

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

## 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<sup>1</sup>.

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, 2000, 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, 2001, pp. 97 ss.; «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatica 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*<sup>2</sup>, 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 semántica 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 ciudadanía 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<sup>3</sup>.

Tanto nuestra definición como la tipología de los derechos fundamentales construida a partir de ella tienen un valor teórico del todo independiente de los sistemas 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<sup>4</sup>. 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*<sup>5</sup>. 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). Convento 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<sup>6</sup>. 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»<sup>7</sup>: 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<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>— 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» (*ibid.*, 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» (*ibid.*, 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» (*ibid.*, 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 Libreria, 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 Libreria, 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» (*ibid.*, 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<sup>10</sup>.

El cuarto pasaje es de Hans Kelsen, que configura el derecho subjetivo como «un mero reflejo de una obligación jurídica»<sup>11</sup> 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»<sup>12</sup>. 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»<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup>.

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 incompre-

13. D. Zolo, «La strategia della cittadinanza», en Íd., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, 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 desigualdad 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<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>, 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<sup>18</sup>. 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 predisuelta 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 caracteres 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 indecible*: 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»<sup>19</sup>. 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 filosofía política di Ferrajoli», en *Le ragioni del garantismo*, cit., pp. 403-406).

decisiones con lo 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 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*.

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<sup>20</sup>, 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, reprecstan 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<sup>21</sup>.

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 constituyente, 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»<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup>. 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 Westfalia, 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<sup>24</sup>, 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<sup>25</sup>. 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 estatistas. 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<sup>26</sup>. 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 estatistas, 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 desestatización 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 estatista 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 restringidos 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»<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>.

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, 2000, 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, «Infermitas 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 Farinaccio», 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<sup>29</sup>. 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»<sup>30</sup>. 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»<sup>31</sup>.

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» (*ibid.*, p. 90; *Íd.*, *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» (*ibid.*, 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»<sup>32</sup> 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»<sup>33</sup>. 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 inexistencia 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 ineffectividad.

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, haciéndose 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 indecible (de lo indecible *que*, que se expresa en los derechos de libertad, y de lo indecible *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 paleo-positivista 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 decisoriales. 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<sup>34</sup>, 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, 2019; 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, 2019. 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 ineffectividad 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.

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<sup>1</sup>, 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 Mazzaresse y a Danilo Zolo la atenta lectura crítica de mi segunda réplica.

preensiones 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<sup>2</sup>, y que Ermanno Vitale y Michelangelo Bovero me invitan a no eludir<sup>3</sup>.

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 defiende, 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 reivindicados, 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*<sup>A</sup>. Los rasgos estructurales

4. «Derechos fundamentales», *supra*, p. 19. Entendiendo por «derecho subjetivo», como he aclarado, cualquier expectativa de actos jurídicos, trátase 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<sup>5</sup>; *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<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>. Pero conviene ahora precisarla, desarrollarla y, sobre todo, aclarar, como me ha solicitado Bovero<sup>8</sup>, 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, 2001, 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.

D. fundamentales,	D. de la persona		D. del ciudadano
D. primarios (sólo expectativas)	D. de libertad (expec. neg.)	libertad de	D. públicos (expectativas positivas)
		libertad para	
D. secundarios (expec. y poderes)	D. civiles (D. de autonomía privada)		D. políticos (D. de autonomía política)

Nuestra tipología objetiva, pues, coincide parcialmente con la subjetiva<sup>9</sup>. 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 « $\wedge$ » (conjunción), « $\vee$ » (disyunción), « $\neg$ » (negación), « $\rightarrow$ » (implicación) y « $\Leftrightarrow$ » (equivalencia) y los operadores (x) (cuantificador universal), ( $\Sigma$ 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).

Assumo 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( $\sum$ X) ((ASP<sub>yx</sub> · PRT<sub>x</sub>) v (ASP $\neg$ x · LES<sub>x</sub>)))
- D2 (z) (y) (CAAzy = (PERz · TITzy · M( $\sum$ x) (FAC<sub>yx</sub> · AGP<sub>x</sub>)))
- D3 (y) (POTy = M( $\sum$ X) (FAC<sub>yx</sub> · AGP<sub>x</sub>)))
- 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( $\sum$ x) (ASP<sub>y $\neg$ x</sub> · LES<sub>x</sub>)))
- D15 (y) (DSOy = (DPRy · M( $\sum$ x) (ASP<sub>yx</sub> · PRT<sub>x</sub>)))
- D16 (y) (DDAy = (DLIy · M( $\sum$ x) (ASP<sub>y $\neg$ x</sub>)))
- D17 (y) (DDIy = (DLIy · M( $\sum$ x) (ASP<sub>y $\neg$ x</sub> · FAC<sub>y</sub>)))
- 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*»<sup>10</sup>. 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»<sup>11</sup>. 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<sup>12</sup>. No nos dicen *qué* dere-

11. *Ibid.*, 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 DDly))	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)<sup>13</sup>.

### 3. Libertad negativa y libertad positiva.

#### *Derechos de libertad y derechos de autonomía*

La falta de clarificación de estas distinciones estructurales y la incompreensión 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<sup>14</sup>. 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 assiomaticizzata 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, 2000, pp. 909-918; «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su "Diritto e ragione"», en L. Gianformaggio (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*»<sup>15</sup>. 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 dottrina 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»<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup> 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<sup>18</sup>. 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»<sup>19</sup>. Una es la definida por Montesquieu como «derecho a hacer todo lo que las leyes permiten»<sup>20</sup>. 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 rousseauiano de libertad positiva (*vid. infra* n. 21) pero que, después, la entiende siempre, implícitamente, como libertad negativa; Íd., «Autonomia»: *Parole-chiave* 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 interfirieran 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»<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>, 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»<sup>23</sup>. 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, 1991, 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»<sup>24</sup>. 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. *Ibid.*

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<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>, sino también por las obligaciones que sus titulares pueden asumir en el ejercicio de sus derechos civiles<sup>27</sup>.

25. *Ibid.*

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, 1840, 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<sup>28</sup>. 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<sup>29</sup> 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» (subjeto) 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<sup>30</sup>, 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<sup>31</sup>, 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<sup>32</sup>. 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»<sup>33</sup>; 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<sup>34</sup>. 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»<sup>35</sup>. 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<sup>36</sup>, 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<sup>37</sup>, 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<sup>38</sup>, 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<sup>39</sup>, 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»<sup>40</sup>. Y propone integrarla con la referencia de los derechos fundamentales «a lo que Bobbio ha llamado la “revolución copernicana” de la modernidad jurídica»<sup>41</sup> 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<sup>42</sup>. «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»<sup>43</sup>. «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. *Ibid.*, p. 219.

42. *Ibid.*, pp. 220 y 229. Bovero habla también con razón de «novedad revolucionaria» (*ibid.*, p. 223).

43. *Ibid.*, pp. 229-230; cf. también, *ibid.*, 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»<sup>44</sup>. «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»<sup>45</sup>.

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<sup>46</sup>. ¿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»<sup>47</sup>? ¿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. *Ibid.*, p.221.

45. *Ibid.*, 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 50<sup>ème</sup> 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»<sup>48</sup>? ¿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<sup>49</sup>? 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, 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, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung* (1964), trad. it. de T. y B. Sappnuolo Vigorita, *Linee di storia giurídica romana*, Esi, Napoli, 1973, pp. 12-2727 [trad. castellana, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 16-31]; Cl. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (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<sup>50</sup>. Pero no es de ningún modo contingente ni casual en el plano político<sup>51</sup>. 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 insostenibles, 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»<sup>52</sup> y, sin embargo, afirma Vitale, «se ha tomado en serio la invitación del

50. Debo esta precisión a una observación crítica de Tecla Mazzaresse.

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»<sup>53</sup>. 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»<sup>54</sup>: 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 inagen de Vitale, como de una «piedra de toque para la dogmática jurídica»<sup>55</sup>: 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 Pintore, 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. Vale, «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» (*ibid.*, p. 276).

54. *Ibid.*, pp. 277 y 280.

55. *Ibid.*, 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»<sup>56</sup>. 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*»<sup>57</sup>, 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»<sup>58</sup>. 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. *Ibid.*, 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 *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 los 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<sup>59</sup>— 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»<sup>60</sup>. 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)»<sup>61</sup>. 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. *Ibid.*, pp. 254. Pintore retoma esta crítica en el apartado siguiente (*ibid.*, 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, *ibid.*, 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»<sup>62</sup>: 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»<sup>63</sup>. «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»<sup>64</sup>.

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»<sup>65</sup>. 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. *Ibid.*, pp. 252-253.

64. *Ibid.* «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. *Ibid.*

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<sup>66</sup>.

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»<sup>67</sup>. 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?»<sup>68</sup>. 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<sup>69</sup>. 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»<sup>70</sup>— 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»<sup>71</sup>.

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»<sup>72</sup>. 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»<sup>73</sup>. Ahora bien, *mi* opinión es

70. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, pp. 260-261.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.* 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» (*ibid.*, 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»<sup>74</sup>, 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» contruidos 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<sup>75</sup> y que, como he precisado, no constituyen de ningún modo «una teoría político-normativa de la democracia constitucional»<sup>76</sup>. Lógicamente, esa definición fundamental, 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. Posibilidad

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»<sup>77</sup> 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<sup>78</sup>. «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<sup>79</sup>. 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<sup>80</sup>, 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»<sup>81</sup>. 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<sup>82</sup>. 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»<sup>83</sup>, 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»<sup>84</sup>; ni mucho menos persiguen «la utopía de un universalismo de los derechos susceptible de ser adscrito al hombre en cuanto hombre»<sup>85</sup>. 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 2º 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 ciudadanía 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<sup>86</sup> 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, verosímelmente, 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<sup>87</sup>. 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 precondition 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<sup>88</sup>. 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»<sup>89</sup>. 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 nexa con la democracia constitucional. También este nexa 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»<sup>90</sup>. Habría incurrido, según Pintore, en un «uso abusivo del instrumento definitorio»<sup>91</sup>. 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 decidible 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»<sup>92</sup>. «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»<sup>93</sup>.

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»<sup>94</sup>, 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)» (*ibid.*, 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. *Ibid.*

94. *Ibid.*, 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<sup>95</sup>. 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»<sup>96</sup>.

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<sup>97</sup>, crítica, 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»<sup>98</sup>. 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 filosofía política 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»<sup>99</sup>.

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»<sup>100</sup>.

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»<sup>101</sup>, como admite el propio Bovero,

99. *Ibid.*, p. 238.

100. *Ibid.*, p. 241.

101. *Ibid.*

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»<sup>102</sup>, bien entendido, «constitucional». Pregunta: 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. *Ibid.*

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*»<sup>103</sup> 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»<sup>104</sup>. 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 donde 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 incompreensión 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»<sup>105</sup> 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»<sup>106</sup>.

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. *Ibid.*, 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 (*ibid.*, 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”» (*ibid.*, 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 defiende 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 autonomía disponibilidad<sup>107</sup>.

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»<sup>108</sup>. 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»<sup>109</sup>. Y de allí deduce que yo habría relegado «el principio de autogobierno a un rincón remoto de la historia»<sup>110</sup>, 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»<sup>111</sup>.

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, proscribiera 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»<sup>112</sup>.

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. *Ibid.*, 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<sup>113</sup>. 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<sup>114</sup>, 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; *Id.*, *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»<sup>115</sup> 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»<sup>116</sup>. 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<sup>117</sup>. 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. *Ibid.*, 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»<sup>118</sup>. 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»<sup>119</sup>. 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<sup>120</sup>, 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<sup>121</sup>, tanto de la democracia política como de la democracia de mercado.

118. A. Pintore, «Derechos insaciables», *supra*, p. 265.

119. *Ibid.*

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 nexos con el objetivo de la *paz*<sup>122</sup>. 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 nexos 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»<sup>123</sup>. 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 nexos 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<sup>124</sup>.

Existe, además, otro aspecto del nexos entre derechos humanos y paz que es oportuno abordar: la naturaleza y los límites de esa

124. Remito, para esta cuestión, a mi «Guerra “ética” 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<sup>125</sup>— 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»<sup>126</sup>.

125. Sobre la ambigüedad del concepto de «pueblo», cf. N. Bobbio, «La democrazia dei moderni paragonata 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 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<sup>127</sup>. «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»<sup>128</sup>.

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 que 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 comparten, sean subversivos o delincuentes<sup>129</sup>. 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<sup>130</sup>.

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<sup>131</sup>— 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<sup>132</sup>.

131. Véase, por ejemplo, C. Pateman, *Il contratto sessuale* (1998), trad. it., de C. Biasini, Riuniti, Roma, 1997 [trad. castellana de M. L. Femenías y M. X. Agro Romero, *El contrato sexual*, Antrophos-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 uomini» (1963), en *Teoria generale della politica*, 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 irrepitable) contexto de civilización»<sup>133</sup>; 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»<sup>134</sup> 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»<sup>135</sup>. 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. *Ibid.*, 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<sup>136</sup>.

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<sup>137</sup>.

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»<sup>138</sup>. 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»<sup>139</sup>.

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 «Mínimo 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<sup>140</sup>, 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<sup>141</sup>. Esta

140. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 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 (*ibid.*, 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 (*ibid.*, 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 (*ibid.*, p. 55). Véase también, *ibid.*, 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<sup>142</sup>.

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<sup>143</sup>. 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 igualdad 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.