

Gianluigi Palombella

**«DERECHOS FUNDAMENTALES.
ARGUMENTOS PARA
UNA TEORÍA»**

DOXA 22 (1999)

DERECHOS FUNDAMENTALES. ARGUMENTOS PARA UNA TEORÍA

Gianluigi Palombella
Universidad de Pisa

A medida que se asciende en globo, se arrojan al vacío cada vez más objetos concretos y cuando se alcanza la cima con alguna frase como Derechos de la Humanidad o La Democracia ha salvado el Mundo, se otea un amplio horizonte, pero se ve muy poco

W. Lippmann, *La opinión pública*

I. Para una teoría de los derechos fundamentales

La cuestión de los derechos fundamentales se presenta en su reconstrucción teórica como una encrucijada donde confluyen problemas de gran relevancia, cuestiones capitales como la definición de derecho subjetivo, el concepto de Constitución o el sentido de la democracia. Es inevitable, por tanto, que una teoría de los derechos *fundamentales* termine vinculándose a una concepción general y a una interpretación global del Estado y del Derecho.

La expresión «derechos fundamentales» se usa generalmente en el sentido de «derechos humanos», o se sustituye por ésta. Así, la Constitución italiana incluye entre sus «principios fundamentales» el reconocimiento y la garantía de los «derechos inviolables del hombre»¹.

¹ Se trata de una asimilación recurrente en la ingente literatura sobre la cuestión. En cualquier caso, conviene destacar el hecho (prueba de la incertidumbre que preside el uso de la expresión «derechos fundamentales») de que la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 se refiere en su art. 8 a los derechos «fundamentales» reconocidos al individuo «por la Constitución o por la ley». En la misma línea se inscriben: el art. 16.3, que define la familia como elemento natural y «fundamental»; el art. 21.3, que contempla en la voluntad popular la base de la autoridad; el art. 26.2, a tenor del cual, la educación debe orientarse al «fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales», como por otro lado se afirma también en el Preámbulo («los derechos y libertades fundamentales del hombre»). Se suele subrayar que la expresión es «metajurídica», infrecuente en los documentos normativos jurídicos, y de escasa presencia en la doctrina y en la filosofía política (Cfr. D. Zolo, «Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei «diritti fondamentali». A proposito di un saggio di Luigi Ferrajoli», en *Teoria politica*, XV, 1, 1999, pp. 3 ss.). Sin embargo, no parece ser del todo cierto que se trate de una expresión «metajurídica». No debemos olvidar que la Constitución italiana comienza con el título «principi fondamentali», incorporando explícita y recurrentemente los «derechos inviolables del hombre» (art. 2) y, a título de ejemplo, los arts. 13 ss. definen sin duda derechos «fundamentales» en la medida en que se refieren a derechos inviolables (las libertades). Como es sabido, se convierten también en fundamentales ciertos

Sin embargo, entre ambas expresiones existen profundas diferencias. Entre éstas es necesario subrayar al menos que la expresión «derechos humanos» es absoluta, se refiere al hombre, con independencia de cualquier contexto o especificación adicional, en tanto que «derechos fundamentales» es, por el contrario, plausiblemente abierta y *relativa*; en consecuencia, puede referirse al «hombre» y a otros elementos, ya sean ámbitos, casos, circunstancias, o bien sociedades, órdenes jurídicos o morales, y es, pues, *con respecto a estos derechos*, que puede (o debe) hablarse de fundamentación. Si se asume la inviolabilidad absoluta de los derechos humanos en cualquier Estado o en cualquier cultura, en cualquier ordenamiento jurídico o comunidad moral, puede pretenderse también la inviolabilidad de los derechos *fundamentales*, aunque sólo en el *ámbito* en el que éstos sean fundamentales.

A la vista de estas consideraciones, la expresión «derechos fundamentales» se muestra como una noción «jurídica» apropiada en todo caso para una teoría del Derecho, mientras que la expresión «derechos humanos» denota una acepción lata que entorpece su uso.

Cuando se trata, como sucede a menudo, de los derechos fundamentales del hombre, ambas expresiones tienden obviamente a coincidir. En este sentido, todos los derechos «humanos» enumerados, por ejemplo, en la Declaración de 1948, se convierten entonces en derechos fundamentales; el uso del término «fundamental» pierde así su peculiaridad, y no añade nada al significado normalmente atribuido a los inviolables derechos «humanos».

La determinación de los derechos humanos y los fundamentales debe obedecer a criterios de carácter ético y político; por lo que se refiere a los derechos humanos, normalmente se han mostrado en diversos ordenamientos occidentales como depositarios de juicios de valor que se han ido consolidando a lo largo de los dos últimos siglos. Es así como se han formado y se siguen formando catálogos, más o menos compartidos y más o menos difundidos, de derechos humanos.

Sin embargo, no cabe hablar coherentemente de derechos humanos «propios de un determinado ordenamiento jurídico», sino sólo de derechos del hombre, de acuerdo con una tensión ético-axiológica que supere toda limitación jurídica contingente. Los derechos del hombre son los que así definen una *concepción del hombre* y no un *ordenamiento* jurídico.

derechos que son previstos en otras partes del texto constitucional (por ejemplo, el art. 32 Const. o sea el derecho a la salud, que es definido como «derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad»). El derecho al trabajo, en cambio, es recogido en el art. 4 Const., entre los «*principi fondamentali*», y por tanto es fundamental además por su ubicación sistemática. Pero no es el momento de referir una extensa exposición dogmática.

Distinta es la situación en el caso de los derechos fundamentales, pues cabe hablar perfectamente de derechos (subjctivos) fundamentales *para el Derecho objetivo*, o sea para (o en) un ordenamiento jurídico (perteneciente a cualquier sociedad organizada).

Es cierto que en tales casos se tiende a establecer dos perspectivas: una, en la que «fundamental» hace referencia simplemente a los derechos humanos considerados universales, universalmente inviolables, y otra en la que la calificación «fundamental» se refiere a los derechos subjctivos «puestos» en concreto y «válidos» jurídicamente bajo un ordenamiento determinado. En un plano teórico, pero también en el práctico, es posible que lo que vale como «fundamental» bajo una perspectiva no lo valga para otra. Desde la perspectiva jurídica, cabría calificar como fundamentales «catálogos» diversos y distantes de los elaborados por la cultura de las organizaciones internacionales durante los últimos cincuenta años².

El Derecho es desde luego susceptible de crítica y evaluación en términos políticos y morales y también a partir de las propias opciones contenidas en él. La concepción que se propone en este trabajo emplea el término «fundamental» de manera *relacional* y lo reserva para los derechos que puedan serlo en el seno de un ámbito definido, y en particular en el seno de un ordenamiento jurídico, o sea *por obra del* (y en el) Derecho positivo.

En consecuencia, si algo es «fundamental» desde el punto de vista *jurídico*, tal cosa dependerá –y no puede ser de otra manera– de criterios jurídicos. Una teoría general debe tenerlo en cuenta y en esa medida debe reconocer sus propios límites con respecto a las filosofías o a las éticas de los derechos humanos. No se puede acudir, pues, a criterios éticos como criterios jurídicos, y en todo caso debe aclararse una cuestión esencial que se presenta *in limine*: por un lado, los derechos «humanos» aspiran a la universalización, a ser definidos y aplicados universalmente y a ser protegidos

² La determinación de los derechos fundamentales por su contenido obedece a criterios morales. Son de obligada referencia: Th. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, trad. de P. Maranini, Turín, 1976; G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. de L. Mancini y revisión de V. Ferrari, Milano 1993 [la obra original en español ha sido reelaborada y ampliada: G. Peces-Barba Martínez y colaboradores: R. De Asís Roig, C.R. Fernández Liesa y A. Llamas Gascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995]. Es interesante observar que Peces-Barba, en contraste con el ordenamiento constitucional italiano, excluye el derecho al trabajo del ámbito de los derechos fundamentales; su teoría considera en este caso el derecho al trabajo como incompatible con el carácter universal de los derechos fundamentales (se trataría, antes bien, de un derecho inexistente en cuanto grava en exceso la libertad de los empleadores). Sobre la cuestión de la afirmación internacional de los derechos, D. Archibugi, D. Beetham, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, trad. di P. Ferretti, Milán, 1998. Puede encontrarse una sucinta exposición de las principales propuestas teóricas en V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto*, Bari, 1997, en especial, pp. 315 ss.

también por regulaciones internacionales; pero por otro, algunos derechos fundamentales son producto de decisiones (locales) que podrían no satisfacer criterios morales «universalistas».

La razón por la que estos derechos pueden calificarse como fundamentales no puede consistir, bajo un punto de vista jurídico, en su coextensividad con los derechos humanos, por mucho que deseemos esta coincidencia axiológica y material. Lo que puede determinar la «fundamentalidad» de un derecho subjetivo desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico es su función, como sostendré en las páginas que siguen. Más allá de este extremo, abogar porque los derechos fundamentales se correspondan con la tutela de los derechos humanos es tarea de una teoría política, una filosofía del derecho, que exponga argumentos sobre su valor y su alcance prescriptivo, de modo que, una vez hechos explícitos, puedan ser incorporados a una teoría (general) *normativa* del derecho.

Tomaré como motivo central de este trabajo el problema de la definición de derecho subjetivo. La pluralidad y diversidad de las propuestas al respecto son prueba de lo controvertido de la naturaleza del concepto, pero también de su vitalidad en la cultura jurídica. En la primera parte, insistiré en la cuestión de las definiciones porque, incluso cuando en apariencia se refiere a abstracciones y formalismos, sigue determinando las concepciones de los derechos. Con frecuencia, la adopción de una definición de derecho subjetivo puede revelarse como un inútil encorsetamiento o bien, muy al contrario, como un instrumento indispensable para una elaboración ético-política determinada de los derechos subjetivos. Procederé, pues, deteniéndome en algunas cuestiones centrales:

En primer lugar, las definiciones de los derechos subjetivos y la singularización de los derechos fundamentales entre ellos. Como es sabido, dos son los rasgos centrales en la definición de derecho subjetivo que ha ofrecido el positivismo jurídico desde Bentham y Austin hasta Kelsen: su correspondencia con la obligación de otro y su capacidad para traducirse en una pretensión judicial.

Evidentemente, estos rasgos son independientes del contenido del derecho. Sin embargo, esta tradición se muestra inadecuada (y en cualquier caso resulta parcial e insuficiente) en relación con la exigencia de una definición teórica ajustada a las transformaciones de las sociedades contemporáneas. Una vez planteada la cuestión en torno a la manera de definir los derechos subjetivos y al modo como esto da lugar a tipologías diversas, surge el problema de la posibilidad de calificar como «fundamental» ciertas clases de derechos. Este problema (relativo, por ejemplo, a la inclusión entre los fundamentales de algunos tipos de derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales o los derechos sociales) presupone que es claro lo que

significa que un derecho subjetivo sea «fundamental». Ciertos esquemas conceptuales de los derechos subjetivos se manifiestan inadecuados al menos para aquellos derechos subjetivos que devienen fundamentales. Por ejemplo, una de las convicciones más extendidas es que si un derecho subjetivo exige obligaciones de abstención, entonces debe ser protegido garantizando la abstención; si, en cambio, exige prestaciones (como sucede con los derechos sociales), entonces debe ser protegido garantizando la intervención pública. Esta distinción, aun admitida con validez general, no parece aplicable al caso de derechos subjetivos que sean además fundamentales. Cuando se trata singularmente de derechos fundamentales, más bien parece que el «bien» en ellos considerado, realizado, debe ser protegido en todo caso, y que el derecho mismo consiste precisamente en un bien a salvaguardar, por medio de cualquier recurso que se revele necesario. Así, el derecho subjetivo fundamental a la libertad de expresión no consiste propiamente en la obligación de abstención por parte de nadie, sino en el bien que adjudica y que «promete» a los individuos (incluso si luego ese bien se identifica de manera no unívoca) y que es la libertad de expresión (no importa aquí si como signo de la autonomía individual o del desarrollo de la participación democrática), esto es, un bien cuya garantía no puede ciertamente agotarse en la disposición –de una vez por todas– de una prestación determinada, de un deber de abstención, pues implica claramente otras cosas. En realidad, cuando se hallan en juego derechos fundamentales, su valor, concretamente tutelado, domina el ordenamiento y la actividad de los poderes constituidos.

Ésta es la razón por la que sostengo una concepción «funcional» de los derechos fundamentales (que no se compromete con su conformidad con un catálogo de derechos «humanos»). Una definición «estructural» para cada derecho fundamental, que lo identificara con una protección *a priori* (o con una obligación o con una pretensión judicial, etc.) significaría meramente que los medios se convertirían en fines y que los instrumentos de protección ocuparían formalmente el lugar de los bienes objeto de tutela.

Un segundo paso esencial de la tesis que intento desarrollar parte de la convicción de que los derechos *fundamentales* (no son simplemente derechos subjetivos, sino derechos subjetivos que) juegan un papel «funcional» específico en el ordenamiento de un Estado constitucional de Derecho. Se presentan como *normas jurídicas* en torno a las que gira el sistema jurídico. Su fuerza moral probablemente nazca de su condición de «derechos» subjetivos, apoyados desde múltiples perspectivas por muy diversas doctrinas morales. Pero no es aquí donde radica su carácter «fundamental» para un ordenamiento, pues esta calificación concierne esencialmente a la jerarquía entre normas. Los derechos fundamentales lo son porque, y *si*, forman

parte de las normas (funcionalmente) fundamentales (o de reconocimiento) de un ordenamiento. Los derechos subjetivos que adquieren este *status*, gozan de una fuerza jurídica que no puede adquirirse de ningún otro modo.

A partir de estas reflexiones y teniendo en cuenta tesis vertidas recientemente en el debate italiano en torno a los derechos fundamentales³, discutiré aquí, en lo que constituye el tercer paso del trabajo, las opiniones relativas a la *existencia* de los derechos subjetivos, o a su *protección* y tutela efectivas. A mi juicio, la cuestión de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales debería examinarse a la luz de la concepción señalada del carácter fundamental de los derechos. Ésta impide considerar meramente *abstractos* los derechos en caso de que carezcan de protección idónea o aceptar la tesis de que la ausencia de garantías jurídicas constituye (meramente) una laguna del ordenamiento en sentido técnico. Consecuentemente, aquí se propondrá la adhesión a la necesidad de separar conceptualmente, de no hacer depender mecánicamente, la normatividad de los derechos de sus garantías, subrayada por las últimas propuestas de Ferrajoli⁴. Sin embargo, estas páginas se detienen en diversos aspectos que parten de la consideración de que si los derechos fundamentales son, a diferencia de otros derechos subjetivos, normas fundamentales, entonces está en juego con ellos y por su causa el entero ordenamiento jurídico; si los derechos fundamentales no «funcionan» en un ordenamiento jurídico, la cuestión aparentemente *se agrava* desde el punto de vista jurídico más que si la cuestión se resuelve en la carencia de garantías jurídicas idóneas, no se agota en una laguna que el *principio de la plenitud* obligue a colmar. A mi juicio, debe considerarse la hipótesis de que la ausencia de garantías –a menudo advertida incluso en los derechos que gozan de una unánime consideración o se hallan en la cúspide de declaraciones «universales»– depende de la falta de adopción de las normas jurídicas que contemplan esos derechos como «reglas de reconocimiento», en lugar de depender de una laguna de los ordenamientos. Esta conclusión aparece ligada a la concreta concepción del carácter fundamental de los derechos aquí propuesta (concepción que entre otras cosas no concierne a su «mérito», no tiene naturaleza sustantiva)⁵.

³ A partir de la publicación del ensayo de Luigi Ferrajoli, «Diritti fondamentali», en *Teoria politica*, 1998/2. Véase a propósito de este trabajo, el número siguiente de la misma revista (1999/1), con las contribuciones de D. Zolo, M. Jori y L. Ferrajoli.

⁴ Al objeto, obviamente, de dotar de obligatoriedad jurídica a la protección y desarrollo de los derechos.

⁵ Ferrajoli (*op. cit.*) ha ofrecido una definición «extensional» de derechos «fundamentales», independiente de su «mérito», una definición formal, basada en la noción de universalizabilidad, sobre la que se basa también la teoría de Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. Entre ambas propuestas existen numerosas afinidades, algunas de las cuales dependen de tesis homólogas (por ejemplo, en relación con la exclusión del derecho de propiedad del ám-

Finalmente, en la *última parte* de este trabajo me ocuparé principalmente de la relación de los derechos que calificamos como fundamentales con la democracia. Según una opinión general, los derechos fundamentales, sobre todo cuando se entiende coinciden con los derechos humanos, son el núcleo sobre el que debe asentarse una democracia efectiva. La realización de los derechos de libertad, de los derechos civiles, de los derechos políticos y de los mismos derechos económicos y sociales y, como se exige ya, de los llamados derechos culturales, constituye ciertamente una ventaja y un progreso para la democracia, puesto que sitúa a los componentes concretos del *demos*, *sus partes*, *las minorías* y *los grupos*, en condiciones de ejercer las prerrogativas que una democracia debe otorgar a sus miembros. Sin embargo, una teoría jurídica de los derechos fundamentales (que se sitúa de por sí en otro plano) no puede reconocerles a éstos carácter fundamental *en virtud de su* (eventual) *contribución* a la «democracia», sino en virtud del lugar que ocupan en un Estado de Derecho. Los derechos son fundamentales por el papel que juegan –y en tanto lo jueguen efectivamente– como normas en un ordenamiento jurídico. Ciertamente, existe una íntima relación entre la tutela de los derechos (por lo menos de algunos de ellos) y la democracia efectiva; pero esto no significa por sí solo que sean derechos universales ni que sean derechos fundamentales. Algunos derechos que aparecen íntimamente ligados a la democracia, pueden no ser considerados fundamentales en un ordenamiento jurídico dado, o puede incluso que ni siquiera estén previstos por él. Esto depende del compromiso político con la democracia y de las opciones normativas de un ordenamiento dado. La clave para la comprensión de los derechos fundamentales no es, pues, la democracia, sino la estructura del Estado de Derecho.

Por otro lado, si los derechos se calificaran como fundamentales *por virtud de su relación con la democracia*, como se hace con frecuencia, de ello cabría inferir su naturaleza instrumental respecto a los fines de la comunidad democrática; es decir, el acento recaería sobre el orden democrático como marco interpretativo de los derechos y no a la inversa. Bajo esta concepción, la tutela en sí de los derechos individuales podría tener que ceder el paso ante la prioridad del «proceso democrático» o de un bien común que quizá reuniera *in unum* moral y justicia política. Desde luego, esta conclusión no es insostenible, sino que es el fruto de una opción⁶, y por tanto de

bito de los derechos fundamentales). Por mi parte, usaré la expresión «fundamental» bajo una acepción adecuada al ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho y que denominaré «funcional» (ligada al concepto de regla de reconocimiento, apenas invocado en este contexto).

⁶ En relación con esta cuestión, véase la reciente contribución de R. Dworkin, «The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en AA.VV., *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven y Londres, 1999, pp. 81-115; en una posición alternativa, puede verse, por ejemplo, A. Calsamiglia, «Constitutionalism and Democracy», *ibi*, pp.136-142.

una teoría ético-política según la cual los derechos son fundamentales cuando proporcionan las condiciones necesarias para la realización de la democracia⁷.

La cuestión de los derechos fundamentales debería poder liberarse de estas ambigüedades. La previsión de derechos fundamentales por parte del Estado constitucional se revela sin lugar a dudas como una ventaja inestimable, un presupuesto necesario para la afirmación de una sociedad democrática; sin embargo, esto no debe inducirnos a una concepción reductivista o servil de la democracia, que la considere posible o «mejor» gracias a la prioridad concedida a los derechos individuales. Debe clarificarse y probablemente abandonarse la idea de que asegurar la inviolabilidad de los derechos fundamentales por parte *del soberano* permita, de por sí, pasar de una concepción meramente formal a una *sustancial* de la democracia.

II. El teatro de las definiciones

Las nociones de derecho subjetivo más difundidas pueden ser representadas en la teoría general del derecho europea como variantes del influyente magisterio y de la teoría de Kelsen, que operaba sobre un tejido ya particularmente sofisticado: el pandectista Windscheid se había basado en «el señorío de la voluntad» y Ihering, por el contrario, en la tesis de que el derecho subjetivo es un «interés protegido»⁸ por medio de una acción judicial.

Kelsen incorpora a la definición de derecho subjetivo las llamadas «garantías» y afirma que el derecho de uno, «presupone la obligación del otro», plenamente de acuerdo con el inglés Austin, uno de los padres del positivismo jurídico, a cuyo juicio, «el derecho subjetivo y el término obligación correspondiente expresan la misma noción, pero considerada bajo aspectos diferentes»⁹. Sin embargo, Kelsen distingue su propia tesis de la de Austin, en otro aspecto no menos importante. A tal fin, se preocupa por dotar al concepto de derecho subjetivo de una cierta autonomía semántica con respecto a la mera obligación correlativa y sostiene que el derecho subjetivo existe gracias adicionalmente a una norma que concede a su titular un derecho de

⁷ Ciertamente, en numerosos ordenamientos algunos derechos fundamentales guardan una íntima relación con la posibilidad misma de la democracia, pero la razón por la que cabe predicar «fundamentalidad» de ellos tiene que depender de la función que desempeñen en los ordenamientos jurídicos, sin que ello tenga que ver con la razón por la que se les reconoce esa función (por parte de los ciudadanos y los poderes públicos).

⁸ B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. de C. Fadda y P.E. Bensa, Turín, 1926 ; R. V. Jhering, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, trad. de Luigi Bellavite, Milán, 1885.

⁹ H. Kelsen, «La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica», en *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. de R. Treves, Turín, 1967, p. 194 (cfr. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. de W.E. Rumble, Cambridge 1995, p. 236).

acción, que de este modo haga efectiva «la obligación del otro». Si el derecho de A no se reduce simplemente a la obligación de B, esto dependería precisamente del derecho de acción del primero: «sólo aquí hay un derecho subjetivo que existe separadamente, en el sentido estricto de la palabra»¹⁰.

En consecuencia, la obligación y la acción configuran así la estructura de un derecho subjetivo. Además, el normativismo kelseniano parte de la reducibilidad de los conceptos jurídicos a normas, al ordenamiento «objetivo», y acaba reduciendo el propio derecho subjetivo a normas que, ante todo, estatuyen obligaciones¹¹.

Por otra parte, como es sabido, la noción kelseniana favorecía la pérdida de terreno de cualquier forma de sustancialismo y pretendía superar los límites de la teoría del interés, cuya principal contribución se había debido a Rudolf von Jhering, vinculándola a la titularidad de la acción procesal.

En realidad, se han contrapuesto tradicionalmente en la doctrina europea alternativas de sobra conocidas por los juristas entre la idea de un derecho subjetivo como concepto absoluto, universal, *ante positas leges*, y su opuesto como concepto enteramente absorbido por el Derecho objetivo, dependiente de éste y reducido a la prioridad de la voluntad estatal. A partir del choque de ambas concepciones, sobre el que escribió Riccardo Orestano¹² en Italia, se han propuesto alternativamente concepciones de inspiración distinta de las subjetivistas en contra de un derecho construido en torno a la voluntad (y a la propiedad), y en todo caso en función del individuo; se trata de concepciones orientadas a crear un nexo de unión entre una inspiración subjetivista y el «orden de las cosas» (*à la Savigny*) y a compensar mediante la noción de orden objetivo la insistencia sobre la libertad o sobre el *poder volitivo* del sujeto del derecho. Las definiciones de derecho subjetivo pertenecen a una u otra de estas vertientes, o persisten en el intento de superar su unilateralidad, como sucede en cierta medida de forma paralela en la historia de la oposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo.

¹⁰ Kelsen, «La dottrina pura», cit., pp. 194-5.

¹¹ Kelsen, en su reducción del derecho subjetivo a Derecho objetivo, en realidad concibe la norma jurídica no sólo como obligación, sino también como una autorización, pero concluye que si «se considera el derecho subjetivo (en el sentido de autorización) como una estructura particular de la función creadora del Derecho» (o sea, como autonomía negocial y como autonomía deliberativa pública), «desaparece completamente toda antítesis entre Derecho objetivo y derecho subjetivo; y se muestra entonces con especial claridad el carácter primario de la obligación jurídica frente al carácter secundario de la autorización». De hecho, la primera «se presenta como la función propia y sin excepción de toda norma jurídica; en cambio la segunda, como autorización de derecho privado, aparece sólo como una institución de un ordenamiento jurídico capitalista, o bien, en cuanto autorización política, se presenta como institución de un ordenamiento jurídico democrático» (Kelsen, *Lineamenti*, cit., pp. 86-7).

¹² R. Orestano, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», en *Jus*, XI, 1960, nº II.

Si algo podemos sacar en claro de los innumerables ensayos es que las definiciones cumplen una tarea preliminar para la reconstrucción del derecho, pero ninguna de ellas parece concluyente. Frente a la definición de George Jellinek, que representa un esfuerzo en favor de la mediación entre interés y voluntad¹³, las reacciones del constitucionalista francés Leon Duguit¹⁴ y más tarde de Kelsen inspiran la orientación objetivista contraria. En la doctrina de los teóricos del derecho más cercanos, del área anglosajona, sería igualmente arduo concretar una respuesta unívoca. Sin embargo, hallamos consideraciones ciertamente iluminadoras, entre ellas la que considera insostenible la tradición que une indisolublemente derecho y obligación (Bentham y Austin) y que no puede captar el *proprium* de toda la tipología del derecho subjetivo¹⁵.

A pesar de la multiplicidad de teorías, los derechos subjetivos se establecen en la historia jurídica al menos desde la época moderna¹⁶ y se convierten, especialmente cuando son concebidos como derechos fundamentales, en un elemento fundamental y esencial para la construcción de los ordenamientos, merced también a su recepción en los textos constitucionales.

III. Derechos, garantías, lagunas

La existencia de Constituciones y Cartas internacionales en cuyo núcleo se sitúan derechos que corresponden a los individuos, en cuanto hombres (o personas, ciudadanos, sujetos con capacidad de obrar), ha planteado a menudo el problema de su realización o de su eficacia material¹⁷. Pero también han surgido cuestiones, todavía más fundamentales, en torno a la corrección o la conveniencia de conservar la denominación de *derechos en sentido jurídico*, y no sólo en sentido moral o «natural», para los preceptos desprovistos de toda consecuencia y reducidos a declaraciones abstractas; es lo que sucede, de acuerdo con la opinión más extendida, cuando a la enuncia-

¹³ «El derecho subjetivo es, pues, el poder volitivo que tiene el hombre, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico en cuanto se oriente hacia un bien o un interés» (*Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. de G. Vitagliano, Milán, 1912, p. 49).

¹⁴ L. Duguit, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, trad. de L. Bagolini, Florencia, 1950.

¹⁵ Muchos son quienes comparten la observación de Olivecrona a propósito de los derechos absolutos, como la propiedad: «El derecho de propiedad (...) no significa que millones de personas soporten la orden de abstenerse de toda interferencia sobre un objeto» (K.Olivecrona, *Law as Fact*, 2ª ed., Londres, 1971, p. 155).

¹⁶ Son de obligada referencia las obras de Hobbes (particularmente *El Leviatán*), Locke (*Ensayo sobre el gobierno civil*) y Paine (*Los derechos del hombre*). Para un examen general cabe destacar entre una literatura inacabable: R. Tuck, *Natural Rights Theories: their Origin and Development*, Cambridge, 1979.

¹⁷ Cfr. por todos, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, 1990.

ción de un derecho no se le acompañan normas que introduzcan una acción correlativa y que impongan un deber u obligación determinados, correspondientes a otros sujetos públicos o privados. Cuando nos hallamos ante un derecho subjetivo, confiamos en la presencia de garantías primarias, es decir, deberes correlativos, y garantías secundarias, o sea, instrumentos jurisdiccionales frente a la violación de los primeros¹⁸. Por tanto, a falta de tales «garantías» es plausible que nos hallemos simplemente ante «normas programáticas»¹⁹. Lo dicho puede predicarse de un tipo en concreto de derechos subjetivos, los llamados derechos sociales, a los que parece se debiera negar toda realidad, incluida la jurídica, cuando ni siquiera se han precisado las obligaciones públicas que serían su sustancia.

Creo que, bajo este punto de vista, no hay mucho más que añadir, salvo que sometamos a discusión algunas categorías ya moribundas, y de lo que se trata aquí es de comprender si las definiciones y, por tanto, las concepciones de los derechos subjetivos más usadas son bajo algún aspecto responsables de nuestro modo de concebir la propia *existencia* jurídica de los derechos subjetivos, o su garantía. Resulta decisivo conocer qué definición de derecho subjetivo anima, por ejemplo, el debate sobre la existencia de los derechos que revisten carácter universal gracias a la Carta de las Naciones Unidas y de muchas de las Constituciones contemporáneas; el carácter de derechos fundamentales, capaces de sobrevivir de algún modo incluso a las limitaciones o a las carencias de su tutela en el ámbito internacional y a menudo aun en el estatal. En definitiva, el significado que se otorgue al derecho subjetivo es determinante para poder hablar de su existencia o inexistencia.

Preguntarse si es posible invocar un derecho que se presenta meramente proclamado pero no «protegido» es preguntarse si un derecho «existe», incluso en caso de que el ordenamiento no haya previsto para él «garantías» idóneas o específicas. Esta relación entre «existencia» y «garantías» depende de cuál sea la definición de derecho subjetivo asumida, es decir, depende de si las garantías son entendidas o no como elemento constitutivo, necesario, de la estructura del derecho, y depende asimismo de lo que se entienda por «garantías».

A pesar de la extrema volatilidad del esquema, mucho más rico en realidad de lo que es posible reflejar aquí, parecen prevalecer definiciones «sincréticas»²⁰ que reconocen la necesaria conjunción de elementos antes

¹⁸ Garantías primarias y garantías secundarias son expresiones sugeridas por L. Ferrajoli, en su trabajo «Diritti fondamentali», cit.

¹⁹ R. Guastini, «Diritti», en *Analisi e diritto 1994*, Turín, 1994, p. 168

²⁰ Cfr. P. Monateri, «Diritto soggettivo», en *Digesto*, 4ª ed., p. 416

considerados alternativamente (poder, voluntad, interés, pretensión de la observancia de un deber ajeno). Sin embargo, en relación con el derecho subjetivo, no puede hablarse precisamente del ocaso de la idea de correlatividad derechos/deberes, y en la dogmática prevalece un esquematismo que contempla el derecho subjetivo como la pretensión «de exigir de otro la observancia de un deber que la norma impone al segundo en interés del primero»²¹. La teoría general recoge asimismo la definición de derecho subjetivo en términos de una *ventaja* «conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) en sus relaciones con otro sujeto (u otra clase de sujetos) a los que se impone un deber correspondiente»²².

No parece que las «garantías» regresen a estas definiciones, pues aquéllas podrían ser entendidas como instrumentos indirectos de protección del derecho, «mecanismos idóneos para garantizar su observancia», una vez que los derechos son adoptados. Si el derecho de alguien radica en su poder para pretender un cierto comportamiento que corresponde al deber de otro, este deber no es una garantía del derecho, sino que es aquello en lo que consiste el derecho mismo. Podremos decir entonces que garantizar ese deber y garantizar aquel derecho son la misma cosa.

En rigor, por un lado, es plausible someter la cuestión de la existencia *jurídica* de un derecho subjetivo a la previsión de sus garantías, pero sólo si las garantías (jurídicas) son un elemento indicado como necesario, esto es, como un elemento constitutivo del derecho mismo; por el otro, si se las convierte en un elemento constitutivo del derecho, entonces esas «garantías» ya no pueden presentarse como tales, ni tampoco pueden conservar su sentido «funcional».

Como se ve, la discusión nada tiene que ver con una disputa meramente abstracta y formalista; un ordenamiento *constitucional basado en derechos «fundamentales»* persigue con ellos algo sustancial (*irreducible a sus garantías*), y a lo que asigna un papel funcionalmente específico. A diferencia del Estado de Derecho de cuño decimonónico, el actual requiere definiciones de los derechos (aunque sólo sean formales, estructurales) que pongan de manifiesto su naturaleza como figuras subjetivas vinculadas a un *bien* y no definiciones de derecho que se concentren, más que en su contenido, simplemente en la dinámica de los deberes correlativos y de sus respectivas «sanciones». Pero esto es precisamente lo que sucede con las concepciones kelsenianas, que identifican la estructura del derecho subjetivo con su obligación correlativa o bien con su ejercitabilidad ante los Tribuna-

²¹ F. Galgano, *Diritto privato*, Padua, 1983, p. 20.

²² R. Guastini, «Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione», en *Analisi e diritto 1990*, Turín, 1990, p. 100.

les. En este caso, se entorpece hasta la propia formulación del problema de la protección jurídica de los derechos establecidos por el ordenamiento. Los derechos son entendidos como si consistieran en lo que rechazamos como sus garantías. Entonces, no hay derechos si no hay garantías y porque no las hay. Esta tesis constituye un desafío teórico, cuya evidencia se acrecienta sobre todo cuando los derechos subjetivos en cuestión son los «fundamentales».

La teoría kelseniana concibe el Derecho como un sistema que regula la fuerza, y la norma jurídica como una determinación de las condiciones para el ejercicio de un poder sancionador; es decir, la sanción ya no acude en auxilio de una prescripción, sino que es el contenido de la prescripción misma²³. En consecuencia, Kelsen excluye programáticamente que la sancionabilidad o la coercibilidad sean las *garantías* que *asisten* a las normas, pues la sanción es precisamente el contenido de las normas. De ahí la dificultad para atribuir a Kelsen la tesis de que donde faltan *garantías* (*que han sido definidas como primarias o secundarias*) el derecho subjetivo deja de tener eficacia. Quizá fuera más sencillo sostener que, a falta de los elementos que lo constituyen (no habiendo sido previstos ni el deber ni la acción), el derecho no existe. Esto debería inducirnos a ser cautelosos con las definiciones.

Jurídicamente, el derecho existe con independencia de su «protección». Pero debemos asumir que tal «protección» es *algo distinto* de lo que se protege. ¿Cuál podría ser de lo contrario la garantía de un derecho cuya estructura consistiera en una *obligación correlativa y en la correspondiente acción* (Kelsen)? Evidentemente, toda garantía resulta bajo este planteamiento «desplazada» más allá (de las que hemos llamado garantías primarias y secundarias) para situarse en el marco institucional, organizativo, judicial, efectivo, o en la propia separación de poderes. Sin embargo, denominar a este conjunto «garantía» es tanto como decir que un cierto ordenamiento jurídico es en su conjunto una garantía de lo que disciplina.

Así las cosas, tendría que afirmarse en consecuencia que no *existen lagunas*, pues no se echan de menos garantías; no habría lagunas que pudieran nacer de una disposición esperada y no formulada todavía, por un defecto en la regulación definida por las normas vigentes.

Desde luego, no es casual, si bien por argumentos diversos, que no haya lugar para las lagunas en el planteamiento de Kelsen, es decir, que no sean sino «la diferencia entre el derecho positivo y un ordenamiento considerado mejor, más justo, más exacto»²⁴. Es más, prosigue Kelsen, si se pre-

²³ Bobbio, «Teoria dell'ordinamento giuridico», en *La teoria generale del diritto*, Turín, 1993, p. 199.

²⁴ Kelsen, *Lineamenti* cit., p. 126.

senta una pretensión (un pretendido derecho) frente al comportamiento de otro, al que éste no está obligado (por el ordenamiento), esto significa que no existe el derecho y no existe la obligación. No hay, pues, lagunas (ni siquiera lagunas técnicas)²⁵, sino que, en ciertos casos, la ley ha querido lo que ha querido, contradicciones o supuestos sin sentido *inclusive*.

En conclusión, en el horizonte de la doctrina kelseniana, no es posible sostener ni que exista un *derecho*, pero carente de *garantías* (siempre que por tales entendamos las aquí denominadas primarias y secundarias), ni que exista un derecho y al mismo tiempo *lagunas*. En ambos casos, por motivos diferentes, simplemente se nos deberá convencer de que se da un derecho (subjetivo). No se pueden *separar* derecho y garantías (puesto que no sería posible, en definitiva, atribuir al primero un contenido que no consista en las segundas).

A la luz de estas consideraciones, pueden abordarse con claridad algunas cuestiones del debate sobre los «derechos». Luigi Ferrajoli toma parte en él defendiendo que los derechos son *separables de sus garantías*, las cuales nacen de disposiciones normativas ulteriores, cuya ausencia es posible, pero provocaría lagunas que es obligatorio colmar en virtud del principio de plenitud²⁶.

A pesar del intento encomiable de proporcionar un soporte a la existencia jurídica de un derecho subjetivo a falta de «garantías», esta tesis no se distancia lo bastante de las estrecheces definitorias kelsenianas. Ferrajoli también integra el concepto de obligación correspondiente en la definición de derecho subjetivo. Precisamente por esta razón, no se explica cómo es posible un derecho sin esa obligación (en el sentido que otros han subrayado, de que si el derecho es existente, la obligación debe considerarse al menos implícita)²⁷. Pero, sobre todo y más allá de esta dificultad, hay que atender a otra más: si la obligación forma parte de la definición (de derecho subjetivo), entonces no puede constituir su garantía. Consecuentemente, no podemos separar derechos y garantías (primarias) y, en consecuencia, no puede existir, paradójicamente, un derecho privado de sus garantías primarias

²⁵ Ibi, p. 127.

²⁶ Según Ferrajoli, existen «*lagunas primarias*, por la falta de estipulación de las obligaciones y prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y *lagunas secundarias*, por la falta de institución de los órganos obligados a sancionar o invalidar sus violaciones, o sea, obligados a aplicar las garantías secundarias. Pero tampoco podemos en estos casos negar la existencia del derecho subjetivo determinado por una norma jurídica; sólo cabrá lamentar la laguna que hace de él una norma programática» (Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit. p. 23)

²⁷ Esta circunstancia fue en su momento subrayada, si bien con otros propósitos, por R Guastini, en *Teoria politica*, 1998/2, pp. 35 ss. En cualquier caso, ha habido una réplica de Ferrajoli: «Risposte», en *Teoria politica*, 1999/1.

(obligaciones correlativas sobre otros sujetos), salvo que consideremos que las garantías primarias, al coincidir con la obligación correlativa, simplemente no existen. Sea como fuere, de este modo las garantías son inescindibles del derecho subjetivo.

Esto no afecta a la acción, que puede considerarse una garantía, puesto que, en contra de la opinión de Kelsen, *no* se introduce en la definición del derecho. En este caso surge sin embargo el problema de que, si se trata sólo de una garantía, entonces su eventual ausencia no puede aparentemente constituir jurídicamente una «laguna» (en el sentido de que se produzca técnicamente una obligación de colmarla)²⁸.

Una vez asumida una perspectiva positivista, no existe razón alguna en el plano formal para considerar lagunoso el ordenamiento jurídico, si éste no contiene normas cuya existencia *no* sea implicada por la definición normativa de derecho subjetivo. Aquí vale en su caso la observación kelseniana de que esta sensación de vacío es sólo consecuencia de comparar el ordenamiento existente con el que simplemente se desea. Si el derecho subjetivo se define de manera que no implique lógicamente el derecho de acción, entonces las garantías, en especial las de carácter procesal, son lagunas solamente bajo el punto de vista político, moral o iusnaturalista, o bajo el punto de vista de la eficacia del derecho (en sentido sociológico). Estas lagunas en cuanto tales deben ser colmadas sólo en virtud de una obligatoriedad política, moral, pero no así sobre la base de alguna forma de obligatoriedad jurídica.

Sin embargo, la vía de la separación entre derechos y garantías resulta particularmente valiosa y goza de aceptación en el intento de dotar de sentido al derecho subjetivo incluso en ausencia de las llamadas por Ferrajoli «garantías secundarias»; esta vía perseguirá impedir que se infiera de la *inexistencia* de Tribunales internacionales, o de disposiciones efectivamente reguladoras de la fuerza, la consecuencia de que, por ejemplo, los derechos fundamentales o los derechos humanos *no existen*, ni siquiera a pesar de haber sido establecidos jurídicamente.

Creo, en suma, que la cuestión de las garantías sólo se plantea correctamente a) si derechos y garantías son separados efectivamente; b) si por garantía se entiende algo no contenido en la propia definición de derecho subjetivo; c) si se contemplan las garantías no como lagunas del Derecho positivo, sino como una medida para distinguir la existencia y la operatividad jurídica verificada de la previsión normativa de un derecho subjetivo²⁹.

²⁸ Con una motivación diversa, ha expresado reservas análogas A. Pintore, «Democrazia senza diritti», en *Sociologia del diritto*, 1999/4.

²⁹ Con este planteamiento, es posible salvar el intento a) de no subordinar la existencia del derecho subjetivo, y por tanto su valor normativo, a ninguna otra condición respecto a las consolidadas en su definición; b) de no tomar en vano dicha normatividad en virtud del mero he-

IV. La existencia de derechos y normas

Desde el punto de vista jurídico, que una garantía existe debe significar ante todo que el ordenamiento «funciona», y funciona de manera que el precepto que estatuye un derecho sea una *norma para alguien*. Esta primera cuestión, sobre la que volveré en breve, no debe confundirse con la cuestión de la *eficacia* del derecho, que es en cambio de naturaleza sociológica. Es verdad que la *eficacia* se asegura en buena medida *también* con el concurso de normas que estatuyen obligaciones o prohibiciones, así como a través de la justiciabilidad de los derechos, pero desde el punto de vista *sociológico y empírico*, no se trata de *condiciones suficientes*. Las razones de la eficacia de los derechos no son puramente jurídicas, sino que hunden sus raíces en la fuente de legitimación, en la efectividad del ordenamiento, en las condiciones extrajurídicas de funcionamiento del sistema social. Es posible que normas jurídicas positivas y vigentes, válidas, no sean eficaces incluso a pesar de la protección que en abstracto les dispense el ordenamiento. En consecuencia, es necesario matizar, a propósito de la realidad actual y de la realización de los derechos humanos y de los derechos subjetivos en general, que las críticas que se dirigen en relación con la ineficacia de las proclamaciones³⁰ de derechos no podrían satisfacerse (porque no obtienen una solución concluyente de ella) mediante una regulación normativa más cuidada de obligaciones formales correlativas o mediante el establecimiento de instrumentos jurisdiccionales al efecto. Si se hiciera depender la eficacia social de la «completitud» jurídica, entonces se debería negar existencia jurídica a toda disposición normativa, cuya aplicación y ejecución encontrara dificultades para plasmarse en los comportamientos públicos y privados. Esto sería un agravio, entre otras cosas, para la naturaleza «normativa» del Derecho y para la tensión prescriptiva que le reconocemos en nuestras democracias. No resulta pues admisible considerar derechos jurídicamente inexistentes a aquellos que no obtengan una plasmación práctica (como a menudo les sucede a los derechos humanos suscritos en el orden interna-

cho de la inexistencia de garantías, cualesquiera que sean; c) de no convertir en excesivamente ambigua y lábil la frontera entre discurso descriptivo y normativo sobre el derecho, y menos aún la frontera entre el carácter empírico de la operatividad de un derecho y de las «protecciones» necesarias para garantizar esa operatividad y el valor también contrafáctico y deontológico que el ordenamiento atribuye a las disposiciones que confieren derechos.

³⁰ No me refiero aquí al carácter abstracto de la formulación lingüística de los derechos, sino más precisamente al hecho de que no adquieren concreción en la realidad social. Esta circunstancia puede ser ciertamente un producto de la abstracción y/o genericidad de su formulación, lo cual suele considerarse una de las causas concurrentes más importantes. Sobre la relevancia de la formulación en abstracto, cfr. M. Jori, «Ferrajoli sui diritti», en *Teoria politica*, 1/1999, p. 43, nota 4.

cional, aunque no sólo a ellos); en tales casos, por cierto, no parece realista atribuir su ineficacia a la falta de condiciones jurídicas, o lo que es lo mismo, a las lagunas normativas. El carácter normativo de las reglas jurídicas no puede de por sí evaluarse según su eficacia social, pues se correría el riesgo de no poder distinguir las normas que castigan la extorsión, que son garantías jurídicas, jurídicamente existentes, de su ineficacia ante un tejido social dominado por los códigos mucho más implacables de las organizaciones criminales. ¿Cabría acaso inferir de la ineficacia material de las garantías previstas por la ley, la inexistencia del derecho al libre comercio, a la iniciativa privada, a la propiedad o a la libertad de opinión?

Volviendo a la cuestión de la existencia *jurídica* de un derecho subjetivo, ésta tendría que desprenderse del hecho de que tal derecho valga, o pueda valer, como *norma (del ordenamiento)* para alguien. La medida de la protección jurídica puede ser variable; y puede que todavía más la medida necesaria para su protección *socialmente efectiva* en razón de las circunstancias materiales. Entre los presupuestos de la existencia de un derecho se halla la circunstancia de que la norma que lo contemple sea capaz de prestar una función dentro del ordenamiento. En consecuencia, ante todo no puede carecer de sentido y debe ser posible «obedecerla»³¹.

Una razón para refutar este punto es que, partiendo de él, se transita por una vía alternativa a la que pasa por la noción de «laguna», pues en virtud de esta última, dado un derecho definido por una norma jurídica, la obligación de colmar lagunas (debidas a la ausencia de garantías correspondientes) surgiría exclusivamente, a juicio de Ferrajoli, del principio de plenitud³². Se trata de un *sequitur* lógico formal, que operaría como una prescripción dirigida al legislador en el sentido de que materialmente en un sistema nomodinámico, como el jurídico, las normas no se *deducen* de otras normas, sino que son *puestas* por órganos competentes, o sea, exigen el *hecho empírico* de su producción³³. El principio de la plenitud pretende que las normas del derecho sean colmadas, y que en consecuencia se dicten nuevas normas; pero he tratado de mostrar que es difícil asimilar la ausencia de una garantía primaria o secundaria a una «laguna». El principio normativo de la plenitud no implica necesariamente una obligación jurídica de crear garantías primarias y secundarias. Incluso admitido esto, la eficacia normativa del

³¹ Según Kelsen, esta hipótesis, es decir, que la norma carezca de sentido, «no debe excluirse, pues las leyes son una obra humana» (*Lineamenti*, cit., p. 128); pero en este caso, Kelsen está de acuerdo en que no haya nada que aplicar, y por tanto en que la norma no existe, puesto que tampoco la interpretación puede «recabar de la norma nada que no se contuviera en ella previamente» (ibid.).

³² Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., p. 23.

³³ Ibi, p.22.

derecho subjetivo o la *importancia de haber preservado su existencia jurídica frente la inexistencia de las garantías correspondientes, parece resolverse solamente en la invocación de la fuerza normativa del principio de la plenitud*, que, sin embargo, no goza de carácter *self-executing*. La reducción de la normatividad del derecho subjetivo fundamental en sí a la normatividad del principio de la plenitud no representa necesariamente una ventaja.

Por consiguiente, creo que esta construcción tiene que ser parcialmente corregida e integrada. Bajo la perspectiva aquí sugerida, los derechos fundamentales, incluso allí donde no se encuentran respaldados por garantías específicas, conservan a un tiempo valor funcional y jurídico. La ineficacia de algunos derechos, aun a pesar de su ubicación entre disposiciones supraordenadas (constitucionales), no obedece tanto (o no sólo) a las lagunas primarias o secundarias, sino a su deficiente *aceptación* como *normas* del ordenamiento³⁴.

En realidad, cabe afirmar que esos derechos gozarían de cierta eficacia *jurídica inmediata, pues en atención a su jerarquía, pueden perfectamente valer como reglas de reconocimiento*; se trata de criterios de decisión sobre la validez de otras normas y en esa calidad pueden funcionar³⁵. Como es sa-

³⁴ Esta falta de aceptación no es sólo una causa más entre tantas, sino la razón precisa en que confluyen todas las demás; por ejemplo, los defectos semánticos, la abstracción de la formulación lingüística, son una posible y evidente concausa del hecho de que un derecho proclamado sin embargo no sea aceptado efectivamente como una *norma*. Es más, la utilización de un derecho fundamental como «regla de reconocimiento» puede ser ejemplificada (de modos diversos y, entre ellos, también) a través del proceso que condujo al pronunciamiento de la Corte constitucional italiana (14 de julio de 1986, n° 184) a propósito del daño «biológico». La admisibilidad de la indemnización por el daño a la persona, denominado en esta sentencia daño biológico [*danno biologico*], deriva de la fundamentación de la indemnización prevista para el daño injusto del art. 2043 del Código civil italiano en el derecho constitucional a la salud del art. 32 de la Constitución italiana. El daño a la persona debe resarcirse en cuanto lesivo de una situación subjetiva constitucionalmente garantizada (en síntesis, «el art. 2043, que es una norma en blanco, se integra por el art. 32, que completa su carácter de precepto primario»). La apertura «interpretativa» promovida por la Corte se funda en el recurso al derecho a la salud como norma de la que derivan consecuencias ineludibles, reinterpretativas de la extensión de los instrumentos operativos, no utilizados aún al objeto de proteger y garantizar ese derecho (en relación al llamado daño biológico, entendido como minusvalía psicofísica, en sentido bien distinto del daño no patrimonial, y del daño patrimonial en sentido estricto). La sentencia provocó reacciones especialmente entre los civilistas, pero pone de manifiesto que, si bien en su formulación el derecho a la salud no dispone medios específicos de tutela, si se contempla como fundamental, termina por hallar el camino para construirlos, ya sea induciendo la producción de nuevas normas o a través de la interpretación de las ya existentes. Véase la sentencia y la «Nota» de G. Ponzanelli, en *Foro it.*, 1986, I, 2053. Subraya la gran apertura de espacios interpretativos, a través del recurso a la definición constitucional de los derechos «fundamentales», precisamente en el caso de la sentencia señalada, P. Monateri, *La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico* («*Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht*»), en *Foro it.*, 1986, I, 2976.

³⁵ Sobre la regla de reconocimiento, cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, ed. de M. A. Cattaneo, Turín 1961, especialmente pp. 118 ss., pp. 130 ss., pp. 137 ss. En cuanto al uso de metanormas sustanciales y su relevancia, cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 353.

bido, este aspecto estático de los ordenamientos constitucionales contemporáneos se halla integrado en el dinámico³⁶, y la capacidad de algunas normas para presentarse como metanormas sustantivas, coincide con la fuerza con la que cuentan para invalidar deducciones (normas inferiores) incompatibles con ellas.

Sin embargo, el problema radica en que, en su condición de reglas de reconocimiento, han de ser *efectivas*, es decir, aceptadas al menos por los jueces; han de ser *usadas* como tales, sin que se disponga de un instrumento coactivo para ello.

Las reglas de reconocimiento por un lado sirven para identificar las normas (jurídicamente válidas) y por otro, como ponen de relieve Atienza y Ruiz Manero, funcionan como «guía de conducta y un criterio de valoración para los particulares y para los órganos de producción y de aplicación del Derecho»³⁷. Si aceptamos la conjunción de estos elementos, estas normas se erigen en todo caso en criterio de justificación o de «crítica de las conductas».

Es desde luego posible que un derecho estimado como fundamental represente un criterio de reconocimiento y de valoración, y además de comportamiento, y que se convierta también en una norma sustantiva, a la que no corresponda la determinación de obligaciones correlativas y de garantías jurisdiccionales adecuadas, pero parece difícil *negar* tanto que la norma tenga un contenido no identificable con los medios de tutela del derecho, como que posea una fuerza prescriptiva propia.

Una norma funciona como regla de reconocimiento, siempre y cuando mantenga un significado selectivo de los comportamientos, bien de los órganos de producción legislativa, bien de los tribunales (con una repercusión distinta y más o menos inmediata según los sistemas de articulación entre legislación y jurisdicción). Si un derecho fundamental opera como un límite sustantivo, como un límite al contenido de la legislación por ejemplo, entonces esa disposición es operativa de inmediato incluso en ausencia de «garantías» en sentido específico. El mecanismo que actúa en este caso consiste en la directiva sustantiva en torno a los actos normativos posteriores, o bien en el establecimiento de una razón para la invalidez de las disposiciones que *no* prevean una «adecuada» tutela de ese bien; finalmente, y de

³⁶ Una norma pertenece a un sistema estático (como la moral) por virtud de la conformidad o deducibilidad de su *contenido* respecto a una norma fundamental, bajo la cual debe subsumirse como lo particular se subsume en lo universal. Por el contrario, en un sistema dinámico, con independencia de la conformidad de su contenido, la norma pertenece al sistema, si el órgano que la ha producido gozaba de la delegación de competencia correspondiente (Cfr. Kelsen, *Lineamenti* cit, p. 95; N. Bobbio, «Teoria dell'ordinamento giuridico», cit., pp. 201 ss.).

³⁷ M. Atienza y J. R. Manero, *A Theory of Legal Sentences* [trad. de *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996], Dordrecht 1998, p. 152.

acuerdo con el modo de funcionar del control de constitucionalidad, también el orden jurisdiccional debe considerarse vinculado al respeto y a la tutela del derecho recogido constitucionalmente. Es, pues, evidente que un ordenamiento constitucional, basado axiológicamente sobre derechos que establece como inviolables, no sólo los hace operativos a través de formas de protección «específicas», sino *por encima de todo* asumiéndolas como metanormas sustanciales que gobiernan la actividad de los poderes constituidos.

En cierto sentido, los derechos *fundamentales* deberían ser contemplados en razón de su supraordenación, como normas jurídicas, en lugar de simples pretensiones subjetivas, lo cual a veces se olvida; normas jurídicas que prevén como efectivamente obligatoria la tutela de un bien, que encierra valor para la comunidad y que sitúan en una posición de ventaja a los sujetos a quienes ese bien se debe referir (la libertad personal, el derecho de reunión, etc.). Cuando una regla de reconocimiento goza de carácter sustantivo, como es el caso de los derechos fundamentales, cumple la tarea esencial y prioritaria de determinar la invalidez de los actos legislativos, así como de los dimanantes del ejecutivo e incluso del judicial; a título de (contingente) ejemplo, en el ordenamiento italiano cabría plantear esta cuestión a raíz de las decisiones jurisdiccionales que todavía operaran bajo la restrictiva convicción de la estricta sujeción «sólo a la ley». Concebir los derechos subjetivos fundamentales como reglas de reconocimiento significa que cabe considerar inválidos no sólo los actos del legislador, sino también las sentencias de los jueces que no unan al reconocimiento del valor (fundamental, constitucional) del bien tutelado la exigencia de protección específica de la situación subjetiva de ventaja ligada a ese bien³⁸. No existe, en fin, necesidad alguna de ignorar que los derechos conciernen ante todo a bienes *para* los individuos; pero debe rechazarse, tratándose de derechos subjetivos, que sean «siempre derechos de alguien», y también que nunca planteemos «cuestiones de derechos» en ausencia de un «individuo o grupo de individuos cuyos derechos sometemos a discusión»³⁹.

³⁸ Bien es verdad que un ordenamiento no debe *necesariamente* asignar este papel decisivo a normas sobre *el contenido* (de otras normas); un ordenamiento podría inclinarse de hecho exclusivamente por la estabilidad y la certeza de las decisiones, tendiendo así a proteger la validez de normas, con tal de que fueran producidas de conformidad con normas «procedimentales», *sobre la competencia*. Pero esto apenas representa un problema para una discusión teórica general, pues la cuestión es que, *si* se dan derechos fundamentales, estos actúan en cuanto tales como normas fundamentales de tipo «sustantivo» y no procedimental. Por otra parte, como reiteraré en el texto, también las metanormas de producción (normas »procedimentales») pueden ser normas fundamentales, pero me parece claro que no por ello son «derechos fundamentales».

³⁹ J. Waldron, «Can Communal Goods be Human Rights?», en Id., *Liberal Rights*, Cambridge 1997, p. 345.

A la luz de todas estas consideraciones, parece oportuno distinguir dos perspectivas que de ordinario permanecen erróneamente superpuestas: de un lado, la vertiente de la escasa *protección* de un bien (las garantías), y de otro, el valor normativo autónomo del derecho fundamental (que se presenta como criterio de validez de las normas y de la actividad de los poderes constituidos). *La existencia jurídica del derecho a la libertad personal se consume en el momento en que sea definida y en su caso calificada (en algún sentido como, por así decir, inviolable); la existencia de las garantías jurídicas de la libertad personal depende en cambio de una cadena de precisiones desarrolladas a partir del uso de la disposición que contempla el derecho subjetivo como regla de reconocimiento.* De ahí que, por cierto, si los derechos fundamentales no son tomados en serio como reglas de reconocimiento, resulte imposible que luego obtengan protección (esencialmente, estatuyendo medidas que posibiliten la coercibilidad jurídica del derecho).

En conclusión, entre un derecho y sus garantías no existe una relación de implicación, lo que permite su separabilidad, pero la razón por la cual en un ordenamiento constitucional los derechos pueden existir más allá de sus garantías, *hasta llegar a determinar un proceso que conduzca a su producción*, se halla en el hecho de que todos los comportamientos deberían considerarse *inválidos*, en caso de no ser conformes con las normas que disponen la tutela del bien (siempre que se trate de una norma de reconocimiento y que se impongan algunos «contenidos» sustanciales como fundamentales)⁴⁰.

Es evidente que la obligatoriedad no nace en este caso del principio dinámico de la plenitud, sino del principio estático de la incompatibilidad entre contenidos normativos⁴¹.

⁴⁰ Y no se encuentra, por tanto, en el hecho de que la ausencia de garantías constituya una laguna. Por otro lado, no paso por alto que el legislador no puede ser compelido a un *facere*. En otros términos, comprendo la importancia de la objeción de que no haya remedio –aparente– en caso de que legislador no legisle. Entre las diversas réplicas posibles, creo que no se debe ignorar al menos la que subraya el papel de los tribunales, en el sentido de que la no aplicación de normas donde es permitida, la suspensión de los juicios por una cuestión de inconstitucionalidad, la aplicación de normas-principio que se traduce en la tutela inderogable de un derecho en condiciones de vacío legislativo, son ya frecuentes en los países de *civil law*, mientras que en un país de *common law* como los EE.UU. ha representado un rasgo destacado.

⁴¹ Ciertamente, cabe objetar que una norma en vigor no es inválida en tanto que un pronunciamiento no despeje las dudas acerca de su invalidez (en el sentido que refiere Ferrajoli en *Diritto e ragione*, cit., p. 353, y al que me adhiero). Se trata de un juicio que puede darse *a posteriori* y no *a priori* (en cierto sentido, como en el caso de la culpa del imputado, que no puede sostenerse en tanto no exista sentencia definitiva, debiéndose mantener mientras la presunción de inocencia). Sin embargo, la fuerza normativa de los derechos subjetivos y de las normas que confieren (o reconocen) valor a un bien, se halla precisamente en su capacidad para hacer posible o más bien para hacer constantemente operativa (y por tanto potencialmente

Por tanto, la razón por la que los derechos fundamentales ejercen una eficacia que conduce a su segura realización, sólo depende de su funcionamiento precisamente como reglas de reconocimiento (debida a su reconocida superioridad axiológica, de ordinario confirmada por su supraordenación normativa). Conviene subrayar que esto tiene lugar exclusivamente cuando esas disposiciones sean *usadas* como reglas de reconocimiento⁴², incluso frente a la inercia de los poderes públicos y de sus actividades desviadas. Cuando sean usadas efectivamente, pondrán en evidencia en su caso el contraste «ordinario» que existe entre los poderes constituidos o parte de ellos y normas sustanciales de la Constitución o de nivel equiparable. A partir del momento en que sobre todo los tribunales confirmen y perciban este contraste, dichos derechos serán ya *criterios* activos.

El problema es otro cuando la falta de realización se vuelve crónica (piénsese en el caso de las faltas de realización respecto de la Constitución italiana); para los derechos fundamentales, se trata de un defecto mucho más radical de lo que podría expresarse sosteniendo que se dan lagunas en el ordenamiento; significa que tales normas no se hallan entre las que delimitan el contenido del sistema, y por tanto no viven como normas en la conciencia jurídica general (*in primis*, en la de los llamados funcionarios, en el sentido lato, anglosajón, de «officials»). En tal caso, nos hallaremos ante un

siempre renovable) la evaluación sobre los comportamientos legislativos o jurisdiccionales que deben ser conformes al criterio axiológico preconstituido. Por tanto, si es cierto que, como límite de contenido, sustancial, a las normas del ordenamiento, los derechos subjetivos no pueden funcionar como lo hacen las normas morales principales de un sistema estático, moral, esto no impide que el hecho empírico de la emanación de la norma, de la decisión constitucional, de la decisión jurisdiccional, de la decisión legislativa, sean *actos* debidos; evidentemente porque todos los demás, incluyendo las omisiones, son, o son asimilables a, comportamientos ilegítimos. En cuanto a la inconstitucionalidad de las omisiones, asimilables a comportamientos normativos en conflicto con la tutela de bienes asociados a derechos fundamentales, puede ser de utilidad recuperar las observaciones kelsenianas a propósito de la hipótesis (ejemplificadora) de que la disciplina de la compraventa no establece nada acerca de quién deba soportar el riesgo de que la cosa vendida perezca antes de la entrega sin culpa de las partes: de acuerdo con Kelsen, la falta de una regulación aquí no es una laguna, sino sólo, por el contrario, el haber establecido de hecho que el vendedor soporte el riesgo, a través de la decisión de no prever «que el vendedor sea liberado de la obligación de proporcionar la cosa o de reintegrar el precio»(Kelsen, *Lineamenti* cit , p.127.). Habría que demostrar entonces que nos hallamos ante una laguna, más que ante una decisión regulativa (por medio de la omisión): *si fuese una decisión regulativa, entendida como una mera laguna, se terminaría por suscribir una decisión política ya tomada (la omisión como regulación) apelando a una presunta obligación de completitud, justificada sobre bases puramente formales*. Utilizar el camino formal de las lagunas puede servir para evitar un juicio valorativo. Mucho más si tenemos en cuenta que colmar una laguna puede introducir a su vez un amplio espectro de posibles preferencias y opciones políticas (todas compatibles como complemento del sistema; por ejemplo, en el caso indicado por Kelsen, se puede intervenir decidiendo que el riesgo sea atribuido al vendedor o bien que grave igualmente a ambas partes, etc.).

problema que permanece en la esfera extrajurídica. Así, si los derechos recogidos por la Carta de las Naciones Unidas no son usados como reglas de reconocimiento de un ordenamiento estatal concreto, no forman parte de él y el establecimiento de órganos coercitivos internacionales no significa colmar lagunas del Derecho; significa tratar de producir el consenso o bien sustituir el consenso, o la hartiana aceptación, con la voluntad del más fuerte. *Si existe un orden internacional que usa los derechos fundamentales, ello* contaría entonces con toda razón para imponerse a los Estados que lo incumplieran, en caso de que dispusiera de la fuerza y del consenso necesarios.

V. Libertad y prestaciones

Se suele decir que entre los derechos fundamentales, aquellos cuyo contenido consiste en una obligación de hacer por parte del Estado son *derechos sociales*; mientras que son *derechos de libertad* aquellos cuyo contenido es la obligación del Estado de abstenerse de toda interferencia⁴³. Aceptando provisionalmente esta división clásica, si todos los derechos de libertad, es decir, el derecho a la vida, a la expresión, al pensamiento, a la inviolabilidad del domicilio, a la iniciativa privada, y cualquier otro, fueran definibles como la obligación de abstención por parte del Estado, su garantía sería algo sencillo. Bajo esta acepción de los derechos de libertad, contribuyen a su protección la propia separación de poderes y las específicas determinaciones organizativas que las Constituciones disponen para los poderes ejecutivo y judicial. Cuando se trata de los derechos públicos de libertad, los derechos fundamentales encuentran en el Estado el destinatario de la obligación «correspondiente» (resuelta en un *non facere*).

Naturalmente, los derechos *sociales* al trabajo, a la salud o a la educación, no gozan de las mismas condiciones, pues ordenan al Estado una acción, aunque normalmente sin precisar su contenido⁴⁴. Quien adjudica a los

⁴² Creo que en este punto pueden superarse las posibles objeciones realistas acerca de la (in)existencia de los derechos y aclarar además que el sentido de la argumentación no es que a la «*law in books*» se le deba atribuir alguna forma de realidad injustificada y metafísica.

⁴³ Se trata de una tesis tradicional y en buena medida apoyada hasta nuestros días; como lo demuestra su confirmación y aceptación entre los teóricos del derecho italianos que se han pronunciado actualmente sobre el asunto (cfr. p. ej., R. Guastini, «Diritti», cit., p. 170; y el propio trabajo de Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit.).

⁴⁴ L. Ferrajoli, *op. cit.*, ubica los derechos sociales entre los derechos fundamentales, como los derechos de libertad, y asigna a sendas categorías características comunes a todos los derechos fundamentales, entre las que destacan la universalidad (el deber corresponder a todos) y la indisponibilidad, unas propiedades que, por el contrario, no se extienden al derecho de propiedad (que de hecho no se incluye entre los fundamentales). Sin embargo, el mismo Ferrajoli confirma que los derechos sociales consisten en una *prestación del Estado*, si bien de

derechos sociales una suerte de insuprimible resabio (puramente) «programático», los traslada a un limbo prejurídico, a la espera de que sean definidos detalladamente por la ley (con la correspondiente cobertura administrativa y económica)⁴⁵. En el caso de los derechos sociales⁴⁶, mucho más que cuando se trata de derechos de libertad, la lucha *contra* el carácter «programático» de los derechos constitucionales expresa verdaderamente una suerte de lucha *por* el Derecho o por los derechos. A mi juicio, sin embargo, el carácter programático de los derechos fundamentales no se predica exclusivamente de los derechos sociales.

Ciertamente, no cabe ver en los derechos de libertad frente al Estado derechos «contra» el Estado, como se reitera tradicional y casi universalmente. La razón es que no siempre comportan exclusiva o esencialmente obligaciones generales de abstención, y que desde el punto de vista teleológico no siempre es el Estado el verdadero o el único antagonista⁴⁷. Muy al contrario, la razón para *estatuir* poderes públicos no es imponerles el respeto de nuestros derechos de libertad, sino proteger y sostener estos derechos cuando sea necesario, lo cual implica una serie de actividades positivas⁴⁸. La garantía de los derechos políticos, por ejemplo, aparece vinculada a prestaciones estatales, pero se prefiere a cambio recurrir a una estilización, que a menudo resulta deformante, pues la obligación de abstención en realidad no es siempre una norma explícita y además no se presenta como una garantía que agote el contenido del derecho. Se puede sostener, ciertamente, que a la libertad de culto corresponde «lógicamente» una abstención por parte del Estado de prohibir o impedir materialmente una serie de actividades. Pero esta tesis *debe* ser justificada (porque figura en la estructura «formal» de los derechos), y puede serlo sólo si se comparte la convicción de que el bien, la posición de ventaja concedida, es plenamente tutelada por la no interven-

ello no extrae la consecuencia de que, a falta de garantías, esos derechos sean ficticios, sino que, por el contrario y como en el caso de los derechos de libertad, entiende que implican una obligación normativa de colmar las lagunas, primarias y secundarias. La tesis de Ferrajoli representa, pues, una respuesta a la de quien no reconozca en los derechos sociales previstos constitucionalmente una naturaleza normativa, diversa de la «programática».

⁴⁵ M.S. Giannini defendió reiteradamente los derechos sociales frente a la objeción realista de que no sólo dependen del legislador, sino también, y todavía en mayor medida, de la disponibilidad de recursos; cfr. M.S. Giannini, «Stato sociale: una nozione inutile», en *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, Milán, 1977, I, pp. 141 ss.

⁴⁶ Para un marco general de los derechos sociales reconocidos por la constitución italiana, G. Corso, «I diritti sociali nella Costituzione italiana», en *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, pp. 755 ss.

⁴⁷ C.B. Macpherson, *The Rise and Fall of Economic Justice*, Oxford-Nueva York, 1987, pp. 24 ss.

⁴⁸ En este sentido se manifiesta también J. Waldron, «Two Faces of the Coin», en *Id.*, *Liberal Rights*, cit., pp. 1 ss.

ción pública, lo cual es una cuestión por un lado contingente y por otro valorativa.

En buena lógica, la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia no puede ser considerada meramente un derecho subjetivo «público», esto es, frente al Estado, sino que tendría que contemplarse como un derecho con virtualidad en la esfera privada⁴⁹. Buen número de las llamadas «libertades» no pueden reducirse a su *status* dieciochesco y por ello en el plano jurídico parece más apropiado concebirlas según se presentan luego en la realidad, esto es, como la elección de un bien, cuya reconducción estipulativa a una única, estrecha y exclusiva correlatividad (derecho frente al Estado, pero no frente a los particulares; derecho a una abstención, pero no a una prestación, etc.) siempre resulta parcial y algo reduccionista. Estas clasificaciones continúan identificando el derecho (que se refiere a un bien de la vida) con las medidas orientadas a su tutela, confundiendo así la obligación de abstención con el contenido del derecho, en lugar de entender la una como una medida consecuente y variable, remplazable, de la protección del otro (que es lo que sustancia el derecho).

En muchos casos, a la vista del incremento de su grado de complejidad, habría pues que reinterpretar los derechos de libertad⁵⁰. Además, hoy se impone contemplar las posiciones de ventaja asociadas a los derechos de libertad en su vinculación con prestaciones estatales; la libertad de expresión en la cultura de la comunicación de masas nos ofrece un importante ejemplo de ello. No es posible ni siquiera imaginar esta libertad como un derecho que se agote en la mera abstención por parte del poder público (probablemente ante su total monopolización en manos privadas). Podemos creer que los derechos subjetivos públicos —de libertad— contienen el bien libertad civil y/o política, pero sería una ingenuidad insistir en que corresponden a meras omisiones (deberes de simple omisión). Todo dependerá más bien de lo que se quiera y pueda entender en una sociedad dada por libertad de expresión⁵¹ y, en segundo lugar, de lo que se pueda o deba considerar necesario en una sociedad dada para garantizar dicha libertad de expresión (abstenciones o prestaciones instrumentales). Una tarea de clarificación podría entonces fijarse como objetivo mostrar de qué manera el derecho no tiene por objeto una prestación del Estado, sino un bien específico, diferente de ésta, un bien merecedor *en cuanto tal* de tutela. Bajo esta perspectiva, las prestaciones o los comportamientos omisivos del Estado no son pues ese

⁴⁹ Barile y Cheli, voz «Domicilio, libertà di», en *Enciclopedia del diritto*.

⁵⁰ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padua, 19902, en especial. pp. 32 ss.

⁵¹ Cfr. O. Fiss, *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Boulder-Oxford, 1996 (en especial, cap. 3).

bien, sino sólo instrumentos primarios; el derecho no consiste en esas garantías, sino que son las garantías, las que dependen de las definiciones reales del bien⁵².

La diferencia entre derechos de libertad y derechos sociales⁵³ depende también de la configuración del derecho social como derecho a una prestación. De nuevo, una vez que esta configuración adquiere un carácter *estructural*, puede resultar distorsionadora, puesto que tiende a persuadir de que el contenido del derecho es la pretensión a una prestación del Estado, o la obligación de una prestación pública, en lugar del bien indicado, es decir, la salud, la educación, el sostenimiento económico individual y familiar, el trabajo o la vivienda. Es plenamente pacífico que en el caso de los derechos sociales, la tutela necesaria consiste en una prestación estatal mucho más a menudo que en el caso de los derechos llamados de libertad⁵⁴. Pero

⁵² Cabe añadir lo que (en otro contexto y a otros efectos) ha observado P. Zatti, «Verso un diritto per la bioetica», en C. M. Mazzoni (edit.), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, pp. 72 ss. A propósito de la regulación italiana sobre la interrupción del embarazo, que restringe el aborto a los primeros 90 días en caso de peligro serio para la salud de la madre, se ha puesto de relieve cómo esta norma «privada de complemento práctico (...) como el de la certificación médica» parece ser de hecho «platónica o hipócrita, dado que la ley italiana haría una proclamación inútil, una simulación normativa, en cuyo fondo se esconde la libre decisión de la madre». Zatti observa, en cambio, que la utilidad de una norma no puede ser del todo negada, tampoco en este caso, si mantiene el valor sistemático del ordenamiento, es decir, la norma no es fútil, ni inútil, puesto que termina por valer en todo caso como «atribución de rango al «bien de la vida del *nasciturus*, a través de una piedra de toque, a saber, que ese valor cede sólo ante la salud de la madre por decisión de la madre misma» (ibi, p. 73).

⁵³ Es bien conocida la utilidad heurística de esta gran división y no hay porqué rechazarla. Para el constitucionalismo de los derechos nacido a finales del siglo XVIII esta división representa un hecho histórico, más que un hecho teórico. El llamado *Second Bill of Rights* enunciado por F.D. Roosevelt en su famoso mensaje de 1944 sobre el estado de la Unión, incluía derechos que no parten de la Constitución estadounidense, derechos al trabajo (útil y remunerado), a un salario adecuado según las necesidades propias y de la familia (*food clothing and recreation*), a una vivienda digna, a la salud, a la protección y a la asistencia social y a la educación; véase el *Second Bill of Rights* recogido en C. R. Sunstein, «Constitutionalism. After the New Deal», 101 *Harv L Rev* (1987), pp. 421 ss. A través de la mencionada distinción, se configura sustancialmente el paso de un constitucionalismo a otro: cfr. G. Casper, «Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century», 1989 *S Ct Rev*, pp. 311 ss.

⁵⁴ En el fondo, la resistencia ofrecida por el constitucionalismo estadounidense a la aceptación del desarrollo de las disposiciones legislativas de los *welfare rights*, no hacía sino conducir a un conflicto entre una interpretación de la Constitución de las libertades (custodiada por la Corte Suprema), y la concepción de un Estado de Welfare, sostenido por derechos «welfarist», expresada también en los esfuerzos del New Deal. Mientras el modelo *européo* de los derechos sociales se iba instaurando *a través* de las Constituciones, el americano lo hace *a pesar* de la Constitución o, en todo caso, a través del necesario replanteamiento del sentido de los derechos constitucionales. En general, sobre estos temas puede verse M. A. Glendon, «Rights in Twentieth-Century Constitution», en G. Stones, R. Epstein y Cass Sunstein (eds.), *The Bill of Rights in the Modern State*, Chicago 1992, pp. 519 ss. En relación con el área eu-

la configuración del derecho a la salud (y otros del género) ganaría en realismo si se concibiera como la tutela de un bien a través, ya sea de prohibiciones o de obligaciones; tanto del Estado como de los particulares; al tiempo que su preservación o mantenimiento tienen lugar a través, bien de la regulación estatal, bien del desarrollo de la autonomía de los individuos; de manera no muy diferente de como sucede en el caso de los derechos de libertad. Puede que el Estado tenga que abstenerse de toda actividad que ponga en peligro la salud de los ciudadanos, o de toda regulación que restrinja la autonomía de la investigación médica; el estatuto jurídico del derecho a la salud no predetermina esta cuestión. La distancia que separa derechos de libertad y derechos sociales se reduce notablemente si es posible plantear la cuestión en los términos siguientes: el derecho subjetivo se debe determinar sustancialmente, sin que pueda ser definido apriorísticamente el tipo de *relación* que el derecho «estructuralmente» integra o implica (omisiones o prestaciones)⁵⁵.

VI. Derechos sociales y propiedad

De acuerdo con algunas tesis recientes (Peces-Barba, Ferrajoli), «fundamental» significa «universal». Por consiguiente, los derechos que, como la propiedad, tienden a «excluir», no son fundamentales, porque, a diferencia de los derechos de libertad, no comportan universalidad (extensión a todos por igual) en alguna medida. Por el contrario, los derechos sociales se hallan al nivel de estos últimos, porque son universalizables, corresponden a todos.

Desplazar la propiedad, como derecho real en sentido estricto, del ámbito de los derechos fundamentales, no resulta en principio inaceptable, prevaleciendo por lo general en este contexto la consideración de la propiedad más como un medio para la protección de la seguridad, de la libertad, de la autonomía, que como un ideal en sí mismo. Hay quien asegura que quizá

ropea, cfr. G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Bari, 1999. La distinción estricta entre derechos negativos y derechos positivos, entre libertad y pretensiones de prestaciones sociales, constituye la base de la parte más relevante de la historia constitucional estadounidense. Son útiles en relación con esta última, M.P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton, 1994; B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge Mass., 1991.

⁵⁵ Esto no excluye totalmente la validez de las tesis, según las cuales se dan dos categorías de derechos fundamentales: «derechos inmutables y absolutos que existen en cualquier época o con independencia de cuál sea la ideología dominante; y otros derechos, conocidos como derechos económicos y sociales, que ‘comportan un cierto grado de contingencia y relatividad’ y cuyo reconocimiento está en función del estado de la sociedad y de su evolución» (L. Favoreu, «La Protection des Droits Economiques et Sociaux dans les Constitutions», en *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Chuo, 1989, pp. 32-3).

podría ser ésta la dirección adecuada si el objetivo final fuera verdaderamente garantizar «seguridad, diferencia, solidaridad»⁵⁶. Por lo demás, no es menos cierto que, por definición, en el plano del objeto del derecho de propiedad, la exclusividad es una propiedad dirimente: «Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes a los arrestos arbitrarios, igualmente autónomos para disponer de los bienes de nuestra propiedad e igualmente titulares de los derechos a la salud y a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en una medida diferente: yo soy propietario de mi vestido o de la casa que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de los que otros y no yo son propietarios»⁵⁷.

Por el contrario, los derechos sociales se diferenciarían de los patrimoniales por ser universales (*omnium*), además de indisponibles, inalienables, inviolables, innegociables y personalísimos⁵⁸. No haría falta, en fin, confundir el derecho de impronta liberal, a adquirir la propiedad, que es universal, con la propiedad de bienes determinados⁵⁹.

Al hilo de la distinción nítida entre los derechos sociales, definidos como derechos *a prestaciones estatales*, y los derechos patrimoniales, surgen al menos algunas perplejidades. Si es cierto que, en efecto, estos últimos pertenecen a cada cual de manera diversa, en relación con su cantidad o con su calidad, en el fondo *también* los derechos sociales pueden corresponder de diversa manera, en cantidad o en calidad, en el sentido de que, una vez confirmado el bien que debe ser garantizado, las prestaciones a las que en concreto se tiene derecho pueden ser diversas. Las condiciones selectivas para el derecho a la prestación (en el caso de la salud) no se agotan en el estado de salud (la enfermedad), sino que a menudo toman en consideración, como criterio de admisión o discriminación los recursos de los individuos,

⁵⁶ Estos son los ideales contemporáneos que, a juicio de E. Denninger, «State Tasks and Human Rights», en *Ratio Juris*, vol.12, n. 1, 1999, pp. 1-10, sustituyen a los revolucionarios.

⁵⁷ Ferrajoli, *op. cit.* pp. 10-11

⁵⁸ Sobre el significado de «indisponible» y asimismo sobre la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, incluso con respecto a la relación entre derechos fundamentales y propiedad, merecen una atenta reflexión las consideraciones de Jori, «Ferrajoli sui diritti», cit. pp. 31-9.

⁵⁹ Ferrajoli, *op. cit.* pp. 10-11. Discuto estos argumentos *infra* § VIII. Recuerdo que el trabajo de Ferrajoli sostiene, entre otras cosas, frente a Locke y al pensamiento revolucionario francés (art. 2 de la Declaración de 1789), que la elevación de la propiedad a fundamental deriva de un *equivoco*, a saber: la confusión entre el derecho civil, dependiente de la posesión de la capacidad de obrar, a adquirir la propiedad; y el derecho de propiedad en sentido estricto, o sea, a gozar y disponer de un bien cierto y determinado. El uno es un derecho fundamental, el otro no, porque es *ius excludendi alios*, es decir, si A es propietario de algo, no puede serlo B. Por el contrario, son fundamentales los derechos sociales, cuya universalidad no está excluida por el diverso contenido que podrían tener en relación con las condiciones de los individuos.

y por tanto su renta. Además, puesto que dondequiera que se haya de excluir la abundancia absoluta de los recursos, todo derecho a una prestación pública debe ser repartida, toda prestación social a la que se tenga derecho adquiere el perfil de una suerte de derecho patrimonial a cosas específicas, que *no* pueden como tales ser al mismo tiempo *también* de otros.

Concebido como derecho *a una prestación específica* de *welfare*, el derecho social tiende más a aproximarse hacia (que a alejarse de) el derecho de propiedad. *En concreto*, tanto el derecho patrimonial sobre cosas ciertas, como el derecho (social) a prestaciones específicas, son variables en aspectos cuantitativos y cualitativos y son probablemente negociables o derogables, a diferencia de los derechos de libertad⁶⁰. Es verdad que el objeto de la propiedad es un *quid facti*, que nos divide y nos distingue, esto es, no es igual para todos en la medida en que depende de los recursos disponibles, de las decisiones y de las preferencias, de la lotería de la vida, así como de un sinnúmero de factores; pero aun así, y precisamente si el contenido social se hace consistir en la prestación del Estado, se debe admitir que también ella es en sí misma un *quid facti*, no igual para todos, que depende de los recursos, de las decisiones políticas, de las preferencias, de las concepciones vigentes sobre la salud y la solidaridad, de la política socioeconómica que rija la asignación de las prestaciones públicas (si ha de ser universal o no, de acuerdo con las necesidades o las rentas, y así sucesivamente)⁶¹. La diferencia –con sólo adoptar un modelo de *welfare* particularista, en lugar de universalista⁶², con sólo circunscribir a un área de destinatarios más o menos extensa las prestaciones en sus diversos grados– está presente en la lógica de los derechos sociales, que dependen estrictamente de recursos patrimoniales y se ven obligados a compartir su destino con éstos⁶³.

⁶⁰ Nótese que esto no debería valer en relación con el derecho en sentido abstracto, o sea, como derecho de libertad (según la distinción referida *supra*, nota 59). Bajo el derecho de propiedad como derecho real, patrimonial, habría un derecho abstracto (una vez admitido que la distinción conceptual tenga sentido) de adquirir propiedad (pero también bajo los derechos sociales hay un derecho de libertad, en sentido lato, a acceder a un trabajo, a estar sano, a disponer de una vivienda, a educarse, y así sucesivamente).

⁶¹ En su relación con los derechos patrimoniales, los derechos sociales exhiben vínculos difíciles de romper; así, la cobertura de los recursos necesarios para la defensa del bien «salud de los individuos» comporta profundas intromisiones sobre la «propiedad» de los particulares, y aumenta o disminuye con ellas proporcionalmente; además, resulta perfectamente plausible una inversión de la proporción entre la medida de la prestación y la medida de la propiedad privada, en el sentido de que la prestación estatal puede no ser necesaria o disminuir sensiblemente (por ley) dependiendo de los recursos poseídos, disponibles.

⁶² Para la explicación de los dos modelos, vid. M. Ferrera, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bolonia, 1993.

⁶³ En cierto sentido, si es verdad que todos tenemos derecho a la salud (como en abstracto a la apropiación) y si también es verdad que, teniendo el derecho a convertirnos en propie-

Como ya he señalado, los derechos sociales deberían entenderse como normas que protegen un bien (la vivienda, la educación, el trabajo) en relación con los individuos y no tanto como derechos a una prestación estatal, de modo que las actividades necesarias para la protección de dicho bien (ya sea una prestación estatal, simplemente pública, ya sea privada, o ninguna prestación en absoluto, es decir, la omisión de intervención o el no impedimento, etc.) no pueden ser *fijadas* (ni tampoco los sujetos a los que se impone una obligación) de una vez por todas, ni pueden ser tampoco (mal)entendidas como el contenido de esos derechos o como lo que de «fundamental» nosotros reconocemos en ellos.

Podemos ahora proceder a un examen más detallado de las consecuencias del planteamiento (bien representado por recientes aportaciones de Luigi Ferrajoli) según el cual los derechos *fundamentales* comprenden también los derechos *sociales*, y los derechos sociales son entendidos a un tiempo como: 1. *derechos contramayoritarios* (excluidos de la discusión política ordinaria); 2. *cualitativamente diferentes de la propiedad*; 3. consistentes en una *obligación de prestación por parte del Estado*. Estos rasgos pueden entrar en franco conflicto entre sí:

a) Si es plausible que un derecho «fundamental» constitucionalmente garantizado goce de algún privilegio que lo preserve de las contingencias políticas, no parece que esta situación pueda extenderse al derecho social, *siempre y cuando* éste sea entendido *como obligación a una específica prestación estatal*, pues esta última debe variar con la alteración de las condiciones concretas del «pacto social» entre propiedad y trabajo, entre producción y consumo, entre poderes y electores, entre *welfare* y sectores beneficiarios, entre fuerzas sociales (sindicatos) y partidos políticos, entre mayo-

tarios, no por ello tenemos el derecho a serlo todos por igual de las mismas cosas, entonces también en el caso de los derechos sociales puede *no* ser cierto que tengamos derecho a las *mismas prestaciones por parte del Estado*. Adviértase que esto no sería importante, si no fuera por una concepción estática, no distributiva, de la igualdad sustancial; además sería ilógico que el derecho a la salud fuera entendido como un derecho a la igualdad, a ser iguales en el sentido de recibir prestaciones iguales, allí donde de lo que se trata es, muy al contrario, de tutelar la obtención de un bien reputado fundamental; la solidaridad social en realidad exige aquí una diversificación de las prestaciones según las necesidades, lo que vale ya sea en relación con la salud o la enfermedad, que compelen al Estado a actividades diversas (en el primer caso con carácter preventivo, en el segundo con carácter curativo), ya sea eventualmente en relación con los recursos o la voluntad de los individuos (en este último caso, la renuncia a la prestación estatal, con el recurso a estructuras sanitarias privadas, se configura como una renuncia a un derecho irrenunciable, si el derecho consistiese verdaderamente en recibir una prestación estatal). Por tanto, el derecho social no debería ser definido como un derecho a una prestación estatal por mucho que este esquema jurídico sea predominante en otros aspectos y ofrezca (para la teoría de Ferrajoli) la ventaja de contemplar la noción de obligación (estatal) y de laguna (en la eventualidad de que el ordenamiento no prevea garantías efectivas).

rías y minorías. En estos términos, la negociación, que de ordinario determina las prestaciones o que eventualmente reorganiza su distribución entre agencias diferentes del Estado (por ejemplo seguros, mutuas, asociaciones profesionales, etc.), no puede ser entendida cabalmente como «contramayoritaria» o como situada al margen de la decisión «política». No lo es. Sólo el *an* de esta tutela puede preservarse de la contingencia política, pero no la fuente final (quién materialmente asigna la prestación), el *quantum* o el *quomodo*, sin perjuicio de que el propio poder judicial tenga de algún modo voz, esto es, contribuya con su juicio sobre las leyes o de alguna otra manera (también esto depende de los sistemas) a un juicio de validez, o sea, de coherencia y suficiencia de las regulaciones establecidas.

b) Además, si los derechos sociales son definidos *estructuralmente* como la obligación a una prestación, entonces la prestación debe ser, en contraste con lo que suele ser el caso, clara y precisa al menos tipológicamente. En tanto que el derecho se *defina como una prestación* del Estado (lo cual, a mi juicio, debería rechazarse), esta prestación representa un elemento esencial; por tanto, debe inferirse, de acuerdo con la concepción dominante, que si el derecho (fundamental) es innegociable también pasa a serlo paradójicamente la prestación específica en la que se lo ha hecho consistir. Admitido, en efecto, que exista una laguna cada vez que esta prestación *no* haya sido determinada, entonces cada vez que dicha prestación sí *estuviera* determinada (digamos por ley) devendría indisponible y no renegociable, al igual que el «derecho» mismo. De lo contrario, sólo podría en su caso resultar innegociable el *an* del derecho. Se crea así un cortocircuito entre los requisitos atribuidos a la noción de derechos sociales como derechos fundamentales (un cortocircuito que no se halla implícito en *toda* definición posible del derecho social como derecho fundamental).

c) Los derechos sociales serían «fundamentales» (y, en consecuencia, indisponibles e innegociables) por su carácter universal e independiente de su relevancia patrimonial; no se trata, pues, de derechos «patrimoniales». En realidad, ambas figuras presentan numerosas afinidades, y en buena razón, tanto el *an* de los derechos de propiedad (la existencia de algo como los derechos de propiedad) como el *an* de los derechos sociales no parecen disponibles. *Ambos* están fuera del alcance de las decisiones de la mayoría, y por tanto están «fijos», pero *sólo en una dimensión distinta de la que identifica cosas*, ventajas, prestaciones, de las que el derecho permite gozar; una dimensión en la que no se transige, porque contiene el límite, o mejor, lo que en los ordenamientos constitucionales «funda» las políticas públicas, el mercado, y el intercambio político. De lo contrario, se correría el riesgo, paradójicamente, de tener que sostener que las prestaciones sociales son precisamente no negociables (cfr. *sub b*), mientras puede cuestionarse la insti-

tución misma de la propiedad. Esto parecería injustificado y revelaría una inspiración favorable incluso a la intangibilidad *de las cuotas de redistribución* pública de la riqueza, pero no a la salvaguardia de las «cuotas» propietarias. Si nos situáramos en este plano, sería oportuno descender de él, pues, de lo contrario, se tornarían igualmente inatacables pretensiones de tono diametralmente opuesto, caracterizadas por la prioridad de la propiedad y en alguna medida contrarias o escépticas acerca de la existencia o el uso de los recursos públicos⁶⁴.

La cuestión de la propiedad se encuentra íntimamente ligada a la de los derechos sociales, si bien queda aún por definir a través de qué vínculo. Como se ha observado, se trata de decidir entre dos planteamientos de la relación en el sentido de que la proclamación de los «derechos de *welfare* puede significar bien suplicar a los propietarios ser un poco más generosos», o bien preguntarse por el contrario «en virtud de qué derechos pretenden tener algo exclusivamente para sí ante la desesperada necesidad de otros (...) La propiedad debe responder al tribunal de la necesidad, no viceversa»⁶⁵. Prescindiré de la cuestión del grado de incerteza del que pueda adolecer el concepto de necesidad; pero vale decir que atribuir rango fundamental a los derechos sociales implica abandonar la lógica de la caridad para pasar en su caso a la de la ponderación entre valores de por sí no disponibles, presentes en la tradición liberaldemocrática, y cuyas plasmaciones prácticas contienen entre sí inevitablemente⁶⁶. La razón moderna de la propiedad radica en la subsistencia y la dignidad de los individuos; en otros términos, salvar los derechos sociales desde el punto de vista de su fundamentación teórica equivale a reconducirlos a la propia raíz de la propiedad, el derecho general de los hombres a vivir decentemente⁶⁷. Y ello hasta el punto de que intentar abatir la una para salvar los otros representaría un problema .

⁶⁴ Más allá de las muy moderadas tesis de Hayek y las conservadoras *à la* Nozick, me inclino aquí por tomar como ejemplo las más radicales e indómitas propuestas de Murray Rothbard, *For a New Liberty*, Chicago, 1973, así, pp. 220-1: «Abolición del sector público significa (...) que *todos los pedazos* de tierra, todas las áreas territoriales, incluidas carreteras y vías de comunicación, estén en manos privadas, en manos de individuos, empresas, cooperativas, o cualquier otro reagrupamiento voluntario de individuos y capitales (...) Todo lo que necesitamos es reorientar nuestro pensamiento hasta considerar un mundo en el que todo el territorio sea poseído privadamente».

⁶⁵ Waldron, «Two Sides of the Coin», cit., p. 20.

⁶⁶ Me remito a tesis que se apoyan en esta dialéctica: P. Haeberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, ed. de P. Ridola, Florencia, 1993 y U. K. Preuss, «The Concepts of Rights and the Welfare State», en G. Teubner (edit.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín-Nueva York, 1986, pp. 151 ss.

⁶⁷ Cabe tomar prestada por lo menos la referencia al término «decente», en la sociopolítica contemporánea, del trabajo de Avishai Margalit, *La società decente*, ed. de Andrea Villani, Milán, 1998.

VII. Derechos programáticos

En el balance final, si por algo se distinguen los derechos sociales con respecto a cualquier otra categoría o generación de derechos, es por el riesgo permanente que pesa sobre ellos de quedar reducidos a normas de carácter *programático*⁶⁸, lo cual sucede –se dice– cuando la obligación (la prestación) que se impone al Estado es indeterminada y carece de tutela jurisdiccional⁶⁹. Pero en mi opinión, la traducción de los derechos en abstractos «programas» tiene lugar precisamente cuando los derechos sociales se conciben como obligaciones a una prestación estatal. Esta circunstancia se manifiesta de manera distinta según las características formales y funcionales de los ordenamientos; de manera desigual, pues, en Italia, en la Unión Europea, o en un sistema de base judicial como el estadounidense.

Creo que la constitucionalización de los derechos sociales, incluso bajo la forma de «objetivos» programáticos, funciona en cualquier caso como un parámetro de control de la intervención del legislador, si bien en el ordenamiento italiano la «configuración objetiva» del juicio de constitucionalidad (sólo sobre las leyes) presta un servicio meramente indirecto al ciudadano, a diferencia de lo que habría podido suceder en caso de que a dicho juicio se le hubiera reconocido la función de tutela directa de los derechos fundamentales⁷⁰.

El ordenamiento comunitario europeo nos brinda la ocasión para ciertos análisis de interés. En este campo, la redacción en términos de objetivos o de derechos permite al juez nacional, como juez comunitario, dejar de aplicar el acto legislativo estatal «que desatienda el objetivo», o también que la pretensión fundada sobre el derecho subjetivo comunitario sea elevada ante el juez nacional (en su función de juez comunitario)⁷¹; sin abandonar este contexto, la cuestión de los derechos sociales también podría hallar aquí un nuevo marco, a la vista del modo como la Comunidad-Unión europea ha ido adquiriendo durante los últimos años compromisos típicos de un Estado social (en particular, por lo que se refiere a su orientación a la protección del

⁶⁸ Con acierto, se refiere a esta cuestión Jori, «Ferrajoli sui diritti», cit., p. 27.

⁶⁹ M.S. Giannini no sólo subrayó el fuerte compromiso económico que comportan los derechos sociales (y con ello, como se ha señalado, su abstracción y su condición de papel mojado a falta de recursos), sino que también puso de relieve la insuficiencia de instrumentos jurisdiccionales en relación con las omisiones del poder legislativo (Cfr. Id., «Stato sociale: una nozione inutile», cit. p. 160).

⁷⁰ Sobre el carácter del control de constitucionalidad, cfr. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988.

⁷¹ Para estas y otras clarificaciones sobre el papel y el funcionamiento de los derechos en el ámbito comunitario, véase el excelente trabajo de L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Turín, 1998, pp. 225 ss.

consumidor o de la salud, y a la sensibilidad normalmente mostrada hacia principios como la solidaridad, la igualdad, etc.). Es más, si bien en la esfera de los derechos sociales persiste la amenaza de la falta de instrumentos en manos del ciudadano frente a la inercia del legislador, al mismo tiempo conviene advertir las sorprendentes ventajas que comporta el nuevo ordenamiento europeo globalmente: «Para reaccionar frente a la inercia del legislador nacional, en el caso de que éste haya sido llamado a la realización de los objetivos fijados por el Tratado, podría revelarse más eficaz la reciente imposición a los Estados de la obligación de indemnizar a los individuos por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de desarrollar una directiva, que el instrumento del recurso por incumplimiento que el art. 169 Trat. confía a la Comisión. Aquella solución, no limitándose a los derechos sociales, indudablemente puede revelarse en relación con estos derechos como un instrumento particularmente valioso para compeler al legislador nacional a la realización de los mismos, proporcionando en su defecto la indemnización al particular perjudicado», y pudiéndose superar eventualmente en el futuro la fuerte limitación a la legitimación activa de los particulares (dado que los titulares de los derechos sociales son considerados grupos más que individuos) mediante la introducción de la acción colectiva o de la extensión de la legitimación ante intereses difusos (como el derecho a un ambiente sano o los derechos del consumidor)⁷².

Se ha observado que no existe una «íntima correlación entre la fuerza del *lenguaje* constitucional de *welfare*, por un lado, y la *generosidad* de los Estados de *welfare*, cuantificada en términos de cuota de la riqueza destinada a la salud, la seguridad social, la vivienda pública, etc.»⁷³. Esto expresa el significado del carácter programático o cuasi-retórico de algunas declaraciones. Sin embargo, la resistencia del ordenamiento estadounidense a constitucionalizar derechos sociales, tal como son enunciados en la Constitución italiana o en la *Bill of Rights* que habría deseado Roosevelt, constituye un ejemplo que puede ser explicado precisamente por la tendencia a tomar los derechos en serio y por la consciencia de que la incorporación explícita de los derechos sociales al texto constitucional terminaría por dotarles de inmediata aplicación, esto es, supondría una vía que progresivamente posibilitaría su operatividad. Si los derechos sociales son derechos fundamentales del mismo modo que los derechos de libertad, o sea, son indisponibles, entonces deben funcionar también y ante todo como reglas de reconocimiento; deben, en otras palabras, representar los criterios de compatibilidad con la Constitución de los actos de los poderes constituidos. Las

⁷² Cfr. L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti*, cit., pp. 226-7.

⁷³ Glendon, *op. cit.*, p. 533.

promesas que los derechos fundamentales (constitucionales) encierran son jurídicas y vinculantes *con tal de que* sean usadas como tales. Esto ciertamente representa un obstáculo, pero no hay modo de superarlo por medio del establecimiento de otra obligación jurídica superior; no cabe su realización a través de la fuerza obligatoria de una norma presupuesta.

Naturalmente, la realización de los derechos fundamentales depende también de un cierto grado de civilización y de los recursos económicos que solamente hallamos en los países desarrollados y ricos; e incluso entre éstos ya no se puede concebir tal realización en los términos de un *welfare* enteramente estatal, sino de un modo más articulado, que incorpore el concepto de *welfare mix* o el que ha dejado de identificar y agotar en el Estado la noción de lo «público». En los países avanzados, la totalidad de los derechos negativos así como muchos de los positivos aspiran a ser fundamentales, y pueden verse realizados, fluctuando en una extensísima franja, sin que esas variaciones cuantitativas anulen el concepto, lo cual sucede análoga y parcialmente con los derechos de libertad que, no olvidemos, se basan en recursos sociales, públicos. Estos recursos no sólo son necesarios para el mantenimiento del poder *coercitivo* del Estado⁷⁴, sino que sirven además para dotar a los individuos de las condiciones materiales y espirituales de vida necesarias que aseguren su disposición favorable a la *aceptación* y el *respeto* de los derechos de los demás.

VIII. Derechos fundamentales, universalidad y derecho de propiedad

1. La teoría de los derechos fundamentales de Peces-Barba atribuye a la expresión «derechos fundamentales» un sentido que pretende superar dos limitaciones: el reduccionismo iusnaturalista y el reduccionismo positivista⁷⁵. El primero se basa en la idea de que existen derechos naturales que *en razón de esta condición* son fundamentales (o deben serlo), si bien debe contemplar la necesidad de que todo derecho «natural» cuente con una convalidación, una «mediación» jurídica; el segundo se funda sobre la (contraria) separación de las decisiones jurídicamente válidas respecto de los criterios de naturaleza moral; pero debe reconocer la necesidad de que lo *iustum* se corresponda con un principio moral compartido o asentado.

⁷⁴ Me parece que ésta es la lógica que preside el discurso de S. Holmes, C. Sunstein, *The Cost of Rights*, New York, 1999. Obsérvese además que Holmes y Sunstein reconstruyen el derecho de propiedad poniéndolo en relación con las exacciones tributarias, es decir, basado en costes públicos, en cuya ausencia no sería posible gozar de propiedad alguna. Incluso los derechos de *welfare* pueden presentarse entre los costes necesarios para sostener y defender la propiedad, hasta el punto de asemejarse a un intercambio entre la tutela de la propiedad privada y las exigencias de los menos favorecidos (ibi, pp. 30-1; pp. 204 ss.).

⁷⁵ Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 85.

Se trataría por tanto de *integrar* la filosofía del derecho y el derecho positivo: por un lado, el «*porqué* de los derechos del hombre» que encierra una «pretensión moral justificada» y, por otro, su traducción concreta, el «objetivo» de los derechos del hombre, como incorporación de esta «pretensión moral al derecho positivo»⁷⁶.

Una vez sentadas estas precisiones, «fundamental» significa aquí dotado de una razón moral profunda (no precisada ulteriormente)⁷⁷, pero no puramente contrafáctica: «carece de sentido hablar de fundamento de un derecho que no sea después susceptible en algún caso de integrarse en el Derecho positivo. Mucho menos sentido tiene hablar de un concepto de derecho que no posea una raíz ética ligada a las dimensiones centrales de la dignidad humana». Bajo ningún concepto, cabe pues considerar fundamental un derecho «moral» que por razones de hecho parezca «imposible» (es el caso de un derecho obstaculizado por razones de escasez insuperable)⁷⁸. De acuerdo con Peces-Barba, los derechos puramente «morales», técnicamente de imposible traducción en términos jurídicos (como el derecho a la desobediencia civil que se presenta en contradicción con el propio ordenamiento), no serían derechos «fundamentales» porque no son generalizables; y tampoco los derechos incorporados al sistema jurídico serían «fundamentales» cuando la pretensión contenida en ellos no resulte generalizable, por ejemplo, por razones de escasez relativa (como sucede con el derecho de propiedad).

Como se puede observar, la *generalizabilidad* concierne a la justificación moral del derecho subjetivo, es decir, una pretensión está justificada moralmente si es «susceptible de ser elevada a ley general, es decir, que presente un contenido igualitario, atribuible a todos los posibles destinatarios, sean éstos los genéricos «seres humanos» o «ciudadanos» o los concretos «trabajadores», «mujeres», «administrados», «usuarios o consumidores», «inválidos», «menores», etc.⁷⁹

⁷⁶ Ibi, p. 84. Serían por consiguiente fundamentales los derechos que aparecen ya sea históricamente radicados en la moral o bien presentes en el ordenamiento.

⁷⁷ Están moralmente justificados los derechos que tienden a la realización de la persona humana en la vida social (ibi, pp.186-7). Y por tanto, identificar lo relevante a estos efectos, depende del análisis diacrónico (ibi, p. 188) del que Peces-Barba infiere que, donde no existe igualdad, la libertad no se cumple; la libertad es siempre igualitaria, en el sentido de que exige «tratar de hacer (la libertad) posible para todos» (*ibid.*).

⁷⁸ Se trata de una definición hasta ahora en exceso deudora de la competente intervención de la «autoridad pública» que puede mediar entre justicia y fuerza, entre valores morales y derecho positivo.

⁷⁹ Ibi, p. 90. Con independencia de lo que deba calificarse como fundamental, Peces-Barba lo plantea analíticamente (pp. 90 y ss.).

¿Qué significa entonces «fundamental»? Bajo otra versión, cabe responder: «la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino por universales e indisponibles». La *forma universal*, inalienable, indisponible y constitucional garantiza en general lo que se considera fundamental en un país («o sea, aquellas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y, en su conjunto, causa o razón social de ese artificio que es el Estado»)⁸⁰.

De lo que se trata es de contrastar la vigencia en el plano teórico del vínculo entre fundamentalidad y universalidad; es decir, ¿cabe pensar en un derecho fundamental que *no* sea «universal»? Es frecuente que se defienda su vinculación, porque posibilita la necesaria extensión de los derechos fundamentales a todos (a todos los hombres o a todos los ciudadanos), lo que permite consecuentemente situar el carácter fundamental de los derechos en el corazón mismo de la idea de *igualdad*. Pero se trata de una propuesta *normativa*. ¿Por qué no pueden ser considerados fundamentales también los derechos que en razón de su propia «estructura», y por tanto por definición, se cuentan entre los derechos no considerados universales (los derechos patrimoniales)?

Resulta interesante advertir cómo el requisito de la *extensión* a la generalidad de los miembros de una clase que, según Peces-Barba, tiene una raíz *moral*, regresa en las tesis de Ferrajoli al interior de una teoría *formal*. La imposibilidad de su extensión universal, haría de la propiedad un «privilegio», más que un derecho «igual para todos los seres humanos». Y tal argumento hallaría su confirmación según Peces-Barba en la Constitución española y también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁸¹. Se sostiene por tanto que no puede surgir un derecho fundamental relativo a *bienes* que no sean generalizables; en estos casos, de hecho, el derecho subjetivo no es susceptible de traducirse en una posibilidad real para «todos». ¿Es, pues, la escasez relativa lo que impide a la propiedad convertirse en un «derecho fundamental»? Se debería considerar que así es; no por casualidad, Peces-Barba sostiene que aunque fuera «pensada» como fundamental, después no sería posible garantizar su eficacia (precisamente por la escasez de los recursos)⁸².

⁸⁰ Ferrajoli, «Diritti», cit., p.14. Naturalmente, esto significaría que, *a posteriori*, podemos determinar los derechos fundamentales merced a su forma universal, indisponible, constitucional. No creo que esta «forma» sea *conditio sine qua non*, ni tampoco que sea suficiente para identificar el *status* de los derechos fundamentales en un ordenamiento.

⁸¹ Peces-Barba, *op. cit.*, p. 152 (la propiedad en el Pacto se excluye del texto principal para quedar relegada a los protocolos adicionales; y en la Constitución española de 1978 se la excluye del recurso de amparo, siendo además susceptible de restricción por ley).

⁸² *Ibi*, p. 86 y *passim*.

2. Que la fundamentalidad pueda predicarse de derechos no «universales» es una cuestión que cabe abordar a través del *experimentum crucis* del derecho de propiedad, pues si la propiedad, que se considera un derecho subjetivo no universal, puede convertirse en derecho fundamental bajo algún ordenamiento, entonces no es plausible una definición teórica que la excluya; y si la propiedad puede ser un derecho fundamental, entonces pueden serlo igualmente otros derechos subjetivos no universales.

Desde el punto de vista propuesto aquí, resulta insostenible que el derecho de propiedad *no* pueda hallarse entre los derechos fundamentales. No pretendo afirmar con esto que el derecho de propiedad *deba* necesariamente incluirse entre ellos, sino sólo rechazar la exclusión *absoluta* de la propiedad entre los derechos fundamentales ya sea por un impedimento *lógico-formal* (el carácter no universal del derecho real) o bien por un impedimento *empírico*, aunque no contingente (la circunstancia objetiva de la escasez relativa de los bienes) o incluso por ambas circunstancias al tiempo⁸³.

Creo que la cuestión sobre el significado de la fundamentalidad no puede resolverse a través del «simple» criterio de la generalizabilidad. La escasez y la universalidad pueden ciertamente intervenir en la definición de lo «fundamental», pero no siempre pueden jugar un papel dirimente. Sin embargo, a tenor de las definiciones recién examinadas, *un derecho que no pueda corresponder a todos (al mismo tiempo) no puede ser fundamental*. Sostener que un derecho *no es* fundamental (en este caso, por el hecho de no poder valer para «todos») equivale a considerar que *no puede existir del todo, que no es necesario que sea concedido por algún ordenamiento, o bien que no es necesario dentro de un ordenamiento determinado*. En virtud de lo anteriormente indicado, cuando un derecho es *no* fundamental, entonces su ausencia o su derogación no da lugar a una carencia esencial ni en la estructura ni en los principios normativos rectores del ordenamiento.

Así pues, volviendo a la cuestión de la propiedad, si fuera cierto que no representa un derecho fundamental, entonces no se produciría alteración sustancial alguna en nuestros ordenamientos, en caso de que éstos no la contemplaran. Y sin embargo, esto parece contraintuitivo: ¿qué sucedería, por ejemplo, si no existiera ningún propietario concreto? La ausencia de la

⁸³ Creo que estas tesis son débiles. La versión «sociológica» ofrecida por Peces-Barba se refiere a una imposibilidad *de facto*, dependiente de circunstancias externas y objetivas; más enrarecida y menos expuesta resulta la concepción de Ferrajoli, que parece plantear la cuestión en términos de no fungibilidad y determinación de los bienes que son objeto concreto del derecho real, o sea en términos lógicos (más que en términos económicos, vinculados materialmente a la disponibilidad de los recursos). Sin embargo, hay que observar que, en esta versión diferente, el concepto que debe recuperarse es el de escasez, porque, dependiendo de la clase de bienes, una hipotética abundancia absoluta probablemente privaría de interés –si no de fundamento– la no fungibilidad y la determinación del bien poseído.

propiedad, entendida como derecho patrimonial, reflejaría un cambio social radical y representaría una innovación sustancial en el ordenamiento jurídico. Pero ¿qué otras consecuencias se podrían derivar de la ausencia de propiedad?

Ante todo, se debería considerar insostenible una distinción conceptual, entre el derecho o la libertad abstracta de *convertirse en* propietario, reconocida entre las libertades fundamentales, y el derecho de propiedad como derecho «real». La distinción tiende a separar la universal libertad de apropiación de los bienes, la libertad de apropiación, que sería un derecho fundamental, del derecho real sobre bienes, que no podría ser fundamental. Pero creo que estos dos conceptos son inseparables, comparten un mismo destino, como lo confirma el hecho de que la inexistencia de derecho patrimonial alguno, haría inconcebible la propia libertad de apropiación, su universalidad e incluso su carácter «fundamental». Si el derecho de propiedad no existiera, habría cambiado el modo de producción de la riqueza. Nos hallaríamos ante una situación puramente administrada. En tal caso, no se habría dispuesto ni siquiera el derecho de convertirse en propietario, que es, por el contrario, considerado fundamental (porque coincide con una libertad universal, y no es un derecho real sobre bienes ciertos). Si no se reconociera a nadie la propiedad sobre algo, la abstracta libertad de convertirse en propietario (sería tal amenaza para y) constituiría tal contradicción con la lógica del entero sistema político-económico, que habría de considerarse absolutamente peligrosa y, por consiguiente, *todo lo contrario* de fundamental, lo cual, en suma, hace imposible sostener el carácter fundamental del derecho a adquirir la propiedad y *con ello* el carácter no fundamental del derecho de propiedad (como derecho real sobre una cosa cierta, concreta).

Si se desea una confirmación teórica, es posible encontrarla entre las tesis de Rousseau, unas tesis no sospechosas de parcialidad desde el momento en que no aparecen en connivencia ni con el paradigma lockeano, ni con el francés del carácter sacro de la propiedad (art. 2 de la Declaración de 1789). A juicio de Rousseau, el derecho de propiedad obedece a un acto sustancialmente arbitrario, lo cual significa que la propiedad nace sin justificación «objetiva». La tesis de Rousseau contrasta con la opinión de que la de convertirse en propietario representa una «libertad» fundamental. En definitiva, negar carácter fundamental a la propiedad comporta fatalmente la negación del carácter fundamental del derecho (de libertad) de apropiación.

3. Conviene ahora volver sobre el asunto de la universalidad de los derechos fundamentales y al concreto, y conexo, de la escasez de los recursos (una relación entre universalidad y escasez, que es subrayada especialmente por Peces-Barba). La escasez de los recursos imposibilita la universalidad de la propiedad, y con ella su fundamentalidad, pues, en tanto se man-

tenga la escasez de los recursos, tampoco puede ser *de facto* universal. Se trata de la cuestión de las *circunstancias* del derecho de propiedad. La propiedad no *puede*, pues, ser un derecho fundamental a causa de circunstancias fácticas objetivas (de escasez) no contingentes.

Desearía no obstante mostrar que un sistema que reconoce a) la relativa escasez de los recursos y b) el valor fundamental de la libertad de apropiación (una de las «libertades» intangibles), no puede después dejar de acudir al derecho de propiedad *como principal instrumento de su regulación*.

Bajo este aspecto, conviene recordar una teoría moderna de la propiedad como la de Hume, que también vincula el «terrible derecho» al problema de la escasez, pero sosteniendo que la propiedad no provoca el problema de la escasez, sino que *surge de una situación* (opuesta a la rousseauiana) de *escasez relativa*, y es aquí donde se impone la necesidad de una justicia «artificial», que comprenda entre sus reglas áureas, de justicia, el derecho de propiedad (la titularidad de los bienes y la oponibilidad a terceros)⁸⁴. Prescindiendo de la cuestión de la *génesis* de la propiedad, Rousseau y Hume señalan una relación en todo caso inextricable entre escasez y propiedad. Creo que tal relación sigue vigente, al menos en el sentido de que la *propiedad puede ser fundamental sólo en situaciones de escasez relativa*; y en ellas, una vez que se conceda *status* fundamental (y universal) a la *libertad de apropiación*, *ninguna forma de regulación de la escasez, salvo el «derecho» de propiedad, resulta plausible*. Por seguir con los «clásicos» del pensamiento filosófico-jurídico moderno, que con nosotros consagran la libertad abstracta de *adquirir* la propiedad, el derecho (real) de propiedad cesaría de ser fundamental sólo en caso de que la humanidad viviera en circunstancias de *abundancia absoluta* (y no de escasez relativa). Y entonces, a la inversa, el derecho de propiedad podría entenderse como *universal*, sólo bajo circunstancias de *abundancia absoluta*, en donde ciertamente no parece ser «*fundamental*».

Debo concluir, así pues, que la propiedad parece quebrar el presunto, pacífico e indisoluble binomio universal-fundamental, puesto que representa un derecho *fundamental* merced a las condiciones de escasez relativa, que son precisamente las mismas que le impiden gozar, *ceteris paribus*, de «universalidad»⁸⁵.

⁸⁴ Sobre estas cuestiones y sus referencias bibliográficas, permítaseme la remisión a G. Palombella, *Diritto e artificio in David Hume*, Milán, 1984.

⁸⁵ En contraste con lo que sostienen, si bien a partir de argumentos distintos, Peces-Barba y Ferrajoli, entre otros. Naturalmente, si se tratase de un equívoco, habría una manera de salir de él: renunciar sin escrúpulos a la libertad liberal de apropiación, lo que, al parecer, resulta arduo también para las teorías normativas democráticas.

IX. A propósito de «fundamental»

Concebir los derechos fundamentales como una categoría tendencialmente unitaria (al menos bajo ciertos aspectos) es posible y me parece legítimo. Para ello, en el plano jurídico, se impone mostrar el papel que, en cuanto *normas*, los derechos fundamentales pueden asumir; sin que ello tenga que interpretarse como el intento de anular el sentido de «ventaja» subjetiva inherente a la naturaleza de los derechos. No se trata, pues, de infravalorar el carácter relativo al sujeto que los derechos poseen, la prioridad de la tutela del individuo⁸⁶; las normas que establecen derechos no agotan su *ratio* en la regulación del sistema jurídico, no representan *meras* exigencias «objetivas» del ordenamiento, o del orden social en su globalidad; sino que se constituyen de manera que se orientan a la tutela de los individuos (o de los grupos), más que al objetivo de la protección del «sistema». Por otro lado, al subrayar que los derechos son «normas», he rechazado la identificación mecánica de los *deberes* con el contenido del derecho subjetivo (distinguiendo así su existencia «jurídica» de la «correlatividad», en cierta medida excesivamente esquemática). En el fondo, es el *interés* del individuo (reconocido como valor a tutelar), lo que justifica una eventual imposición de deberes sobre otros⁸⁷.

Sin embargo, como se ha indicado en el epígrafe precedente, ahora se ha puesto en tela de juicio el significado mismo del término «fundamental», referido a los derechos. Si, como he propuesto hasta aquí, los derechos fundamentales son metanormas sustanciales (reglas de reconocimiento), entonces su *status* «fundamental» es una cuestión de mérito, que incide en el mérito (de las actividades de los poderes). En realidad, esas metanormas contienen las opciones éticas, políticas y económicas de una sociedad organizada jurídicamente; no cualquier opción es fundamental, sino sólo la que se postule en el plano jurídico como criterio de validez de otras decisiones jurídicamente vinculantes. Por lo general, esto tiene lugar mediante su in-

⁸⁶ Cfr. también *supra*, el epígrafe V, nota 39, y el texto correspondiente.

⁸⁷ Al mismo tiempo cabe reconocer que difícilmente puede alguno de los derechos humanos fundamentales ser reconducido a uno de los llamados elementos simples hohfeldianos, pues un derecho subjetivo podría contenerlos tendencialmente todos, tanto derechos, potestades, privilegios, inmunidades –y ello, desde luego, sin excluir en su caso las correspondientes posiciones «puestas» o «correlativas» (Cfr. W. Hohfeld., *Concetti giuridici fondamentali*, trad. de M. G. Losano, Turín 1969, de *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, 1923). Es de destacar lo que escriben al respecto J. Waldron en la «Introduction» a Id. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford 19957 p. 10, así como, de nuevo, Sunstein y Holmes, *op. cit.*, p. 239, nota 4, quienes consideran insatisfactoria la cuatripartición hohfeldiana puesto que las potestades, las inmunidades e incluso los permisos contienen todos ellos implícitamente pretensiones «a las prestaciones estatales y a los recursos públicos».

corporación a los textos constitucionales, pero no se excluye que fuentes de grado inferior asuman también un reconocido carácter de principio o de guía, merced a su posible vinculación a disposiciones constitucionales. En consecuencia, mi definición de «fundamental» se refiere a la capacidad que las normas poseen –siempre y cuando esto tenga lugar– para funcionar como metanormas, en el sentido de que mantienen en pie el entero ordenamiento. Ciertamente, en un ordenamiento jurídico son esenciales también todas las metanormas de producción, que regulan el conjunto de las fuentes y de las formas autorizadas de producción de normas, pero cuando las normas que prevén derechos son usadas como *metanormas*, entonces se trata de metanormas «sustanciales», y el precepto que establece derechos de este rango, se convierte en sí en una disposición «fundamental». Por el contrario, me parece inevitable que *no* pueda reconocerse *fundamentalidad* a un derecho subjetivo que *no* sea usado como criterio de legitimidad (validez) de otras normas; y no sólo como criterio de legitimidad de otros comportamientos privados, sino *también* del ejercicio del poder legislativo (o de otros poderes que dispongan de capacidad normativa análoga o delegada).

Propongo, pues, hablar de «fundamental» bajo esta acepción, que llamaré «funcional», porque me parece suficientemente compatible con un positivismo crítico, y adecuadamente realista. Por lo que se refiere al realismo, hay que reconocer la vigencia de la tendencia, recientemente subrayada⁸⁸, a dejar de traducir «el contenido de los derechos humanos de la ‘soft law’ de los debates y de las convenciones internacionales a la ‘hard law’ de la legislación estatal positiva como derecho vigente y directamente vinculante»⁸⁹. A menudo, esto supone confiar los derechos a la «buena voluntad» de los legisladores, incluso cuando en los textos constitucionales se incorporan enumeraciones analíticas de los derechos, en especial de los sociales. Frente a este estado de cosas, se ha sostenido que la transformación de esos objetivos de principio en compromisos operativos sólo puede tener lugar como resultado «político (y por tanto legislativo)» de los «derechos humanos»⁹⁰.

Si se contempla este planteamiento con cierto desapasionamiento, se constata que el problema *político* de la realización de los «derechos humanos» (o de los derechos fundamentales), lo es efectivamente porque, al parecer, *no hay vinculación jurídica*⁹¹. Pero subyace *en este modo de plantear*

⁸⁸ E. Denninger, »State Tasks and Human Rights«, cit., p. 8

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Así concluye también Denninger, ibi, p. 9.

⁹¹ A mi juicio, es precisamente esta circunstancia la que ha estimulado una propuesta, aludida reiteradamente aquí, como la ofrecida por Luigi Ferrajoli, pues su tesis pretende, en última instancia, *transformar en jurídicamente obligatoria, en nombre del principio de plenitud del ordenamiento, la construcción de las garantías de los derechos, situando su ausencia en el plano de una laguna indebida*. Pero ya me he ocupado con anterioridad de esta cuestión.

la cuestión una ambigüedad de fondo de la que es necesario librarse, pues, si los derechos humanos existen, incluso en la *norma* (constitucional, en todo caso) y son fundamentales, ¿en qué sentido *no son* jurídicamente obligatorios? Esto puede suceder, ciertamente, con diversas normas jurídicas como, por ejemplo, las que prescriben obligaciones «imposibles», y en casos en modo alguno excepcionales en nuestros ordenamientos. Pero ¿cómo puede suceder en relación con normas calificadas de «fundamentales»?⁹² Si esos derechos no son jurídicamente vinculantes, ¿bajo qué acepción de la expresión siguen siendo derechos (humanos) fundamentales? ¿acaso en sentido iusnaturalista? A estas preguntas cruciales se suman necesariamente otras como, por ejemplo, ¿puede afirmarse su *existencia* en el ordenamiento, cuando no son capaces de operar *jurídicamente*? Finalmente y cerrando el círculo de la ambigüedad: si no son jurídicamente vinculantes, ¿por qué deberían ser *políticamente* vinculantes?

Resulta harto difícil derivar de la ausencia de un vínculo jurídico, la subsistencia de una obligación política, como suele hacerse algo elípticamente: por lo general, de la abstracción de los compromisos u objetivos asumidos en los documentos jurídicos en relación con los derechos humanos, se deriva la idea de que éstos, carentes de fuerza jurídicamente obligatoria, conservan empero un evidente carácter políticamente vinculante, que proviene de su transcripción a dichos documentos. En términos descriptivos, esta conclusión –verdadera en algunos casos– es arbitraria, pues si de un documento jurídico prescriptivo no nace (por alguna razón) un vínculo jurídico, puede no surgir tampoco en absoluto un vínculo político y en cualquier caso tales vínculos parecen mutuamente independientes y no intercambiables funcionalmente.

Mi convicción –por el contrario– es que se puede y debe tomar en serio los derechos fundamentales, asumiendo que *son* jurídicamente vinculantes, en lugar de determinar su total remisión (realista) a su *disponibilidad* en la esfera política; y debe evitarse esta remisión, porque ya existe una decisión (política) que ha plasmado positivamente aquellos derechos en el ámbito internacional o en el estatal o en ambos. Respetar *esa* voluntad significa en todo caso atribuir a los derechos fundamentales un significado jurídico y, de acuerdo con mi argumentación, *el modo en que* opera el vínculo jurídico estatuido por esas decisiones que confieren valor a los derechos fundamentales, coincide con su «funcionamiento» como reglas de reconocimiento. En

⁹² Rechazo distinguir, en este contexto, entre normas fundamentales y derechos fundamentales, puesto que, en mi opinión, no es aceptable que un grado de «fundamentalidad» sea adscribible *jurídicamente* a un cierto conjunto de derechos, y que esto no ocurra a través de normas también «fundamentales».

cuanto *tales*, representan un vínculo activo. Dicho esto, no obstante, hay que poner en tela de juicio que, a diferencia de otras normas, las metanormas que he llamado (de acuerdo con una acepción extensiva de la célebre expresión que se remonta a Herbert Hart) reglas de reconocimiento puedan tener un efecto jurídico y en todo caso sean válidas sólo si son *usadas* como tales, pues ésta es una circunstancia de hecho, incontrolable jurídicamente, porque *no depende* de una obligación jurídica ulterior o jerárquicamente superior. Todo lo que en el plano jurídico sea «fundamental» no puede ser justificado por el propio Derecho; pues si lo justificara no podría fundarse en el Derecho, dado que el Derecho gira en torno suyo. Aquí, en su caso, surge la cuestión política, pero a ésta no se le puede dar una respuesta *de nuevo jurídica*: los derechos que no son *sentidos* como fundamentales, *no serán usados* como normas de reconocimiento por los «funcionarios» (por los jueces y los legisladores) y tampoco por los ciudadanos, que se refieren a un ordenamiento dado⁹³.

A la luz de estas consideraciones, cabe además contraponer una definición «funcional» a la «extensional», de acuerdo con la cual, como sabemos, un derecho es fundamental ante todo si es posible referirlo a «todos» (los ciudadanos, los trabajadores, los hombres, o los miembros de otras «clases» consideradas en los ordenamientos): ninguna de estas dos acepciones insisten en el mérito intrínseco de tipo axiológico de lo calificado como fundamental. En cierto sentido, ambas comparten la aspiración de no prejuzgar irreversiblemente el contenido de los derechos a través de opciones concretas. En la definición «extensional», que quiere ser (y es) «teórica» y no dogmática (en cuanto prescinde de las normas de un ordenamiento jurídico positivo específico) son, por tanto, derechos fundamentales los que un ordenamiento adscribe a todos, a todos los que sean tomados en consideración como personas físicas, o bien como ciudadanos, o bien en cuanto capaces de obrar⁹⁴. En consecuencia, fundamental significa que se extiende a todos aquellos (que bien podrían ser pocos) que se hallen incluidos en una cierta

⁹³ Se trata de un efecto decididamente perverso, fruto del rango al que esos derechos son elevados en su «juridificación». En realidad, se debe reconocer que el problema de la validez jurídica de un ordenamiento, o de una Constitución, no es tal, sino que se trata más bien de un problema sociológico, político.

⁹⁴ Naturalmente, la indicación de estas tres categorías o, mejor, clases, no es teórica sino empírica; es decir, se trata de las clases normalmente usadas en los Estados constitucionales contemporáneos de Occidente. La tesis teórica se concibe como adecuada a la situación de hecho vigente en los países occidentales. Dado que *de hecho* los países occidentales atribuyen los derechos fundamentales a todas las personas, una vez que la ciudadanía, último baluarte de la exclusión, fuera anulada, entonces los derechos fundamentales acabarían coincidiendo con los derechos de todos los hombres. En definitiva, el significado de la teoría se comprende si se aplica a la situación histórica presente y a los países occidentales.

clase (ya sea de las personas, de los ciudadanos, o de los capaces de obrar) y bien podría tratarse de un derecho «fútil». En cualquier caso, los derechos son aquí presentados como fundamentales no sólo si son universales, sino también en cuanto sean indisponibles, inalienables e irrenunciables. No se trata de todos los derechos subjetivos, dado que quedan excluidos por lo menos los patrimoniales (como he puesto de relieve en la discusión precedente), por cuanto son singulares y no universales, disponibles y exclusivos (no inclusivos).

Hay que reconocer que, bajo su acepción «extensional», «derecho fundamental» tiene el defecto de poder quedar reducida a una clase ínfima, incluso en términos numéricos, de titulares y por tanto parece francamente contraintuitivo que ese derecho pueda también así recibir el calificativo de fundamental. Además, el hecho de que en abstracto un derecho pueda tener un contenido decididamente fútil, dificulta el uso del término «fundamental», más que cualquier otro menos comprometedor.

Ciertamente, si un sistema girase en torno a ese contenido normativo «fútil», éste se tornaría «fundamental» y la noción de futilidad sería utilizada de forma inadecuada. El fundamento del sistema moral o jurídico que fuera, podría parecer fútil sólo desde el interior del punto de vista de *otro* sistema moral, que estime como marginal lo que otro tiene por fundamental. Pero la definición extensional prescinde del hecho de que el derecho sea «fundamental» por alguna otra razón sustancial (diversa de la imputación a una clase) y en rigor no implica tampoco que asuma algún papel en la dinámica del sistema jurídico.

Si, por el contrario, adoptamos en el ámbito jurídico el término «fundamental» en sentido *funcional*, como propongo aquí, es posible evitar esta serie de perplejidades, ya que no podría tildarse de fútil el contenido de una norma que estableciera derechos y fuera *usada* como regla de reconocimiento (o sea, como criterio de evaluación para la validez de otras normas) en un ordenamiento dado; si fuese «fútil» dentro de ese ordenamiento, no sería usada como metanorma sustancial, y por tanto no sería fundamental. *Tampoco* sería (necesariamente) fundamental un derecho que correspondiese «estructuralmente» a *todos* los incluidos en una cierta clase (o sea, también cuando según la definición extensional de fundamental, fuera imputable sólo a través de un cuantificador universal del tipo «todos los ciudadanos»).

La definición «extensional» abona el encomiable propósito de hacer posible la universalización de los derechos humanos fundamentales, derechos de libertad y derechos sociales (su extensión a todos los hombres). Se trata de una aspiración que parte del presupuesto de que los acreedores de tutela son los hombres (con independencia de subclases)⁹⁵ y del hecho de que en

⁹⁵ La escala de mérito y por tanto de la extensión de la clase es un dato, en cualquier caso fruto de una decisión. Que sean merecedores de tutela los seres humanos, y no una serie de su-

el actual estado de cosas las clases de exclusión/inclusión, aún por superar por parte de los países occidentales, ya solamente son las de ciudadanía, y las relativas a unas pocas prerrogativas residuales. Naturalmente, la teoría que define fundamental como universal en el sentido señalado, no puede *obligar* en el plano jurídico a la extensión (de la imputación subjetiva de los derechos) a *todos en cuanto hombres*. De hecho, tampoco en este caso surge una laguna, ni existe principio de completitud (del ordenamiento) al que apelar para evitar que algunos derechos sean extendidos sólo a ciertas clases de sujetos, o solamente sobre la base de una definición de «hombre» que excluya otras etnias, u otras religiones, o más sencillamente los ciudadanos de otro Estado. La decisión de expandir al máximo la clase de los elegidos (o sea de renunciar al poder mismo de selección) es un *hecho* a cuya verificación la teoría no puede contribuir por sí misma, pues ésta no puede estatuir la *obligación* jurídica de tomar esa decisión. Esta imposibilidad de convertir en jurídicamente obligatorio algo que no ha sido decidido como tal en un determinado ordenamiento, resulta insuperable. Y lo es incluso acudiendo a la definición «funcional» de fundamental, pero ésta pone de inmediato a las claras que la teoría no puede conseguir la cuadratura del círculo. El Derecho no puede subrepticamente arrogarse tareas políticas y, una vez considerada la cuestión en su totalidad, quizá tampoco debiera.

X. Los derechos: más allá de Dworkin y de la democracia «sustancial»

1. Cimentar la construcción de un ordenamiento sobre derechos fundamentales (poniendo de manifiesto que de su contenido esencial derivan o deben derivarse⁹⁶ normas del legislador que contemplen garantías⁹⁷), equivale a sostener que el núcleo de cada ordenamiento jurídico reside esencialmente en la tutela de los derechos individuales. Esto invierte la perspectiva que había adoptado el positivismo jurídico clásico desde Austin hasta Kelsen; bajo esta perspectiva, el derecho regula (primaria o secundariamente) el ejercicio de la fuerza; consiste, pues, en un conjunto de imperativos asistidos por una sanción (o que imponen una sanción), y provienen (Austin) de quien sea titular de la soberanía sobre un territorio determinado. A la afirmación del Estado de Derecho (liberal) en Europa se unió la concepción del derecho como regulación (de la fuerza), limitación y sepa-

jetos diversos representa en sí un problema. Como es sabido, se puede pasar de concepciones que asignan los derechos a los agentes morales hasta las que plantean el problema de otros seres o de los seres humanos privados de facultades actuales y así sucesivamente (cfr. por ejemplo, A. Gewirth, *Human Rights. Essay on Justifications and Applications*, Chicago, 1982; T. Regan (edit.), *Matters of Life and Death*, Nueva York, 1980).

⁹⁶ De acuerdo con el funcionamiento de un sistema que Kelsen calificaría como estático.

⁹⁷ Esta vez según las reglas de funcionamiento de las normas de un sistema dinámico.

ración del poder. La teoría subrayaba el aspecto sancionador, que resulta central para gran parte del positivismo jurídico contemporáneo.

Hoy en día se acostumbra construir el Derecho, en el Estado (de Derecho) constitucional, en torno a la prioridad de los «derechos» de los hombres. Se trata, por tanto, de un ordenamiento de los derechos y no de un ordenamiento de las sanciones, de las obligaciones. El Derecho aparece así como un sistema de irradiaciones de los derechos individuales y sólo como consecuencia de éstas como un sistema de reducción y regulación de los poderes públicos. Esta transformación conceptual se corresponde además con cierta visión «recibida» del *constitucionalismo* liberal. Quien aboga por una extensión universal, cosmopolita, de nuestra civilización jurídica, construyendo el sistema sobre los derechos y no a partir de las sanciones, puede también desprenderse del lastre de la soberanía, puesto que, técnicamente, el soberano territorial es un elemento esencial para el Derecho, pero sólo si permanecemos dentro de los confines de la teoría austiniana, es decir, sólo si por norma jurídica seguimos entendiendo esencialmente una «orden respaldada por amenazas». El Derecho, que giraba en torno a la sanción y las obligaciones, tiene ahora su base, su esencia, en los derechos subjetivos. Si la norma, concebida como amenaza de una sanción, debía descansar antaño sobre la posesión de la fuerza (en manos del legítimo soberano de un territorio determinado), la norma entendida como adscripción de derechos subjetivos parece hoy querer apoyarse sobre una especie de autosuficiencia del propio Derecho⁹⁸.

Por lo general, los derechos fundamentales funcionan en dos direcciones: por un lado, proporcionan validez a las normas individuales; por otro, se erigen (de manera algo chocante) en fundamento del orden jurídico en el que están comprendidos; en otras palabras, se erigen en criterio de validez del entero ordenamiento jurídico que los contempla⁹⁹. Estos derechos parecen disponer del carácter autoevidente y autofundante necesario para mantenerse independientes ya sea del insidioso apoyo del poder, ya de la legitimación a través del consenso. El hecho de que sean positivizados en Cartas internacionales y en los textos constitucionales parece exonerarnos de la búsqueda del consenso incluso allí donde no se observen. Estos derechos *deben* realizarse, pero no está claro si sobre la base de Cartas internacionales no suscritas (por el «soberano», cuyos «incumplimientos» son objeto de

⁹⁸ Representa una manifestación objetiva de esta tendencia la idea de que la ausencia de medidas materiales de protección del derecho significa una carencia *en* el Derecho (lagunas), más que una carencia en su *realización*.

⁹⁹ Obviamente, Kelsen no compartiría este uso libre de las nociones de *fundante* y de *fundado*.

reprobación) o sobre la base de la autoevidencia de su verdad, que obviamente prescinde del Derecho positivo propio de esta o aquella comunidad.

Hasta aquí me he propuesto evitar estas ambigüedades, reconstruyendo los derechos subjetivos de mayor importancia en un ordenamiento como normas fundamentales, cuya funcionalidad jurídica depende inequívocamente de su reconocimiento. Queda ahora por ver qué nexos liga efectivamente las diversas concepciones de los derechos con la democracia.

2. En ocasiones, quienes pretenden subrayar la centralidad de la idea de los derechos fundamentales, tienden a invocar su apología más notoria durante las últimas décadas. Me refiero a la de Ronald Dworkin. Sin embargo, su invocación puede ser malentendida y resulta en todo caso equívoca. Si es cierto que se trata de tomar los *derechos en serio*¹⁰⁰, el modo en que Dworkin lo hace consiste en la separación de las pretensiones fundadas sobre la lógica individual, de las libertades y pretensiones fundadas sobre la lógica «política» de las prestaciones sociales. Es cierto que considera los derechos como contrapuntos al poder de la mayoría, pero también que los conceptualiza además como límites a las *políticas públicas (en cuanto políticas sociales)*, y *propiamente en razón de esta condición*; y une a ello ciertamente la lógica de la igualdad, pero *no en el sentido de la igualdad sustancial (welfarist, goal-based)*. Y en fin, los derechos valen como razones suficientes capaces de superar cualquier otra consideración de valor, cualquier límite, cualquier egoísmo público (*rights as trumps* es la expresión usada por Dworkin); pero la fuerza «jurídica» de los derechos subjetivos consiste propiamente, para Dworkin, en la capacidad del orden constitucional para materializarse *contra* las razones de «policy» de las mayorías legislativas (y del *Government*).

Los teóricos de los derechos formados en la cultura europea de izquierdas, en la italiana en particular, que están dotados de una aguda sensibilidad «social», podrían compartir esos objetivos sólo a grandes rasgos y no concebirían una cosa como una alternativa de la otra (o separada de la otra). Sin embargo, los derechos representan en Dworkin un modo de apoyar las razones en favor de la autonomía individual *contra* las que apoyan la autonomía pública; una cautela frente al germen igualitario de las posibilidades que se abrirían gracias a las decisiones legislativas; estas últimas están dirigidas a «todos» de acuerdo con una lógica universalizante de la redistribución de los recursos, de las prestaciones estatales, de la regulación pública de la vida privada. *Contra* todo esto se declara Dworkin, al tiempo que rechaza el paternalismo que las decisiones colectivas *como tales* comportan,

¹⁰⁰ Se trata de lo que sostiene Luigi Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., p. 29, en sintonía con Dworkin y remitiéndose al autor norteamericano.

dado que éstas reducen los espacios de libertad de los individuos al objeto de defender *sus intereses reales*, expresando en todo caso inaceptables preferencias «externas», o sea lo que los *demás* deberían hacer o tener¹⁰¹.

Así las cosas, quienquiera que desee incorporar los *derechos sociales* a los derechos fundamentales debería desconfiar. Además, Dworkin invoca la tradición estadounidense, donde la idea misma de los *derechos morales* de los individuos vale jurídicamente en la medida en que se concibe como parte integrante de la cultura constitucional americana, y ésta, a diferencia de la europea, no está inspirada por los derechos del *welfare*, o sea por los derechos de la «segunda generación» que llamamos derechos sociales.

No todas las defensas de los derechos son, pues, idénticas. En un marco «dworkiniano» los derechos son defendidos en sí mismos (o sea, de acuerdo con argumentos no-consecuencialistas); son pretensiones imperativas, que imponen las medidas (públicas o privadas) necesarias para su satisfacción, prescindiendo de cálculos en torno a sus consecuencias o a las limitaciones de los recursos. Pero entonces los derechos sociales y la consiguiente red de intervenciones públicas que debería acompañarlos se vuelven problemáticos. La actitud anticonsecuencialista de Dworkin hacia los derechos, y su renuncia a una igualdad (material) fundada sobre la redistribución pública van unidas; pero a menudo son separadas por sus intérpretes europeos. El jurista europeo quiere en su caso ambas cosas, *rights as trumps* y *derechos redistributivos*, dando lugar así a una óptica del todo diferente de la dworkiniana. A Dworkin le interesa la autonomía de los individuos, soporte de su idea de igualdad como *equal concern and respect*; y contempla cualquier otra concepción de la igualdad como una fuente de cargas sobre los individuos, a través de políticas redistributivas y parterneristas, por cierto fuertemente implicadas en el proyecto de extender universalmente los derechos sociales.

Para finalizar, hay que añadir que si los derechos fundamentales fueran entendidos como un presupuesto de la democracia, su condición de soporte del ideal democrático contrastaría con los presupuestos de toda teoría que (como la de Dworkin) justifica los derechos en términos *right-based*, o sea, sobre la base del valor último de los derechos mismos (y no de otra cosa)¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1978, pp. 232 ss., pp. 270 ss., pp. 355 ss.

¹⁰² En realidad, la prioridad de los derechos plantea muchos más problemas de los que contribuye a resolver, porque la transformación misma de los intereses en «derechos» subjetivos requiere un criterio compartido y porque la atribución misma de un derecho subjetivo selecciona y prima unos intereses antes que otros; la legislación social introduce elementos y lógicas «distributivas»; en tanto que los derechos subjetivos tienden a ser garantizados sin condicionamientos, o sea, sin responsabilidades específicas o conexas en relación con la sociedad

Estas últimas consideraciones nos conducen a un aspecto ulterior nada baladí de los derechos fundamentales y que atañe propiamente al vínculo entre éstos y la democracia.

3. Como se ha puesto de relieve, quien insiste en el carácter universal de los derechos fundamentales establece abiertamente un vínculo entre universalidad, derechos fundamentales y democracia, de acuerdo con el cual la igualdad, como igualdad en los derechos, y la extensión de un cierto número de derechos (civiles, políticos y, sobre todo, sociales) a todos (posiblemente a todos los hombres y no sólo a todos los ciudadanos) representan la base para la afirmación y consolidación de una democracia «sustancial»¹⁰³. Por lo tanto, bajo esta óptica, preguntarse qué derechos son fundamentales comporta preguntarse qué es fundamental *para una democracia*. Sin embargo, este planteamiento terminaría provocando confusión¹⁰⁴.

La determinación de los derechos fundamentales no depende del ejercicio del poder, ni considera los presupuestos de un sistema político democrático, sino que se plantea con independencia de la profesión de fe en una concepción de la democracia; se plantea en relación con el dominio más «neutro» de un ordenamiento jurídico, esto es, se atiene a lo que pueda valer como jurídicamente fundamental entre los derechos establecidos por un ordenamiento. Por tanto, lo que es fundamental entre los derechos subjetivos, debe serlo por razones que no puedan extraerse meramente de nuestra confianza en una teoría de la democracia, sino por razones propias del Derecho y no del sistema político¹⁰⁵.

Este esquema contrasta con la aspiración de varias teorías de los derechos fundamentales a convertirse precisamente en el sólido punto de anclaje de la democracia «sustancial»; en este sentido, los derechos son contemplados como un modo de preservar definitivamente algunas cuestiones «fundamentales» de la política ordinaria y del mercado económico. De este modo, los derechos consignados en las Constituciones vigentes pertenecen a lo inalterable incluso para la soberanía popular, forman parte de la «esfera de lo indecible» (incorporando consigo la «democracia sustan-

en general (sobre esto, cfr. Preuss, «The Concept of Rights», cit., en especial, pp. 158 ss). La doctrina y el análisis sociológico tienen bien presentes los efectos inflacionarios, paralizantes y conflictuales de la contraposición de pretensiones fundadas todas por igual (cfr., entre otros, V. Ferrari, *Giustizia e diritti umani*, Milán, 1995).

¹⁰³ Concepciones de este género, no compartidas aquí, son más bien habituales. Por ejemplo, G. Gozzi, *op.cit.*

¹⁰⁴ Cfr. a este respecto las observaciones contenidas supra § I.

¹⁰⁵ Esto no significa que un sistema político y en particular la forma democrática carezca a su vez de razones sustantivas y se agote en procedimientos privados de objetivos, de valores propios (cfr. por ejemplo, R. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, trad. Scriptorium snc., Roma, 1990, para la democracia como persecución del bien común).

cial»¹⁰⁶ asociada a los contenidos deliberativos fundamentales) frente a las normas jurídicas que disciplinan las reglas del juego, esto es, los procedimientos decisionales, que sirven por el contrario para asegurar la «democracia formal», que contempla el quién (pueblo soberano) y el cómo (regla de la mayoría) de la decisión, pero sin llegar a vincular en sus contenidos. El uso de una definición de los derechos fundamentales (extensional, formal) a partir de la propiedad de la universalidad, pretende destacarlos por contraste frente a la derogabilidad de los derechos por ley ordinaria, en el sentido de que los que correspondan *a todos* no pueden ser disponibles por unos pocos o por los más y entonces tampoco pueden serlo por una simple mayoría (legislativa)¹⁰⁷.

Evidentemente, la especificación por parte de las Constituciones de algunos derechos como fundamentales es una cuestión puramente *empírica*, como lo es que entre ellos figuren precisamente los derechos civiles, los derechos políticos y, en ocasiones, aunque no siempre, los derechos sociales. No se trata, por tanto, de una consecuencia *de la teoría o de la definición formal de los derechos fundamentales* (de acuerdo con la cual, deben imputarse a todos los miembros de una cierta clase). Dado que se trata de una cuestión de hecho, es una suerte para la teoría que la soberanía se limite (y que la democracia «sustancial» se constituya) sobre la base de derechos fundamentales que tienen el contenido que tienen, pues en virtud de este argumento, podríamos tener de hecho «democracias sustanciales» algo «fútiles», que impidieran decisiones mayoritarias sobre el saludo por la calle, pero que entregaran la cuestión de la vida o de la libertad de culto a la «esfera de lo decidible». El significado «sustancial» de «sustancial» se hallaría en consecuencia abandonado al casuismo, lo que incluye ese caso particular que es la diversidad de las tradiciones históricas, y paralelamente quedaría abandonado al caso el significado sustancial de «fundamental». Muchos juristas europeos de inspiración democrática comparten la convicción de fondo, fuerte y difundida, de que el constitucionalismo consiste en la producción de una democracia sustancial, a través de la limitación al poder de las mayorías (o sea de la soberanía)¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., pp. 15-6.

¹⁰⁷ Naturalmente, de nuevo se trata de una cuestión de hecho determinar *a quién* se extiende la clase de los titulares de un derecho determinado; de este modo podría sustraerse a la decisión de la mayoría (de quienes tienen derecho a voto) un derecho que no pertenece enteramente a todos, sino a pocos (todos los fumadores, todos los propietarios de automóviles) o que no afecta tampoco a todos los que tienen el derecho de voto (en este caso, tendría probablemente mayor eficacia el ya señalado argumento dworquiniano de la incorrección de las llamadas preferencias externas).

¹⁰⁸ Ibi, p. 17. Las teorías formales y no normativas de los derechos fundamentales que en consecuencia no asumen la responsabilidad ético-política de la propia determinación de valor,

Sin embargo, así las cosas, no es fácil ver *en qué consiste una democracia sustancial, salvo en la limitación del poder de las mayorías*. El aspecto visible es sólo esta sustracción de *potestas decidendi* de la soberanía popular, y no me parece suficiente ni para establecer una vertiente «sustancial» de la democracia, ni *tout court* una democracia sustancial. Sería un error dejarse confundir por la impresión superficial de que una teoría de los derechos fundamentales *no sustancial* (o sea, que no funda ni prescribe como fundamentales unos derechos más que otros), haya logrado o pueda llegar a «producir» una democracia sustancial.

A mi juicio, las aporías derivan en su mayor parte de haber desplazado a un segundo plano de manera en exceso apresurada el hecho de que *la sustancia de la democracia es sólo el principio de autolegislación, y no la Constitución, ni la idea misma de los derechos individuales*. Desde el punto de vista de la democracia, de su realización y desarrollo, el único interés sustancial concierne al respeto de la autonomía deliberativa, residiendo el principio democrático en el ideal regulativo de la autolegislación y el objetivo de un régimen democrático en la creación de un sistema de condiciones adecuado a dicho principio. Sobre estas (por cierto, poco controvertidas) bases, la forma es sustancia, y *las normas que tienen por contenido la garantía de los procesos deliberativos, o que se pueden resolver en una garantía para el carácter democrático de los procesos deliberativos, de hecho sustentan desde el punto de vista jurídico la arquitectura democrática de la forma política existente*.

Además, no existe coextensividad entre la llamada democracia formal, que se identificaría por normas relativas a los procedimientos para las decisiones públicas, y la pura y simple regla de la mayoría, más bien puro y simple mayoritarismo. Que las «formas» de la democracia, sus procedimientos, consistan en la simple garantía de la cruda alternancia de la fuerza de los más, es escasamente sutil y no refleja la complejidad de las cosas, pues los procedimientos democráticos encierran una serie de garantías para los individuos, las minorías y las mayorías, que conciernen aspectos múltiples, que van desde la tutela de la libertad de expresión hasta la del pluralismo y la democracia deliberativa. Pero incluso queriendo reducir este concepto «formal» de democracia al mayoritarismo, cosa bien distinta es evitar santificar, de manera crucial, la regla de la mayoría; cosa distinta es situar los derechos fuera del alcance de toda decisión, como sucedería si se concibiera la esfera de los «derechos» como «indecidible» *en absoluto*. Ésta es una preten-

y no contienen una explícita opción «material» sobre el elenco de los derechos fundamentales, no pueden aspirar a proporcionar los presupuestos de una específica teoría de la justicia o de la misma democracia «sustancial».

sión excesiva, que consagra una especie de omnipotencia normativa, que termina por erradicar el principio de autolegislación: o sea las formas de decisión, no pura y torvamente mayoritarias, que sobre las grandes cuestiones fundamentales corresponden a toda democracia deliberativa, que cultive a un tiempo el respeto por sí misma y por la propia cultura jurídica¹⁰⁹.

En definitiva, *el modo en que funciona un Estado de Derecho se sustituye por la sustancia del sistema democrático*, cuando se sostiene que las metanormas (los principios y valores constitucionales, por encima de todo) que limitan el contenido legítimo de la deliberación pública (parlamentaria), las normas constitucionales que funcionan como principios informativos (y obligatorios) de la legislación, son aquello que conferiría a la democracia constitucional su dimensión «sustancial». *No* me parece que la democracia sea en sí un régimen político jurídicamente caracterizado por el sometimiento del poder a reglas jurídicas (con independencia de su vinculación intrínseca al quién, al *quomodo*, o al mérito de la decisión). Además *no* me parece que la democracia sustancial se consiga porque normas constitucionales disciplinen el área de lo indecible (esto es, quede sustraída al poder político y por tanto a la democracia, y finalmente, *de facto*, a las mayorías políticas).

Al mismo tiempo, esto parece introducir una *contradictio in adiecto*, pues no me parece posible sostener que si algo es intangible para la democracia política (y resulta vinculante hasta el punto de convertirse en indecible), esta circunstancia «incrementará» la dosis «sustancial» de democracia. Cualquier cosa que quede definitivamente fuera del alcance de la autonomía pública y por tanto de la autolegislación (con la sola excepción, obviamente, de cuanto sirva para posibilitar la autolegislación misma) no produce un incremento ni una versión sustancial del principio de autolegislación.

Por el contrario, *si desde el punto de vista de nuestro ordenamiento democrático* (o sea, prescindiendo de cualquier otra razón posible), aceptamos la idea de que las *Constituciones (los derechos fundamentales)* vinculan la deliberación, la justificación radicaría en la atribución a las Constituciones del valor de una expresión más fuerte, más consciente, más compartida, más razonable y también menos voluble del principio deliberativo democrático, una valoración asumida incluso en condiciones extremas, por encima de los

¹⁰⁹ Es una tesis pacífica, sobre la que es innecesario insistir, que una democracia no se agota en el ejercicio del poder de decisión por parte de las mayorías, y que consiste ante todo en las vías transitables para la formación de las mayorías, para la confrontación de intereses en conflicto, para la protección de la comunicación pública, para la tutela de la libertad y de la corrección de la información.

vaivenes de las contingencias y de las mayorías¹¹⁰. Este elemento político-democrático *genético* de las Constituciones constituye el modo (junto a las reglas organizativas sobre el quién y el cómo de las decisiones) en que las Constituciones contribuyen a la vertiente «sustancial» de las democracias, o sea contribuyen a hacer posible y concreta la realización del principio de autolegislación. Bajo este aspecto, la legitimación que la Constitución posee, se hace depender de su fuerza democrática y no desde luego de su fuerza «jurídica», pues para la *sustancia* de la democracia, las Constituciones tienen valor, esto es, cuentan, desde el punto de vista político, y no desde el punto de vista jurídico. Así pues, dado que son explicables como el más elevado producto de la democracia, las Constituciones adquieren su fuerza de un documento *jurídico* (como con todo mérito han llegado a serlo desde *Marbury v. Madison* a Kelsen y nuestros días) y las normas fundamentales que ellas contienen son usadas como «reglas de reconocimiento». El punto de vista *jurídico* es el que les permite aparecer como una limitación al contenido de la deliberación pública (la cual en cambio indica una «democracia sustancial»). El punto de vista *político* explica cómo esa democracia lo es por virtud del presupuesto contrario, es decir, gracias al hecho de que las normas fundamentales son entendidas como imputables al «pueblo soberano»; naturalmente, todo ello a través de decisiones fundacionales y procesos deliberativos largos y complejos, cuando no a través de la maduración de importantes experiencias históricas.

Por todo esto, los derechos fundamentales reciben apoyo en el plano político, es decir, por parte de la democracia, y no es sencillo compartir una construcción teórica en la que los derechos fundamentales sean un dato plenamente independiente del reconocimiento democrático. Por lo demás, sostener que los derechos fundamentales aún no ejercitables o protegidos representan una laguna jurídica, que reglas técnico-jurídicas, lógicas internas al derecho, «obligan» a colmar, es un modo noble de «inventar» reglas de reconocimiento allí donde aún *no las hay*, o de señalar su eficacia entre las que materialmente, sustancialmente, *no funcionan* como tales y de replicar con la circularidad del ordenamiento al hecho inevitable de que las normas son normas fundamentales, y nacen como reglas de reconocimiento, sólo cuando son «usadas» como tales.

En cuanto documento jurídico, la Constitución estatuye, en fin, un tipo particular de Estado de Derecho, el constitucional, que introduce garantías y/o valores antaño ausentes del Estado de Derecho afecto al iuspublicismo alemán de la segunda mitad del siglo XIX y al italiano de la primera parte

¹¹⁰ Me he ocupado de este tema en mi libro *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997.

del XX. Pero el advenimiento de un Estado de Derecho constitucional no coincide «estructuralmente» con el surgimiento de una democracia (o con el surgimiento de una democracia «sustancial»). Si es cierto que a la pregunta sobre cuáles son los bienes fundamentales se puede responder sólo *a posteriori*¹¹¹, entonces no existe relación necesaria (salvo la empírica) entre la afirmación de un Estado de derecho constitucional y el paso a una democracia «sustancial», porque no existe garantía alguna de que el área de los derechos fundamentales comprenda también aquellos que constituyen el soporte esencial del proceso democrático.

En definitiva, los Estados constitucionales de Derecho representan un paso adelante para la democracia, porque refuerzan jurídicamente las condiciones para la vida democrática; estas condiciones, también procedimentales, pueden situarse más allá de la disponibilidad de las mayorías contingentes, porque, simplemente, tutelan las mayorías, las minorías o el pueblo soberano, de modo que es la democracia misma, la que deviene indecible; pero la sustracción de algunos contenidos a la deliberación ordinaria no es un paso hacia la democracia sustancial, sino simplemente una fusión, para decirlo con la teoría general kelseniana, entre sistema estático y sistema dinámico o, más simplemente, entre moral y derecho. En consecuencia, el cambio que se verifica es un cambio en el Estado de Derecho y no un tránsito de una democracia a otra.

(Trad. de Alfonso García Figueroa)

¹¹¹ Ferrajoli, «Diritti fondamentali», cit., p. 14



DOXA 22 (1999)
