



CAPÍTULO TERCERO

¿TEMAS RECURRENTES? . . . . .	65
I. Derechos verdaderos y derechos de papel . . . . .	67
II. Los derechos “morales” (naturales) tomados en serio . . . . .	78
III. ¿Derechos insaciables? . . . . .	88
IV. Derechos fundamentales y personalidad moral. . . . .	104

## CAPÍTULO TERCERO

### ¿TEMAS RECURRENTES?\*

En este capítulo pretendo enfrentar las doctrinas de los derechos derivadas o derivables de las cuatro versiones principales del contractualismo de los siglos XVII y XVIII, con cuatro posturas contemporáneas sobre los derechos fundamentales: la propuesta por Riccardo Guastini, por Ronald Dworkin, por Anna Pintore (que retoma, llevándolas al extremo y, a fin de cuentas, aclarándolas algunas tesis de Jeremy Waldron) y por Luigi Ferrajoli. Intentaré demostrar que es posible detectar correspondencias, algunas correlaciones término a término —que si bien son parciales, y por lo mismo deben tomarse con precauciones— entre estos autores y los cuatro clásicos que analicé con anterioridad.

Este análisis, como ya lo he advertido, ha planteado a los autores clásicos del contractualismo moderno cuestiones sobre los derechos que emergen con claridad en el debate filosófico y jurídico contem-

\* Traducción de Pedro Salazar Ugarte, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>38</sup> Me refiero, sobre todo, a Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press 1999, cuya edición italiana ha sido elaborada por Pintore, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Mián, Giuffrè, 2001. En la presentación ella misma manifiesta su acuerdo con Waldron, a quien define como “el anti-Dworkin en filosofía del derecho y anti-Rawls en filosofía política”, y resume su tesis central de la siguiente manera: “la idea de Waldron es que los derechos se encuentran mejor garantizados si su administración queda en manos del legislador democrático y no en una proclama proclamada en una carta constitucional protegida por un juez de las leyes” (p. XIV). Me parece que en su libro *I diritti della democrazia*, Pintore, ofrece mejores argumentos que Waldron para defender esta tesis.

poráneo. Consciente del riesgo que implica pasar por alto que se trata de dos/tres siglos de reflexión sobre los derechos fundamentales pero, al mismo tiempo, consciente de que este riesgo ofrece perspectivas interesantes para reconsiderar críticamente las “razones de los derechos”, compararé Guastini con Hobbes, Locke con Dworkin, Pintore con Rousseau y Ferrajoli con Kant. Estas “correspondencias”, he de insistir en ello, conllevan algunas asimetrías en la estructura del razonamiento y discrepancias metodológicas. No deben tomarse literalmente: su finalidad no es la de comparar filológicamente el pensamiento de los diferentes autores —pretendiendo actualizar a los clásicos o reducir los contemporáneos a los clásicos—. La finalidad consiste en identificar correspondencias y valorar, mediante la comparación, las argumentaciones a favor y en contra del constitucionalismo de los derechos, destacando sus dificultades teóricas y las modalidades más cercanas a la forma de gobierno democrática que el propio constitucionalismo considera como el proceso de decisión pública más adecuado. Recorriendo esta ruta, será posible contar con los instrumentos conceptuales para analizar la que es la más ambiciosa y articulada teoría de los derechos fundamentales de la filosofía jurídica (y política) contemporánea, la que ha propuesto Ferrajoli. Esta teoría nos remite a la adopción de un nuevo paradigma del juspositivismo jurídico que es diferente y contradice todas las formas de jusnaturalismo y todas las formas de juspositivismo tradicional o, para decirlo con Ferrajoli, de paleopositivismo.

Una última —y obvia— precisión. Los autores que he seleccionado no agotan el panorama de la filosofía y de la teoría del derecho contemporánea. Además, es claro que los autores seleccionados ofrecen sus tesis en el contexto de las discusiones de los siglos XIX y XX —a las que a penas haré referencia— sobre filosofía del derecho, teoría general del derecho, derecho constitucional y filosofía política.<sup>39</sup> Pero, en lo que se refiere al tema de (al debate sobre) los

<sup>39</sup> Sobre este tema, remito a Zanetti, G. (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milán, Cortina, 1999.

derechos fundamentales, las cuatro alternativas conceptuales que presentaré y analizaré, me parece, adquieren relevancia en el contexto de la argumentación sobre los derechos y su relación con la democracia. Para decirlo de otra manera, las posturas teóricas principales que determinan las estrategias de argumentación sobre los “derechos fundamentales” se encuentran y se presentan de manera ejemplar en las cuatro alternativas de las que me ocuparé críticamente.

## I. DERECHOS VERDADEROS Y DERECHOS DE PAPEL

Que algunos (¿o muchos?) entre los presuntos derechos fundamentales sean “derechos de papel”, proclamaciones retóricas sin los requisitos que hacen que un derecho (*right*) sea lógicamente definible, atribuible, ejercitable y justiciable y que, por lo mismo, sea necesario extraer con cuidado el grano de la cáscara—los derechos “verdaderos” de las *flatus vocis* sobre los derechos— es la conocida tesis de Riccardo Guastini. Y si existe una tesis que expresa a perfección, hasta sus últimas consecuencias, la combinación de realismo jurídico y de rigurosa aplicación del método analítico, del análisis del lenguaje (de la filosofía analítica en su sentido más estricto) a la teoría del derecho, esta es la tesis sobre la distinción entre “derechos verdaderos” y “derechos de papel”. Este equilibrio y combinación—al que llega Guastini mediante la reelaboración de la teoría de la interpretación jurídica de G. Tarello—<sup>40</sup> entre realismo jurídico y análisis lingüístico, es el fruto de la tesis que nos dice que “no existe análisis empírico que no venga acompañado de un cierto aparato teórico—esto es, en el extremo, de un instrumento lexical y conceptual— elaborado por el que analiza”.<sup>41</sup> No creo que sea una ca-

<sup>40</sup> Sobre la importancia de la interpretación, *cfr.* R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004.

<sup>41</sup> Guastini, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 19.

sualidad que Guastini defiende su concepción de la teoría del derecho hasta el fondo —diría en el margen, como una firma que certifica su razón auténtica— en el capítulo sexto de la segunda parte de *Distinguendo*, dedicado precisamente a los derechos: “esta respuesta es propia de una teoría realista de la ciencia jurídica: una teoría, esto es, según la cual describir un ordenamiento jurídico no es describir normas, sino describir hechos”.<sup>42</sup>

Ya esta preocupación realista y antiretórica —describir con un lenguaje seco e inequívoco, llevar a cabo un análisis riguroso que evidencie las mentiras, las palabras y las frases sin un significado preciso o con significados deliberadamente ambiguos— conduce a Guastini a compartir con Hobbes una intención polémica y un estilo argumentativo. Para referirse a las palabras o a las expresiones que carecen de significado, a Hobbes le gustaba usar la expresión *ignes fatui*. Pero la analogía entre dos puntos de partida y dos estilos de pensamiento sería todavía una correspondencia muy débil, meramente formal, que no se referiría directamente a la “materia” de los derechos fundamentales. De esta manera, para entender si existen en Guastini elementos hobbesianos más precisos o, de plano, elementos que justifiquen una *reductio ad hobbesium* que podría poner en duda todos (o casi todos) los derechos fundamentales por ser “derechos de papel” —es necesario recorrer los nudos de su razonamiento sobre los derechos—. Después de haber realizado el paso preliminar de distinguir entre derecho objetivo (*law*) y derecho, o mejor dicho, derechos subjetivos (*rights*), Guastini, define el derecho subjetivo nada más que como “una pretensión otorgada a un sujeto (o una clase de sujetos) respecto de otro sujeto (o de otra clase de sujetos) al que se le impone un deber (una obligación) correspondiente”.<sup>43</sup> El contenido del derecho subjetivo (*right*) es un comportamiento que el titular de dicho derecho puede exigir de otro sujeto; la definición de este contenido, y por tanto de ese dere-

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 148.

cho subjetivo, es artificial y su atribución a alguna persona depende de alguna norma, típicamente pero no necesariamente de una norma jurídica, es decir del derecho objetivo (de un ordenamiento jurídico). El derecho subjetivo, entonces, es una pretensión que debe fundarse o justificarse, y debe serlo mediante una norma —positiva pero también moral o natural: de donde proviene la distinción entre *legal rights* y *moral rights*—. De esta manera llegamos (kelsenianamente)<sup>44</sup> a la primera conclusión significativa: “la idea de un derecho ‘absoluto’ —es decir de un derecho no fundado en algún sistema normativo— es una idea autocontradictoria”.<sup>45</sup>

Como se ha visto, aparentemente Guastini admite, aunque desde una posición positivista, el prejuicio del positivismo que consiste en considerar que todos los derechos dependen de un sistema normativo positivo: pero, como buen positivista, considera que la única función de la reivindicación de un derecho con base en un sistema “moral” o “natural” es la que dicho derecho sea, tarde o temprano, positivizado, introducido y protegido en un ordenamiento jurídico. También este es un prejuicio positivista, pero en el fondo podría no serlo —observa Guastini— dado que también es “compartido por los jusnaturalistas”, que evidentemente luchan por la positivización de los derechos “morales”.<sup>46</sup> Por tanto, me permito agregar, tenemos que un verdadero sistema de normas naturales no existe, salvo en función de “ideología” del derecho positivo, proveniente de una de las tantas concepciones en sentido lato, metafísicas, posibles de lo que es según la naturaleza. El llamado a la “naturaleza” (o a la “historia”) es usado como un arma, instrumentalmente, sólo para provocar cambios en el derecho po-

<sup>44</sup> Sobre la definición que propone Kelsen en la *Doctrina pura del derecho*, de los derechos subjetivos como simple reflejo de un deber jurídico y sobre la identificación que se desprende entre los derechos y sus garantías *cfr.* Ferrajoli, *op. cit.*, nota 15, p. 12.

<sup>45</sup> Guastini, *op. cit.*, nota 41, p. 148.

<sup>46</sup> Sobre el tema la referencia obligada es a Hart con su artículo “Are there Any Natural Rights?”, *Philosophical Review*, núm. 64, 1955, pp. 175-191.

sitivo vigente. Si esto es cierto, en la concepción anterior de Guastini, es necesario subrayar que al ser autocontradictoria es precisamente la idea de un derecho subjetivo absoluto, esto es, no fundado en ningún sistema normativo positivo.

Este subrayado conduce, con toda evidencia, a la conclusión de que algunos (¿muchos?) derechos son “de papel”, esto es, meras pretensiones morales genéricas que sólo son eso o simples recomendaciones programáticas, con un valor más político que jurídico. Después de distinguir entre las diferentes fuentes de los derechos subjetivos positivos (Constituciones, leyes ordinarias, contratos), entre los que destacan los derechos constitucionales —esto es los derechos positivos del sujeto “ante el Estado”—, Guastini, hunde su espada analítico-realista: “una cosa es *otorgar* un derecho, otra cosa es *garantizarlo*”. Con mayor precisión: “para garantizar un derecho no es suficiente con otorgarlo: es necesario disponer de los actos idóneos para protegerlo”.<sup>47</sup> Son necesarias normas secundarias, que instituyan mecanismos idóneos para prevenir la violación y para remediarlas en caso de que las violaciones se lleven a cabo. La garantía de los derechos reside principalmente en la sede jurisdiccional, aunque una “garantía de las garantías”, observa Guastini, proviene de la separación de los poderes, o sea de la creación de contrapoderes.

Pero la tutela jurisdiccional de un derecho presume que (a) el derecho tenga un contenido preciso, y que (b) puede ejercitarse o reivindicarse frente a un sujeto igualmente determinado. Si faltan estas dos, o mejor aún, estas tres determinaciones —posibilidades de tutela jurisdiccional (derecho positivo, no natural), definición precisa del contenido y de la contraparte—, estamos ante un derecho “de papel” que, en todo caso, no es justiciable. Esto vale sobre todo para los derechos morales o naturales —*moral rights*—, pero no sólo. Guastini agrega los llamados “derechos sociales”, positivos pero no justiciables: “por ejemplo, ¿quién debe asistir en juicio a quien pretende ejercer su derecho

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 151.

al trabajo? y ¿qué debería exactamente pedirle al juez?”<sup>48</sup> Estos “derechos” indicarían normas programáticas, que el legislador ordinario debería llevar a cabo, pero sin ninguna obligación, respecto de los instrumentos y los tiempos de actuación (y sin ninguna sanción, precisamente porque, como mínimo, no son definibles los incumplimientos precisos). De esta forma, el juez constitucional puede declarar la nulidad de las leyes contrarias a los derechos sociales, constitucionalmente reconocidos, pero no puede “anular la inexistencia de una ley”,<sup>49</sup> es decir, obligar al legislador a legislar para predisponer las garantías que corresponden al derecho social en cuestión.

En este cuadro teórico, ¿qué es de los “derechos fundamentales”? Para Guastini la expresión contiene dos “matices de significado” (en realidad dos filosofías del derecho antitéticas): “por un lado, se llaman fundamentales los derechos que dan fundamento al sistema jurídico”; por el otro, “se llaman fundamentales los derechos que no requieren de un fundamento en el sistema jurídico”.<sup>50</sup> Se trata, de nueva cuenta, de la dicotomía entre juspositivismo o jusnaturalismo. Pero, en el fondo, la distinción importante, fundante, sigue siendo la que existe entre derechos “verdaderos” (justiciales) y derechos “de papel”: distinción que, de consecuencia, excluye todos los derechos morales y los derechos sociales. Partiendo de estas exclusiones para delimitar el campo de la inclusión, deberían entonces definirse “verdaderos” derechos fundamentales a los derechos de libertad y a los derechos políticos. En realidad, Guastini menciona solamente a los primeros, las *libertés publiques*, las cuatro grandes libertades de los modernos, las libertades “liberales”:

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 154. Es oportuno reconocer que, con la finalidad de respaldar sus argumentos, Guastini, no podría encontrar un mejor ejemplo. Mientras parece razonable pretender, en la forma de derechos sociales, que el Estado garantice a todos algunas prestaciones relativas a la salud y a la instrucción, en las economías de mercado el trabajo depende en realidad de la libre empresa que las propias Constituciones garantizan a los privados.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 152.

“claramente, pertenecen a esta categoría [derechos fundamentales] las normas que confieren a los individuos derechos contra el Estado, ‘los derechos públicos subjetivos’ como suele decirse”.<sup>51</sup> Los derechos fundamentales “claramente verdaderos” —si puedo llamarlos de esta manera— no son otra cosa que derechos públicos subjetivos garantizados, contra el Estado, esto es, para limitar el poder del soberano, de una Constitución de corte evidentemente liberal. A los derechos políticos como “verdaderos” derechos fundamentales —y, por tanto, sobre todo, al electorado activo y pasivo universal que es el principal (aunque no el único) ingrediente de la democracia— Guastini nunca se refiere explícitamente. ¿Es una omisión por obviación o la razón es que tampoco éstos son derechos justiciables?

Intentemos recorrer en sentido contrario el camino (interno a los derechos positivos) de Guastini, comenzando por los derechos sociales. Derechos de papel porque se limitan a recomendarle al legislador que camine hacia objetivos que se consideran socialmente deseables, pero indeterminados en sus destinatarios y en sus contenidos —que, en suma, si tienen un rango constitucional, pero el valor que tienen es como indicaciones programáticas generales que, en cuanto tales, son incapaces de obligar al legislador para que establezca normas que los garanticen—. ¿Estas consideraciones también podrían valer para los derechos políticos? Tal vez sí, en referencia a todo lo que, en materia de derechos políticos, la Constitución no debe establecer con absoluto rigor. Todo lo que no esté *inequívocamente* establecido sería materia a disposición del legislador ordinario, del poseedor del poder político: en una palabra, del soberano. Pongamos un ejemplo límite, referido al criterio de titularidad y del ejercicio del electorado activo y pasivo, o del acceso a los cargos públicos. Si una Constitución “ingenua” no estableciera con precisión los límites inferiores de edad para el derecho de voto activo, el legislador ordinario nacional podría modificarlos a capricho o quizá ni siquiera establecerlos, de-

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 153.

jándolos por ejemplo a disposición de asambleas regionales, o de plano, absurdamente, a la discrecionalidad de órganos burocráticos administrativos, centrales o periféricos. Con otras palabras, la Constitución podría limitarse a fijar estos límites refiriéndolos al cumplimiento de la mayoría de edad, pero sin establecer dicha edad con exactitud numérica. Y ¿si el legislador nacional no establece cuál es la mayoría de edad? En este caso, así como para el derecho al trabajo, un (eventual) juez constitucional no podría anular la inexistencia de una ley u obligar al legislador a legislar. Y de la misma manera, me parece, el ciudadano no sabría a quién llamar en causa ni qué cosa pedirle al juez.

En un caso de esta naturaleza —insisto, en un caso límite— los derechos estarían profundamente distorsionados, serían tan aleatorios, desiguales y arbitrarios, que se convertirían en derechos “de papel”. A este respecto, se podrían retomar los casos (menos peregrinos) de los mecanismos electorales que, en la transformación de los votos en curules, pueden darle la mayoría parlamentaria a partidos o coaliciones que han obtenido la minoría de los sufragios. Pero de aquí no es posible concluir que las normas que establecen derechos políticos en la (si se quiere ingenua) Constitución, deban declararse inválidas: más bien, es necesario preguntarse sobre las formas jurídicas idóneas para tutelarlos, garantizarlos y protegerlos.<sup>52</sup>

Finalmente, podemos preguntarnos en tono provocador: ¿no será que, por este camino, también los derechos de libertad corren el riesgo de convertirse en “derechos de papel”? En el fondo todo depende del contenido y del tipo de Constituciones —rígida o flexible—<sup>53</sup> a la que el legislador, el *soberano*, se encuentra

<sup>52</sup> Sobre este punto llama nuestra atención Bovero, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía”, en Mazzaresse, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, en particular, pp. 234-238.

<sup>53</sup> Podemos pensar al caso del “Estatuto Albertino” otorgado en 1848 en el Reino de Cerdeña por parte del Rey Carlo Alberto. Ese texto se convirtió

sometido. En conclusión, una cosa es afirmar que *en una fase histórica* un derecho es de papel porque en ello lo convirtió la combinación de la Constitución con las leyes ordinarias (esto es, un determinado, contingente, ordenamiento jurídico), otra cosa es afirmar que existen derechos *lógicamente*, casi “metafísicamente”, de papel, esto es, no justiciables por las razones que ha planteado Guastini (en cuanto *moral right*, o a falta de un titular, de un contenido o de una contraparte bien definidos). En este sentido es pertinente una nueva distinción (o, mejor dicho, reiterar una vieja distinción): desde el punto de vista del positivismo jurídico en sentido estricto, “derechos de papel” *por naturaleza* (lógicamente u ontológicamente) son, sin duda, los derechos morales, mientras que para los derechos positivos (¿positivizados?) las modalidades y los niveles de garantía efectiva son, por un lado, un objeto y el resultado de una lucha política, por el otro, un objeto y el resultado de las técnicas jurídicas, del trabajo constructivo e interpretativo de los juristas. Es decir, en cada ordenamiento jurídico existen, diría Ferrajoli, *lagunas* primarias y secundarias que deben cubrirse —así como también antinomias que deben superarse— sin que ello invalide, como si fueran de papel, las normas que establecen los derechos en cuestión que, como sea, se encuentran en la Constitución.<sup>54</sup>

Regresemos al punto de partida, a la “correspondencia” entre Guastini y Hobbes *sobre el tema de los derechos fundamentales*. Repito, no se trata de una correspondencia término a término, y a la letra: basta con pensar que Hobbes es un defensor del absolutismo soberano, que implica unicidad en la persona del soberano e inalienabilidad de la titularidad, mientras que Guastini ha insistido durante mucho tiempo, con enorme lucidez, en la limitación y separación de los poderes del Estado. Bastaría esta simple diferencia para argumentar, una diferente concepción e interpretación de los “derechos

en la Constituciones de la Italia Unida (1861) y estuvo formalmente en vigor hasta 1948, incluso durante la dictadura fascista (1922-1945).

<sup>54</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, nota 15, pp. 26-33.

públicos subjetivos”. Pero la correspondencia que intentaré argumentar va más allá de la que —también existe— se refiere al estilo seco y riguroso de la argumentación y una visión en el fondo escéptica y desencantada del mundo (y del mundo del derecho). Sobre el tema de los derechos, una correspondencia específica entre Hobbes y Guastini se encuentra, desde mi punto de vista, en el tema de la relación entre *validez* y *eficacia* de las normas, incluidas las que otorgan derechos. Tanto Hobbes como Guastini reducen la validez a la eficacia, considerando de manera implícita que una norma válida es una norma eficaz.

Toda la reflexión de Hobbes sobre las condiciones de validez de los pactos, primero y, sobre las “leyes naturales” y la concepción de lo justo y de lo injusto, después, se engancha en esta conclusión (validez=eficacia). Como sabemos, Hobbes afirma que quien decide respetar los pactos por fuera de la protección jurídica del Estado, así como observar las leyes naturales, sólo obtendrá “una ruina cierta y veloz”, siendo presa fácil de “quienes no las observan” y que son impunes (porque en un estado de naturaleza nadie es imputable y por lo tanto punible).<sup>55</sup> Dada la naturaleza humana, incluso si las leyes naturales fueran válidas, por ser mandatos divinos, no serían eficaces: por lo tanto “es necesario lograr la seguridad no con los pactos, sino con las penas”.<sup>56</sup> Pero no se trata solamente de tener el poder de atribuir con eficacia una pena (terrenal). Más adelante, en el *De cive*, se precisa: “las leyes naturales prohíben el robo, el homicidio, el adulterio y toda clase de ofensas. Pero es necesario determinar, a través de las leyes civiles, y no de la natural, que es lo que se debe entender por robo, homicidio, adulterio, ofensa”.<sup>57</sup> Solamente la ley civil, el ordenamiento jurídico, hace que sean justiciables, definiéndolos y precisándolos convencionalmente, lo que los seres humanos presumen y pretenden

<sup>55</sup> Hobbes, *De cive*, III, 27.

<sup>56</sup> *Ibidem*, VI, 4.

<sup>57</sup> *Ibidem*, VI, 16.

como sus derechos, que suelen coincidir con la razón propia y el error ajeno.

Por su parte, Guastini, considera que la mejor (la más apropiada) descripción de un “verdadero” derecho subjetivo es la siguiente:

un derecho (subjetivo) puede decirse existente bajo la doble condición de que existan las normas a las que hemos hecho referencia (es decir, las normas que lo confieren y las normas que aseguran su tutela jurisdiccional) y que, además, dichas normas sean también efectivas, o sea realmente aplicadas por los jueces: de manera que sea posible prever que el derecho en cuestión, cuando sea violado, recibirá una tutela jurisdiccional efectiva.<sup>58</sup>

La correspondencia con Hobbes en este punto —no *existen* como derecho subjetivo, y por lo mismo ni siquiera como derecho fundamental, todas las pretensiones (incluso justificadas pero) no efectivamente justiciables— me parece que es muy significativa. También en el texto de Hobbes se establece que no son derechos subjetivos verdaderos *no sólo* los que provienen de una presunta ley natural, *sino tampoco* los que no son justiciables, es decir especificables y especificados por la voluntad productiva (o interpretante, pero, en el fondo, es la misma cosa) del *soberano*, de quien dispone de la fuerza coactiva: no sólo debe quedar claro *quien* es el titular del derecho de realizar *ciertas cosas*, y cuál es la *contraparte* que debe asistir al juicio para evitar su ejercicio, sino también que las violaciones serán debidamente sancionadas.

Pero si este ejercicio es verdadero, entonces —y tal vez finalmente se entiende el sentido total del razonamiento— es difícil escapar de la lógica hobbesiana. *O bien* las consideraciones de Guastini nos conducen a la exigencia de hacer (más) “justiciables” los derechos que no lo son por frasearse como recomendaciones, *o viceversa* nos llevan a la conclusión de que el único derecho subjeti-

<sup>58</sup> Guastini, *op. cit.*, nota 41, p. 156.

vo natural fundamental es el derecho a la vida y lo que se desprende del mismo (un derecho subjetivo al que no le corresponde una obligación de otro, aunque sea potencialmente erosivo del Estado absoluto, como se ha visto). Los otros derechos subjetivos, los que se encuentran protegidos positivamente, no son derechos en sentido estricto sino “disposiciones” del soberano (también democrático), en tanto éste puede suspenderlos o abrogarlos del ordenamiento jurídico, es decir, en tanto son derechos predispuestos por normas que *no se sustraen* a la disponibilidad del soberano. Las Constituciones flexibles, o las Constituciones sólo aparentemente rígidas con procedimientos de revisión constitucional que están a disposición de la mayoría política en turno, son expresión de una concepción de derivación *lato sensu* hobbesiana de los derechos fundamentales.

*El soberano puede obligarse y desobligarse.* Se dirá que esta segunda operación —presumiendo que exista un régimen liberal democrático— puede resultar muy improbable. Que por lo menos algunos derechos —los derechos de libertad y los derechos políticos—, están consolidados en las democracias liberales (en sus ordenamientos jurídicos) de forma que no están en peligro. Admitiendo que esta valoración sea “verdaderamente” real, el hecho de que existan en las tradiciones política y jurídica —y sobre todo en la sociedad— anticuerpos liberales y democráticos suficientes para inhibir o desaconsejar las tentaciones de salir de la democracia constitucional por la vía “democrática” debe aconsejarnos ser cautelosos al expresar juicios y nos debe llevar a no confundir el plano histórico con el teórico. Sin duda, sería históricamente aventurado concluir que cuando los derechos subjetivos públicos *no* se encuentran del todo protegidos ante la asamblea legislativa (y, por lo tanto, ante los procedimientos de revisión constitucional) están en peligro. Por otra parte, la cautela en el juicio histórico no nos puede eximir de llevar a sus extremas consecuencias el análisis teórico: cuando los derechos no se encuentran predispuestos por normas constitucionales *válidas per se* y sustraídas a la voluntad de las mayorías —*incluso calificadas, e incluso si se contemplan procedimientos agravados para la revisión*—, todo derecho “constitucional”, no

sólo los derechos sociales, puede dejar de ser justiciable si el soberano así lo decide. Puede convertirse en un derecho de papel.

## II. LOS DERECHOS “MORALES” (NATURALES)

### TOMADOS EN SERIO

Con frecuencia la obra de Locke se contrata con la de Hobbes. Por muchas razones, pero sobre todo porque se sostiene que Locke es un defensor de los derechos naturales —que preceden el derecho positivo, cuya tarea sería la de definir mejor el contenido de los derechos y proveer a las normas secundarias (predisponiendo sanciones en caso de violación)—, mientras Hobbes sería el padre del juspositivismo, para quién *autoritas non veritas facit legem*. Lo mismo se podría decir, si se prefiere, afirmando que la interpretación de las normas naturales o morales, para Hobbes, es tan decisiva que la norma que se desprende es del todo artificial (en otras palabras, las leyes naturales no vinculan al soberano). En el Estado, el derecho natural ni inspira ni limita al derecho positivo, pero constituye una especie de zona residual de libertades del individuo, la zona *silentium legis*, de la norma que no regula (aunque pudiera) ésta u aquélla materia, para dejarla precisamente en manos del individuo (que en el fondo puede comportarse discrecionalmente). Esta zona puede restringirse o ampliarse en función de la voluntad del soberano, que es quien limita al derecho natural sin estar, a su vez, limitado. Pero, como ya hemos visto, con una sola e importante excepción que tiene muchas consecuencias (y que Hobbes sólo hace explícita de manera parcial): el derecho a la vida. Dado que el Estado está constituido a través del contrato con la finalidad específica de salvaguardar la vida del individuo, cuando el Estado pide su vida al individuo, o le pide actuar para tener una vida miserable, es decir, cuando le exige negar o rechazar las razones por la que ha entrado en sociedad, la negativa parece lógicamente impecable. Hobbes resuelve la cuestión convirtiéndola en una cuestión de rebelión exclusivamente individual en lugar de colectiva: el individuo cuyo

derecho a la vida se encuentra amenazado por el Estado, tiene la facultad de oponerse, en cuanto individuo, como mejor pueda. Él rompe el pacto, se convierte en enemigo, y la desproporción de las fuerzas termina por inclinar la balanza a favor del Estado. No es necesario que el individuo acepte que su integridad física se viole.

Por otra parte, Locke, no es un ingenuo jusnaturalista clásico (medieval) que pretende gobernar al Estado con las leyes divinas, naturales y morales. Si observamos bien, también en Locke el derecho positivo tiene la prioridad. La interpretación de los derechos naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad, se traduce en un modelo de monarquía constitucional que, por un lado, prefigura la forma institucional del parlamentarismo y, por el otro, por más que sea distinto al Estado absoluto, deja que el ejecutivo (el monarca) tenga una amplísima prerrogativa, tan grande que es capaz de llenar los vacíos legislativos o, por el contrario, de derogar dichas normas, incluso tratándose de normas “constitucionales”, pero también *en contraste* con las mismas, dejando en una justificación moral y política genérica la búsqueda del bien común como fin superior.<sup>59</sup> La misma definición del poder político propuesta por Locke (que tiene un claro eco hobbesiano) se funda en el hecho de que dicho poder es, sobre todo, el poder sobre la vida o la muerte de los ciudadanos, de donde se desprende la autorización para aplicar todas las penas inferiores.

Las distancias entre Hobbes y Locke parecen reducirse. Pero sigue pendiente una diferencia importantísima. En virtud de la diferencia en el procedimiento para pactar la formación del Estado, Locke, admite la resistencia colectiva al soberano, al poder político, Hobbes, por lo menos en principio, no. Para Hobbes, el pacto de sociedad y el pacto de sumisión se hacen al mismo tiempo, son una sola cosa (el pacto de unión), y el soberano resulta un tercero beneficiado que obtiene el poder como si se tratara de una donación, sin

<sup>59</sup> Locke, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, XIV, parr. 160 y 161.

comprometerse a ningún pacto; para Locke, primero, los individuos acuerdan el pacto de sociedad, después, la sociedad o el pueblo constituido celebra el pacto de sumisión a un soberano “constitucional” que se compromete a gobernar sin violar de forma repetida y evidente a los derechos naturales de sus súbditos, esencialmente traspuestos en un régimen político que contemple formas de representación (de los ciudadanos propietarios) y, en el ordenamiento jurídico, como afirmaciones del principio de la certeza del derecho y, en alguna medida, de la separación de los poderes. En caso de que los ciudadanos juzguen que el poder político, en parte o en su totalidad, ponga en riesgo su propiedad y, en último análisis, su derecho a la vida, éstos conservan el derecho de actuar *colectivamente*, no sólo individualmente, contra el poder cuyo pacto han violado, sin que esto implique que se deshaga la sociedad política. Pero esta acción, la resistencia al orden constituido, significa también que, en la razón práctica, deben considerarse *existentes* e influyentes los derechos naturales o morales a los que se debe apelar para limitar, a grandes líneas, orientar la producción normativa por parte del legislador positivo.

Esta herencia lockeana es el fulcro y el núcleo más interesante, me parece, de la filosofía del derecho de Ronald Dworkin. La ley natural lockeana se configura como una especie de norma con un supuesto abierto, o bien, como una norma que establece *principios* (la protección de la vida, libertad y propiedad) que serán especificados por otras normas, por un ordenamiento constitucional y jurídico coherente con dichos principios. En el fondo —aun cuando los principios morales no coinciden con los de Locke: por ejemplo, Dworkin, los resume con la fórmula según la cual a cada ciudadano debe asegurársele un *equal concern and respect*— esta es, me parece, la idea común a todas las versiones del llamado neoconstitucionalismo (Alexy, Nino, Zagrebelsky, por citar solamente algunos autores).<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Sobre el neocostitucionalismo *cf.* Comanducci, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomia*, 16, 2002; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

Pero regresemos de inmediato a Dworkin —o, mejor dicho, al primer Dworkin—, también sobre el tema del derecho a la resistencia o a la desobediencia creo que existen algunos acentos distintos pero, en la sustancia, una clara continuidad de pensamiento entre *Taking Rights Seriously* y *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*. Él da por descontado —observando el caso norteamericano— que los ciudadanos saben que tienen derechos morales, que en ocasiones llama “derechos fundamentales”, ante el Estado, y que los políticos de profesión que se alternan en el poder respetando la Constituciones también saben y lo consideran un valor. Pero Dworkin, como Locke, sostiene abiertamente que la “Constitución”, el “sistema constitucional” no es suficiente para proteger y garantizar los derechos morales o fundamentales. Él va más lejos y afirma: “incluso si la Constitución fuera perfecta, y la mayoría (política) la dejara funcionar, no podríamos concluir que la Corte Suprema podría garantizar los derechos individuales de los ciudadanos”.<sup>61</sup> En el fondo esto es así porque también la Corte es un órgano del sistema político y sigue, al menos en parte, su misma lógica. Aun cuando es preferible darle la última palabra, sobre un tema relacionado con los derechos, a una Corte en lugar de al Parlamento, la *intermediación de un tercero* del juicio no estaría asegurada porque el mismo seguiría en manos de un aparato del Estado, de ese mismo Estado que debe responder por la violación de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. El punto, que ya había mostrado Locke, es que esta *intermediación de un tercero* no puede existir. El propio Locke admite que si el conflicto se vuelve extremo necesariamente adquirirá la forma de una acción, incluso con el uso de medios violentos, que se orientará a destituir a quien legalmente (pero tal vez no legítimamente) detenta el poder político.

<sup>61</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1977, trad. italiana *I diritti presi sul serio*, Bolonia, Il Mulino, 1982, p. 267.

Dworkin no se aleja de este razonamiento, pero intenta encontrar otras salidas, distintas del “llamado al cielo” lockeano, diferentes a la guerra civil o a la insurrección: evitar la anarquía, en lugar de resignarse a la misma, debería ser el inicio “de una filosofía de la legislación y de la aplicación del derecho”.<sup>62</sup> A este propósito, Dworkin observa de una manera aparentemente brillante que todos los ciudadanos, tanto los “conservadores” como los “progresistas”, afirman que la ley, en general, debe obedecerse, incluyendo las normas que queremos ver abrogadas o modificadas. Además, ambos bandos reconocen que un hombre, a fin de cuentas, “debe honrar sus deberes ante Dios y ante su conciencia, y, si estos deberes coinciden con los que tienen con el Estado, entonces, tiene el derecho de hacer lo que considera justo”.<sup>63</sup> Conservadores y progresistas —demos por buenas estas categorías de sentido común, y utilizadas por Dworkin como tales— difieren en la conducta que deben tener ante el Estado aquellos que, por razones de conciencia, en ocasiones infringen la ley. Los primeros quieren a los objetores ásperamente perseguidos, los segundos, condenados a penas tenues o absueltos. Los primeros reivindican el deber de la obediencia de forma absoluta, los segundos encuentran en el desobediente —que lucha por defender o reivindicar lo que considera un derecho moral negado por el “derecho legal”— un camino para reafirmar que el Estado y sus normas no pueden agotar las razones de la justicia o, si se prefiere, de la protesta contra la injusticia. Y un Estado constitucional debe estar conciente, si no quiere dejar de serlo, de esa “inagotabilidad” del disenso y de la conciencia moral.

Dworkin insiste mucho en la diferencia entre la legalidad y la justicia y en la conciencia que deben tener de dicha diferencia las instituciones públicas, encontrando en esta tensión dialéctica su respuesta —una respuesta que pueda prevenir la anarquía— a la licitud del derecho de resistencia:

<sup>62</sup> *Idem.*

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 268.

En nuestra sociedad un hombre puede tener el derecho, en el significado fuerte, de desobedecer la ley. Él tiene este derecho siempre que considera que la ley se entromete de manera equivocada en sus derechos contra el Estado. Si él tiene el derecho moral a la libertad de palabra, entonces, también tiene el derecho moral de infringir cualquier ley que el Estado no tiene derecho a adoptar. El derecho a desobedecer la ley no es un derecho separado y que se suma a los demás derechos con el Estado. Es simplemente una característica de todos los derechos hacia el Estado, y no puede ser teóricamente negado sin negar la existencia de estos derechos.<sup>64</sup>

O, con mayor énfasis retórico: “Si el Estado no toma los derechos en serio, entonces, tampoco puede tomar en serio el derecho”.<sup>65</sup>

Dworkin, como también ha observado Guastini,<sup>66</sup> parece ofrecernos más sugerencias que definiciones cartesianas, claras y precisas. Pero las objeciones no sólo se refieren al método. Dworkin, como para bien o para mal hacen todos los neoconstitucionalistas, supone con un enfoque jusnaturalista que existe un núcleo de *verdad*, de evidencia moral que fundamenta y justifica la *moral reading* pero que es incompatible con la laicidad que el mismo Dworkin considera como parte del Estado democrático de derecho —y que, sin duda, debe ser una de sus características irrenunciables—. Se podría agregar que la revisión y la implementación de los derechos fundamentales pueden ponerse en riesgo por la *moral reading* (jueces y cortes pueden ser conservadoras e, incluso, reaccionarias), y, en todo caso, que la *moral reading*, al orientarlos, prejuzgue y tienda a dejar sin significado a los procedimientos jurídicos y políticos, prestando un mayor interés al hecho de que su resultado se ajuste al *ethos* de la comunidad política que a la transparencia y corrección formal de los procedimientos en cuanto tales.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 292.

<sup>66</sup> Guastini, *op. cit.*, nota 41, pp. 229-236 (en particular p. 234).

Sin embargo, aunque todas estas objeciones son sensatas, creo que no es un ejercicio inútil reflexionar sobre los párrafos apenas citados de Dworkin para compararlos con el derecho de resistencia. Podríamos definir de la siguiente manera el sentido de esta comparación y las indicaciones normativas que se pueden desprender de la misma: el constitucionalismo de los derechos fundamentales, incluso en donde el Estado democrático de derecho se ha venido afirmando, debe seguir reflexionando sobre el “derecho a resistir al derecho”, o bien, sobre formas, transformaciones y modalidades y límites actuales del derecho de resistencia hoy.<sup>67</sup> Una posible respuesta a estos problemas puede delinearse afirmando que el derecho de resistencia colectiva puede prevenirse *no sólo* mediante las instituciones jurídicas del Estado democrático de derecho, mediante la vía institucional a la expresión del disenso (manifestaciones autorizadas, peticiones, recursos, etcétera), *sino también* y, sobre todo, reconociendo el descarte ineliminable entre legalidad y demandas o pretensiones (como quiera que sea argumentadas) de mayor justicia —o de menor distancia del derecho positivo de lo que piensa una parte de la sociedad, no importa si es minoritaria y en qué medida lo es, como equidad natural—; es decir, reconociendo el descarte entre legalidad y conciencia individual que las propias transformaciones de la sociedad (nacional o sobrenacional) continuamente generan. Esta conflictividad no puede dejarse en las manos de las instituciones y en los procedimientos de garantía porque éstas no pueden resolverla de manera completa, ni siquiera en el mejor Estado democrático de derecho. Incluso la más sutil corrupción “autoritaria” del poder político dejaría de depender del hecho de que éste no sea un poder limitado —según la limitación y la separación de los poderes del liberalismo clásico— sino del hecho de que el constitucionalismo puede convertirse en una ideología, y ser invasor, tendiendo a ignorar

<sup>67</sup> Para una propuesta interesante en esa dirección, *cfr.* Gargarella, R. (ed.), *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Mino y Dávila, 2005.

el *límite implícito en el propio constitucionalismo* que no se encuentra escrito en ninguna Constitución.<sup>68</sup>

Este límite implícito le impone al constitucionalismo el tener que considerar que su propio poder de imponer límites, al igual que el poder político, es un poder limitado. Un constitucionalismo consciente de sus propios límites no debe considerar que todos los derechos morales o naturales se reivindican solamente con la finalidad de ser positivizados. Ni considerar que deban ser o positivizados, y por tanto admitidos a la “verdadera” existencia o criminalizados, es decir “aniquilados” por el derecho positivo. Restringir el espacio de la legalidad de todo disenso y de todo antagonismo, rechazando cualquier forma de desobediencia civil pacífica, supondría colocar las premisas para una potencial criminalización de toda manifestación del disenso. De hecho, significaría pensar que el orden constituido es bueno en su arquitectura, dado que admite críticas y revisiones “internas”, que pueden ejercerse dentro de su espacio de la legalidad, mediante sus procedimientos. Y dado que es posible manifestar el disenso dentro de los procedimientos, quien lo expresa por fuera de los procedimientos institucionales, desobedeciendo, es criminalizado. Ya no es un disidente, sino *ipso facto* un criminal. Ciertamente, viola la legalidad constituida: técnicamente, objetivamente, comete delitos. Sin embargo, lo hace de la misma manera en la que lo hacían quienes, en el contexto del propio Estado liberal, combatieron por el derecho de huelga.

En el razonamiento de Locke, el pueblo (como contrayente pasivo del pacto de sumisión) tenía una larga paciencia antes de ejercer su derecho natural a la resistencia: debía constatar primero que todas las instituciones estuvieran obstruidas, y la relación

<sup>68</sup> Se podría observar que en la Declaración de 1789 y en las dos primeras Constituciones de la Francia revolucionaria (1791 e 1793) se contempla el derecho de resistencia a la opresión. Pero traducir esta afirmación, que encarna el espíritu del constitucionalismo, en una norma positiva de una Constitución específica significaría considerar que el estrado está fundado en una Constitución potencialmente opresiva.

de confianza con el gobernante hubiera fallado completamente. Y esto sólo dejaba abierta la puerta para la ruptura y la violencia, para la guerra civil. En el razonamiento de Dworkin —o, mejor dicho, en mi interpretación de algunos párrafos del complejo y estratificado entramado conceptual, por momentos contradictorio, de *Taking Rights Seriously*, se vislumbra una puerta de salida alternativa al ejercicio del derecho de resistencia que constituye una amenaza incluso para el mejor Estado democrático de derecho. Con una frase: que se rompa de vez en cuando la legalidad —obviamente no por ventajas personales sino por razones de disenso civil o político— es mejor a infringir para siempre el pacto constitutivo de la sociedad. Puede servir para prevenir lo peor, la disolución del Estado, con frecuencia anticipada y ejecutada por el desmembramiento de la sociedad civil. En suma, es mejor que algunos ciudadanos lleven a cabo algunos actos de desobediencia civil en lugar de que se conviertan en criminales y, posteriormente, en enemigos internos, como habría dicho Hobbes. Terroristas como diríamos hoy.

Intento ofrecer un ejemplo para explicarme mejor. En 1968, también Italia, fue sacudida por grandes protestas estudiantiles y, sobre todo, por una ola de huelgas obreras (el llamado “otoño caliente”). La protesta por momentos, de hecho casi todo el tiempo, se salió de la legalidad. En aquel tiempo, las intervenciones del gobierno y de las fuerzas del orden, según los manifestantes, eran represivas. Pero si observamos esos eventos con un mínimo de distancia histórica, es adecuado reconocer que la parte más importante de la mayoría en el gobierno y de la clase política en general no se cerró radicalmente ante las protestas y se contuvo de implementar medidas puramente represivas. Ciertamente, sólo una parte de las reivindicaciones de los trabajadores y de los estudiantes fue adoptada y “transformada” en derechos positivos (el Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo): pero lo más importante fue que, en su gran mayoría, los que protestaban, aun cuando estuvieran insatisfechos con los resultados de su lucha, no adoptaron la vía de la lucha armada, incluso si es innegable que

por un cierto periodo existió quien (como quiera que sea una minoría) la veía con cierta simpatía, sosteniendo una posición de equidistancia entre el Estado y las Brigadas rojas (el principal grupo terrorista). Pero, en su conjunto, el diseño institucional, a pesar de haberse sometido a una dura prueba, no se deshace porque el Estado constitucional logra permanecer en cuanto tal y hacer una distinción entre terrorismo y formas, ciertamente ilegales pero muy diferentes al terrorismo, de ejercicio del “derecho a resistir el derecho”.<sup>69</sup> Así las cosas, de hecho, también los grupos extremistas, aunque se colocaron en la frontera de la legalidad e incluso habiéndola rebasado, no llegaron a romper el pacto de la convivencia civil, el pacto constitucional; de hecho, ni siquiera consideraron esa opción seriamente.

La función y la razón de existencia (¿extrajurídica?) de los derechos naturales y morales se colocan en este espacio externo y al mismo tiempo inherente al derecho positivo que se ubica en la frontera con otras disciplinas de la razón práctica como la moral y la política. Ciertamente se trata de “derechos de papel”, no justiciables, pero derechos que han generado enormes transformaciones políticas. Gracias a estas transformaciones algunos se convirtieron en derechos verdaderos —las libertades de los modernos, el sufragio universal, primero masculino y después también femenino—, otros siguieron siendo derechos más o menos de papel, pero que sirven para que, en un círculo virtuoso, sea más efectivo el disfrute de los otros derechos (verdaderos). Por lo mismo sería jurídicamente atinado pero políticamente errado, incluso peligroso, no considerar seriamente dichos derechos por ser imperfectos. También el papel puede cortar.

Podemos decir algo más. Cuando el círculo entre derechos de papel y derechos verdaderos deja de ser virtuoso y se convierte

<sup>69</sup> Cfr. el texto de G. Caselli, “Terrorismo brigatista e terrorismo internazionale”, Bovero, Michelangelo y Vitale, Ermanno, *Gli squilibri del terrore. Pace, democrazie diritti alla prova del XXI secolo*, Torino, Rosenberg&Sellier, 2006, en particular p. 74.

en vicioso —y, en nombre de la seguridad se aprueban leyes que limitan los derechos de libertad (y, en cascada, todos los demás), comenzando por la discriminación de la desobediencia civil—, de forma paradójica pero comprensible, comienzan los tiempos de mayor inseguridad para la enorme mayoría de los contrayentes del pacto social. En todos los niveles —local, nacional, internacional— se cruzan y se enfrentan en el derecho natural de corte hobbesiano (es lícito hacer todo lo que sea necesario para garantizar nuestra supervivencia) con el derecho de resistencia de origen lockeano; es decir, con la ruptura de la confianza en las instituciones públicas, confianza que es la premisa para poder rediseñarlas de manera conflictiva pero no violenta, pacífica. Persiguiendo políticas de seguridad solamente represivas, en donde el tiempo de los derechos iniciaba a florecer, comienza su decadencia, dejando espacio para nuevas formas de abuso y privilegio; en donde ese tiempo no había siquiera comenzado, sólo los fanáticos que gozan con el peligro inminente tienen razones para festejar.

### III. ¿DERECHOS INSACIABLES?

Como es bien sabido, el constitucionalismo de los derechos ha provocado algunas perplejidades en sentido inverso: los derechos, lejos de ser de papel o de estar en el papel, también son “tiranos” que hacen que la democracia se convierta en papel —impidiendo, condicionando y *pre-juzgando* las decisiones públicas—. Estos temores han sido planteados por autores que se declaran demócratas sinceros. En un primer momento, la pregunta que se hacen estos autores es si darle un exceso de importancia a los derechos no implica una restricción insoportable del papel que le toca al legislador democrático, convirtiéndolo en un mero ejecutor de un programa que ya ha sido completamente delineado en la Constitución del país y, eventualmente, en los tratados internacionales. La democracia correría el riesgo de quedar bajo la tutela de los intérpretes de la

Constitución —de los jueces constitucionales que también tienen funciones constitucionales (dependiendo del ordenamiento)—; es decir, de una elite reducida, supuestamente ilustrada, pero que políticamente no rinde cuentas a nadie, mucho menos a un cuerpo electoral. En suma, que detrás de la retórica de los derechos fundamentales se esconde el hecho de que la última palabra de las decisiones de una sociedad política democrática, paradójicamente, sería pronunciada por un órgano democráticamente irresponsable, por una institución que no es expresión, al menos no de manera íntegra y directa, de la “voluntad popular”.

De este argumento que tiende a realizar una neta distinción —al punto de realizar una oposición abierta— entre constitucionalismo y democracia para proteger a ésta última de los derechos insaciables, invasores, etcétera, se han presentado muchas versiones más o menos convincentes, cuya comparación y análisis exigiría un estudio aparte.<sup>70</sup> Sin embargo, me parece que estas versiones pueden reducirse a dos: la primera remite a concepciones de la democracia que subrayan su aspecto participativo (marcadamente rousseauiano); la segunda, en cambio, evoca concepciones estrictamente procedimentales, realistas o “ultramínimas” de la democracia, es decir, a concepciones que parecen el opuesto perfecto de las concepciones participativas o deliberativas. La primera versión del argumento advierte que los ciudadanos deben ser capaces de adoptar decisiones públicas que se refieren a su futuro colectivo, sin estar atados por las decisiones constitucionales e institucionales de sus abuelos o antepasados: sin esta facultad para reformular el pacto social, la participación resulta poco incisiva, limitada a

<sup>70</sup> Además del trabajo de Waldron, sobre este tema conviene referir las monografías de Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press 1980; Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996, y V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997. Para un estudio interesante y actualizado de análisis y comparación sobre este tema, remito a Salazar Ugarte, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, con un prefacio de Michelangelo Bovero, México, Fondo de Cultura Económica, 2006. Cfr. además, Greppi, A., *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 25-42.

las decisiones secundarias. De esta manera, la participación tiende a disminuir, dejando el proceso de decisión pública en las manos de los profesionales (de la política). La segunda versión, que no tiene (ni siquiera al inicio) ilusiones sobre la participación directa de los ciudadanos, sostiene que los representantes sin vínculo de mandato, digamos que los profesionales de la política, se encuentran legitimados por elección —hecha incluso por un cuerpo electoral apático y desinteresado— y, por lo mismo, les corresponde a ellos, no a los jueces, la última palabra sobre las cuestiones públicas y sobre la interpretación misma de los derechos fundamentales (del nivel de las garantías correspondientes, de la solución balanceada por los conflictos entre ellos, etcétera).

Lo que pretendo demostrar es que, por lo menos en relación con la crítica (del constitucionalismo) de los derechos fundamentales, esta diferencia tiende a anularse. Pensando en la posibilidad de reducir los derechos constitucionales a normas modificables mediante leyes ordinarias o constitucionales (no importa si con mayoría calificada o sin ella), estas concepciones en apariencia antitéticas, terminan por encimarse, convirtiéndose una en copia (mal lograda) de la otra y derivando en formas plebiscitarias de (pseudo)democracia. Con esta finalidad, examinaré el libro de Anna Pintore, *I diritti della democrazia*, que contiene la crítica más dura al constitucionalismo rígido —y, en particular, al constitucionalismo de los derechos fundamentales— por parte de los defensores de la democracia mínima presentes en el debate de filosofía política y del derecho. La autora tiene la indiscutible virtud de ser clara en sus posiciones, desarrollando sin titubeos teóricos y sin resabios *politically correct* el argumento en contra de los derechos que acabo de enunciar en sus términos más generales.

Antes de analizar sus tesis anticipo una objeción posible. Así como es posible encontrar una herencia rousseauiana en los creadores contemporáneos de la democracia participativa; no es posible identificar ningún rastro de la misma en la concepción procedimental mínima de la forma de gobierno democrática. Desde esta perspectiva, la comparación entre los clásicos y los contem-

poráneos se debilita sin lugar a dudas. A mi me parece que la democracia mínima que propone Pintore no se encuentre muy lejos de una traducción o reducción realista de la república rousseaiana, si por “realista” se entiende el abandono de la dimensión utópica y la renuncia de la actualización circular según la cual sólo la sociedad perfecta (la ‘república’ del *Contrato social*) puede generar al hombre nuevo —el ciudadano— y, al mismo tiempo, el hombre nuevo es la premisa indispensable para la construcción de la sociedad perfecta. Sin estos presupuestos contradictorios (el roussoiano es claramente un razonamiento circular), de la armoniosa voluntad general que no puede equivocarse —porque se encuentra orientada por el *bien común* y está integrada por ciudadanos dedicados sobre todo al bien común— sólo queda, para formar la decisión política, la suma de las voluntades particulares de los individuos y de los grupos orientados por *intereses* y frecuentemente enfrentados: queda la “voluntad de todos”, que Rousseau intentaba, en vano, diferenciar de la voluntad general. Y si no se logra establecer, mediante los derechos fundamentales, una esfera de lo indecible, para decirlo con Ferrajoli, que quede fuera de la decisión democrática, esta voluntad se expresa como *agregado de preferencias* que forman mayorías contingentes e inestables según una mera lógica de relaciones de fuerza. Esas mayorías pueden, a través de la vía democrática —y legalmente— decidir restringir o abolir cualquier (derecho de) libertad; de la misma manera, pueden anular la separación de los poderes para llegar incluso, democráticamente, a la adopción de la decisión de abandonar los procedimientos democráticos, es decir, la decisión de *salir* de la democracia.

La “apuesta” de Rousseau —quizá su sutil provocación intelectual— consistía en la búsqueda del hombre nuevo (o en el regreso del hombre antiguo, del mito del *zoon politikòn* y de los legisladores sabios). Pero la función de este mito era en el fondo la misma qua la razón jurídica ha desarrollado mediante el artificio del constitucionalismo: el lugar que correspondía a la sabiduría desinteresada de los antiguos legisladores y al ciudadano

ideal de la polis antigua, ha sido ocupado por un conjunto impersonal de normas que positivizan los derechos fundamentales y al que queda sometido el propio legislador ordinario. Tanto los defensores de la democracia directa y participativa, como sus adversarios —creadores de una democracia procedimental esquelética y seca que se reduce a un agregado de preferencias— se resisten a reconocer que una “esfera de lo indecible” no puede dejar de existir. Sin ella —vale decir, sin un telón de fondo compartido— se produce un diálogo de sordos que termina por disolver a las instituciones sociales y políticas, tanto en las democracias directas de los antiguos como en la democracia entendida de manera schumpeteriana como competencia por el voto de los electores.

Así las cosas, la verdadera alternativa se presenta entre una esfera (de lo indecible) que coincida con una *ética* de tipo comunitario y una esfera que coincida con la protección *jurídica* (constitucional) de los derechos fundamentales individuales (de la persona y del ciudadano). En suma, el riesgo de la disolución y del vaciamiento de la democracia que puede convertirse en su contrario se reduce con la *ética* —¿porqué querrían los ciudadanos moralmente sanos destruir el valioso bien de la República?— o mediante el derecho, subordinado también el legislador democrático al respecto del contrato o pacto social. Rousseau, aunque parte de remisas contractualistas, termina inclinándose por la solución ética, organicista y comunitaria, pero lo que más importa es que nos invita a reflexionar sobre esta necesidad y sobre cuál es la alternativa mejor. Como intentaré demostrar en las conclusiones, también Pintore hace la misma elección pero la esconde en una especie de realismo de los procedimientos democráticos que en apariencia separa de manera rígida a la moral de la política.

Hecha esta premisa, es oportuno presentar las tesis de Pintore. En un primer momento pueden parecer tesis difíciles de refutar, porque en el fondo expresan con el lenguaje jurídico y filosófico de una estudiosa, la convicción de que en la democracia las deci-

siones en casi todas las materias, incluyendo a los derechos fundamentales, deben ser adoptadas por el sustituto de la “voluntad general” que llamamos mayoría. La cita del filósofo Sydney Hook —un ejemplo de coherencia: un alumno de Dewey, que primero fue marxista y después se acercó a presidentes como Nixon y Reagan— en la introducción del libro de Pintore deja entrever este punto de vista: “Pero si los derechos de los individuos no están seguros en las manos de la mayoría, estarán más seguros en las manos de una minoría? ¿A quién le corresponderá elegir a la minoría, y de qué manera se tutelarán los derechos de la mayoría contra la minoría?”.<sup>71</sup> Se podría objetar que el problema está mal planteado: los derechos fundamentales son tales porque son universales, indisponibles, inalienables— es decir, se susstraen a las decisiones del legislador ordinario y, en principio, también a las interpretaciones de las cortes constitucionales, si dichas interpretaciones dejan sin sentido el núcleo de dichos derechos. Los derechos no están ni a favor de la mayoría ni a favor de la minoría: *no pertenecen* a la mayoría o a la minoría, son derechos de las *personas* y los *ciudadanos*. Sólo que, con toda probabilidad, serán las minorías (políticas) las que pedirán que sean respetados por parte de quienes, en razón de su número, tienen la fuerza, la mayoría. Y, por lo mismo, se encuentran más protegidos en tanto no están a disposición de las cambiantes voluntades políticas.

Más adelante, el objetivo del libro de Pintore se aclara aún más:

Objetivo de este trabajo es reconstruir los argumentos que he etiquetado, en realidad de forma provocadora, como *democracia sin derechos*, para mostrar la viabilidad y, al mismo tiempo, indicar las aporías y los riesgos del modelo contrario que hoy es el dominante, la *democracia saturada de derechos*. El llamado a los derechos fundamentales, a pesar de su fuerte impacto emotivo, amenaza con minar las raíces del principio de la soberanía popu-

<sup>71</sup> Pintore, A., *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. VII.

lar, es decir, en el plano normativo, la fuente de legitimación del derecho moderno y, en el plano histórico, la fuente eminente de los propios derechos fundamentales.<sup>72</sup>

En el mismo tono provocador, creo que podemos preguntarnos en dónde encuentra Pintore, salvo que restrinja su visión a una parte de Europa, todas estas democracias (eventualmente) saturadas de derechos.

Si se observa el Estado actual de las democracias en el mundo, me parece que se trata de regímenes democráticos pero constitucionalmente débiles (con pocos derechos, y sobre todo, poco garantizados). Es más, en este sentido, a raíz del terrorismo internacional (o so pretexto de la lucha contra mismo) constatamos regresiones incluso de los regímenes que considerábamos democracias consolidadas.

En todo caso, desde estas primeras reflexiones es posible vislumbrar los dos focos, interconectados, del argumento de Pintore: el primero, una concepción “ligera” de la democracia, centrada en los “procedimientos reales de decisión” y no en una forma de procedimentalismo hipotético (Rawls, Habermas) que plantearía excesivos retos normativos;<sup>73</sup> el segundo foco, una concepción de los derechos cuya interpretación auténtica y satisfacción efectiva dependen precisamente de los resultados de los procedimientos reales (en buena medida, de la elección y del consiguiente *bargaining* político) que produce directamente mayorías o permite formar coaliciones políticas mayoritarias. Veamos estos dos puntos con mayor detenimiento.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. IX.

<sup>73</sup> Creo que Pintore tiene algo de razón cuando acusa a Rawls y a Habermas de adoptar un falso procedimentalismo (si los autores comparten como punto de partida un modelo de razón formal y sustancial, el acuerdo se da por descontado y el procedimiento es inútil); por otro lado, su procedimentalismo parece ser problemático, al identificarlo con una mera agregación de preferencias que harían superficial el proceso de discusión, o bien, de posible modificación de las preferencias originarias mediante razones, que debería anteceder a la deliberación, o decisión, democrática.

Todo el razonamiento parte de la crítica al procedimentalismo hipotético. Según Pintore, Rawls y Habermas (y más que ellos, Alexy y Ferrajoli) incurrirían en el error de llenar con contenidos éticos a los procedimientos.<sup>74</sup> ¿Cómo? Construyendo procedimientos hipotéticos, es decir, abstractos y racionalizados, a partir del método de decisión que se encuentra ejemplificado de manera paradigmática con la posición originaria de Rawls: una forma dialógica abstracta que imagina actores contrayentes ideales, es decir, actores racionales, que deciden bajo uno o más velos de ignorancia. El velo de ignorancia, que impone la adopción de decisiones sin conocer nuestra propia posición particular, abre las puertas a la filosofía moral, o al menos a la predefinición en clave moral de los resultados “correctos” de los procedimientos reales de la democracia, que son y deben seguir estando abiertos a una confrontación-desencuentro entre *intereses* individuales y de grupos sociales en donde cada actor conoce bien su propia situación particular y el contexto estratégico del enfrentamiento (las fuerzas en campo, por decirlo así).

Si las cosas están de esta manera, la democracia procedimental real, no hipotética, se define como aquella democracia en la que “las explicaciones de los principios procedimentales, están vinculadas a la comprobación efectiva en el mundo empírico de sucesos y/o comportamientos, considerados por los principios procedimentales como hechos o actos que producen reglas o decisiones sustanciales”.<sup>75</sup> Aquí, Pintore, reformula explícitamente a Bobbio, pero ofreciendo una interpretación “esquelética” (más schumpeteriana): la democracia como conjunto de “reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas” (pero descuidando la insistencia de Bobbio en los “procedurales universales” que dan sentido al juego democrático).<sup>76</sup> Obviamente, tampoco la democracia ultramínima es neutral, sostiene Pintore.

<sup>74</sup> Pintore, *op. cit.*, nota 71, pp. 19-23.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>76</sup> Bobbio, *op. cit.*, nota 10, pp. 380-382.

Asume determinados valores morales: de esta manera, parece obligada a remitirnos a los “procedurales universales” de un juego correcto (una cabeza un voto, voto con peso igual, decisión mayoritaria, alternativas verdaderas de programa a disposición de los electores, libre información, posibilidad para la minoría de convertirse en mayoría en la siguiente elección). Pero, de inmediato, el acento recae en el *bargaining*, en el *trade-off* de los intereses, privilegiando una concepción de la democracia fundada meramente en la suma, en la agregación de las “preferencias”, sin darle importancia a la manera en la que se forman. ¿Se trata, en todo o en parte, de preferencias manipuladas?, ¿La competencia se da entre programas verdaderamente alternativos? ¿Quién controla los medios de información? Estas preguntas, y muchas más, pueden parecer ociosas, o por lo menos ajenas a la teoría de la democracia procedimental. Al respecto, Pintore, descuida el profundo ejercicio de crítica ante lo existente que proviene de las concepciones “deliberativas” y normativas de la democracia —concepciones que no existen en la realidad—, aun cuando Pintore, paradójicamente, las critica *como si* fueran efectivamente y eficazmente reales. ¡Como si fueran la causa de los males de la democracia contemporánea!

En suma, en los *derechos de la democracia* se subrayan todos los argumentos típicos del realismo político para sostener una concepción ultramínima, e incluso —me parece— “no democrática” de la democracia. Contra un proceso deliberativo capaz —como imaginaba Kelsen— de superar el desacuerdo presente en el cuerpo político, se subraya que muchos conflictos sólo tienden a exacerbarse, si no se *deciden* (o ¿se *rescinden*?) *rápidamente* mediante un voto mayoritario, y que el remedio de la mediación puede ser peor que el mal que se quiere superar. El pluralismo genuino consistiría en aceptar el desacuerdo como “valor y esencia de la democracia”. Contra el ideal de la participación responsable, Pintore, recuerda el dicho de Oscar Wilde: una democracia que ocupa *too many evenings* podría ser muy aburrida. Pero pensemos un poco. ¿No son —reducidos a su

esencia— los mismos argumentos que propuso Thomas Hobbes para desechar a la democracia y, a mayor razón, a la democracia deliberativa? (Lentitud en las decisiones, participación fastidiosa, poder real en las manos de unos cuantos demagogos).

El blanco polémico de Pintore se completa y se hace más explícito cuando examinamos el segundo foco de su argumentación: la afirmación de que los derechos son insaciables y saturarían los procedimientos democráticos, terminando por devorarlos, sofocándolos, vaciando su contenido. Con sus palabras:

En la retórica política actual, democracia y derechos tienen la misma suerte: ambos de convirtieron en conceptos-omnibus, etiquetas valiosas que es necesario adherir a todos los bienes políticos relevantes. Así las cosas, es irresistible la tentación de revestir con el lenguaje de los derechos toda reivindicación que, según sus promotores, tenga alguna urgencia y seriedad: con resultados ridículos, y grotescos. En tanto expresiones que concentran todos los bienes políticos, los campos semánticos de “democracia” y de “derechos” terminan sobreponiéndose ampliamente: “verdadera” democracia sería aquella que reconoce y protege los derechos (¿cuáles?); los derechos, por su parte (¿cuáles?), serían el ingrediente esencial e indefectible de cualquier democracia digna de ese nombre.<sup>77</sup>

A mí me parece que estas afirmaciones contienen una buena dosis de retórica (en ocasiones quién acusa de abusar de la retórica, termina abusando de ella); sin embargo, no creo que sea difícil admitir que, en ciertos casos, se hace y se ha hecho una referencia impropia al lenguaje de los derechos. Sólo para hacer un ejemplo en apariencia extravagante, pero que parte de la experiencia común: pienso en reformulaciones y declinaciones contemporáneas del antiguo “derecho a la felicidad” —por ejemplo, las que pregonan “el derecho al afecto”, “el derecho a una vida sexual satisfactoria”, etcétera— que se promueven y difunden

<sup>77</sup> Pintore, *op. cit.*, nota 71, pp. 79 y 80.

con convicción y un alto contenido emotivo y retórico por supuestos expertos que suelen salir en la televisión. Pero a esta categoría también pertenece, diría Guastini, la afirmación retórica del derecho al trabajo con el que inicia la Constitución italiana.

¿Pero qué quiere decir esto? ¿Que reivindicaciones sin fundamento pueden poner en crisis la gramática de los derechos fundamentales y de sus garantías? Para hacer un ejemplo banal, sería como decir que, dado que los médicos equivocan el diagnóstico o la terapia y el paciente muere, es mejor morir sin acudir a un doctor y sin tomar medicamentos. La propia Pintore sin llegar a proponer la abolición de los derechos, sugiere rediseñar la relación que existe entre “los derechos que son constitutivos del proceso democrático, los derechos presupuestos por el mismo (con base en una cierta perspectiva de ética normativa), y los derechos sin vinculación lógica con el mismo”.<sup>78</sup> Los primeros se refieren (a) los aspectos conceptuales, los segundos (b) a los aspectos normativos, los últimos (c) a los aspectos fácticos de la democracia. En otros términos:

a) Los derechos *constitutivos* son derechos lógicamente necesarios, sin los cuales una democracia no puede ni existir, ni funcionar:

Se trata esencialmente del derecho de voz y de voto y, en una democracia representativa, de electorado pasivo (...) estaría dispuesta a incluir en esta categoría también al derecho de ciudadanía (hoy en día el único que no tiene buena prensa), ya que, si el cuerpo electoral no queda delimitado de manera cierta, o sea, si el demos no se identifica de manera adecuada, terminarían perdiendo su sentido los propios derechos de participación política.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 81. Pintore entendería por derecho de voz, el derecho de participación directa en los procesos decisorios públicos (referéndum, petición, iniciativa legislativa). En relación con la referencia polémica a quienes sostienen la necesidad de superar la ciudadanía en términos de *ius sanguinis* o *ius soli* a favor de una ciudadanía de residencia, creo que se trata solamente de una

b) Los derechos *presupuestos* son los que Bobbio llamaba las cuatro grandes libertades de los modernos —personal (incluye *habeas corpus* y libertad de circulación), opinión, reunión y asociación—, sin las cuales los derechos constitutivos que correspondrían a los procedimientos democráticos no podrían ejercerse (derecho de voz) y carecerían de sentido (¿cómo ejercer de una manera razonable el derecho de voto sin conocer la orientación política de los partidos y de los candidatos?).

c) Los derechos *sin vinculación lógica con el proceso democrático* son los relacionados con las condiciones materiales, fácticas, del ejercicio de los derechos antes referidos: “Éstos son el derecho de propiedad y los derechos patrimoniales, así como los derechos sociales o de *welfare* que, según una reconstrucción que me parece plausible, pueden acumularse como derechos patrimoniales”.<sup>80</sup> Con otras palabras, Pintore admite algunos derechos sociales entendidos como derechos patrimoniales (entonces no son indisponibles, como lo son, por definición, los derechos fundamentales, sino disponibles y negociables),<sup>81</sup> pero sólo si son necesarios para el ejercicio de la democracia liberal y, en cuanto tales, están conceptualmente desvinculados de la misma. Los casos —los casos límite— de una sociedad en la que todos gozan de un rédito medio-alto, o bien, de una sociedad en la que la propiedad común otorga a todos una aceptable disponibilidad de recursos, demostrarían la inexistencia de una relación lógica o normativa entre la democracia y los llamados derechos sociales.<sup>82</sup> Según Pintore, la naturaleza y cualidad democrática de esa

solicitud de inclusión que no afecta para nada la posibilidad de identificar a los titulares de los derechos constitutivos.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 83

<sup>81</sup> Esto significa, en términos simples, que un individuo podría vender su derecho a la salud, por ejemplo, renunciando a las prestaciones del servicio sanitario nacional a cambio de una suma *una tantum*.

<sup>82</sup> Pintor demuestra que para ella los derechos sociales son accesorios. Derechos que para Bobbio eran el elemento de cierre indispensable para el modelo de la democracia liberal.

sociedad sería evidente y se mediría indagando si a sus ciudadanos se les “reconocen derechos de participación política”,<sup>83</sup> o sea los derechos constitutivos, porque la atribución de derechos sociales universales sería superflua, sino es que se trataría de una idea bizarra.

Pintore concluye afirmando que esta redefinición de los derechos no pretende disminuirlos, sino ofrecerles un lugar adecuado al lado de la democracia. También yo pienso que los derechos sociales y los derechos de libertad son respectivamente condiciones o precondiciones de la democracia procedimental y que no pueden ser considerados, ni desde un punto de vista histórico ni conceptual, como partes de la democracia. Pero ello no significa que los derechos, por decirlo de alguna manera, que no son constitutivos del procedimiento democrático (los derechos presupuestos y los derechos que no tienen una vinculación lógica con el proceso democrático: puntos b y c sean condiciones o precondiciones superables, o incluso inútiles o contraproducentes, en lugar de ser condiciones y precondiciones rígidas —irrenunciables para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos constitutivos de la democracia— que no pueden en ningún caso convertirse en mercancías intercambiables en el continuo *trade-off* de la democracia ultramínima. Concebidos de esta manera, los *derechos* se convierten en generosas (más o menos generosas) *concesiones* de la mayoría a la minoría, con lo que se pone en peligro el sexto “universal procedimental” de Bobbio: la posibilidad de que la minoría pueda convertirse en mayoría en las siguientes elecciones. En polémica abierta con Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales como esfera de lo indecible (que escapa de cualquier mayoría política y también de las “leyes” del mercado), Pintore, replica que

En realidad lo indecible siempre es objeto de decisión; de hecho, *no puede dejar de ser* decidido. Incluso en el supuesto de que sus contenidos fueran cristalinos e incontrovertidos, los derechos

<sup>83</sup> Pintore, *op. cit.*, nota 71, pp. 83 y 84.

no se aplicarían por sí solos, no tendrían un carácter autoejecutivo y necesitarían de una autoridad que los tutele (...) Por ello, quien sostiene que es suficiente con calificar un determinado ámbito normativo como indecidible para sustaerlo de las decisiones, incurre en una enorme ingenuidad filosófica; sólo un déspota ilustrado, en realidad, lograría ese resultado: pero lo haría con un acto de decisión.<sup>84</sup>

Desde mi perspectiva, se trata de una reducción caricaturesca del pensamiento de Ferrajoli. Este autor nunca ha afirmado que los derechos fundamentales son, por así decirlo, autoevidentes, naturales: se trata de derechos positivos que, por lo tanto, son puestos y garantizados (cuando están garantizados) por un legislador humano y por instituciones jurídico-políticas. Se trata más bien de distinguir entre el principio de *mera legalidad* (o de legalidad formal: según el viejo juspositivismo, una ley es válida cuando es creada siguiendo los procedimientos emitidos por la autoridad reconocida) y el principio de *estricta legalidad* o de legalidad sustancial del nuevo paradigma juspositivista, que prescribe “la sumisión también de la ley a los vínculos no sólo formales sino también sustanciales que son impuestos por los principios y por los derechos fundamentales expresados en las Constituciones”.<sup>85</sup>

Pintore ignora esta distinción, porque lo que le interesa no es la afirmación de que el fundamento y origen de los derechos provienen de una decisión del soberano y no de una esfera de lo indecidible como fin moralmente autoevidente, siguiendo una *ratio* en cierta medida “jusnaturalista”, sino ofrecer una neta distinción entre una fundamentación y una reelaboración democráticas y unas no democráticas del catálogo de los derechos y de sus garantías. Así las cosas, resulta claro el sentido de su polémica contra el constitucionalismo de los derechos fundamentales: el temor de que éste provoque un *superpoder del Judicial*, y en particular de los jueces y de las cortes constitucionales, *sobre el Legislativo, sobre las mayo-*

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

<sup>85</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, nota 15, p. 34.

rías de gobierno y sobre su facultad de orientación política. Incluyendo, dentro de esa facultad, la reinterpretación de normas que otorgan derechos que han dejado de ser fundamentales, al no encontrarse dentro de la esfera de lo indecible y no ser las meta-reglas del juego, para convertirse en reglas flexibles útiles para ganar en el juego de una democracia que ha quedado reducida a su dimensión estratégica y competitiva. Para Pintore, se trata de decidir si “confiar la administración de los derechos al legislador democrático, o bien al intérprete; si a la mayoría política, que probablemente es ineficaz y arrogante pero fue electa y es políticamente responsable, o a una minoría que puede ser filosóficamente ilustrada, pero no es electa ni es políticamente responsable”.<sup>86</sup> Pero se podría preguntar: ¿si las condiciones del juego democrático son alteradas en sus fundamentos, por ausencia o insuficiente protección de los derechos que constituyen sus reglas y meta-reglas, podemos seguir hablando de responsabilidad política del legislador democrático? ¿En que lado queda la “enorme ingenuidad”?

Así como había iniciado, Pintore, concluye con una frase de gran efecto retórico:

Hace algunos años, el juez de la Suprema Corte estadounidense Learned Hand dijo: ‘Con frecuencia me pregunto si no exageramos al poner nuestras esperanzas *en* nuestras Constituciones, en las leyes, y en las Cortes. Son falsas esperanzas, créanme, son falsas esperanzas. La libertad reposa en los corazones de los hombres y mujeres; cuando muere en ellos, ninguna Constitución, ni ninguna ley, ninguna Corte podrá salvarla; ninguna Constituciones, ni ninguna ley, ninguna Corte podrá hacer mucho por ayudarla’. Me parece que su afirmación es válida todavía el día de hoy.<sup>87</sup>

He aquí porque creo que, una vez que lo sacamos por la puerta de la democracia procedimental mínima, regresa por la venta-

<sup>86</sup> Pintore, *op. cit.*, nota 71, p.104.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 130.

na un aire rousseauiano travestido y en parte alterado. Son típicamente rousseauianas, por un lado, la idea de que no existe ninguna Constitución que escape a la voluntad general, o bien, que la única Constitución efectiva es aquella confirmada tácitamente por la voluntad general cuando se reúne para deliberar; por el otro, la preocupación constante por el peligro de que los órganos no electivos perviertan, subviertan o contaminen la genuina decisión democrática. Además, por lo que hace de la garantía más sólida del régimen democrático, se deja en manos de la “religión civil”, es decir, de un sentimiento compartido que no es otra cosa que un *demos* éticamente consistente. Y se deja de confiar en la definición de los límites constitucionales al poder político y en la realización de un prudente equilibrio institucional. El pensamiento del ginebrino, ciertamente, es más articulado y complejo, pero es verdad que podemos usar una *vulgata* del mismo para sostener la retórica de la mayoría no tanto política como moral, que se identifica *tout court* con la ética de la “comunidad”, como mejor garantía de las instituciones políticas.

En el fondo también Pintore considera que es necesario llenar el redimensionamiento del papel de los derechos fundamentales con una ética pesada e invasora —en este caso verdaderamente omnívora— de la supuesta mayoría moral, confiando la retórica de la libertad a los hombres y mujeres, una democracia en la que —en tendencia— el soberano es quien legitima la Constitución y no ésta al soberano. El recurso a la frase del juez Hand puede parecer sugerente y convincente, pero, como todas las afirmaciones retóricas, adolece de ambigüedad. Es verdad que sabemos que las Constituciones, leyes y cortes nunca han podido detener, por sí solas, los movimientos políticos violentos. También sabemos que los derechos fundamentales no tienen un valor metafísico, pero, como todas las cosas humanas, tienen una dimensión histórica y por lo mismo debemos luchar para conquistarlos y después, una vez conquistados, defenderlos día con día. Pero, desde mi enorme ingenuidad, pregunto: ¿cuál libertad podría reposar

en el corazón de los hombres y de las mujeres si desaparecen las Constituciones, las leyes y las cortes?

#### IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PERSONALIDAD MORAL

Como hemos visto en el capítulo segundo y en los apartados anteriores, la reflexión jurídico-política kantiana se mide constantemente, de manera más o menos explícita, con las posiciones de sus predecesores contractualistas. Es decir, con las posiciones de Hobbes, Locke e Rousseau. Se trata de los grandes temas recurrentes de la relación que existe entre las formas de expresión del disenso y la obediencia debida al soberano; del papel de la justificación del derecho de propiedad y, sobre todo, de la relación entre libertad negativa y positiva —temas, todos, que nos llevan al argumento de actualidad del difícil equilibrio entre democracia y constitucionalismo—. También la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli se construye a partir del análisis crítico de algunas posiciones consolidadas. Como emerge con claridad del primer ensayo de *Derechos fundamentales* dichas críticas se dirigen, en este orden: 1) a Locke, que considera natural y fundamental el derecho de propiedad y el conjunto de los derechos patrimoniales —derechos que, en cambio, son por su propia naturaleza particulares y alienables (lo que me pertenece, no te pertenece: pero puede ser tuyo si te lo cedo o te lo vendo); 2) a K. F. von Gerber y, en general a la doctrina del derecho público alemana e italiana de finales del siglo XIX, que consideraba los derechos subjetivos y, por lo mismo, también los derechos fundamentales como simples “efectos reflejados” —concesiones— del poder estatal, no fundantes sino fundados, manteniendo firme la prioridad de los deberes sobre los derechos (transformando así los derechos en materia de *trade-off* político, según una tesis que defiende Pintore); 3) al sociólogo T. Marshall que considera los derechos fundamentales como conceptos vinculados exclusivamente a la ciudadanía y no prioritariamente a la persona, al ser humano en cuanto tal (como lo hace de manera

implícita también Dworkin cuando habla de los derechos de los “ciudadanos” y del Estado democrático de derecho como de una “comunidad” liberal); 4) finalmente, a Kelsen porque identificaba los derechos con sus garantías, posición que tiene como consecuencia que un derecho no justiciable sea un derecho inexistente o, para decirlo con Guastini, un derecho de “papel”.<sup>88</sup>

Como quienquiera puede constatar, existen temas que no sólo reaparecen sino que se cruzan recíprocamente en una trama mucho más compleja de la que he intentado ordenar en mi discurso. Analizar estos temas en toda su profundidad, con todos sus matices, rebasa los fines propuestos en este libro en el que sólo quiero aportar algunas claves de reflexión sobre las diferentes argumentaciones que se han adoptado para defender o para criticar los derechos y sobre su consistencia teórica. Manteniéndome en este ámbito me preguntaré si y cuáles son las ascendencias “kantianas” que pueden encontrarse en el pensamiento de Ferrajoli.

Tengo la impresión de que, en su doctrina jurídico-política, es posible encontrar un kantismo implícito y uno explícito: en otros términos, que junto a una evidente y descontada ascendencia kantiana por lo que hace a la idea del constitucionalismo mundial, el cual evoca inmediatamente al proyecto filosófico que hace más de dos siglos fue diseñado en *La paz perpetua*, exista una forma de kantismo más profunda, que se relaciona precisamente con las razones fundantes de los derechos fundamentales, y que sigue estando implícita, soterrada, por no decir escondida o desconocida. A mí me parece —y anticipo desde ahora la consecuencia más relevante de la tesis que voy a argumentar— que, sin un reconocimiento más claro del individualismo axiológico de matriz kantiana (del concepto laico de persona como individuo cuya dignidad consiste en la responsabilidad, en la imputabilidad de sus acciones), también el constitucionalismo global

<sup>88</sup> Ferrajoli ilustra y discute ampliamente estas cuatro tesis en el ensayo de apertura y en las respuestas contenidas en el volumen, *op. cit.*, nota 15, *cf.* pp. 9-12.

termina por padecer la ausencia de argumentaciones filosófico-jurídicas sólidas.

Desde mi perspectiva, el aspecto filosóficamente más interesante del pensamiento de Ferrajoli, consiste precisamente, en el incómodo pero inevitable problema de las razones fundantes de los derechos fundamentales —problema que sólo puede resolverse mediante el recurso tácito a argumentaciones de matriz kantiana—. Sin embargo, antes de caminar en esa dirección es oportuno, presentar en breve el rastro kantiano más “explicito” en Ferrajoli.

A mediados del siglo pasado, el sociólogo T. H. Marshall, vinculó a la idea de ciudadanía el sentido de la inclusión democrática, atribuyéndole al *ciudadano* los derechos civiles (adjetivo que abarca tanto los derechos de libertad, como la libertad de pensamiento; como los derechos de autonomía privada, como el derecho a iniciar un juicio o a la compraventa), los derechos políticos y los derechos sociales: “Me mantendré fiel a la práctica de los sociólogos, afirmando en primera instancia que dividirá la ciudadanía en tres partes (...) Llamaré a estas tres partes o elementos, lo civil, lo político y lo social”.<sup>89</sup>

Subrayo este aspecto, por un lado, porque se trata de la idea de ciudadanía más conocida y, por el otro, porque precisamente esta idea, es la que sirve a Ferrajoli para evidenciar sus limitaciones al tratarse de concepción *lato sensu* comunitario-republicana de la 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 precisamente cuando nuestros acomodados países y nuestras ricas ciudadanía han comenzado a estar amenazadas

<sup>89</sup> Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class*, Londres, Pluto Press, 1992.

por el fenómeno de las inmigraciones masivas. En suma, llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales se ha negado su universalidad, condicionado 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.<sup>90</sup>

De esta manera, la propuesta que hace medio siglo era considerada como una propuesta progresista, pensada por Marshall como una forma de ampliar la garantía efectiva para los ciudadanos “a medias”, le parece a Ferrajoli una posición en los hechos conservadora, en tanto que sirve para fortificar y hacer impermeables las fronteras de las llamadas democracias avanzadas que tienden a reconocer y garantizar plenamente los derechos de la persona y del ciudadano sólo a sus ciudadanos por nacimiento. Paradójicamente, hoy el accidente del nacimiento del que depende la ciudadanía —y no la personalidad— es para el individuo la clave de acceso a las garantías del conjunto de sus derechos fundamentales, incluidos atribuidos a la persona, o al contrario una razón (arbitraria) de exclusión y de discriminación.

El fenómeno que muestra los defectos de esta idea de la ciudadanía es, sobre todo, la migración porque nos pone en contacto cotidiano y permanente con el extranjero, con aquel que *no* es nuestro conciudadano. Fenómeno viejo como el mundo, pero hoy explosivo precisamente porque, paradójicamente, debemos hacer cuentas, por una parte, con el progreso técnico que facilita y aumenta los desplazamientos de los individuos y, por el otro, con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que representa el parteaguas ideal de la civilidad jurídica que proyecta el Estado democrático de derecho. El extranjero es una persona, un “hombre” en el sentido de “ser humano” que posee algunos derechos fundamentales, diferentes a los derechos del “ciudadano”, que son posteriores aunque se suman a los primeros.

<sup>90</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, nota 15, pp. 40 y 41.

El universalismo de los derechos y la idea de que su garantía exija de instituciones supranacionales —instituciones realmente capaces de transformar la política exterior y la diplomacia en lo que Habermas definiría como la “política interna del mundo” (*Weltinnenpolitik*)— demandan con evidencia el esfuerzo cosmopolita kantiano de imaginar y construir la “República mundial” (*Weltrepublik*).

Sin embargo, con la finalidad de definir bien el alcance de esta influencia kantiana es oportuno precisar —si bien de una manera inevitablemente esquemática y parcial— *qué* son, para Ferrajoli, los derechos fundamentales, *cuáles* son y *quiénes* son los titulares de *cuáles* de estos derechos. Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos (expectativa o pretensión adscrita a un individuo por una norma jurídica) que corresponde *universalmente* a todos los seres humanos en tanto personas, ciudadanos o capaces de actuar. Los “capaces de actuar” pueden ser personas o ciudadanos: en tanto personas, son titulares de derechos/poderes —que se llaman así porque implican consecuencias para la esfera jurídica de los otros— de autonomía privada o *civiles* (capacidad para negociar, libertad contractual, derecho de ser parte en un juicio); en tanto ciudadanos, son titulares del derecho poder de autonomía pública, esto es, de derechos políticos. La característica de la universalidad los convierte en derechos inalienables, intransigibles, indisponibles: en una palabra, ni siquiera los titulares pueden privarse de ellos, de manera total o parcial, voluntariamente; no se pueden vender ni comprar. Si alguien pudiese deshacerse de ellos, como se hace con la propiedad, los derechos dejarían de ser universales (como, precisamente, no lo son los derechos patrimoniales que son particulares).

Personas, ciudadanos, capaces de actuar son titulares de clases diferentes de derechos fundamentales. Los derechos humanos son los derechos de las personas en cuanto tales, independientemente de la ciudadanía y de la capacidad de actuar: son considerados tales —por ejemplo, por la Constitución italiana— el dere-

cho primario a la integridad y a la vida, algunos derechos de libertad (personal, de conciencia, de manifestación de pensamiento y de culto) y los derechos sociales a la salud y a la instrucción. A estos derechos, para las personas capaces de actuar (es decir, prácticamente para todos los mayores de edad) se adicionan los derechos civiles o de autonomía privada apenas recordados; también existe una tercera clase de derechos exclusiva para los ciudadanos: se trata —siempre teniendo como referencia la Constitución italiana— de otros derechos de libertad, en particular el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, pero también el derecho de reunión y asociación, y algunos derechos sociales —por ejemplo el derecho al trabajo y a la subsistencia de quienes no pueden trabajar—. A todos estos derechos debemos agregar todavía los derechos específicamente políticos en los que se manifiesta la autonomía pública —sobre todo, en tanto, aportación directa o indirecta (electorado pasivo o activo) del ciudadano y, sólo del ciudadano, al proceso de decisión pública— en una democracia representativa.

Regresemos a la “lección de Kant” que, obviamente, no implica quedarnos atrapados en su pensamiento. Como es claro, el constitucionalismo de Ferrajoli, distinguiéndose de la perspectiva jusnaturalista kantiana, está y pretende seguir estando (si bien renovándolo en su interior) en el ámbito del juspositivismo: los derechos son pretensiones o expectativas que provienen de una norma jurídica. Además, el cosmopolitismo de Ferrajoli subraya tanto la necesidad de poner fin a la guerra entre los Estados como —en un modo más insistente que Kant— la vinculación que existe entre esta necesidad y los temas de la opresión de los más débiles y de las desigualdades económicas; reafirmando así el triángulo de valores —paz, democracia y derechos— en el que Bobbio reconocía la estrella que habría podido guiar a la humanidad hacia el progreso moral y civil. Digo con mayor fuerza porque también en Kant, cuando trata el derecho cosmopolita, está presente una fuerte crítica a la violencia y a la explotación colonial: se condena sin medios términos la “conducta *inhospita-*

*laria*” de las potencias europeas, cuya injusticia en “la visita a territorios y pueblos extranjeros (que para ellos es idéntica a la conquista) llega a producir horror”.<sup>91</sup>

Ferrajoli parte desde Kant para desarrollar una teoría política y jurídica orientada a denunciar el absolutismo del mercado global —en el que crece de forma desmedida la tijera de la desigualdad en bienes primarios y en derechos fundamentales—. Una teoría como esta no puede sino pasar (también) por la superación de la lógica internacional o interestatal y, por tanto, por la recodificación del concepto de ciudadanía: es decir, impone observar los problemas planetarios desde una perspectiva supranacional y tendencialmente cosmopolita. Para decirlo con palabras explícitas, aunque corramos el riesgo de caer en la retórica: una de las muestras del progreso moral y político de la humanidad ha dejado de ser el paso desde la ciudadanía como simple pertenencia a un Estado, hasta la ciudadanía como título de inclusión al disfrute de los derechos fundamentales —que habitualmente llamamos civiles y políticos (así como sociales en donde éstos son reconocidos)— sino también la superación misma del concepto en la medida en la que la concepción marshalliana de la ciudadanía resulta ser una nueva forma de exclusión del disfrute de estos mismos derechos por parte de todos aquellos que no son ciudadanos del Estado —los Estados democráticos de derecho— en el que dicha evolución ha tenido lugar.<sup>92</sup>

Hasta aquí las herencias explícitas del cosmopolitismo kantiano que, en Ferrajoli, se traduce en la proyección normativa hacia un constitucionalismo mundial. Sin embargo, lo que hemos dicho hasta aquí también es útil como premisa para afrontar el

<sup>91</sup> Kant, *La pace perpetua* (Alla fine del libro)

<sup>92</sup> Cfr. sobre estos temas se recomienda ver el volumen editado por Miguel Carbonell y Pedro Salazar sobre la obra de Ferrajoli, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005. Asimismo, cfr. la articulada respuesta de Ferrajoli a los textos contenidos en dicho volumen Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

tema más complejo del kantismo implícito de Ferrajoli. Partamos de su definición (teórica, solamente formal y estructural) de “derechos fundamentales”: son, dice Ferrajoli,

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; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.<sup>93</sup>

Evidentemente no se trata de una definición dogmática —que se haya recabado de algún ordenamiento jurídico vigente— sino que, Ferrajoli, se propone que esta definición sea válida sin importar cuál sea la “filosofía jurídica o política compartida: juspositivista o jusnaturalista, liberal o socialista e, incluso, iliberal o antidemocrática”. Podemos decir que un ordenamiento jurídico totalitario (iliberal y antidemocrático) carece de derechos fundamentales sin que ello implique que la definición de Ferrajoli pierda su sentido. Pero, ¿es posible sostener la neutralidad ideológica (filosófica) de la definición de derecho fundamental? Me parece que esta afirmación solamente es parcialmente atinada. Lo es porque, para concebir un objeto lógico, no es necesario que se presenten las condiciones para su realización, es decir que el mismo exista. La definición “esencial” de los derechos fundamentales no implica que éstos existan. Pero, para que el objeto lógico que llamamos “derechos fundamentales” sea útil e interesante para la discusión moral, política y jurídica es necesario concebir al sujeto que es su titular.

Al respecto, ¿es posible afirmar con seguridad que todas las filosofías (morales, jurídicas, políticas) reconocen al individuo como átomo y como punto de partida de la reflexión, como elemento fundador, como *prius* lógico y axiológico? Me parece que no. Pienso, por ejemplo, en las diversas formas de comunitarismo y diferencialismo o; en la concepción del “hombre masa” de

<sup>93</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, nota 15, p. 19.

los regímenes despóticos y totalitarios en donde con toda evidencia no sólo no existen los derechos sino que los seres humanos no son considerados como personas, como individuos potencialmente titulares de derechos o; bien, por razones distintas, en las filosofías animalistas que consideran que son titulares de derechos algunos seres que no son —y no podrán ser— considerados como personas; finalmente, pienso en aquellos que reivindicar la titularidad de derechos para entidades vagas como las generaciones futuras o el ambiente, también éstas difícilmente definibles como personas a las que puedan adscribirse derechos fundamentales en los términos en los que Ferrajoli los define.

Los derechos fundamentales —al menos en la definición que Ferrajoli ofrece— no pueden prescindir de la definición de la persona, o mejor dicho, de una bien definida concepción de la persona. Los ciudadanos y los capaces de actuar son, como sea y antes que nada, personas. No es casual, ni producto de una convicción sin asideros teóricos, que Ferrajoli rechace todas las formas de particularismo de los derechos. Por más que la doctrina de los derechos fundamentales prescinda de la idea kantiana del deber moral que tiene cada persona de contribuir al progreso del género humano y venga formulada con una referencia a una sobria *interest theory*, en Ferrajoli, la autonomía moral —y, por tanto, la responsabilidad y la imputabilidad de las acciones que dicha autonomía implica— es lo que define a la persona, sin importar cuáles son sus características particulares (hombre, mujer, anciana, joven, etcétera) y que, al mismo tiempo, la distingue de los otros seres vivientes (la tutela del infante es la tutela de una persona potencial). La vida social de individuos concebidos en términos deterministas, darwinistas, que se relacionan bajo la regla estímulo/respuesta; esto es, de individuos que no son capaces de elegir si llevarán o no a cabo una determinada acción, no podría ser regulada por normas que adscriben derechos fundamentales y por instituciones que consideran dichas normas como la base de la convivencia.

Si todo sucediera porque así lo determina la fatalidad, según un programa incomprensible para los hombres, no quedaría nada

más que un dios al que rezarle. Si todo sucediera según la necesidad, a lo sumo, nos quedaría algo por descubrir y por describir —o bien, las leyes que regulan el funcionamiento de la naturaleza—, pero no quedaría nada para prescribir en el plano moral o político. El modelo de referencia sería el del panal de abejas o el del hormiguero, de las llamadas “sociedades animales” en donde los “individuos” son funcionales al conjunto y, precisamente por ello, adolecen de personalidad. Para hablar de derechos fundamentales es necesario presuponer una concepción “kantiana” de la persona, concepción que los derechos fundamentales afirman y protegen ante todas las teodiceas y teorías fatalistas (incluidas las que hacen referencia a la inevitabilidad de la identidad cultural o de la pertenencia comunitaria), así como ante todos los darwinismos sociales que sostienen la aparente “necesidad” de la ley del más fuerte. Precisamente por esto, creo que, Ferrajoli, no puede —desde un punto de vista más filosófico que jurídico— dejar de asumir una definición de la persona que haga referencia a la concepción kantiana: “persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación. La personalidad moral no es otra cosa que la libertad de un ser razonable sometido a leyes morales”.<sup>94</sup>

Estoy consciente que asumir esta definición kantiana para fundamentar los derechos fundamentales abre un flanco a la siguiente objeción: por este camino salimos del juspositivismo y regresamos a la tradición jusnaturalista. Objeción previsible pero impropia. En realidad se trata exactamente de lo contrario. Como ya se ha afirmado se trata de explicitar la visión del mundo que está con la base de lo que Bobbio ha llamado la revolución copernicana —revolución que invirtiendo la prioridad de los deberes en relación con los derechos de la persona, define la *dignitas hominis* en términos de autonomía moral, o sea, de responsabilidad e imputabilidad—. De lo contrario, si todo sucede porque *debe suceder*, ¿qué sentido tendría hablar de los derechos funda-

<sup>94</sup> Kant, *op. cit.*, nota 36, p. 399.

mentales como derechos del más débil —de las personas más débiles— en oposición al derecho o la ley del más fuerte y, por tanto, en oposición a las dictaduras, a las guerras y a las desigualdades entre los individuos que produce un mercado global sin los límites que le impone un constitucionalismo también global? Y, ¿sobre que cosa encontraría fundamento la crítica, corrección e integración del derecho positivo por parte de la doctrina de los derechos fundamentales sino existiera una especie de “derecho natural mínimo” (Hart) a ser tratados como personas —a conservar la dignidad que se recaba de la noción del derecho innato a la libertad del que hablaba Kant?<sup>95</sup> ¿cuál otra idea, sino la dignidad de la persona, podría jugar el papel de idea reguladora y orientar esta obra de crítica, revisión y culminación del derecho positivo? Y, en un último análisis, ¿de qué otra manera se explica, sino es mediante el intento por traducir esta concepción de la persona en derecho positivo constitucional, la insistencia ferrajoliana en la necesidad de superar definitivamente la mera legalidad formal del viejo juspositivismo —según el cual una norma existe y es válida cuando ha sido creada por la autoridad y el procedimiento previsto para hacerlo— para sustituirlo por el nuevo paradigma juspositivista de la legalidad sustancial, según el cual para que una norma sea válida, es necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos establecidos en la Constitución?

Se podría observar que la historia demuestra que los seres humanos en cuanto tales —entendidos de forma abstracta— nunca han tenido un valor para los otros seres humanos. La historia es una sucesión de carnicerías. La lógica del poder siempre ha prevalecido y probablemente la mayoría de los hombres ni siquiera están concientes de tener una dignidad en cuantos tales (en tanto simples hombres). Esto significa que la *dignitas* sólo es una po-

<sup>95</sup> Si “natural” puede hacernos pensar a Santo Tomás, hablemos mejor de “metahistórico” para hacer referencia a aquella segunda “naturaleza” que consiste en los sedimentos históricos de enorme duración.

sibilidad presente en la naturaleza de los seres humanos, pero que para convertirse en el criterio por excelencia que regula las relaciones sociales y políticas, debe construirse. En vez de darla por supuesta aparece como una propuesta que necesita la aprobación, idealmente por parte de todos los seres humanos, de los vínculos (ordenamientos jurídicos) que regularan —en el nivel local, nacional, supranacional, global— su actuación. En este sentido, con referencia a la posición compartida de dicho vínculo, vuelve a ser significativo el llamado de Bobbio al consenso del género humano, como única vía para auspiciar la construcción histórica de la *dignitas hominis*.

Me parece que, en sus escritos más recientes, Ferrajoli, finalmente, ha desanudado en esta dirección —aunque reafirmando sus posiciones antijusnaturalistas— la tensión relativa al problema de la mejor argumentación en favor de los derechos fundamentales. Esto es claro en su respuesta a las observaciones sobre la cuestión del fundamento que Valentina Pazé ha planteado en el ensayo “Luigi Ferrajoli, filósofo político”.<sup>96</sup> Ferrajoli argumenta que es importante tener firme la distinción metodológica —verdadera distinción de los niveles o planos de la discusión— entre la teoría general del derecho y la filosofía política normativa, subrayando oportunamente que la búsqueda de las razones de los derechos sólo tiene lugar desde esta última perspectiva. Asimismo, confirma su inclinación a buscar las razones ético-políticas de las siguientes generaciones de derechos “en los ‘nunca más’ formulados en cada circunstancia contra las opresiones y discriminaciones, denunciadas como intolerables en las luchas por medio de las cuales los derechos fueron reivindicados primero y más tarde conquistados”.<sup>97</sup>

Pero, podría alguien responder, también es posible luchar para defender o reivindicar privilegios, para crear o recrear formas de opresión y de discriminación: la historia está ahí para recordar-

<sup>96</sup> Véase, Pazé, Valentina, “Luigi Ferrajoli, filósofo político”, *op. cit.*, nota 92, pp. 147-158.

<sup>97</sup> Ferrajoli, *Garantismo*, *cit.*, nota 92, p. 124.

nos cuántas veces esto ha sucedido y cuántas veces “la reacción” ha tenido éxito. Y, entonces, tanto por lo que hace a las diferentes reivindicaciones y luchas que la historia nos plantea, como por lo que hace a la definición formal propia de la teoría del derecho, ¿cuál es el criterio que debemos aceptar, desde un punto de vista filosófico, para identificar los derechos que debemos reivindicar, garantizar y proteger, así como para identificar a sus titulares? Responde (kantianamente) Ferrajoli:

el derecho de voto que una norma no razonable atribuyera únicamente a las personas con un determinado color del cabello sería ciertamente, en el plano jurídico, un derecho fundamental. No obstante, la razón por la que consideraríamos no razonable e inaceptable no sólo una norma semejante sino también la norma que atribuyera derechos políticos únicamente a los varones adultos y no a las mujeres (...) está en mi primer criterio, es decir, en el principio de igualdad que evidentemente se refiere a (la igual dignidad de) todos los seres humanos y que, en este sentido, es un valor fundante y por ello no precisa de ulterior fundamento.<sup>98</sup>

¿No era este el valor fundante, que no requiere fundamentación, de la igual dignidad de todos los seres humanos/personas al que Kant se refería con la fórmula —que hoy nos podría parecer obsoleta o equivoca a causa de su adjetivo— del derecho *innato* a la libertad?

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 124 y 125.