

## DERECHOS FUNDAMENTALES

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

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

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

1. Para una primera formulación de algunas de las tesis aquí expuestas, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, 2000, pp. 908-920; «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2001, pp. 97 ss.; «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomaticizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Editrice, Bari, 1999, pp. 135-197 (trad. esp. de Á. Ródenas y J. Ruiz Manero, «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho»: *Doxa* 20 [1997], pp. 235-278), donde se definen y formalizan los conceptos de expectativa, garantías primarias y secundarias y derecho subjetivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Cuatro tesis en materia de derechos fundamentales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*tout court*», afirma, por ejemplo, Danilo Zolo, «un derecho inexistente»<sup>13</sup>.

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

### 3. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

#### 4. *Derechos fundamentales y democracia sustancial*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### 5. Derechos fundamentales y ciudadanía

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

27. J. Habermas, *Recht und Moral (Tanner Lectures)* [1989], trad. esp. de M. Jiménez Redondo, «Derecho y moral (Tanner Lectures)», incluido en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 535 ss. Cf. también J. de Lucas, *Europa: Convivir con la diferencia. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992; Íd., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994; Íd., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.

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

## 6. Derechos fundamentales y garantías

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 7. El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

# TRES PROBLEMAS PARA LUIGI FERRAJOLI

*Riccardo Guastini*

## 1. La definición de derecho subjetivo

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

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

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

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

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