos al poder político en defensa de los derechos fundamentales. Y había considerado «desconcertante la contraposición entre democracias de tipo procedimental y las que no lo son» o «la crítica (y la defensa) de las definiciones y teorías de la democracia *en cuanto* procedimentales (o no procedimentales)» (*ibíd.*, p. 22). Ahora bien, yo nunca he afirmado que puedan existir democracias no procedimentales, o que la dimensión procedimental o política no constituya una connotación *necesaria* del concepto de democracia, sino, tan sólo, que tal dimensión, como aclararé mejor después, no es una condición *suficiente* para definir a las actuales democracias; en relación con las cuales, resultan, por tanto, incompletas e inadecuadas las definiciones y las teorías *sólo* procedimentales de la democracia que no contemplan *también* la dimensión sustancial, constituida por los límites y vínculos de contenidos que le imponen los derechos establecidos constitucionalmente. Por otra parte, también Anna Pintore admite que «todas las teorías (modernas) de la democracia, incluso las que se proyectan más sobre el elemento "procedimental", suelen considerar indispensable para la democracia de los modernos la referencia a una serie de derechos (voto, asociación, expresión, *habeas corpus*), cuya concesión (y cuyo disfrute efectivo, al menos "a grandes rasgos") se consideran condiciones *sine qua non* para calificar a un sistema político de democrático» («Derechos insaciables», *supra*, p. 248). Véanse, por ejemplo, los pasajes de Bobbio y de Kelsen citados, *infra*, en la nota 104.

92. A. Pintore, «Derechos insaciables«, *supra*, p. 250.
93. *Ibíd.*
94. *Ibíd.*, pp. 248-249.

blecidos normativamente, de todos los otros contenidos, o significados normativos o normas que, como tales, deben ser respetados. Debo, en cambio, repetir lo que he explicado hasta el aburrimiento[95]. Mis tesis sobre la democracia y los derechos fundamentales son tesis de teoría del derecho que, por lo tanto, no dicen ni deben decir nada sobre la «solución» del problema filosófico, competencia de la filosofía de la justicia, de los fundamentos de una y otros, o de su composición «en un equilibrio aceptable». Ni mucho menos pretenden decir nada sobre «soluciones» contingentes del problema de la relación entre derechos fundamentales y democracia política adoptadas en cada «particular afirmación histórica» de los ordenamientos singulares, competencia a su vez de las disciplinas jurídicas positivas. Mis tesis se limitan a dar cuenta de un hecho: que los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales, más o menos apremiantes según el grado de rigidez, a la democracia política tal como se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes. Se trata, en suma, de tesis explicativas, en absoluto normativas, dado que ofrecen únicamente una explicación de la estructura del estado («constitucional» y no simplemente «legislativo») de derecho generada por la «presencia de un núcleo de contenidos «indisponibles»» que la propia Pintore reconoce como propia de «nuestras democracias constitucionales»[96].

De otro tenor es la crítica que dirige a mi distinción Michelangelo Bovero. Bovero, que ya en el pasado criticó el uso de la expresión «democracia sustancial» objetando la oportunidad del adjetivo[97], critica, ahora, esta misma expresión objetando la oportunidad del sustantivo. Los derechos de libertad, los derechos civiles y los derechos sociales, aunque esenciales en el estado constitucional de derecho, no tendrían nada que ver con la «democracia» que, según su significado etimológico y su uso corriente, no designa más que la «forma de gobierno» basada en el «poder del pueblo». En síntesis, «un *método* para tomar decisiones colectivas»[98]. Por lo que, si se admite, como yo he afirmado, que las distintas dimensiones de la democracia son, en el plano teórico, independientes entre sí, resulta «equívoco llamar "*democracia* liberal" a un sistema político-jurídico

95. «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, pp. 141-153.

96. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 247.

97. M. Bovero, «La filosofia politica di Ferrajoli», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 399-406.

98. M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia», *supra*, p. 237.

que reconozca solamente los derechos de libertad, pero no los derechos políticos»; y «corre el riesgo de resultar capcioso llamar "*democracia* social" o (peor aun, a causa de sus viejos usos ideológicos) "sustancial", a un sistema que garantice únicamente los derechos sociales» o, incluso, denominar «*democracia* civil» a un «sistema que tutele solamente los derechos de autonomía privada»[99].

Comparto parcialmente esta crítica, y le agradezco a Michelangelo Bovero que me haya obligado a precisar el concepto de democracia que propongo. Los que resultan independientes unos de otros son los cuatro tipos de derechos fundamentales que he distinguido, en el sentido de que unos pueden subsistir incluso en ausencia de los demás. Pero es cierto que, a falta de derechos políticos, no tendría sentido, aun en presencia de las otras tres clases de derechos, hablar de «democracia». Esto quiere decir que la democracia es, ante todo y necesariamente, «política»; que la dimensión política es coesencial a la democracia; que la democracia es siempre —también o tan sólo— «democracia política». La dimensión política, en otras palabras, no es una más de las cuatro dimensiones de la democracia, como si, en su ausencia, siguiera siendo lícito hablar de «democracia civil», «liberal», «social» o «sustancial». Por una parte, se trata de una dimensión necesaria en cualquier forma de democracia y, por otra, es suficiente para caracterizar la «democracia política». En todos los casos, en efecto, «democracia» designa, como escribe con justicia Bovero, «una *cracia*, esto es, una forma de poder (de régimen político, una forma de gobierno), definida respecto a las otras *cracias* por un cierto conjunto de reglas, de competencia y de procedimiento, para la adopción de decisiones colectivas»[100].

Y sin embargo, hecha esta importante precisión, queda por definir la específica naturaleza y los caracteres específicos de esa particular «cracia», «forma de poder» o «forma de gobierno» democrática que es el estado democrático-constitucional de derecho. No es, en efecto, de la simple democracia política, y ni siquiera de la democracia en general de lo que estamos hablando aquí, sino más bien de esa específica democracia que es la *democracia constitucional*. Y en esta específica forma de «democracia», obviamente «política», el poder del pueblo en la adopción de decisiones colectivas, suficiente, además de necesario, para caracterizar el concepto genérico de democracia, es un «poder *limitado*»[101], como admite el propio Bovero,

99. *Ibíd.*, p. 238.
100. *Ibid*, p. 241.
101. *Ibíd.*

por los derechos fundamentales sancionados en las constituciones —no sólo por los derechos civiles, de libertad y sociales, sino también por los propios derechos políticos— que no pueden ser válidamente suprimidos, limitados o derogados por el mismo. No se comprende, entonces por qué este límite, que forma su característica esencial y distintiva, pueda ser ignorado o, de todos modos, «ubicada *fuera de* la democracia»[102], bien entendido, «constitucional». Pregunto: si es verdad que no tiene sentido hablar de democracia política en ausencia de derechos políticos, ¿tendría sentido hablar de liberaldemocracia en ausencia de derechos de libertad, o de socialdemocracia en ausencia de derechos sociales, o de democracia civil en ausencia de derechos civiles o bien, finalmente, de democracia constitucional en ausencia de límites y vínculos sustanciales o de contenido al método y al poder democrático?

Podemos agregar, para evitar equívocos, que la propia democracia constitucional no necesariamente es también, además de una democracia política, una liberaldemocracia y/o una socialdemocracia y/o una democracia civil. El concepto teórico de «democracia constitucional», al igual que el de constitución y que los otros conceptos de la teoría del derecho, es, en efecto, un concepto formal que designa la estructura normativa de las democracias dotadas de constitución rígida, pero que nada dice sobre los vínculos y límites de derecho positivo que ésta establece. En sede de teoría del derecho, sólo podemos decir que la democracia constitucional viene marcada por los límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que sean, establecidos en su constitución. En otras palabras, si no tiene necesariamente una dimensión civil, liberal o social, la democracia constitucional tiene, en todo caso, una dimensión sustancial que le viene impuesta por los límites y vínculos establecidos en sus normas constitucionales. Y esta dimensión será civil y/o liberal y/o social si y sólo si tales normas incluyen derechos civiles y/o liberales y/o sociales. Pero no sólo eso. La misma dimensión política de la democracia resultará garantizada constitucionalmente allí donde los derechos políticos y sus diversas formas —el sufragio universal, el principio de mayoría e, incluso, un determinado sistema electoral, como por ejemplo el proporcional, capaz de asegurar la máxima igualdad y representación de los votos emitidos— estén establecidos en las constituciones como vínculos sustanciales a las decisiones legislativas. Lo que es *forma* de la democracia se vuelve *sustancia*, es decir, límite y vínculo de contenido, cuando ella se protege de sí misma.

102. *Ibíd.*

Me parece, por tanto, justificado y recomendable por múltiples razones designar también con la palabra «democracia» a los límites y vínculos sustanciales que en ella imponen al poder del pueblo los derechos constitucionalmente establecidos. La primera es que el «poder del pueblo» o «democracia» que llamamos «constitucional» presenta, precisamente, como característica esencial, en oposición a otras formas de democracia (plebiscitaria, absoluta, totalitaria o similares), los límites y vínculos que le vienen impuestos, como dimensiones constitutivas, por los distintos tipos de derechos fundamentales establecidos en la constitución. La configuración de tales límites y vínculos como una característica «sustancial» de la democracia da cuenta, por otro lado, no sólo de la coexistencia de hecho en los actuales ordenamientos, que la teoría no puede ignorar, de ambas dimensiones —la democracia política o formal, y el estado constitucional de derecho o democracia sustancial, si se quiere— sino también de su coesencialidad axiológica. Sin la dimensión sustancial, o sea, sin el complemento del paradigma del estado (legislativo) de derecho producido por la subordinación a la ley (constitucional) de los poderes políticos supremos, incluso del legislativo, la democracia política puede no sobrevivir. La mayoría podría siempre decidir políticamente su disolución. No es una hipótesis de laboratorio. Es lo que ocurrió con el fascismo y con el nazismo, que alcanzaron el poder con elecciones ordinarias. Y no es casualidad que las constituciones rígidas hayan sido introducidas, en Italia y Alemania, precisamente tras las nefastas experiencias de su pasado. Más aun, la existencia misma de la democracia que he llamado «formal» —esto es, la democracia «política» y la «civil»— no quedaría garantizada sin los límites que le imponen los derechos fundamentales, siendo su destino resultar subvertida, como se ha dicho, por la ilimitada potestad del pueblo de suprimir —y la de cada uno de disponer de forma autónoma de— los propios derechos políticos y civiles. Todo esto significa que la dimensión política, aunque es ciertamente una condición necesaria de la democracia *constitucional*, no es, sin embargo, ni siquiera en el plano axiológico, una condición suficiente; no identifica de forma exhaustiva su significado. Por lo que su definición teórica, para ser una definición completa o, al menos, lo más completa posible, debe incluir, además, el límite a la democracia política representado por la indisponibilidad de todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, comenzando por los propios derechos políticos en los que se basa.

La segunda razón es que los derechos fundamentales son, como se ha visto, el parámetro más importante de la igualdad jurídica, la cual —en relación no sólo, como escribe Bovero, con los «derechos

específicamente políticos»[103] sino a todos los derechos fundamentales— es, a su vez, la principal característica de la democracia y ha sido siempre el valor primario del pensamiento democrático. Así, pues, los derechos fundamentales aluden a todo el «pueblo» antes que al principio de mayoría, ya que se refieren a inmunidades, poderes, expectativas y necesidades garantizados a *todos*. No sabría encontrar una formulación más clara de ambas razones que esta afirmación de Bobbio: «la democracia no es sólo un método, sino también un ideal: el ideal igualitario. Donde este ideal no inspira a los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre en vano. No puedo separar la democracia formal de la sustancial. Tengo el presentimiento de que donde sólo existe la primera, un régimen democrático no está destinado a durar»[104]. Por lo demás, si históricamente el derecho moderno ha nacido, como recuerda Bovero, de la afirmación de la primacía de los derechos sobre los deberes, la democracia moderna ha nacido de la afirmación de la primacía de los derechos sobre los poderes. En un doble aspecto: en cuanto a las modalidades de legitimación formal del poder, confiada a los derechos secundarios de autonomía política y civil; y en cuanto a los contenidos a los que el ejercicio del poder queda vinculado y funcionalizado, confiados, a su vez, junto a su legitimación sustancial, al respeto de los derechos primarios de libertad y sociales. Si, por consiguiente, entendemos el término «pueblo», a falta de algo mejor, en el sentido de «todos», la democracia (*formal*) resulta ser, en el primer aspecto, gracias a los derechos secundarios, el *poder de todos*. En el segundo aspecto, a su vez, la democracia (*sustancial*) es, gracias a los derechos primarios, el *contra-poder* de todos, es decir, el sistema de límites y vínculos opuesto por todos, a sí mismos, en garantía de todos. Es cierto, por otro lado, que los derechos fundamentales, como se verá en el apartado 8, no suponen ni requieren el consenso de todos, dado que su papel

103. *Ibid.*, p. 239.

104. «Carta de Norberto Bobbio a Guido Fassò», del 14 de febrero de 1972, publicada por Carla Faralli, «Presentazione» de G. Fassò, *La democrazia in Grecia* (1959), reimpresión ed. por C. Farralli, E. Pattaro y G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1999, p. XI. También debe recordarse H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1979, p. 341: «Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos. En la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico», de donce aparece claramente que esta «coincidencia» hace de los derechos de libertad una dimensión esencial de la democracia.

es la tutela de los sujetos más débiles frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. Pero precisamente en tanto universales, esto es, conferidos en interés de todos, es lícito suponer que más allá de la contingente fuerza o debilidad de cada uno, en la hipotética posición original descrita por John Rawls, serían suscritos por todos como seres racionales.

La tercera razón, quizá la más importante, viene provocada, precisamente, por la incomprensión de mis tesis por parte de Anna Pintore que, evidentemente, sostiene, más allá de las cuestiones terminológicas, una concepción de la democracia opuesta a la mía, pero también, me parece, a la de Bovero. Si es verdad, como ella escribe, que su intervención se propone «criticar una tendencia muy difundida dentro la filosofía político-jurídica» —la defensa de los derechos que ella llama «*insaciables*»[105] y que, por desgracia, están demasiado insatisfechos y poco saciados— el objetivo de mi trabajo es exactamente el opuesto: contrarrestar la tendencia todavía más difundida, no sólo en el sentido común sino también en la cultura política, que se expresa en la intolerancia y la desconfianza frente al constitucionalismo como sistema de límites, vínculos y garantías en relación con cualquier poder, aun contra el formalmente democrático, así como la idea de que la democracia sea «entendida», como propone Anna Pintore, únicamente «como método de elección y decisión política de individuos iguales en autonomía moral y, por ello, iguales en su capacidad de ser titulares de derechos»[106].

Se trata de una definición abiertamente normativa y no explicativa. Normativa, porque retoma la vieja idea del gobierno de los hombres, si bien democráticamente elegidos mediante su autonomía, en oposición al gobierno de las leyes, en este caso constitucio-

105. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 243.

106. *Ibíd.*, p. 246. Se trata de la definición que Anna Pintore ofrece de forma casi incidental, después asume como implícita y retoma sustancialmente al final de su intervención (*ibíd.*, p. 265), pese a haber afirmado que «obviamente, no puedo (y, por fortuna, no debo) afrontar aquí, *in extenso*, el problema de la definición del concepto de "democracia"» (*ibíd.*, p. 247). Entre los ensayos críticos en relación con el constitucionalismo me limito a recordar J. Waldron, «A Right-based Critique of Constitutional Rights»: *Oxford Journal of Legal Studies* (1993), ampliamente citado por Pintore y, en términos más problemáticos, J. C. Bayón, «Diritti, democrazia, costituzione»: *Ragion pratica* 10 (1998), pp. 41-64. Véase también, en esta misma línea, la intervención crítica de A. Ruiz Miguel, «Democracia, jueces y derechos», cit., p. 12, en relación con el papel que defiendo para los derechos fundamentales como vínculos sustanciales impuestos tanto a las dinámicas del mercado como a las contingentes mayorías, así como la tesis sostenida por P. Palombella, *op. cit.*, pp. 86-87, según la cual «la sustancia de la democracia es sólo el principio de autolegislación, y no la constitución ni, en sí misma, la idea de los derechos individuales».

nales, que limitan y vinculan dicha autonomía al respeto de los principios y los derechos que en ella se establecen. Y no explicativa, ya que ignora que los derechos fundamentales —nos guste o no— se encuentran estructuralmente sustraídos a la «autonomía» de sus «titulares». Y esto es así por el carácter rígido de su estipulación en las constituciones de los países en los que vivimos, y, precisamente, por su forma universal, es decir, por su estatuto de «normas téticas», como las he llamado, en oposición a las «normas hipotéticas» que, en cambio, no disponen, sino predisponen, como efecto de los hipotéticos actos dispositivos que prevén, derechos singulares tal como son los patrimoniales. En síntesis, la libertad de expresión no es sino el significado del artículo 21 de la Constitución que la enuncia. Pero no podemos disponer de la misma. Cualquier cosa que hagamos o queramos, no tenemos el poder de alienar dicho derecho que, nos plazca o no, ha sido establecido por una norma general y no puede quedar confiado, como los derechos patrimoniales, a nuestra autónoma disponibilidad[107].

Pero es, justamente, el reconocimiento de la rigidez de esta convención constitucional lo que alarma a Anna Pintore, al punto de advertir una posible «disolución del principio democrático» en la imagen que he propuesto de las constituciones como «contratos sociales de forma escrita y positiva» y en mi tesis de que «la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar [...] una legitimación desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales»[108]. Pintore toma al pie de la letra lo que en mi discurso es sólo una «metáfora», que yo mismo he referido a la ascendencia del constitucionalismo en las filosofías contractualistas y, al mismo tiempo, a la imagen corriente de las constituciones como «pactos fundantes de la convivencia civil» impuestos por movimientos revolucionarios «a poderes públicos, de otro modo absolutos»[109]. Y de allí deduce que yo habría relegado «el principio de autogobierno a un rincón remoto de la historia»[110], terminando así por «convertir las constituciones en

107. Justamente, y no por casualidad, es el carácter de «normas» de los derechos fundamentales el que, como se vio en el § 4, ha sido impugnado por Pintore.

108. A. Pintore, «Derechos insaciables» *supra*, p. 255. El pasaje citado aparece en mi «Derechos fundamentales», *supra*, p. 38.

109. «Derechos fundamentales», *loc. cit.*

110. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 256.

eternas. Los individuos habrían suscrito, en un momento en la historia, un pacto dotado de términos, condiciones y contenidos, y ello de una vez y para siempre. Nunca podrían cambiarlo, ya que la voluntad de todos sólo puede ser anulada por la voluntad de todos. A los titulares de los derechos se les sustrae, paradójicamente, de forma definitiva, la disponibilidad de sus *propios* derechos»[111].

Confieso mi desorientación. Esta discusión habría tenido sentido si se hubiera desarrollado en el siglo diecisiete, cuando no existían constituciones rígidas y ni siquiera constituciones ni principios democráticos y, frente a la perspectiva de un contrato constituyente «en forma escrita y positiva», Pintore se hubiese preocupado por los límites que el mismo hubiese impuesto al «principio democrático» y yo hubiera replicado ilustrando ser superiores las ventajas a los costes. En tal caso, habría afirmado que no hay razón para que tal contrato debiera ser suscrito «para siempre», sin que pueda ser «cambiado» si no es «por la voluntad de todos», y no pudiera, en cambio, pactarse su modificabilidad, como ocurre en todos los contratos societarios, por mayorías más o menos calificadas de los socios, según las reglas de su acto constitutivo y del respectivo estatuto. No me habría sido difícil, en suma, ni siquiera entonces, mostrar que la idea del contrato social puede ser bastante más que una «metáfora» de las actuales constituciones. Pero es precisamente de estas constituciones de las que estamos hablando hoy. Y estamos hablando de ellas en el plano de la teoría del derecho, que prescinde totalmente, como he afirmado otras veces, tanto de sus contenidos concretos, que bien podrían ser fútiles o, incluso, deplorables, como de su distinto grado de rigidez. Lo que en realidad cuenta en el plano teórico, y justifica la *imagen* del pacto constituyente, no son sus contingentes contenidos normativos, sino su paradigma, en virtud del cual a los titulares de los derechos constitucionalmente establecidos, nos guste más o menos, «se les priva de la disponibilidad de los propios derechos» (no por mis tesis, sino) por la forma de las normas al mismo tiempo rígidas y universales en que éstos son formulados. Precisamente, la rigidez de las normas constitucionales con las que se establecen los derechos fundamentales los sustrae a la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes, mientras su carácter universal los sustrae a la autonomía privada, ejercida mediante actos de disposición de sus titulares. No puedo vender mi derecho de voto, mi libertad de palabra o mi derecho a la salud. Mi autonomía se ejerce sólo al votar por quien

111. *Ibid.*, pp. 256-257.

quiero y al manifestar lo que pienso, y no, ciertamente, mediante el poder de vender estos derechos de la forma en que puedo vender una casa de mi propiedad o ceder mi crédito. Las cosas son así, independientemente de nuestras opciones filosóficas o políticas, y la teoría del derecho sólo tiene la tarea de dar cuenta de ello.

No me parece que haya posibilidad de discrepancia en torno a esta cuestión. Podremos discutir y disentir sobre la oportunidad de que las constituciones sean flexibles o rígidas, sobre el grado de rigidez que esté justificado o sea razonable que éstas adopten, sobre si es o no preferible que algunos de sus principios —por ejemplo, la igualdad o la libertad de conciencia— sean establecidos en ellas, como a mí me parecería justo, de forma absolutamente rígida, esto es, no modificable ni siquiera por unanimidad, incluso sobre los distintos grados de rigidez que convendría establecer para los diversos tipos de principios o derechos fundamentales y, por lo tanto, sobre una determinada jerarquía entre las distintas normas constitucionales. Pero se trataría de interesantes discusiones o discrepancias políticas o, si se quiere, de teoría o filosofía de la justicia, que nada tienen que ver con la teoría del derecho.

Cuestión distinta, de simple exégesis de un texto legal, es la de los límites al poder de reforma admitidos, por ejemplo, por la constitución italiana. También yo he sostenido, como Mario Dogliani, la tesis, obviamente opinable pero compartida por nuestra Corte constitucional, de que el artículo 2 de nuestra constitución, al declarar «inviolables» los derechos establecidos en ella, proscribe su violación o restricción por parte de todos los poderes constituidos, incluido el de reforma constitucional, y admite sólo su posible expansión. Pintore objeta esta interpretación, que es una tesis de dogmática jurídica referida al derecho positivo italiano, con un argumento teórico: se debe excluir que «el espacio moral de los derechos sea ilimitado» y que «la superficie ocupada por cada derecho, dentro del espacio moral» no «tenga nunca puntos de intersección con las otras, en forma tal que la ampliación de una de ellas puede producirse sin perjuicio para las demás», ya que «los derechos pueden, efectivamente, colisionar entre sí y, con frecuencia, entran en relaciones recíprocas de suma cero»[112].

Creo que esta tesis, que expresa una concepción bastante difundida tanto de los derechos como de la democracia, tiene una validez bastante menor de lo que hace suponer su aparente obviedad y, en cualquier caso, insuficiente para impugnar la tesis jurídica —discuti-

112. *Ibíd.*, pp. 258.

ble en el plano dogmático e incluso en el político pero, ciertamente, no en el teórico— de los límites impuestos por una constitución a su reforma. Como tesis teórica de carácter general, a su vez, es desmentida por la experiencia histórica. Sin duda, no ha sido de «suma cero» el proceso de expansión de los derechos —en cantidad, esfera de titulares y técnicas de garantías— que ha caracterizado, en el curso de poco más de dos siglos, la construcción de nuestras democracias[113]. Si sometemos, pues, a análisis las distintas relaciones entre los diversos tipos de derechos fundamentales, muy pocos de ellos resultan interpretables sobre la base de la representación topográfica sugerida por la tesis en cuestión.

Ante todo, esta tesis no vale para la mayor parte de los derechos de libertad que consisten en inmunidades o «libertades de»: como la libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o frente a las penas arbitrarias, o bien, en los ordenamientos que excluyen la pena de muerte y las penas corporales, el derecho a la vida y a la integridad personal. Vale, principalmente, para algunos derechos activos de libertad consistentes en *facultates agendi*, de conformidad con el principio kantiano que funda (los límites de) la libertad de cada uno en la posibilidad de coexistir y estar de acuerdo con la libertad de los demás[114], que no es sino el viejo principio de lesividad expresado

113. Sobre las formas de esta expansión —a través de la positivización, constitucionalización, generalización, internacionalización y especificación de los derechos fundamentales—, véanse N. Bobbio, «Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti», en *Teoria generale della politica*, cit., pp. 437-439 ; Íd., *El tiempo de los derechos*, cit., primera parte (pp. 27-127); G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* (1991), Eudema, Madrid, 1991, pp. 145-204. Bastaría con este superficial examen histórico de las múltiples formas de expansión de los derechos y de sus garantías para desmentir la tesis topográfica de Anna Pintore y la análoga de Alfonso Ruiz Miguel, «Democracia, jueces y derechos», cit., p. 12, conforme a la cual existiría «una ley empíricamente irrefutada hasta el momento: a mayor extensión del contenido de los derechos humanos, menor intensidad en sus posibilidades de protección efectiva».

114. I. Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., p. 407: «El derecho es, por tanto, el conjunto de condiciones, mediante las cuales es posible conciliar el arbitrio de cada uno con el de los demás según una ley universal de la libertad»; «Es justa toda acción que por sí o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales. Si, pues, mi acción, o en general mi estado, pueden subsistir con la libertad de los demás, según una ley general, me hace una injusticia el que me perturba en ese estado, porque el impedimento (la oposición) que me suscita no puede subsistir con la libertad de todos según leyes generales». El mismo principio, vinculado a la lesividad, aparece en el artículo 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789: «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que

por la máxima *neminem laedere*. Vale, pues, para la libertad de expresión, que no puede ejercerse con injurias o difamaciones o con lesiones de la *privacy* ajena. Vale, además, para libertad de asociación, que no puede expresarse en asociaciones para delinquir o lesivas de derechos fundamentales. Vale, finalmente, para el derecho de huelga, cuyo ejercicio, igualmente, no puede poner en riesgo derechos fundamentales ajenos, como la vida, la salud o la seguridad de otras personas.

La misma tesis no vale, en cambio, para las relaciones entre los derechos sociales a prestaciones positivas —como la asistencia sanitaria, la educación, la subsistencia y otros similares— y los otros derechos fundamentales. No es en los derechos de libertad, sino únicamente en los costes económicos que suponen, donde residen los límites que encuentra la satisfacción de los derechos sociales. Depende, por tanto, de la política, y obviamente de la riqueza de cada país, la mayor o menor medida en que, más allá de los mínimos vitales que es obligatorio asegurar, tales derechos resulten concretamente satisfechos por la legislación y la administración encargadas de garantizarlos. Aquí, más que de conflictos —en algún caso pueden configurarse (piénsese en el caso siempre mencionado del contraste entre el derecho a la salud lesionado por una producción nociva y el derecho al trabajo de quienes se encuentran ocupados en ella)— se trata casi siempre de elecciones, precisamente políticas, referidas a la parte del presupuesto estatal empleada en gasto social, a la porción del gasto destinada a la satisfacción de algún tipo de derechos sociales, a las prioridades y a los criterios de distribución de los recursos en la gestión de los respectivos servicios. Claro que estas elecciones comportan márgenes de discrecionalidad y de responsabilidad —en el plano político de la legislación, en el de gestión de la administración y en el técnico y profesional de las concretas prestaciones— que convierten a los derechos sociales en todo menos en «auto-ejecutivos». Sin embargo, no podemos configurar tales elecciones como «límites» impuestos a estos derechos por otros derechos, ni mucho menos criticar, sobre la base de este supuesto espacio común, las técnicas y opciones constitucionales dirigidas a reducir la discrecionalidad política. Como las normas (o las interpretaciones de normas) constitucionales que proscriben la reforma restrictiva de algunos derechos, o las dirigidas a vincular los presupuestos del Estado a cuotas mínimas de gasto social o, en fin, la constitucionali-

celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi».

zación de nuevos derechos, como sería, por ejemplo, el ingreso mínimo de subsistencia.

Finalmente, la tesis de los conflictos entre derechos no es sostenible, como he mostrado en el punto anterior, a propósito, sobre todo, de la relación entre los derechos de autonomía, como los derechos de voto y los civiles de intercambio e iniciativa económica, y todos los demás derechos fundamentales. Los derechos del primer tipo, como se ha dicho, son derechos-poder, dado que su ejercicio consiste en actos que producen efectos en la esfera jurídica de los demás. No son, pues, simples *facultates agendi*, sino más bien las *potestates agendi* sobre las que se fundan, respectivamente, la representación política y la economía de mercado, los poderes públicos y los privados. Se manifiesta aquí toda la importancia de las distinciones trazadas en el apartado 3 contra la confusión liberista entre poderes y libertades. Dado que los derechos de autonomía consisten en poderes jurídicos, su relación con los otros derechos fundamentales no es configurable como «conflicto», sino más bien como sujeción a la ley. Precisamente, como sujeción de los actos potestativos, sean leyes o negocios jurídicos, que directa o indirectamente son ejercicio de los primeros, a las normas constitucionales y legislativas en las cuales se estipulan los segundos. Pero éste es justamente el papel del derecho en el constitucionalismo rígido. Siendo «poderes», los derechos de autonomía están destinados, como todos los poderes en el estado constitucional de derecho, a ser sometidos a límites de leyes que impidan su ejercicio *legibus solutus*. Y está claro que la falta de límites a dicho ejercicio —indirecto, a través de representantes en el caso de la autonomía política, y directo, en el caso de la autonomía privada— equivaldría, precisamente, a esas formas de absolutismo de los poderes que la constitucionalización de los derechos fundamentales tiene como objetivo impedir.

En síntesis, «la intuición general de que los derechos colisionan»[115] y tienen, cada uno, un «espacio moral» limitado por los demás, confunde en una única problematización y dramatización derechos fundamentales de distinto tipo que, por el contrario, es preciso distinguir analíticamente: *a*) derechos-inmunidad ilimitados, dado que su garantía no interfiere con otros derechos; *b*) derechos de libertad (distintos de las simples libertades, que no son, en forma alguna, derechos), que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás; *c*) derechos sociales cuyos límites no están en los derechos fundamentales de

115. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 258.

otro tipo, sino sólo en los costes de su satisfacción, financiados con la recaudación fiscal, en perjuicio de los derechos patrimoniales; *d*) derechos-poder, que son, justamente, los que las leyes, en función de la tutela y de la satisfacción de los demás derechos constitucionales establecidos por las constituciones, tienen la tarea de someter a límites, vínculos y controles jurisdiccionales de validez y licitud. A propósito de la relación entre esta cuarta clase de derechos y el conjunto de derechos fundamentales es equivocado hablar de conflictos o de espacios recíprocamente limitados, como si se presentase en todos los casos el dilema de una elección a favor de unos o de otros. Se trata, como se ha dicho, de una relación estructural: de la sujeción de los primeros a la ley y, por tanto, a los vínculos impuestos a la «democracia formal», sea ésta política o civil, por el conjunto de derechos, de libertad y sociales, sobre los que se basa la que he llamado «democracia sustancial».

No me reconozco, por tanto, en la imagen que Anna Pintore se ha hecho de mis tesis: «de la definición del estado de derecho como democracia sustancial» afloraría — ¡potencia de las definiciones!— «una visión teórica de la democracia constitucional, en el fondo, irenista. Una visión en la que dos criterios opuestos de legitimación del poder, democracia y derechos, aparecen, por el contrario, como complementarios y armoniosamente integrados. El mensaje superficial que la definición nos transmite es que podemos tenerlos a los dos, sin tener que sacrificar el uno al otro»[116]. Yo no he pensado nunca que estos «dos criterios» sean «armoniosamente compatibles». Si no que, al contrario, he hecho explícita su oposición, afirmando que los derechos fundamentales son un límite y un vínculo a la democracia que he llamado «formal». Y he reconocido que los dos criterios, en las actuales constituciones rígidas, son de hecho «compatibles», pero de ningún modo «armoniosamente», sino más bien según formas de equilibrio contingentes, a menudo inadecuadas y siempre política y éticamente discutibles[117]. Podemos, por ejemplo, no compartir moralmente el «derecho de los ciudadanos a tener o portar armas» conferido por la segunda enmienda de la Constitución Estadounidense, o las finalidades reeducativas de la pena, en mi opinión antiliberales y sin embargo impuestas por el artículo 27 de la Constitución Italiana. Pero eso no quita para que sean límites y vínculos jurídicos a la democracia política, dado que no pueden ser suprimidos salvo median-

116. *Ibíd.*, p. 251.

117. Contra la tentación del «constitucionalismo ético», remito a *Derecho y razón*, cit., pp. 231, 460, 697 y 886.

te procedimientos agravados, e incluso podrían no serlo en absoluto donde la constitución excluyese su modificabilidad.

Son, en realidad, estos límites y vínculos los que parecen no gustar a Anna Pintore, quien, al final de su intervención, vuelve a proponer su «definición "ligera"» pero abiertamente normativa de «democracia», para nuestra fortuna, lejana, si no de los usos corrientes, ciertamente de la realidad de nuestros actuales ordenamientos democráticos. Aquí se encuentra todo el origen de nuestro desacuerdo. «Después de todo», declara Pintore, «creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no a la inversa»[118]. En absoluto: la autonomía de los individuos es sólo uno de los derechos, por lo demás sometido a la ley y no más importante, por cierto, que el derecho a la vida, la libertad de conciencia o la inmunidad frente a la tortura. Y, más adelante: «asumir como fundante el valor ético político de la autonomía supone la dolorosa consecuencia de aceptar su principal corolario, es decir, el riesgo de que sea ejercida de forma inepta, malvada o incluso autodestructiva; por eso, como se ha dicho, la democracia es el régimen del riesgo, y es un régimen trágico»[119]. Lo siento: ya hemos experimentado riesgos y tragedias similares con el fascismo y con los totalitarismos que han afligido nuestro siglo. Hemos comprendido, tras esas tragedias, que la autonomía política y la autonomía privada son, sí, derechos, pero derechos-poder que, como tales, exigen límites y vínculos. Precisamente por esto, contra sus posibles abusos, fueron inventadas las constituciones rígidas. Para que esos riesgos y esas tragedias, en la medida en que el derecho logre controlar su fuerza, no vuelvan a repetirse. Y tendremos que volver a comprenderlo hoy más que nunca, frente a las agresiones en curso a la constitución y al constitucionalismo, así como frente a los procesos de corrupción y degeneración videocrática de la representación[120], que hacen todavía más evidente que en el pasado la primacía axiológica de los derechos y del estado constitucional de derecho respecto de las formas, por desgracia cada vez más evanescentes, ficticias y, sin embargo, ellas sí, «insaciables», como bien ha escrito Vitale[121], tanto de la democracia política como de la democracia de mercado.

118. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 265.

119. *Ibíd.*

120. La literatura sobre este tema es, en la actualidad, amplísima. Me limitaré a recordar las hermosas páginas sobre la «teledemocracia» de D. Zolo, *Il principato democratico*, Feltrinelli, Milano, 1992, pp. 191 ss.

121. E. Vitale, «Sobre la fundamentación...», *supra*, p. 270.

7. C) *La paz. El derecho a la autodeterminación de los pueblos*

El tercer criterio de identificación axiológica de los derechos fundamentales es su nexo con el objetivo de la *paz*[122]. Se trata del criterio racional formulado por Thomas Hobbes mediante la justificación del derecho y del estado como instrumentos de la paz y de la tutela de la vida. El nexo de racionalidad instrumental es en este caso biunívoco: la paz, o sea, la superación de la guerra propia del estado de naturaleza, es indispensable para la garantía del derecho a la vida, la cual, a su vez, es una condición indispensable para la paz. Desde este punto de vista, el origen del propio paradigma de los derechos fundamentales bien puede remontarse a la fundamentación hobbesiana del artificio jurídico de la tutela del derecho natural a la vida, sucesivamente extendido a todos los derechos vitales cuya violación sistemática justifica la ruptura del pacto social: no el disenso sino el conflicto, incluyendo el ejercicio, como proclamaron muchas constituciones del siglo dieciocho, del derecho de resistencia. Estos derechos son, ante todo, los derechos a la vida y a la integridad personal y las libertades fundamentales frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza. Pero son también los derechos sociales a la salud, a la educación, a la subsistencia y a la seguridad social, de cuya satisfacción dependen los mínimos vitales, que en la sociedad moderna no quedan ya asegurados, como todavía podía pensar Locke, por la simple voluntad individual de cultivar tierras nuevas con el propio trabajo «pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes»[123]. Es lícito, en síntesis, establecer una correlación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantía a favor de todos estos derechos: la paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y estremecedores cuanto más amplias y efectivas sean las garantías de los mismos.

Lo mismo puede decirse del principio de la *paz internacional*, no por casualidad afirmado solemnemente como imperativo jurídico tras la segunda guerra mundial. También la paz internacional, como dice expresamente el preámbulo de la Declaración universal de 1948, tiene por «fundamento» la garantía de los derechos fundamentales «de todos los miembros de la familia humana». Es evidente que dicha paz requeriría, ante todo, reformas y garantías de tipo institucional hoy

122. Sobre los múltiples nexos entre paz y derechos, y entre guerra y violaciones de los derechos, véase, N. Bobbio, *Il terzo assente*, Sonda, Torino, 1989, pp. 92-96 [*El tercero ausente*, trad. de P. Linares, Cátedra, Madrid, 1997, pp. 97 ss.].

123. J. Locke, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. V, § 36, p. 63.

bastante improbables, como el desarme al menos tendencial de los estados y el correlativo monopolio de la fuerza a cargo de una ONU debidamente reformada en sentido democrático. Pero requeriría, además, la introducción de garantías jurídicas, comenzando por la efectiva institución del Tribunal penal sobre crímenes contra la humanidad cuyas competencias comprenden, según el artículo 5 de su Estatuto aprobado en Roma en julio de 1998, tanto las violaciones más graves de derechos humanos como las guerras de agresión. Sólo el derecho, en realidad, puede garantizar los derechos.

Una precisión de este tipo no sería necesaria, por obvia, si la tutela de los derechos humanos no hubiese sido invocada para justificar la guerra, presentada como «ética» y «humanitaria», desencadenada por la OTAN contra la Federación Yugoslava. Es evidente, en efecto, que la implicación recíproca entre paz y tutela de los derechos humanos supone que ninguna tutela de los derechos puede ser realizada mediante la guerra, antes que con el derecho. En primer lugar, porque la guerra, y tanto más la guerra moderna, que afecta casi exclusivamente a las poblaciones civiles, supone, por naturaleza, una negación del derecho y de los derechos, una violación en masa del derecho a la vida de millares de inocentes que nada puede justificar, una violencia descontrolada cuyos efectos destructivos son, como ha confirmado la guerra yugoslava, diametralmente opuestos a los fines perseguidos. En segundo lugar, porque si se desvanece el nexo entre medios y fines, entre derecho y derechos, entre forma y sustancia de su tutela, los derechos fundamentales se resuelven en una nueva, enésima abstracción, en perjuicio de las personas de carne y hueso que son sus titulares; el equivalente moderno del «bien» que ha justificado las guerras santas en todos los tiempos. Y corren el riesgo de desacreditarse como la consigna de un nuevo tipo de fundamentalismo que contrapone Occidente al resto del mundo, según la lógica identitaria de las guerras étnicas: de un lado, Occidente, del otro, el mundo restante al que Occidente pretende imponer con la violencia sus propios valores[124].

Existe, además, otro aspecto del nexo entre derechos humanos y paz que es oportuno abordar: la naturaleza y los límites de esa

124. Remito, para esta cuestión, a mi «Guerra "etica" e diritto»: *Ragion pratica* 13 (1999), pp. 117-128 [una primera versión de este texto puede verse en *Una derrota del derecho, la moral y la política*, traducción de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la democracia. Información y debate* 36 (1999)]; S. Senese, «L'insanabile contraddizione tra guerra e tutela dei diritti umani»: *Questione giustizia* 3 (1999), pp. 393-399. Véase también el notable libro de D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000.

específica figura que es el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Se trata de un problema relevante respecto de la relación entre derechos y paz, tanto porque ha estallado de forma dramática con las guerras que han ensangrentado por un decenio a la ex Yugoslavia, como porque es el propio derecho positivo el que identifica el ámbito y los límites de la autodeterminación con el objeto de alcanzar la paz.

¿Qué significa, y cuál es el alcance normativo de este derecho a la autodeterminación? La Carta de Naciones Unidas no lo define, pero lo menciona dos veces como presupuesto de la paz: las «relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones», dice el artículo 55, repitiendo el inciso 2 del artículo 1, están «basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos». Una verdadera definición ofrece, en cambio, el artículo 1 de los dos Pactos internacionales del 16/12/1966: «Todos los pueblos», afirma el primer inciso, «tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural». «Para el logro de sus fines», agrega el segundo inciso, «todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que se derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia». Se trata, pues, de un derecho complejo de «auto-nomía», articulado en dos dimensiones: *a*) la «autodeterminación interna», que consiste en el derecho de los pueblos a «decidir libremente su estatuto político» en el plano del derecho interno; *b*) la «autodeterminación externa», que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así como en el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disponibilidad de las propias riquezas y recursos.

De estas dos dimensiones, la más simple e inequívoca es, ciertamente, la de la «autodeterminación interna», que equivale al derecho fundamental de los pueblos a darse un ordenamiento democrático a través del ejercicio de los derechos políticos o, si se quiere, de la «soberanía popular». Bastante más complejo y problemático es, en cambio, el derecho de los pueblos a la autodeterminación externa. Aunque el artículo 1 de los Pactos de 1966 haya sido concebido en apoyo al proceso de descolonización que se resolvió en la creación de nuevos Estados independientes, nada en esta norma autoriza a entenderlo como un derecho a volverse Estado; al menos si por

«Estado» se entiende la forma política soberana nacida en Europa hace cuatro siglos, legitimada, ciertamente, sobre la base de la autodeterminación nacional, pero hoy en crisis. No me detendré en la naturaleza y razones de esta crisis en el actual mundo globalizado. Sólo diré que las funciones primarias del estado, que han justificado históricamente su nacimiento y que en Europa se han realizado en gran parte, han sido principalmente dos: la unificación nacional y la pacificación interna.

Y bien, en la era de la globalización, ambas funciones no sólo no han dejado de realizarse, sino que se han vuelto irrealizables a través de la fundación de nuevos Estados. El Estado no sólo ha dejado de ser un instrumento de la unificación y de la pacificación interna, sino que se ha convertido en un obstáculo tanto para una como para otra. La globalización, en efecto, está haciendo surgir, precisamente a causa de la creciente integración mundial, el valor tanto de las diferencias como de las identidades. Y está revelando, a veces de manera explosiva y dramática, el carácter artificial de los Estados, sobre todo de aquellos de formación reciente, la arbitrariedad de sus confines territoriales y lo insostenible de su pretensión de subsumir pueblos y naciones dentro de unidades forzadas que niegan las diferencias, así como las identidades comunes. Es así que la forma del Estado —en cuanto factor de inclusión forzada y de indebida exclusión, de unidad ficticia y de división— ha entrado en conflicto con la de «pueblo», convirtiéndose en una fuente permanente de guerra y de amenaza a la paz y al derecho mismo de autodeterminación de los pueblos.

Por eso, la pretensión de los pueblos de constituirse, de todos modos, en Estados es, en un mundo cada vez más integrado y en sociedades civiles cada vez más caracterizadas por la mezcla de culturas y nacionalidades diversas, una pretensión insostenible, no sólo no implicada sino incluso en contradicción con el derecho a la autodeterminación que el artículo 1, inciso 2 de la Carta de la ONU supedita a la «paz universal», y que el artículo 55 coloca como fundamento de «relaciones pacíficas entre las naciones». Se puede, pues, afirmar que el último legado envenenado de la colonización, contra la que dicho derecho fue reconocido, ha sido, precisamente, la exportación a todo el mundo de la idea del Estado como única forma de organización política. En los años siguientes a la segunda guerra mundial, la autodeterminación producida por la descolonización ha estado, de hecho, subordinada a la geografía colonial. En África y Asia, los nuevos Estados nacidos de la autodeterminación han terminado, la mayoría de las veces, por reproducir las viejas divisiones coloniales. Y la

idea de rediseñar los límites de esta geografía política estableciendo o reivindicando, en nombre de la autodeterminación, estados nacionales correspondientes a los respectivos pueblos, está resolviéndose, como muestra la tragedia de la ex-Yugoslavia, en la construcción todavía más nefasta de estados étnicos o tribales, basados en la exaltación de las identidades nacionales y en la recíproca intolerancia, hasta alcanzar incluso las formas atroces de la «limpieza étnica».

Pero incluso en el plano teórico, y no sólo en el del derecho positivo vigente, un «derecho al Estado», o peor, a la secesión, es inconcebible como derecho universal y, por tanto, fundamental, en cuanto lógicamente inconsistente y prácticamente autodestructivo. Siempre habrá en la minoría que realiza la secesión otra minoría que querrá realizarla a su vez contra la vieja minoría convertida en mayoría. Y esto rige, hoy más que nunca, al ser bastante mayor que en el pasado la mezcla de pueblos y culturas que conviven en un mismo territorio. En definitiva, lo que torna imposible la configuración como «derecho fundamental» del derecho a constituir un Estado es su no universalizabilidad, esto es, la imposibilidad, en contradicción con nuestra noción teórica de este tipo de derechos, de que el mismo sea reconocido igualmente a todos los pueblos. Nuevamente, la tragedia de la ex Yugoslavia debería servir de lección. Admitiendo que sepamos qué son un «pueblo» o una «minoría» —y cualquiera que sea lo que entendamos con estas expresiones[125]— es, de hecho, imposible generalizar este derecho en favor de todos los pueblos, ya que el mismo criterio de identificación de un pueblo será aplicable a las minorías que conviven con él en el mismo territorio y que no podrán gozar del mismo derecho sin contradecir aquel reivindicado por el pueblo mayoritario. Cabe agregar que esta tesis, que vale de manera evidente y paradigmática para el derecho de los pueblos a la autodeterminación, puede extenderse también a todos los derechos de las minorías y, en general, a todos los derechos llamados «colectivos», sean culturales, políticos o económicos. En la medida en que tales derechos no puedan configurarse, además, como derechos del individuo —lo que, por lo demás, ocurre con la mayor parte de ellos, reducibles a las libertades clásicas o a específicos derechos sociales— no son en ningún sentido universales ni, por consiguiente, de acuerdo a la definición que propongo, «fundamentales»[126].

125. Sobre la ambigüedad del concepto de «pueblo», cf. N. Bobbio, «La democrazia dei moderni parangonata a quelli degli antichi (e a quella dei posteri)», en *Teoria generale della politica*, cit., pp. 331-334.

126. Sobre la incompatibilidad entre derechos culturales en sujetos colectivos y derechos de libertad individual, véase el notable libro de E. Vitale, *Liberalismo e*

Por tanto, si no es el derecho a constituir un Estado, el derecho a la autodeterminación externa no es sino el derecho a la «autonomía», en el sentido jurídico comúnmente asociado a esta expresión: como autonomía local en el máximo número de funciones públicas, integrada por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser «privados de los propios medios de subsistencia». Está claro que este tipo de autonomía externa tiene como presupuesto la autodeterminación interna y, por tanto, la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad. Son, en efecto, los derechos de libertad los que aseguran, mediante la igual afirmación y valoración de las diferentes identidades, su recíproca tolerancia y pacífica convivencia. Y la tutela de tales derechos es la principal garantía de la paz, en virtud del principio kantiano que funda la convivencia civil en los límites que la libertad de cada uno encuentra en la libertad de los demás, y en la exclusión de la libertad salvaje del más fuerte. Pero es también evidente, por estas mismas razones y no en virtud de un imposible derecho universalizable, que dicha autonomía puede a veces exigir la independencia allí donde su lesión se resuelva —piénsese en el pueblo kurdo o en el palestino— en la opresión, en la discriminación y en la exclusión en razón de las distintas «pertenencias», y represente, además, un peligro permanente para la paz.

Desde esta perspectiva, la mejor forma de autodeterminación externa, coherente con los principios de la Carta de la ONU, parece, sin duda, la expresada por el modelo federal: no, pues, por el nacimiento de nuevos Estados sino, al contrario, por la reducción de los existentes, mediante formas de organización federal o confederal, como está ocurriendo con la Unión Europea, que, por un lado, descentralicen tanto como sea posible las funciones administrativas y de gobierno local hoy centralizadas en los Estados nacionales y, por otro lado, asocien a tales estados en formaciones políticas más amplias a los que se atribuyan las funciones públicas —legislativas, judiciales y administrativas— comunes a todos, en cuestiones de garantía de los derechos de libertad, política económica y monetaria, regulación del mercado, defensa del medio ambiente, redistribución de recursos y seguridad frente a la criminalidad.

Esta interpretación del derecho a la autodeterminación externa en el plano internacional resulta, en último término, esencial en dos aspectos: en positivo, dado que en la satisfacción del derecho así

multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 131-154.

configurado se fundan la democracia, el desarrollo económico y la garantía de la paz; en negativo, dado que la interpretación alternativa de tal derecho como pretensión de constituir un Estado contradice el principio de la paz y el de igual tutela de las diferencias. Frente a esta interpretación alternativa, es necesario afirmar la clara distinción entre pueblos como entidades culturales, tutelados por el derecho de autodeterminación, y Estados como entidades territoriales artificiales dentro de cuyos límites, gracias al propio derecho de autodeterminación, pueden convivir diversos pueblos. Si frente a la crisis de Yugoslavia, Europa, en lugar de favorecer la creación de nuevos Estados tendencialmente étnicos, como Croacia, Bosnia, Serbia y finalmente Kosovo, hubiese abierto sus puertas acogiendo en la Unión a los diversos pueblos hoy divididos y hostiles, tal vez se habrían evitado las guerras y las miles de atrocidades generadas por la intolerancia étnica. Más aun, si, hipotéticamente, todos los Estados se disolvieran en una comunidad mundial informada por el paradigma federal del estado constitucional de derecho y por la igual garantía de los derechos humanos de todos, los conflictos entre etnias perderían gran parte de sus razones, y el problema de la autodeterminación resultaría menos dramático.

8. *D) La tutela del más débil. Las falacias del relativismo cultural*

El cuarto criterio meta-ético idóneo para señalar el carácter «fundamental» de las necesidades y expectativas vitales es el que las identifica con otras tantas *leyes del más débil* frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza, es decir, de la ausencia de derechos. También aquí el nexo entre forma universal de los derechos fundamentales y tutela del más débil es el de medios a fines, propio de la relación de racionalidad estructural. Esa forma, junto al rango constitucional de las normas que la expresan, se presenta, efectivamente, como la técnica idónea para la tutela de los sujetos más débiles, en cuanto asegura la indisponibilidad e inviolabilidad de las expectativas vitales establecidas como derechos fundamentales, colocándolas al abrigo de las relaciones de fuerza propias del mercado y la política. En otras palabras: *si queremos* que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal.

Este es, por otro lado, el fundamento axiológico que coincide de manera más evidente con las razones históricas que han informado los procesos a través de los que han madurado los derechos fundamentales. De hecho, puede afirmarse que, históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia. Y han correspondido, en cada uno de estos momentos, a un contrapoder, esto es, a la negación o a la limitación de poderes, de otro modo absolutos, a través de la estipulación de un «nunca más» pronunciado ante su violencia y arbitrariedad. Aunque resulte contingente en el plano teórico, como se ha dicho, esta coincidencia entre fundamentos axiológicos e históricos de tales de derechos, no lo es en el plano político. En efecto, el hecho de que los derechos humanos y con ellos todo progreso en la igualdad, se hayan ido afirmando cada vez más, primero como reivindicaciones y después como conquistas de los sujetos más débiles dirigidos a poner término a sus opresiones y discriminaciones, no se ha debido a la casualidad sino a la creciente evidencia de violaciones de la persona percibidas como intolerables.

Creo que este cuarto criterio axiológico de identificación de los derechos fundamentales en las leyes del más débil permite resolver las dos aporías que aquejan a la doctrina de los derechos humanos, así como a las teorías antropológicas del multiculturalismo y del relativismo cultural, y a las sociológicas y vagamente comunitarias de la ciudadanía. Por un lado, la idea de que el paradigma universalista de los derechos fundamentales, producido sin duda por la cultura occidental, estaría viciado por la paradoja de su contradicción con el respeto debido a pueblos y a sujetos de diversa cultura a las que pretenderíamos imponerlo. Por otro, la idea de que, a la inversa, la validez de los derechos fundamentales supondría un cierto grado de consenso social, que sólo puede revelarse en el sentido de pertenencia expresado por la ciudadanía en nuestros ordenamientos occidentales y no, ciertamente, en culturas diferentes a las nues-

tras[127]. «El lenguaje de los derechos» escribe Baccelli, «lleva consigo marcas indelebles de "nuestra" tradición política y jurídica [...] Resulta, por ello, oportuno preguntarse hasta qué punto los "derechos fundamentales" presentan validez intercultural»[128].

También estas ideas —junto a la tesis «realista» criticada en el apartado 5, que concibe a los derechos humanos como un apéndice de la ciudadanía entendida como pertenencia a una supuesta monocultura occidental antes que como un factor de unificación política y una garantía del pluralismo cultural— deben a mi juicio cuestionarse. Identificaré tres órdenes de falacias en las que incurren las críticas que, a partir de ellas, se dirigen al universalismo de los derechos fundamentales.

La primera falacia, de tipo *meta-ético*, es la que invalida la crítica dirigida por el relativismo cultural. Esta crítica es, ante todo, contradictoria porque se realiza en nombre del mismo universalismo que intenta objetar. Su significado normativo, de hecho, es el igual valor que asocia, además de (o antes que) a las personas, a sus identidades culturales, sus éticas y sus culturas; y no sólo a su ser sino también a su hacer. Paradójicamente, el relativismo cultural está viciado de un exceso extremista de universalismo que indica una falacia naturalista: la derivación, del reconocimiento de hecho de la pluralidad y diversidad de las culturas, de la tesis ética y normativa de su igual valor. El relativismo cultural desplaza, así, a un nivel meta-lingüístico y meta-ético el formalismo jurídico y el universalismo ético de los derechos humanos, cuya base es necesariamente individualista al referirse, según el paradigma kantiano, únicamente

127. Un lúcido análisis crítico de los argumentos de los defensores del multiculturalismo contra la pretensión universalista de los valores liberales y de los derechos fundamentales y, en particular, de las contradicciones presentes en las diferentes formas de sincretismo liberal-comunitario —del segundo Rawls a Ronald Dworkin, Michael Walzer y Will Kymlicka— aparece en E. Vitale, *Liberalismo e multiculturalismo*, cit. Sobre las relaciones entre universalismo de los derechos fundamentales y particularismo de los derechos culturales, véase J. de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994; Íd., «Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías», en J. de Lucas (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 251-312.

128. L. Baccelli, «Derechos sin fundamento», *supra*, p. 204. Baccelli ha dirigido críticas parecidas al universalismo de los derechos en su libro titulado significativamente *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'individualismo*, Carocci, Roma, 1999, en particular en las páginas 146-155. Véanse también las críticas, del mismo tenor, de D. Zolo, *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 161-169; Íd., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, cit., cap. III, § 6.

a los seres humanos individuales. Lo desplaza, precisamente, al nivel de la valoración de las culturas, o si se quiere, de sus respectivas éticas. Se comprende que, en este sentido, el relativismo cultural sea el equivalente antropológico del relativismo moral, o sea, de una doctrina ética inconsistente desde el punto de vista lógico antes aun que ético, dado que equivale al indiferentismo moral y a la aceptación de cualquier moral, aun si está fundada sobre la desigualdad y la opresión y, por lo tanto, a la negación de cualquier moral. Su resultado es la aceptación de cualquier cultura, incluso la nazi o las criminales o mafiosas y, por consiguiente, la disolución, por un lado, del valor de todas las culturas y, por otro, su separación y segregación como culturas antagonistas e incomunicadas.

Existe, también, una segunda y más grave falacia, de tipo más bien *jurídico*, que vicia la crítica del universalismo de los derechos en cuanto no compartido universalmente. El universalismo del principio de igualdad y de los derechos es dos cosas a la vez: una doctrina ética y una convención jurídica. Como doctrina ética es una doctrina formal que enuncia el igual valor de la persona y que puede ser expresada con la máxima kantiana según la cual toda persona debe ser tratada como fin y no como medio. Como convención jurídica es un conjunto de normas puestas para tutela de los individuos frente a la ley del más fuerte y que, por eso, he llamado las leyes del más débil. La falacia en la que incurren el relativismo cultural y las doctrinas que ven el anclaje de los derechos humanos en las ciudadanías de los ordenamientos en los cuales arraigan culturalmente, consiste en la confusión entre el universalismo de los derechos como convención jurídica y el universalismo como doctrina moral, es decir, en la suposición que el primero implica y/o deba implicar la aceptación del segundo. Ciertamente, la convención jurídica de la universalidad de los derechos fundamentales es un producto histórico de la correspondiente doctrina moral. Pero no implica en absoluto su aceptación, ni en el plano empírico ni en el axiológico.

Es falso, ante todo, que las normas sobre derechos fundamentales *supongan de hecho* que estos sean compartidos desde el punto de vista moral, no digamos por todos, sino incluso sólo por la mayoría de quienes pertenecen a nuestra cultura por la que han sido producidos. El primer derecho de libertad conquistado por el liberalismo fue un derecho típicamente cultural: la libertad religiosa que, así, nació como respeto de *otras* culturas, es decir, de las herejías y de las religiones distintas a la dominante. Pero que no era, en modo alguno, compartido por la cultura católica habitual, que, por el contrario, se le opuso fuertemente. El liberalismo, comenzando por la

libertad de conciencia, figuró en el *index* de la Iglesia católica hasta el siglo que acaba de finalizar. Más aun, es absolutamente ilusoria la idea de que los derechos humanos expresen una ética compartida, dentro de nuestra cultura, por la mayoría de los ciudadanos. Un referéndum realizado en tiempos de Beccaria sobre su *De los delitos y de las penas* habría recibido sólo el consenso de Beccaria y algunas decenas de sus amigos. Tampoco habría tenido mayor éxito, si hubiese sido sometida a votación, la Declaración de derechos de 1789. Y, todavía hoy, sería de temer un referéndum sobre las garantías penales y procesales.

Por otro lado, la idea de que todos o incluso sólo la mayoría deban compartir los valores expresados por los derechos fundamentales es una tesis axiológica profundamente antiliberal. La teoría garantista del estado constitucional de derecho, basada en la separación laica entre derecho y moral, no sólo no supone sino que tampoco requiere, ni debe requerir, la adhesión a los valores ético-políticos qué este incorpora jurídicamente. Son, de hecho, estos mismos valores los que imponen no imponer ningún tipo de ética o de credo político, ni siquiera democrático o liberal, lo cual debe respetarse incluso frente a quienes no los compartan, sean subversivos o delincuentes[129]. Naturalmente, una cierta adhesión social es una condición pragmática indispensable para la efectividad de los derechos fundamentales. Esto vale para todo el derecho, que es un universo simbólico, es decir, un mundo de signos y significados cuya efectividad y funcionamiento dependen de la formación de un «sentido común» en torno a él, es decir, de lo que llamamos «sentido cívico». Vale, es más, para cualquier sistema normativo: cuando veo una cola frente a una ventanilla me pongo en la cola porque entiendo y comparto su sentido normativo. Y vale, más que nunca, para los derechos fundamentales y, en general, para la democracia, que son construcciones sociales cuyo mantenimiento depende, más allá de las garantías jurídicas, de un cierto grado de consenso en torno a los valores sometidos a ellos. Sin embargo, la formación de este común sentido cívico o moral es justamente un hecho, producto de procesos políticos y culturales —ante todo, de la maduración de la conciencia de los propios derechos y de la percepción de los derechos de los demás como iguales— pero que no puede, claro está, ser impuesto por el

129. Sobre la inadmisibilidad de un código moral de obediencia a las leyes y sobre la inexigibilidad de adhesión moral a los valores del estado de derecho, remito a *Derecho y razón*, cit., pp. 927-931. Véase también, sobre la prohibición de normas penales constitutivas y, por tanto, sobre la no punibilidad de las identidades sino sólo de las acciones (*ibid.*, pp. 504-506).

propio derecho que, en un ordenamiento liberal, exige, por el contrario, la tolerancia de todas las identidades políticas —de su «ser», no, claro está, de su «hacer»— incluso de las más antiliberales y antidemocráticas. El paradigma liberal-democrático, en pocas palabras, no puede imponer jurídicamente las condiciones pragmáticas de la propia efectividad. En caso de que lo hiciera, entraría en contradicción consigo mismo, dado que negaría sus propios principios.

Finalmente, la tercera falacia, de tipo *meta-jurídico*, que vicia la crítica dirigida por el relativismo cultural al universalismo de los derechos humanos consiste en el difundido prejuicio, que ésta presupone, de que la legitimidad de tales derechos se funda sobre el consenso prestado a ellos por la mayoría. Aquí la confusión es doble. La primera es entre el «universalismo» de los derechos fundamentales, que se refiere a los sujetos a los que son atribuidos (*todos* los seres humanos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar), y la universalidad del consenso en virtud del cual se sostienen o, en todo caso, la comunión intercultural de los valores que expresan. Es claro que, en este segundo sentido, serían bastante pocos, incluso dentro de la misma cultura, los principios o los valores que podrían ambicionar una calificación semejante[130].

La segunda confusión se da entre el paradigma del estado de derecho y el de la democracia política, en virtud del cual, en efecto, una norma es legítima sólo si es querida por la mayoría. Por el contrario, a diferencia de todas las otras normas, los derechos fundamentales son precisamente derechos *contra* la mayoría, estableci-

130. Recuérdese el célebre pasaje de Beccaria: «Cualquiera que leyere con mirada filosófica los códigos de las naciones y sus anales, encontrará casi siempre cambiarse los nombres de vicio y de *virtud*, de buen *ciudadano* y de *reo*, con las revoluciones de los siglos [...] De este modo nacieron las oscurísimas nociones de honor y virtud; y son tales porque se cambian con las revoluciones del tiempo, que hace sobrevivir los nombres a las cosas, se cambian con los ríos y con las montañas que son casi siempre los confines, no sólo de la geografía física, sino también de la moral» (*Dei delitti e delle pene*, F. Venturi (ed.), Einaudi, Torino, 1981, 6, pp. 21-22 [*De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1990, pp. 36-37). En el mismo sentido, B. Pascal, *Pensées* (1669) [trad. castellana de M. Parajón, *Pensamientos*, Cátedra, Madrid, 1998, n. 60, p. 55]. «Tres grados de elevación hacia el polo vuelcan toda la jurisprudencia, un meridiano decide la verdad [...] Divertida justicia que un río limita. Verdad a este lado de los Pirineos, error al otro lado [...] El hurto, el incesto, el asesinato de hijos y padres, todo ha encontrado sitio en las acciones virtuosas». Th. Hobbes, *Tratado del ciudadano*, cit., XIV, 17, pp. 129-130: «La naturaleza del hombre es tal, que cada uno llama *bueno* a lo que desea que le hagan y *malo* a lo que trata de evitar, y así, por la diversidad de las pasiones, sucede que lo que uno llama *bueno*, otro lo llama *malo*; y el mismo llama ahora *bueno* a una cosa y enseguida lo llama *malo*».

dos en el pacto constitucional de convivencia como límites y vínculos —la «esfera de lo no decidible (qué o qué no)», como la he llamado otras veces— para todos los poderes, tanto públicos como privados. Ésta es, en efecto, la forma lógica que asegura su garantía. En cuanto se quiere tutelar un derecho como fundamental, se ha dicho, se lo sustrae a la política, esto es, a los poderes de las mayorías contingentes y, por otro lado, al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, pueden decidir su abolición o reducción.

Se trata de un punto esencial, muy a menudo incomprendido. Con frecuencia confundimos, en razón de una larga tradición politológica, la democracia con la voluntad de la mayoría. A la mayoría o, si se quiere, al pueblo soberano, todo le estaría permitido, en razón de una suerte de presunción apriorística de legitimidad de la voluntad popular. Un equívoco al que también ha contribuido la concepción del proceso constituyente inducida, directa o indirectamente, por las doctrinas contractualistas. Se supone que el contrato social, es decir, el pacto constituyente, es un contrato suscrito por la mayoría, o al menos que expresa su voluntad profunda y auténtica, interpretada por los padres constituyentes. Y se ven sus límites —piénsese en ciertas tesis del pensamiento feminista[131]— en la medida en que entre los contrayentes, o si se quiere, entre la mayoría que ha estipulado el contrato, se encuentren o hayan sido excluidos sectores relevantes de la sociedad[132].

131. Véase, por ejemplo, C. Pateman, *Il contrato sessuale* (1998), trad. it., de C. Biasini, Riuniti, Roma, 1997 [trad. castellana de M. L. Femenías y M. X. Agro Romero, *El contrato sexual*, Anthophos-UAM, Barcelona-México, 1995].

132. Cabría poner de relieve que, a diferencia de las constituciones estatales, normalmente aprobadas por mayoría en sistemas de asambleas representativas, al menos las cartas constitucionales internacionales, que son, justamente, las que valen entre pueblos y comunidades culturalmente más alejados, han recibido, históricamente, forma de tratado, votado como tal por todos los estados contratantes. Ahora bien, piénsese —además de en la Carta de la ONU, en las cartas internacionales de derechos, y, recientemente, en los tratados constituyentes con los que nació y se ha desarrollado la Unión Europea— también en la Constitución de los Estados Unidos, que, desde su origen como tratado, inderogable por vía legislativa, obtuvo inmediatamente rigidez desde la clásica decisión Marbury vs. Madison de 1803. Sobre la adhesión universal a los derechos fundamentales, documentada en la Declaración universal de los derechos del hombre —«la mayor prueba histórica, que jamás haya existido, del *consensus omnium gentium* en torno a un determinado sistema de valores»— insiste N. Bobbio, «Presente y futuro de los derechos del hombre (1968), en *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 66: «No sé si nos damos cuenta de hasta qué punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en la historia, en cuanto que por vez primera en la historia un sistema de principios fundamentales de la

Por el contrario, el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales está no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación —lo cual sería imposible y generaría, en todo caso, constituciones minimalistas e incluso regresivas— sino en que se pacte en él la no exclusión de ninguno. La no exclusión, en suma, no se refiere a la esfera de los contratantes, inevitablemente limitada a una asamblea más o menos representativa, o incluso, a un número restringido de constituyentes más o menos iluminados, sino más bien a las cláusulas del pacto. No se refiere a la forma o a los sujetos del contrato, sino a sus contenidos.

Se confirma así el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil y, al mismo tiempo, como criterios para trazar los confines entre el respeto a todos los individuos en cuanto personas, y el debido a sus diferencias culturales. Los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil frente a la ley del más fuerte, que bien puede ser la ley expresada por sus mismas culturas, incluidas las que conviven en nuestros propios países occidentales: que protegen al individuo de su propio ambiente cultural e incluso familiar, a la mujer frente al padre o al marido, al menor frente a los padres, a los oprimidos de las prácticas opresivas de sus culturas. Piénsese en la clitoritomía o en las prácticas de segregación realizadas por los talibanes: son lesiones graves en perjuicio de la integridad física, la libertad y la dignidad de las mujeres que ningún respeto de la cultura ajena puede justificar, por la misma razón por la que no es justificable el código de honor mafioso, el homicidio «por causa de honor», o el duelo y otros similares. Son, en efecto, sólo los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales, que estructuralmente son siempre individuales y no colectivos. Y sería, eso sí, un signo perverso de eurocentrismo, no ya afirmarlos, sino negarlos en perjuicio de quienes por ventura pertenecen a pueblos que no han realizado nuestro mismo recorrido histórico, «vinculándolos», como escribe Vitale, «a un es-

conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado, a través de sus gobiernos respectivos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra. Con esta Declaración un sistema de valores es (por primera vez en la historia) *universal* no en principio, sino *de hecho*, en cuanto que el consenso sobre su validez e idoneidad para regir la suerte de la comunidad futura de todos los hombres ha sido explícitamente declarado». Recuérdese también, de N. Bobbio, «Eguaglianza e dignità degli homini» (1963), en *Teoria generale della política*, cit., p. 452, donde se considera la Declaración universal como «la máxima conciencia que el hombre haya alcanzado hasta el presente, en sede jurídico política, de la sustancial unidad del género humano [...] acogida y proclamada por la mayor asamblea política que la historia haya conocido».

pecífico (además de presumiblemente irrepetible) contexto de civilización»[133]; por lo que, mientras tanto, las mujeres afganas deberían esperar, para su liberación, a que sus padres y maridos realicen su revolución francesa.

Pero más allá de este límite, rige el principio de tolerancia, es decir, la tutela de las libertades y, por tanto, el respeto de las diferencias culturales, que, precisamente, encuentran expresión y garantía en el ejercicio de las libertades. La igualdad, se ha dicho, consiste en el igual derecho a las propias diferencias —religiosas, políticas, ideológicas, nacionales y, por tanto, culturales— que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás, y de cada individuo una persona como las demás. Se entiende, de este modo, de qué manera el constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales, ante todo los de libertad, son la única garantía del pluralismo cultural, es decir, de la convivencia y del recíproco respeto entre las diversas culturas. Y queda claro, además, cómo dicha convivencia postula el mutuo reconocimiento; mientras que es un signo de nuestro inveterado imperialismo cultural la idea de que sólo los «demás» —los inmigrantes y pueblos no occidentales— deban integrarse y aprender nuestra cultura.

Desde este enfoque comparto sin duda la invitación de Baccelli «al difícil y paciente diálogo intercultural» y a «la tarea de "traducción" y clarificación entre las diferentes culturas jurídicas y las diferentes experiencias políticas»[134] que probablemente harían surgir, al menos, el valor común «de la reivindicación, de la búsqueda de reconocimiento, de la oposición al poder y a la opresión» expresada en el «gesto, típicamente humano, de alzarse y reaccionar, de afirmar su propia dignidad»[135]. También nosotros, más allá de la defen-

133. E. Vitale, «Sobre la fundamentación...», *supra*, p. 278.

134. L. Baccelli, «Derechos sin fundamento», *supra*, p. 207.

135. *Ibíd.*, p. 209. Véanse, sobre todo, las críticas de Amartya Sen al prejuicio —alimentado por los «portavoces gubernamentales» de los regímenes autoritarios con el «apoyo indirecto de posiciones intelectuales del propio Occidente»— según el cual «los "valores asiáticos" resultarían particularmente refractarios a la libertad y al resto de derechos humanos», en *Development as Freedom* (1999) [trad. castellana de E. Rabasco y L. Toharia, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000, cap. X, pp. 281, 295 y 298, ligeramente modificadas]; Íd., *Human Rights and Asian Values* (1997), trad. it. de A. Massarenti en *Laicismo indiano*, Feltrinelli, Milano, 1997, cap. 7, pp. 147-166. Contra dicho prejuicio, Amartya Sen, además de subrayar la absoluta heterogeneidad de las culturas asiáticas (como, por lo demás, la de las occidentales), recuerda que numerosos pensadores indios, chinos y musulmanes han defendido, en las más variadas épocas y mucho antes de nuestra Ilustración, el valor universal de la libertad y la tolerancia.

sa del principio de igualdad y de los consiguientes derechos fundamentales reconocidos en garantía del multiculturalismo, debemos aprender a conocer las diversas culturas y a superar nuestros prejuicios y nuestro presuntuoso analfabetismo cultural. Es ésta una condición difícil pero necesaria del proceso de afirmación de los derechos en el plano cultural que, como se ha dicho, representa la principal condición pragmática de su efectividad.

9. *El futuro de los derechos fundamentales. Tres posibles expansiones del paradigma garantista*

Los cuatro criterios —igualdad, democracia, paz y tutela del más débil— propuestos para identificar en el plano axiológico los derechos fundamentales merecedores de tutela son convergentes y complementarios entre sí. La paz no sólo se funda, como dice el preámbulo de la Declaración universal de 1948, en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales y, por tanto, de la democracia, sino que se ve amenazada por el crecimiento de las asimetrías, origen de otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles[136].

Estos criterios, por otro lado —confirmando el hecho de que la universalidad de los derechos fundamentales identificada por su definición teórica es la técnica jurídica racionalmente más idónea para su satisfacción— convergen, y no por casualidad, como se ha visto, con el derecho positivo vigente en lo que respecta a una serie de cuestiones: desde la antijuridicidad, con respecto a las actuales cartas internacionales y constitucionales, de la discriminación de la ciudadanía en la igual titularidad de la mayor parte de los derechos fundamentales; pasando por el papel que éstos desempeñan como límites y vínculos a la democracia política; hasta la imposibilidad de concebir, en el plano teórico, el derecho a la autodeterminación y otros derechos colectivos como derechos fundamentales autónomos. Pero es sobre todo en la constitucionalización de los derechos en los que se articula la democracia llamada, por ello, «constitucional», donde se manifiesta la tendencial convergencia de sus fundamentos jurídicos con sus fundamentos axiológicos, fuente de la indebida confusión que a menudo tiene lugar entre los distintos discursos. Gracias a esta convergencia, podemos identificar en la garantía de

136. E. Vitale («Sobre la fundamentación...», *supra*, p. 276) afirma que el criterio axiológico que identifica los derechos fundamentales con las leyes del más débil «comprende» a todos los demás.

los derechos fundamentales constitucionales establecidos el «fundamento», es decir, los fines, la justificación y, por así decir, la razón social de ese artificio que es el estado constitucional de derecho. Podemos, efectivamente, distinguir dos sentidos de «fines» o «razón social» de la democracia constitucional, uno descriptivo y jurídico-positivo, otro prescriptivo y axiológico. En sentido jurídico y descriptivo, podemos afirmar que los fines y la razón de cada estado constitucional de derecho consisten en la garantía de los derechos y demás principios, cualesquiera que sean y aun aquellos considerados injustos o deplorables, estipulados en su carta constitucional. En este sentido, podemos identificar en cada constitución la carta de identidad del respectivo ordenamiento jurídico y político, del mismo modo, por otra parte, en que los estatutos dictados en virtud del acto constitutivo de cualquier persona jurídica, sea un ente público, una fundación o una sociedad comercial, identifican su finalidad y su específica razón social. En sentido axiológico y prescriptivo, en cambio, podemos identificar los fines o la razón del «estado constitucional de derecho» como categoría de una filosofía política normativa, en los derechos que la misma identifica como fundamentales: por ejemplo, según el enfoque aquí propuesto, en los derechos que consideramos fundamentales sobre la base de los cuatro criterios antes formulados.

Finalmente, el análisis de nuestros cuatro criterios sirve para demostrar cómo el fundamento axiológico de los derechos fundamentales reside no ya en alguna ontología ética o en una racionalidad abstracta, sino más bien —por una convergencia, también ésta contingente, repito, en el plano lógico y teórico, pero no ciertamente en el político y sociológico— en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de las luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones de sujetos excluidos u oprimidos, que, en cada momento, han reivindicado su tutela como condiciones de unos niveles mínimos de igualdad, democracia, integración y pacífica convivencia. Estos procesos históricos, si desde el punto de vista de los derechos fundamentales pueden leerse como la historia de una progresiva expansión como leyes del más débil, desde el punto de vista de los poderes pueden leerse como la historia de una larga lucha contra su absolutismo; es decir, contra la «libertad salvaje» —fuente de guerra, desigualdad y omnipotencia del más fuerte— a la que Kant se refiere como propia del estado de naturaleza[137].

137. I. Kant, *Principios metafísicos*, cit., p. 120; Íd., *La paz perpetua*, cit., p. 25 y 26.

En este proceso de limitación y regulación de los poderes fue derrotado, en primer lugar, el absolutismo de los poderes públicos: de los poderes políticos, a través de su separación, de la representación, de la responsabilidad política y del principio de legalidad, primero ordinaria y luego constitucional; de los poderes judiciales, a través de su sujeción a la ley y al desarrollo de las garantías penales y procesales; de los poderes administrativos y policiales, a través de la afirmación del principio de legalidad en su ejercicio, y del control jurisdiccional de su actuación. Luego, fue progresivamente reducido el absolutismo de los poderes económicos y empresariales a través de las garantías de los derechos de los trabajadores y de las reglas impuestas para tutela de la competencia y de la transparencia de los negocios. Y se ha reducido el absolutismo del poder doméstico, a través de las reformas del derecho de familia y la afirmación de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. En todos estos casos, lo que eran simples libertades naturales expuestas a la arbitrariedad de los poderes públicos o privados, han sido progresivamente convertidas en derechos fundamentales de libertad, configurándose, al mismo tiempo, como leyes del más débil y como contra-poderes respecto de poderes, de otro modo, absolutos.

Hoy, el desafío que se plantea a la democracia es el generado, por un lado, por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los estados y, por el otro, por el neoabsolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales, y por la crisis de las propias constituciones estatales como «estructuras constitutivas de la soberanía»[138]. El primero de estos absolutismos se manifiesta en la rehabilitación de la guerra como medio de solución de las controversias internacionales y, por otro lado, en los crímenes contra la humanidad cometidos por los estados, y en su respectiva impunidad. Y es el resultado de la total ausencia de garantías de derecho internacional que hacen de las Cartas de Naciones Unidas y de las distintas declaraciones y convenciones sobre derechos humanos, constituciones de papel, carentes de toda efectividad. El segundo absolutismo es un neoabsolutismo regresivo y de retroceso que se manifiesta, dentro de nuestras democracias, en la crisis del *Welfare* y de las garantías tanto de los derechos sociales como de los derechos de los trabajadores, en el desplazamiento de los ámbitos de decisión y, por tanto,

138. U. Allegretti, «Globalizzazione e sovranità nazionale»: *Democrazia e diritto* 3-4 (1995), pp. 47 ss. Véase, también de Allegretti, *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 53 ss.; Íd., «Diritti e Stato nell'età della mondializzazione», Dispense del Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università di Firenze, 2000.

de sus (ausentes) garantías constitucionales, a sedes superestatales, y, en el plano interno como en el internacional, en una ausencia de reglas, abiertamente reivindicada por el actual anarco-capitalismo global, justamente, como regla fundamental, una suerte de nueva *Grundnorm* de las relaciones económicas e industriales.

Naturalmente, es imposible prever cuál será el futuro de los derechos fundamentales: si se producirá una regresión o una ulterior expansión del paradigma de la democracia constitucional, o bien, como acontece a menudo, si tendrán lugar regresiones y expansiones simultáneas o cíclicas. Podemos, no obstante, afirmar que todo dependerá del papel regulador que la política quiera confiar al derecho y de su capacidad de adecuar su paradigma constitucional y garantista a los nuevos desafíos. El constitucionalismo democrático, en efecto, no es sólo una conquista y una herencia del pasado, tal vez la herencia más importante de nuestro siglo. Es también, y sobre todo, un programa para el futuro. En un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales sancionados en las cartas constitucionales, tanto estatales como internacionales, deben ser garantizados y específicamente satisfechos. El garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, y consiste en el conjunto de técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido, en segundo lugar, de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: 1) ante todo, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los privados, tanto nacionales como transnacionales; 3) en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal, sino también del internacional.

Se trata de tres expansiones, todas igualmente exigidas por la lógica misma del paradigma garantista y constitucional que nos ha legado la tradición histórica. Este paradigma, como sabemos, nació para tutelar los derechos de libertad, fue concebido como un sistema de límites sólo frente a los poderes públicos y no frente a los económicos y privados que la tradición liberal confundió con los derechos de libertad, y ha permanecido anclado a los confines del estado nación. El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él de la democracia, se encuentra, por el contrario, encomendado a una triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, sumado al liberal, hacia un constitucionalismo de derecho privado,

sumado al de derecho público; y hacia un constitucionalismo internacional, sumado al estatal.

He hablado otras veces de la primera de estas expansiones a propósito de las lagunas en las garantías que la estipulación de los derechos sociales impone colmar. Debe agregarse, ahora, que la construcción de un estado social de derecho basado en tales garantías depende de la superación de los caracteres privatistas y burocráticos del actual *Welfare State*, ligados unos al nexo originario entre seguridad social y relaciones de trabajo, y los otros, a las formas selectivas y discrecionales propias de gran parte de las prestaciones de los aparatos administrativos. Depende, precisamente, de la introducción de adecuadas *garantías primarias*, en forma de obligaciones *ex lege* de tipo universal, correlativas a las derivadas de los derechos sociales, a cargo de la esfera pública, apoyadas, incluso, en vínculos constitucionales de cuotas mínimas de gasto social impuestas a las leyes presupuestarias, que permitirían, además, *garantías secundarias* de control jurisdiccional sobre sus eventuales lagunas o *incumplimientos*. Resultaría, de este modo, reducida al mínimo la intermediación burocrática que hoy grava la mayor parte de las prestaciones sociales y, consiguientemente, los costes, las ineficiencias, discriminaciones y las múltiples formas de corrupción que comporta. El ejemplo paradigmático, desde esta perspectiva, es la satisfacción mediante ley, de manera generalizada, del derecho social a la subsistencia, mediante la distribución de un ingreso mínimo garantizado a todos los mayores de edad o, al menos, como requiere el artículo 38 de la Constitución italiana, a cuantos se encuentren en situación de «desempleo involuntario»[139].

139. Existe, hoy, sobre el tema una extensa literatura. Entre las diferentes propuestas, recordaré el «dividendo social» o «prestación social de base» propuesto por J. Meade, «Full Employment, New Technologies and the Distribution of Income»: *Journal of Social Policy* 13 (1984), pp. 142-143; el «ingreso mínimo garantizado como derecho constitucional», incluso en forma de «suma modesta» pero «inatacable», propuesto por R. Dahrendorf, *Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 135-147 y 156; la propuesta análoga de G. Standing, «Un reddito di cittadinanza per gli europei», en *Politica e economia*, 11 noviembre 1998, que en la garantía del mínimo vital ve, además, una condición para que resulte aceptable la actual flexibilidad del trabajo; el «régimen universalista de tutela para las pensiones de base» según el modelo sueco propuesto por M. Paci, *Pubblico e privato nei moderni sistemi di Welfare*, Liguori, Napoli, 1990, pp. 100-105. Sobre el tema, véanse también los dos números monográficos dedicados por *Inchiesta* 1 (1988), y 2 (1989), al *Salario de ciudadanía*; el fascículo de *Democrazia e diritto* 1 (1990), 1, pp. 141-332, sobre *Il reddito di cittadinanza*, con escritos de Paola Negro, Gérard Martin, David Purdy, Walter Van Trier, Chiara Saraceno y Gian Guido Balandi sobre los

Y tienen, también, un esquema análogo las formas gratuitas y obligatorias que asumen prestaciones como la asistencia sanitaria y la educación para todos, garantizadas de diferente forma por el Estado social y que hoy se tiende a restringir o a suprimir en nombre del valor asociado a las privatizaciones, y de la pretendida mayor eficacia del mercado. En estos casos, en efecto, la intermediación no es burocrático-discrecional y, por lo tanto, selectiva y potestativa, sino sólo técnico-profesional; y la satisfacción de los respectivos derechos tiene lugar en consecuencia, gracias a su carácter gratuito, generalizado y obligatorio, según el paradigma de la igualdad propio de su forma universal. Obviamente, todas las formas de garantía *ex lege* dirigidas a asegurar a todos un mínimo vital y, en particular, la del ingreso mínimo garantizado, requerirían formas de recaudación fiscal lo suficientemente progresivas como para recuperar su coste de los titulares de rentas netamente superiores. Pero por costosas que sean tales garantías, el mínimo vital y la igualdad social mínima que aseguran son, en todo caso, preferibles —en el plano jurídico, político-administrativo e, incluso, económico— a los despilfarros producidos por los enormes aparatos burocráticos y parasitarios que hoy administran la asistencia social, en ocasiones, de forma corrupta y con criterios clientelistas y discriminatorios.

La segunda expansión del paradigma garantista es la impuesta por la naturaleza de derechos-poderes propia, como se ha visto, de los derechos civiles de autonomía privada. Se trata de poderes que requieren, en cuanto tales, tanto límites como vínculos. En primer lugar, los límites representados por la indisponibilidad de los derechos fundamentales, así como de los bienes iguales *fundamentales* —como los bienes *personalísimos* e inalienables que forman parte del propio cuerpo—, y de los *comunes* e inviolables —como los bienes del ambiente— cuya preservación interesa a todos. En segundo lugar, los límites y vínculos representados por las prohibiciones y

orígenes teóricos de la idea de una distribución universal de ingreso mínimo en el pensamiento de Keynes, Meade y Robinson, sobre su viabilidad política y económica, sobre sus posible formas y técnicas de garantía, límites y problemas que conlleva. Cf., además, C. Saraceno, «Una persona, un reddito»: *Politica e economia* 1 (1989); M. Paci, *La sfida della cittadinanza sociale*, Lavoro, Roma, 1990, pp. 131-146; Íd., *Welfare State*, Ediesse, Roma, 1997; L. Ferrajoli, «Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito», en *Ai confini dello stato sociale*, Manifestolibri, Roma, 1995, pp. 63-71; M. Bascetta y G. Bronzini, «Il reddito universale nella crisi della società del lavoro», en *La democrazia del reddito universale*, Manifestolibri, Roma, 1997, pp. 7-46, que contiene también escritos de Andrea Fumagalli, Claus Offe, Alain Caillé, David Purdy y Philippe Van Parijs; M. T. Consoli, «Il «Minimo vitale» tra amministrazione e legislazione»: *Sociologia del diritto* 2 (1998), pp. 51-78.

obligaciones inherentes a las relaciones de trabajo y a la tutela de los consumidores. Finalmente, las distintas formas de incompatibilidad entre los poderes públicos y privados, que forman parte del constitucionalismo profundo de toda democracia basado, ante todo, en la separación entre la esfera pública y la privada, y en la inadmisibilidad de conflictos de intereses entre ambas esferas. Estos límites y vínculos, establecidos no siempre eficazmente por los derechos estatales, son hoy arrasados por el nuevo «derecho de la globalización», modelado no ya sobre la ley sino sobre la contratación, es decir, sobre el mercado[140], y equivalente, por tanto, a un sustancial vacío de derecho que abre espacios incontrolados a la explotación del trabajo y del medio ambiente, a las diversas formas de criminalidad económica y a las correspondientes violaciones de derechos humanos.

La globalización de la economía, en ausencia de reglas, ha provocado de este modo un crecimiento exponencial de las desigualdades: el aumento de las riquezas en nuestras democráticas sociedades opulentas, y junto a ello, de la pobreza, el hambre y la explotación en el resto del mundo. Se ha calculado que la brecha de ingreso entre los países más pobres y los más ricos del planeta, que era aproximadamente de 1 a 3 en 1820, de 1 a 11 en 1913 y de 1 a 35 en 1950, se ha vuelto de 1 a 72 en 1992; y que menos de trescientos millonarios (en dólares) poseen más riqueza que la mitad de la población mundial, o sea, que tres mil millones de personas[141]. Esta

140. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

141. UNDP, *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione*, Rosenberg e Sellier, Torino, 1999, p. 55. Más exactamente, la diferencia de ingreso entre el quinto de la población mundial que vive en los países más ricos y el quinto que vive en los países más pobres era de 30 a 1 en 1960, de 60 a 1 en 1990, y de 74 a 1 en 1997 (*ibíd.*, p. 19). Se ha calculado, además, que el patrimonio de las tres personas más ricas del mundo supera la suma del producto nacional bruto de todos los países menos desarrollados y de sus 600 millones de habitantes (*ibíd.*, pp. 55 y 19); y que una contribución anual equivalente al 1% de la riqueza de las 200 personas más ricas del mundo, cuyo patrimonio es superior al ingreso conjunto del 41% de la población mundial, bastaría para asegurar el acceso universal a la educación primaria para todos (*ibíd.*, p. 55). Véase también, *ibíd.*, p. 37, el «balance del desarrollo humano» en los años 1990-1997, que confronta los datos del «progreso global» con los de la «privación global». Aunque la producción *per capita* de alimentos ha experimentado un incremento de casi un 25%, cerca de 840 millones de personas están desnutridos y casi mil millones no pueden acceder a los alimentos básicos; además, pese al incremento global en la asistencia sanitaria, de la tasa de escolarización y de la esperanza de vida y la fuerte reducción total de combustibles altamente contaminantes, se ha más que duplicado el número de enfermos de sida, 850 millones de personas son analfabetas, cerca de 3 millones mueren cada año a consecuencia de la contaminación atmosférica y más de 5 millones a causa de la contaminación del agua.

desigualdad es legitimada por la ideología liberista, según la cual la autonomía empresarial no es, como se ha visto, un poder, sujeto en cuanto tal al derecho, sino una libertad, y el mercado necesita, para producir riqueza y ocupación, no reglas sino, al contrario, no ser sometido a ningún límite y a ninguna regla. Ideas que son contrarias al modelo normativo del estado constitucional de derecho, que no admite poderes *legibus soluti*, además de insostenibles en el plano económico, ya que ningún mercado puede sobrevivir sin reglas y sin intervenciones públicas dirigidas a garantizar su respeto. Incluso hoy, por lo demás, estas intervenciones no faltan; sólo que se dan de forma prevalente en favor de los países más ricos y de las grandes empresas. Piénsese en las políticas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional en materia de deuda externa, responsables del aumento del hambre, la miseria y las enfermedades de las que son víctimas en el mundo millones de seres humanos[142].

Finalmente, la tercera expansión del paradigma garantista es la indicada en su intervención por Luigi Bonanate e impuesta por el carácter supraestatal que las declaraciones y convenciones internacionales confieren a los derechos fundamentales en modo sólo comparable a la escala planetaria alcanzada por los máximos poderes, tanto públicos como privados. Ha entrado en crisis, con el viejo estado nacional, el tradicional sistema de fuentes del derecho, fundado en la unidad, la coherencia y la plenitud de los ordenamientos estatales. Ello ha provocado una creciente incertidumbre generada, como en el derecho premoderno, por la superposición de fuentes y de ordenamientos concurrentes, además de un debilitamiento del constitucionalismo y del garantismo a causa del desplazamiento de los poderes de decisión hacia organismos supraestatales que, de hecho, deciden sin responsabilidad política y sin límites constitucionales. Piénsese en la Unión Europea que, con todo, representa el caso de integración regional sin duda más democrático y progresista. Al desplazar fuera de los límites de los estados nacionales los ámbitos y formas de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, el proceso de integración europea está, por ahora, poniendo en crisis la tradicional jerarquía de fuentes y reduciendo, en ausencia de controles parlamentarios y jurisdiccionales de constitucionalidad, el papel garantista de las constituciones nacionales. Pero piénsese, más aun, en los espacios de poder neo-absolutista que se han abierto en

142. Deben recordarse las dos sentencias del Tribunal permanente de los pueblos ya citadas en «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», *supra*, p. 177, nota 75.

el plano internacional, donde decisiones de relevancia planetaria en materia económica y militar son confiadas a restringidas cumbres de jefes de estado y de gobierno.

Es sobre todo en este plano donde hoy se manifiesta el vacío de derecho propio de la globalización. El embrión de constitución mundial formado por la Carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos se ha quedado en el papel, privado de toda garantía de efectividad y expuesto, por tanto, a todas las posibles violaciones y rupturas. Falta todavía una jurisdicción penal internacional capaz de sancionar los crímenes contra la humanidad, comenzando por la guerra, prevista como tal por el estatuto de la Corte penal internacional aprobado en Roma en julio de 1998, pero bastante lejano de las sesenta ratificaciones requeridas para su puesta en funcionamiento. Falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de Naciones Unidas cometidos en violación del principio de la paz y de los derechos humanos establecidos en el plano internacional. Falta algún sistema de obligaciones internacionales para tutela de los derechos sociales y de los mínimos vitales en los países más pobres, y alguna forma no digamos de gravamen fiscal internacional pero sí de tasa por el uso, el abuso, la apropiación y la distribución de recursos ambientales y bienes comunes del planeta por parte de los países más ricos[143]. Falta, finalmen-

143. El *Tratado sobre espacios extra-atmosféricos* de 27 de enero de 1967 califica a tales espacios como «patrimonio de toda la humanidad» imponiendo su «utilización para el bien y el interés de todos los países, cualquiera que sea el estadio de su desarrollo económico o científico» (art. 1) y excluyendo «la apropiación nacional mediante la proclamación de soberanía o actos de utilización u ocupación u otros medios» (art. 2). Igualmente, la *Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 afirma que «el Área (de alta mar) y sus recursos» —«sólidos, líquidos o gaseosos, *in situ*» o «sobre los fondos marinos o en su subsuelo» (art. 133)— «son patrimonio común de la humanidad» (art. 136), prohíbe «la apropiación por parte de cualquier Estado o persona física o jurídica» (art. 136.1) y establece que «todos los derechos sobre los recursos del Área quedan conferidos a toda la humanidad», que «estos recursos son inalienables» (art. 136.2), que «los Estados contratantes son responsables solidariamente» de los daños provocados «por empresas estatales o por personas físicas o jurídicas que posean [su] nacionalidad» (art. 139); que «las actividades en el Área se realizarán en beneficio de toda la humanidad» y que «de las ventajas económicas que se deriven» deberá «asegurarse el igual reparto [...] sobre una base no discriminatoria», «teniendo especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los Estados en vías de desarrollo» (arts. 140 y 160.2, *f* e *i*). Con esta base, se ha propuesto una tasa internacional por el disfrute de los recursos mineros de los fondos oceánicos de un 3,75% del materia extraído (idéntica a la prevista en los Estados Unidos por la extracción de minerales del

te, una organización permanente (si no el monopolio) de la fuerza a cargo de la ONU. Por lo demás, la reciente guerra de la OTAN en los Balcanes, decidida de forma soberana por unos pocos gobernantes, se ha abatido como un golpe de estado sobre este embrionario constitucionalismo internacional, amenazando con disolver por completo el proyecto universalista prefigurado por la Carta de la ONU y con provocar una regresión de la sociedad internacional al estado salvaje que ya ha llevado, en el siglo que acaba de transcurrir, a la tragedia de las guerras mundiales. La idea de sustituir a la ONU por la OTAN como garantía del orden mundial —expresada en los dos documentos *An Alliance for the 21st Century* y *The Alliance's Strategic Concept* aprobados por el Consejo atlántico en Nueva York el 23-24 de abril de 1999, y que prevén posibles intervenciones armadas dirigidas a «llevar a cabo operaciones de respuesta a crisis no previstas por el artículo 5» del Tratado de 1949— equivale, de hecho, a una reafirmación del *ius ad bellum* que representó el primer atributo de la soberanía y que ahora se restituye sólo a los Estados más ricos y fuertes, en defensa de un orden planetario cada vez más marcado por el crecimiento de las desigualdades, la concentración de las riquezas en nuestras potentes democracias y la expansión de la miseria, el hambre y la explotación en el resto del mundo.

El rasgo característico de lo que llamamos «globalización» es, por consiguiente, la crisis del derecho en un doble sentido, uno objetivo e institucional, el otro, por así decir, subjetivo y cultural: *a*) como creciente incapacidad reguladora del derecho, que se expresa en sus evidentes e incontroladas violaciones por parte de todos los poderes, públicos y privados, y en el vacío de reglas idóneas para disciplinar sus nuevas dimensiones transnacionales; *b*) como descalificación, intolerancia y rechazo del derecho, que se expresa en la idea de que los poderes políticos supremos, por el hecho de estar legitimados democráticamente, no están sometidos a reglas, ni de

subsuelo) que se desatinaría a un *Fondo en favor del desarrollo* (D. E. Marko, «A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and Proposed Alternative»: *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, 1992), y por el uso de las órbitas de los satélites en torno a la tierra y de las bandas de éter en beneficio de un *Fondo para la igualación de la deuda y el desarrollo* (G. Franzoni, *Anche il cielo è di Dio. Il credito dei poveri*, EdUP, Roma, 2000, pp. 91-113). Se ha calculado, efectivamente, que el valor de estos bienes comunes, expuestos hoy a la apropiación y disfrute exclusivo de los países más ricos según el viejo principio del *ius primi occupantis* expresamente prohibido por las convenciones antes mencionadas, podría compensar ampliamente, si se permitiese su utilización en forma de concesión limitada en el tiempo y con una adecuada remuneración pecuniaria, la deuda exterior de los países más pobres, cotitulares de los correspondientes derechos.

derecho internacional ni de derecho constitucional, y que, de igual modo, el mercado no sólo no tiene, sino que debe prescindir de reglas y límites, considerados como inútiles estorbos a su capacidad de autorregulación y promoción del desarrollo.

Frente a esta regresión de las relaciones internacionales a la lógica de la guerra, y de la economía y las relaciones de trabajo a su modelo paleo-capitalista, no hay más alternativas que el derecho y la garantía de los derechos y, obviamente, una política que tome a ambos en serio. Ciertamente, estamos asistiendo a una crisis del constitucionalismo y, más en general, de la legalidad y de los derechos humanos, tanto en el interior de nuestros ordenamientos como en las relaciones internacionales. Y sin embargo, la globalización y el crecimiento de las interdependencias y las comunicaciones hacen posible —además de indispensable, si queremos impedir un futuro de guerra, violencia, devastaciones humanas y ambientales, fundamentalismos y conflictos interétnicos sobre el fondo de una creciente desigualdad e injusticia— la perspectiva de un constitucionalismo mundial, cuyo marco y coordenadas contribuyen a proporcionar, al excluir por ilusoria la idea de la democracia en un solo país, o incluso extendida a todo el occidente capitalista, y obligan a situar el derecho y la política a la altura de los problemas. Y aunque nada autoriza a ser optimistas, es evidente que de esta perspectiva depende no sólo la legitimación sino también la supervivencia de nuestras ricas pero frágiles democracias.

PROCEDENCIA DE LOS TRABAJOS

Todos los trabajos aquí recogidos forman parte del debate sostenido a lo largo de 1998 y 1999, en la revista *Teoria Politica*, como consecuencia de la publicación del artículo de L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales». En concreto:

1. Luigi Ferrajoli, «Derechos fundamentales»; publicado en *Teoria Politica* XIV/2 (1998), pp. 3-33, con el título «Diritti fondamentali». Se reproduce la traducción de este mismo artículo ya incluida en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, ²2001, pp. 37-72.
2. Riccardo Guastini, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli»; publicado en *Teoria Politica* XIV/2 (1998), pp. 35-39, con el título «Tre problemi para Luigi Ferrajoli».
3. Ermanno Vitale, «¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli»; publicado en *Teoria Politica* XIV/2 (1998), pp. 41-48, con el título «Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli».
4. Danilo Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales". A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli»; publicado en *Teoria Politica* XV/1 (1999), pp. 3-24, con el título «Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei «diritti Fondamentali». A proposito di un saggio di Luigi Ferrajoli».
5. Mario Jori, «Ferrajoli: sobre los derechos»: publicado en *Teoria Politica* XV/1 (1999), pp. 25-48, con el título «Ferrajoli sui diritti».
6. Luigi Ferrajoli, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho»; publicado en *Teoria Politica* XV/1 (1999), pp. 49-92, con el título «I diritti fondamentali nella teoria del diritto».

7. Anna Pintore, «Derechos insaciables»; publicado en *Teoria Politica* XVI/2 (2000), pp. 3-20, con el título «Diritti insaziabili».
8. Luca Baccelli, «Derechos sin fundamento»; publicado en *Teoria Politica* XVI/2 (2000), pp. 21-34, con el título «Diritti senza fondamento».
9. Ermanno Vitale, «Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo»; publicado en *Teoria Politica* XVI/2 (2000), pp. 35-48, con el título «Sulla fondazione dei diritti fondamentali. Fra giusnaturalismo e giuspositivismo».
10. Michelangelo Bovero, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta»; publicado en *Teoria Politica* XVI/3 (2000), pp. 19-39, con el título «Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso specifico».
11. Luigi Ferrajoli, «Los fundamentos de los derechos fundamentales», publicado en *Teoria Politica* XVI/3 (2000), pp. 41-113, con el título «I fondamenti dei diritti fondamentali»

ÍNDICE DE AUTORES CITADOS

Abramovich, V.: 300
Abregú, M.: 300
Albanese, B.: 320
Alchurrón, C. E.: 307
Alexander, L.: 255
Alexy, R.: 9-10, 20, 33, 54, 76
Allegretti, U.: 373
Anderson, B.: 210

Baccelli, L.: 16, 199, 213, 267, 268, 284, 288, 289, 319, 330, 332, 338, 364, 370
Balandi, G. G.: 375
Baldassarre, A.: 338
Barbalet, J.: 31, 45, 94, 96, 312-313
Barile, P.: 76
Bascetta, M.: 376
Bauman, R.: 319
Bayón, J. C.: 347
Beccaria, C.: 271, 366, 367
Belvisi, F.: 205
Bellamy, R.: 42
Bentham, J.: 283, 306, 310
Berlin, I.: 15, 302-304, 309
Bobbio, N.: 12, 15, 18, 39, 73, 77, 78, 82, 87, 90, 95, 117, 118, 169, 197, 207, 215, 219-222, 229, 245, 248, 267, 268, 272-275, 277, 301-306, 308-309, 317, 318, 330, 333, 341, 346, 351, 356, 360, 368-369
Bohman, J.: 257
Bonanate, L.: 175, 176, 267, 334, 378
Bonaparte, N.: 41, 334
Bottomore, T. T.: 28, 65, 85, 302
Bovero, M.: 14, 36, 235-236, 288, 289, 293, 297-298, 301, 317, 318-319, 321-322, 325, 330, 342-347
Bronzini, G.: 376
Bulygin, E.: 307

Caillé, A.: 376
Calamandrei, P.: 95
Calogero, G.: 248
Carcaterra, G.: 253
Carter, I.: 303
Cassese, A.: 204, 207
Càssola, F.: 320
Castoriadis, C.: 265
Catania, A.: 335-336
Cazzaniga, G. M.: 338
Chapman, J. W.: 265
Comanducci, P.: 182, 307
Consoli, M. T.: 376
Constant, B.: 302
Conte, A.: 116, 253
Courtis, C.: 300
Copp, D.: 256
Craig, P. P.: 97, 249
Crifò, G.: 23, 320

D'Alambert, J. R.: 303
Dahl, R.: 248
Dahrendorf, R.: 103, 375
Dennett, D. C.: 108
Diciotti, E.: 205
Diderot, D.: 303, 306
Dogliani, M.: 254, 257, 350

Dworkin, R.: 56, 77, 113, 158, 201, 202, 206, 211, 223, 259, 262, 364

Edelman, M.: 249
Eibl-Eibesfeldt, I.: 99,
Elster, J.: 15, 257
Ely, J. H.: 249

Faralli, C.: 346
Fassò, G.: 346
Feinberg, J.: 208, 332
Ferguson, A.: 213
Ferrarese, M. R.: 377
Finnis, J.: 198-199
Fioravanti, M.: 97, 251
Fishkin, J. S.: 248, 257
Flores D'Arcais, P.: 249
Foa, V.: 303
Forsthoff, E.: 95
Franciosi, G.: 320
Franzoni, G.: 380
Fumagalli, A.: 376

Gauthier, D.: 256-257
Gayo: 320
Gellner, E.: 210
Gerber, K. F. von: 27, 35, 37, 38, 81, 149-150, 221
Geuna, M.: 212
Giddens, A.: 96
Gianformaggio, L.: 14, 33, 37, 76, 77, 140, 235, 236, 300, 342
Graham, K.: 255
Graziosi, M.: 44
Grimm, P.: 337-338
Grosso, E.: 320
Guastini, R.: 12, 48, 118, 140, 154-163, 169, 173-174, 182-187, 190, 191-195, 200, 224-226, 228, 267, 307, 327

Habermas, J.: 44, 71, 103, 198-199, 207, 211-212, 269
Hacker, P. M. S.: 208
Hampton, J.: 256
Hart, H. L. A.: 208, 223, 324
Hayek, F. von: 88
Hegel, G. W. F.: 282, 304
Held, D.: 96
Hirst, p.: 103,
Hobbes, T.: 39, 64, 72-73, 204, 255, 273, 277, 280, 303, 306, 309, 310, 356, 367
Hobsbawm, J.: 210
Hohfeld, W. N.: 261
Holmes, S.: 15, 258
Hume, D.: 153, 198
Huntington, S.: 103
Hurley, S.: 199, 205
Hyland, J. L.: 245, 250

Jellinek, G.: 27, 35, 38, 222
Jori, M.: 13, 33, 77, 85, 140, 141, 144-145, 152-153, 154, 159, 160-162, 175-176, 180-182, 187, 200-201, 210, 245, 253, 267

Kant, I.: 79, 83, 273, 301, 303, 304, 309, 351-352, 372
Kaser, M.: 320
Kelsen, H.: 12, 13, 17, 28, 45, 47-49, 58, 83, 107-109, 181, 183, 184, 187, 192-193, 208, 248, 341, 346
Keynes, J. M.: 376
Kunkel, W.: 320
Kymlicka, A.: 364

Laband, P.: 27
Labruna, L.: 320
Laslett, P.: 248
La Torre, M.: 208
Leoni, B.: 88
Locke, J.: 26, 29, 32, 38, 73, 81, 85, 89, 135, 149, 204, 255, 301, 356
Lohmann, G.: 90
Lombardi Vallauri, L.: 19, 180
Lucas, J. de: 44, 364
Luciani, M.: 338
Luther, J.: 254, 338

MacCormick, N.: 208
Maistre, J. de: 283
Maquiavelo, N.: 212
Marko, D. E.: 380
Marmor, A.: 246, 258, 262
Marshall, T. H.: 28, 29, 40-43, 65, 81, 85, 95-97, 149-150, 199, 302
Martin, G.: 375
Marx, K.: 86, 89-90
Mauro, T. de: 248
Mazzarese, T.: 287, 307, 322
McMurrin, S. M.: 76
Meade, J.: 375-376
Meiklejohn, A.: 249
Michelman, F.: 212

Montesquieu (de Secondat), C. L.: 303, 306
Morgenthau, H.: 101

Navarro, P.: 182
Negro, P.: 375
Nicolet, C.: 320
Nozick, R.: 258

Offe, C.: 376
Olivecrona, K.: 29
Oppenheim, F.: 310
Orlando, V. E.: 27

Paci, M.: 375-376
Palmer, R. R.: 248
Palombella, G.: 10, 257, 263, 300, 312-313, 347
Parijs, P. Van: 376
Pascal, B.: 367
Pateman, C.: 368
Pattaro, E.: 346
Paulo: 320
Peces-Barba, G.: 39, 77, 222, 224, 351
Pintore, A.: 14, 249, 267, 268, 270-272, 282, 288, 289, 322, 323-329, 340-342, 347-350, 351, 353-356
Platón: 71-72
Portinaro, P. P.: 254, 338
Pound, R.: 29
Prieto Sanchís, L.: 54
Procacci, G.: 90
Proudhon, P. J.: 89
Pugliese, G.: 23, 202-203
Purdy, D.: 375, 376

Rawls, J.: 76, 158, 198-199, 256, 347, 364
Raz, J.: 208, 251
Rehg, W.: 257
Reiman, J.: 262
Ricardo, D.: 89
Ricciardi, M.: 303
Robinson, J.: 376
Rodotà, S.: 88
Roemer, J. E.: 256
Romano, S.: 27, 35
Rorty, R.: 205
Rosenbaum, A.S.: 262
Ross, A.: 29, 126, 208
Rouland, R.: 205
Rousseau, J. J.: 32, 39, 89, 304
Ruiz Miguel, A.: 10, 288, 312, 335, 347, 351

Salerno, F.: 320
Saraceno, C.: 376
Sasso, G.: 248
Schumpeter, J.: 82
Scarpelli, U.: 114, 143
Sebok, J.: 243
Sen, A.: 206, 370
Senese, S.: 357-358
Serrao, F.: 320
Sieyès, E.-J.: 79
Shute, S.: 199, 205
Sidney, A.: 213
Slagstad, R.: 15
Smith, A.: 89
Smith, A. D.: 210
Solari, G.: 301
Spinoza, B.: 201, 213
Standing, G.: 375
Stuart Mill, J.: 89
Sunstein, C.: 245-246, 258

Talamanca, M.: 320
Thompson, G.: 103
Thompson, J.J.: 261
Tognoni, G.: 177
Trier, W. Van: 375
Tuck, R.: 203

Ulpiano, 320

Veca, S.: 67
Vertova, F. P.: 41
Villey, M.: 203
Vitale, E.: 12, 14, 63, 140, 141, 146-149, 151, 152-153, 170, 171-172, 200, 255, 267, 288, 289, 314-317, 322-323, 325, 355, 360, 364, 369-370, 371
Vitoria, F. de: 203
Vulpiani, P.: 216

Waldron, J.: 208, 245, 255, 258, 262, 265, 347
Walzer, M.: 265, 364
Weber, M.: 317
Weale, A.: 249
Wertheimer, A.: 265
Wolf, C.: 83

Wright, H. von: 307

Zagrebelsky, G.: 54, 93, 254, 338
Zolo, D.: 11, 29, 31, 45, 63, 88, 100, 102, 140, 141, 143-146, 149-153, 156, 158-160, 163-166, 167-170, 172-173, 174, 177-178, 182, 187, 200-201, 205, 210, 267, 287, 288, 312-313, 337, 338, 355, 357, 364
Zucchini, G.: 346

ÍNDICE GENERAL

Contenido 7

Prólogo: Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello 9

I. DERECHOS FUNDAMENTALES: *Luigi Ferrajoli* 19

1. Una definición formal del concepto de derechos fundamentales 19
2. Cuatro tesis en materia de derechos fundamentales 25
3. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales 29
4. Derechos fundamentales y democracia sustancial 35
5. Derechos fundamentales y ciudadanía 40
6. Derechos fundamentales y garantías 45
7. El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho. 52

1. TRES PROBLEMAS PARA LUIGI FERRAJOLI: *Riccardo Guastini* 57

1. La definición de derecho subjetivo 57
2. Universalidad de los derechos fundamentales 59
3. La indisponibilidad de los derechos fundamentales 61

2. ¿TEORÍA GENERAL DEL DERECHO O FUNDACIÓN DE UNA REPÚBLICA ÓPTIMA? CINCO DUDAS SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LUIGI FERRAJOLI: *Ermanno Vitale* 63

3. LIBERTAD, PROPIEDAD E IGUALDAD EN LA TEORÍA DE LOS «DERECHOS FUNDAMENTALES». A PROPÓSITO DE UN ENSAYO DE LUIGI FERRAJOLI: *Danilo Zolo* 75

1. Una definición formal de los «derechos fundamentales» 76
2. Lógica formal y democracia «sustancial» 81

3. La perspectiva kantiano-kelseniana del *Weltbürgerrecht* 83
4. Libertad y propiedad: ¿un equívoco semántico? 84
5. Libertad y propiedad *versus* igualdad 87
6. «Derechos sociales», garantías, eficacia 93
7. Una «ley de eficacia decreciente» de los derechos subjetivos 95
8. Derechos de libertad y ciudadanía universal 98

4. FERRAJOLI SOBRE LOS DERECHOS: *Mario Jori* 105

1. Derechos y garantías 105
2. Derechos fundamentales *v.* derechos patrimoniales 115
3. Ciudadanía y autonomía 131

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO: *Luigi Ferrajoli* 139

1. Cuestiones teóricas y cuestión meta-teórica 139
2. Derechos fundamentales y epistemología jurídica 141
3. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales 153
4. Derechos fundamentales y democracia 167
5. Derechos fundamentales y ciudadanía 172
6. Derechos y garantías 180

1. DERECHOS SIN FUNDAMENTO: *Luca Baccelli* 197

2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA EN LA TEORÍA DE FERRAJOLI. UN ACUERDO GLOBAL Y UNA DISCREPANCIA CONCRETA: *Michelangelo Bovero* 215

1. Derechos fundamentales: ¿en qué sentido? 216
2. Derechos «anteriores» a los deberes 219
3. Los adjetivos de los derechos 222
4. Derechos subjetivos: la redefinición de Ferrajoli 224
5. Derechos fundamentales y deberes de los Estados 227
6. La internacionalización de los derechos fundamentales 230
7. «Democracia sustancial»: ¿una contradicción en los términos? 234

3. DERECHOS INSACIABLES: *Anna Pintore* 243

1. El problema de la tenaza 243
2. Primera etapa: la definición de «democracia» y de «derecho fundamental» 247
3. Segunda etapa: la constitución *sub specie aeternitatis* 255
4. Tercera etapa: el carácter autoejecutivo de los derechos 259
5. El riesgo de la democracia 264

4. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ENTRE IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO: *Ermanno Vitale* 267

III. LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: *Luigi Ferrajoli* 287

1. Análisis de un problema: cuatro significados de la pregunta «¿qué derechos son fundamentales?» 287
2. Una tipología de los derechos fundamentales 291
3. Libertad negativa y libertad positiva. Derechos de libertad y derechos de autonomía 300
4. Los fundamentos de los derechos fundamentales entre iuspositivismo y iusnaturalismo. Cuatro criterios axiológicos 314
5. A) La igualdad. La aporía de la ciudadanía y la convivencia de las diferencias 329
6. B) La democracia constitucional. El método democrático y los «conflictos» entre derechos 339
7. C) La paz. El derecho a la autodeterminación de los pueblos 356
8. D) La tutela del más débil. Las falacias del relativismo cultural 362
9. El futuro de los derechos fundamentales. Tres posibles expansiones del paradigma garantista 371

Procedencia de los trabajos 383
Índice de autores citados 385
Índice general 389