

DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO  
Y USO CONNOTATIVO DE LA PALABRA  
“DERECHOS” (Y DE LOS ADJETIVOS  
QUE LA ACOMPAÑAN)\*

Lucio PEGORARO\*\*

A veces me parece que una epidemia pestilente había golpeado la humanidad en la facultad que más la caracteriza, es decir, el uso de la palabra, una peste del lenguaje que manifiesta como una pérdida de la fuerza connotativa e inmediatez, como automatismo que tiende a liberar la expresión sobre fórmulas más genéricas, anónimas, abstractas, que diluyen los significados, a atenuar los puntos expresivos, a apagar cada centella que irradia del choque de las palabras con nuevas circunstancias

(Italo CALVINO *Lezioni americane*, 3, *Essatezza*)

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Lenguaje común y lenguaje técnico*. III. *Uso interno y uso comparatista de «derechos» y la escisión entre los formantes*. IV. *Las cualificaciones de «derechos»: un elemento de complicación*. V. *«Derechos fundamentales»: un test sobre un adjetivo*. VI. *En busca de un idem sentire y de los elementos determinantes para clasificar y definir*. VII. *Conclusiones*.

\* Ponencia desarrollada en el congreso internacional «El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina», Puebla, 2, 3 y 4 de febrero de 2010. Traducción de Soledad Ríos González, becaria en el Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Universidad de Bolonia-Johns Hopkins University-Bolonia Center.

\*\* Catedrático de derecho público comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia y doctor *h.c.* en la Universidad de Cajamarca.

## I. PREMISA

Me propongo en estas páginas poner en evidencia (solo) algunas de las innumerables problemáticas relativas a la semántica y clasificación de “derechos”:

- a) Si la palabra es propia solo de la ciencia jurídica, o si corre el riesgo de confusión con otras ciencias o con otros lenguajes no especializados;
- b) Si la palabra asume significados diferentes (b1) en los distintos ordenamientos, y (b2) en los diferentes formantes;
- c) Si las cualificaciones que la acompañan —a menudo esenciales para la comprensión misma de cada discurso sobre derechos— asumen también el significado diferenciado en los lugares indicados *sub* (b1) y (b2).
- d) Si existen y cuáles son los elementos determinantes para clasificar los derechos (en sus diferentes configuraciones) en los diversos niveles macrocomparativos,<sup>1</sup> más allá, por tanto, de las reconstrucciones dogmáticas pertinentes de cada individual ordenamiento.

## II. LENGUAJE COMÚN Y LENGUAJE TÉCNICO

Al hablar de derechos en derecho constitucional (y público) comparado, una inicial cuestión debe afrontarse, antes incluso de delimitar el objeto de la búsqueda, teniendo en cuenta el concurso o concurrencia de diferentes culturas y lenguas en la definición,<sup>2</sup> si la palabra es propia solo del lenguaje especializado del cual se habla.

<sup>1</sup> Uso aquí la palabra, dado el contexto, con acepción en parte distinta a aquella utilizada por Rehinstein y ya por Wigmore, para referirse al análisis de dos o más ordenamientos jurídicos (mientras la microcomparación estudia institutos o instrumentos jurídicos inherentes a dos o más ordenamientos). Scarciglia, V. R., voz «Macrocomparazione/microcomparazione», en Pegoraro, L. (coord.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 177 (trad. al castellano en curso de publicación, México, Púrrua-UNAM-ULNL, 2010), y ya *id.*, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006. Entiendo aquí, al utilizar la palabra «macro», un estudio (también de cada uno de los institutos o instrumentos jurídicos), ampliado a áreas (familias, sistemas...) homogéneas.

<sup>2</sup> Tarea de la definición, en nuestro caso, es tanto desarrollar un reconocimiento acerca del uso efectivo del mismo en el metalenguaje jurídico-constitucional comparado (definición léxica), como prescribir (en sentido amplio) una modalidad de uso de un término (definición estipulativa). *Cfr.* a este respecto, sobre todo, Scarpelli, U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, Nuvoletti, 1985 y, entre otros (con especial referencia a las definiciones estipulativas nominales) Tarello, G. «L'interpretazione della legge», *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. de A. Cicu y F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 153 y ss.

Toda comunidad científica tiene sus lenguajes especializados<sup>3</sup> y se hace entender en su interior.<sup>4</sup> Por ejemplo, además de los significados que en el lenguaje común tienen las palabras “norma” o “regla”, tendrán sentidos diversos si se usan en física, derecho, o en ciencia política. Los problema surgen sobre todo cuando se usan sin conciencia (o, peor, en un modo místico) lenguajes especializados de otras ciencias, intentando hacerse entender en la propia comunidad.<sup>5</sup>

En el caso de «derechos» —uso la palabra en plural para evitar cualquier tipo de ambigüedad<sup>6</sup> respecto a la palabra «derecho (objetivo)»— no creo que el problema sea el riesgo de confusión con lenguajes especializados diversos del jurídico, al contrario de lo que sucede con muchos vocablos tomados de otras ciencias jurídicas<sup>7</sup> o de ciencias relacionadas, como la sociología o la ciencia política (por ejemplo «federalismo», «poder», «control político», etcétera).<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Sobre el lenguaje común y el lenguaje técnico *cf.* al menos Scarpelli, U., «Semántica giuridica», *Novissimo digesto italiano*, Torino, Utet, vol. XVI, 1969.

<sup>4</sup> La adscripción de significado a un término está condicionada por vínculos fácticos, los cuales excluyen la posibilidad de que puedan ser utilizadas atribuciones de significado a “derechos” no incluidas, aunque latamente, en la vasta gama aceptada de los usos lingüísticos comunes. Son por tanto excluidos, en la búsqueda de un núcleo duro de significado, y en la paralela reducción de su “franja gris” o “zona de penumbra”, utilizaciones no conformes a aquellas empleadas en nuestro lenguaje especializado o que son a ellas excéntricas. Un segundo problema se conecta a la existencia de vocablos asonantes en otras lenguas, igualmente usados por significar fenómenos *lato sensu* asimilables a aquellos que designan «derechos» en la experiencia comparada.

<sup>5</sup> Para un encuadre general, véase Scarpelli, U., «*Semantica giuridica*», *cit.*, e *id.*, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nueva ed. al cuidado de A. Pintore, Milano, Giuffrè, 1985.

<sup>6</sup> O indeterminación de la intensión (sentido, connotación). En otras lenguas, como el inglés, o el alemán, el problema de confusión del derecho objetivo con el derecho subjetivo ni siquiera se plantea, dada la diferencia entre los vocablos respectivamente utilizados.

<sup>7</sup> Sobre por qué se razona no ya de “ciencia jurídica”, sino de “ciencias jurídicas” *cf.* Febbrajo, A., voz «*Scienze giuridiche*», *Enciclopedia Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, al encargo de G. Crifò, Milano, 1972, pp. 432 y ss., sobre la base argumentativa desarrollada por Bobbio, N., «*Essere e dover essere nella scienza giuridica*», en *id.*, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Gaipichelli, 1970, pp. 139 y ss.

<sup>8</sup> Reenvío, por ejemplo, respecto a «control», a mi artículo «Semántica de “control político” (elementos reconstructivos para un análisis comparado)», en Núñez Torres, M. y Enríquez Fuentes, G. J. (cur.), *El control político en el derecho comparado*, en curso de publicación, y en general a «*Comparazione giuridica e uso “esterno” delle scienze diverse*», también en curso de publicación en Agurto Gonzales, C. y Quequejana Mamani, S. L. (coords.), *Estudios de derechos civil*, Lima, vol. I, Motivensa Editora Jurídica, enero de 2010. Sobre connotaciones de «federalismo» o de «competencias», sea a nivel doctrinal que normativo y político, v. por ej. los míos «Federalismo, regionalismo, descentralización. Una aproximación semántica a

Viceversa, la imprecisión con la cual el término es frecuentemente usado por los constitucionalistas denuncia la confusión del lenguaje técnico con el común.

Cuando se usa la palabra «derecho» en sentido subjetivo, a menudo acompañada de adjetivos relativos a varias tipologías clasificatorias, “la tentación de despachar el problema semiótico simplemente en clave de fuerza emotiva de la palabra”<sup>9</sup> no es frecuentemente ajena a buena parte de los estudiosos que se han visto atraídos por las sirenas del iusnaturalismo, del idealismo y del absolutismo axiológico que se consigue.

“La palabra ‘derechos’ —recuerda Scarpelli—<sup>10</sup> aparece cargada en la historia de la cultura de una fuerza emotiva favorable e intensa, lo que la convierte en un instrumento retórico de notable eficacia. Resulta mucho más inquietante y persuasivo (...) pretender cualquier cosa como propio derecho, que no hacerlo como objeto de una invocación o plegaria confiada a la buena voluntad del destinatario”. El sustantivo derecho oculta, frecuentemente, juicios de valor no conformes con una indagación jurídica, al igual que las cualificaciones jurídicas que a menudo lo acompañan: «fundamentales», «naturales», «humanos», «de la tercera generación» (o «de la cuarta», estas últimas cualificaciones nos sugieren la idea de novedad, de dinamismo, y son por lo tanto, asociadas a aportaciones de sensaciones favorables).

Presuponer derechos innatos, adscribirles un valor universal, sea tanto sincrónicamente como diacrónicamente, e incluso buscarlos en los improbables “núcleos duros”, válidos más allá de las prescripciones normativas o jurisprudenciales de cada ordenamiento en cada época histórica, supone precisamente traducir la idea común que de «derechos» tiene el profano, influenciado por la cultura de una sociedad específica, dentro de una estructura científica en la cual la pretensión o el interés por la tutela de una posición subjetiva equivale a su efectiva protección en cada ordenamiento.

Por otro lado, es cierto que el uso de la palabra «derechos» en este sentido los empuja hacia la positivización subjetiva, y contribuye a “influnciar

las definiciones constitucionales y doctrinales», en *Pensamiento constitucional*, núm. 8, 2001, pp. 383 ss. y en Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, pp. 233 ss.; «El debate sobre el federalismo en Italia y la revisión constitucional de 2001», *Revista Peruana de Derecho Público*, núm. 3, 2001, pp. 87 y ss.; «Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale», en *Il diritto della regione*, núm. 4-5, 2007, pp. 59 y ss.

<sup>9</sup> Scarpelli, U., “Diritti possitivi, diritti umani: un’analisi semiotica”, en Caprioli, S. y Treggiari, F. (coords.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, Pliniana, 1992, p. 39.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 40.

el derecho positivo a favor de clases de sujetos”.<sup>11</sup> Si el inmigrante reivindica el derecho a la asistencia médica diciendo «tengo derecho a curarme sin correr el riesgo de ser denunciado», o el homosexual afirma que tiene derecho a vivir su propia sexualidad y a casarse como cualquier otra persona, en realidad están declarando justamente lo contrario, es decir que no ostentan dicho derecho. Manifiestan pretensiones de ventaja no reconocidas, en nombre de una cultura y sociedad que parece ya madura y preparada para ampliar la esfera de reconocimiento. De hecho podrán hacerlo solo si este es el presupuesto. En otros climas, en otros lugares y en otros tiempos, probablemente ni siquiera se hubiese soñado plantear tales reivindicaciones.

Los estudiosos de formación iusnaturalista e idealista le dan cuerpo con sus teorías a tales reivindicaciones, que parten de la historia, de la geografía, de la política, de la sociología y de la economía, y que sirven como base para reivindicaciones de «derechos», los cuales no existen en sentido positivo, afinados en un ordenamiento ideal, que todavía son en realidad hijos de particulares influjos culturales, generados por la larga y fatigosa historia de las luchas y las doctrinas políticas occidentales que los han acompañado.<sup>12</sup>

Lenguaje común y técnico entonces se confunden porque la cultura es la misma y es esa la que genera el lenguaje.

### III. USO INTERNO Y USO COMPARATISTA DE «DERECHOS» Y LA ESCISIÓN ENTRE LOS FORMANTES

Razonar científicamente sobre los «derechos» desde una óptica interna es menos complejo que razonar sobre otros referentes (objetos) del lengua-

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>12</sup> Los partidarios de esta visión del derecho (aquellos que en definitiva afirman la universalidad de los principios de 1789, alimentando las razones del aniquilamiento de las ideas ajenas también a nivel político, y que todavía idolatran Westfalia como la diosa que da origen al único modo de entender el derecho) pretenden al mismo tiempo que los estudiantes conozcan la historia y la geografía, pero también Montesquieu y *The Federalist*: Están evidentemente convencidos, con razón, que la cultura juega un rol esencial para la comprensión de los fenómenos jurídicos. Niegan también al mismo tiempo el relieve que la sedimentación de la experiencia ha tomado de otras culturas, aquellas que nunca, en defecto de la filosofía griega, del cristianismo, de la Ilustración, del socialismo, han elaborado los conceptos de racionalidad, de persona, de igualdad... El interrogativo es como se puede excluir el elemento cultural tras los formantes “activos” o “dinámicos” del derecho (al menos en algunas sociedades), al tiempo que marcan la esencialidad de dicho elemento a los fines científicos o didácticos. El *a priori* que este modo de razonar implica me parece adecuado o propio de un aficionado de la Juventus, que ve solo los penaltis a favor de su propio equipo, y nunca los fallos que comete; menos propio de un científico dedicado a la observación desencantada de la realidad.

je jurídico, como son «federalismo», «poder», «control político», etcétera, principalmente porque la base común de estudio y de aceptación del contenido de la palabra es mucho más amplia de lo que lo es respecto a otras categorías, hay un léxico común internacional y también universal.

Cualquier estudioso nacional puede escoger si partir de los textos normativos y sobre estos construir categorías interpretativas de la realidad, o bien moverse entre modelos y construcciones conceptuales de los cuales se haya impregnado, y en estos encuadrar el propio ordenamiento.<sup>13</sup> Por «derechos» es bastante frecuente esta segunda hipótesis (dado que hay, obsérvese, una base común más amplia, más allá del ordenamiento). Esto es consecuencia de doctrinas políticas que han uniformado el significado de «derechos», pero es, también, una consecuencia de las relaciones entre los varios formantes.<sup>14</sup> En la construcción de un ordenamiento nacional, el legislador, entendido en sentido amplio,<sup>15</sup> está influenciado por la doctrina. Cuando interpreta el sistema normativo propio, el estudioso nacional, ya se mueva desde el formante normativo estudiado, ya se mueva desde la doctrina inspiradora, tenderá a extraer —a menos de ser un mero cronista—<sup>16</sup> un

<sup>13</sup> Para una crítica al “platonismo” que revela esta aproximación, véase Tusseau, G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di cronica metodologica—Contre les “modeles” de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologna, B.U.P., 2009, véase además voz «Modelli», en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., pp. 182 y ss. Me viene a la mente aquello que John Locke habría denominado «modos mixtos», o sea aquellos que contengan «elementos no observables, instituidos arbitrariamente, creados por el intelecto, entidades sin una existencia fuera de la invención humana»: así Scarpelli, U., «Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico», en Di Lucia, P. (coord.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, «Quaderni di filosofia analitica del diritto», Milano, núm. 10, Giuffrè, 1995, p. 10.

<sup>14</sup> La expresión «formantes del ordenamiento», tomada en préstamo de la fonética, es utilizada por R. Sacco para indicar los diversos conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico del grupo. En los ordenamientos contemporáneos, los formantes principales son la ley, la doctrina y la jurisprudencia; es decir el conjunto de las disposiciones adoptadas por el legislativo; el conjunto de las opiniones expresadas por los doctores de la ley; el conjunto de las decisiones de los jueces: véase Sacco, R., «Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, 1992, núm. 39, pp. 343 y ss.; *id.*, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 43 y ss., e ora *id.*, voz «Formanti», en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., pp. 140 y ss.

<sup>15</sup> Es decir, incluido, Asambleas u otros órganos constituyentes, legislador ordinario, poder reglamentario, etcétera.

<sup>16</sup> Para una crítica a aquello que defino “neo-periodismo” en el enfoque de muchos estudios contemporáneos, reenvío a la premisa de mi escrito «Derecho constitucional y Derecho público comparado: una convivencia more uxorio», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009, pp. 72 y ss., y en *Actas del Congreso internacional “Tendencias actuales del constitucionalismo”*, México, 18, 19 y 20 de marzo de 2009, en curso de publicación (trad. ingl.,

juicio de coherencia entre el esquema y las medidas adoptadas por el legislador y los principios inspiradores de la doctrina de referencia.

Al hablar de «derechos», y aunque los modelos circulen intensamente,<sup>17</sup> el constitucionalista europeo continental tenderá a aferrarse a la teoría madura de la Ilustración, como también a la división de los poderes y a cuanto le sigue, es más, se verá influenciado en el propio estudio por la “sensibilidad” derivada de la aplicación “nacional” de las directrices de desarrollo diferenciadas, pero partiendo de las bases constitucionales comunes. A su vez, el constitucionalista británico se sentirá en parte ajeno a este *milieu*. En su casa jurídica al prescindir de los problemas provocados por las diferencias lingüísticas del vocabulario estudiado, el problema se encuadra en marcos diversos: el *rule of law*, la superioridad del parlamento, el papel de las cortes, etcétera.

En los Estados Unidos, al seguir las huellas de Montesquieu, se han mezclado y sobrepuesto otras bien conocidas doctrinas, que también influyen en el planteamiento de cada indagación en materia,<sup>18</sup> como influye la teoría del “excepcionalismo” del país.<sup>19</sup>

Sea cual sea la pertenencia, el estudioso de derecho interno —también cree ser un comparatista—<sup>20</sup> dará del término analizado una explicación y un encuadramiento más o menos sensible —pero comúnmente sensible— a

en un volumen al cuidado de G. Gorjon, en curso de publicación, con el título «*Constitutional Law and Comparative Public Law: a more uxorio Cohabitation*», Univ. San Diego, Cal.).

<sup>17</sup> Watson, A., *Society and Legal Change*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1977, trad. it., *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>18</sup> Griffin, S. M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton Un. Press, 1996.

<sup>19</sup> Ross, D., *The Origins of American Social Science*, Cambridge, Cambridge Un. Press, 1991. Sobre la diversa configuración (y también sobre el papel que juegan tribunales y estudiosos), dada la formación cultural diferente de los juristas anglosajones respecto a aquellos continentales, v. Van Caenegem, R. C., *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, trad. it., *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991.

<sup>20</sup> Trazas polémicas sobre “fingidos” o “simulados” comparatistas (o sea, quien piensa en hacer derecho comparado estudiando —poco— individualmente los derechos extranjeros, o bien aglutinando más tareas, labores extranjeras o poniendo en los propios trabajos de derechos nacionales algunas notas de derecho extranjero, o finalmente añadiendo a un libro de derecho interno un breve apéndice relativo a un derecho extranjero, se encuentran por ejemplo, en el mío «La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales. Un análisis comparado», *Revista General de Derecho Público Comparado-Comparative Public Law Review*, 2007, pp. 115 y ss., en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia, Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, tomo II, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 433 y ss.

aquello que se ha definido como el *primo noto*, o bien las concepciones del derecho de pertinencia.<sup>21</sup> Ineludiblemente, el objeto de su estudio estará condicionado según el desarrollo en su ordenamiento de aquella “cosa” que está convencido de llamar «derechos» y que se bautiza con este apelativo.<sup>22</sup> En el campo de los derechos, al contrario que en otros, el *primo noto* tiende a ser supranacional, de “área cultural”. Por ejemplo, difícilmente quien en Italia estudia el “control político”<sup>23</sup> renunciará a encasillar en el control algunas instituciones (como la *fiducia* o confianza) fuera de esta clase, porque debe tener en cuenta y se ve condicionado por la categoría conceptual denominada «dirección política», en otros lugares desconocida, y tenderá a generalizar la propia idea “nacional” de qué cosa es y de qué cosa no es «control político». Al contrario, en el caso de «derechos», se apoyará sobre elaboraciones de área más amplia, pero partiendo de la influencia del derecho interno.

Esto es, por tanto, para la doctrina “nacional”, una ampliación de la “base cultural” de «derechos», y, sin embargo, la influencia de desarrollos diferenciados entre macroáreas culturales impide razonar un *idem sentire* y elaborar una definición completamente compartida incluso entre los estudiosos nacionales de un mismo e idéntico ordenamiento. A su vez, el entrelazado de formantes contribuye a complicar el juego hasta el infinito, con influencias recíprocas de nuevas elaboraciones doctrinales y nuevas soluciones normativas y jurisprudenciales, que se influyen una a la otra. Basta pensar en la distinción entre situaciones jurídicas subjetivas protegidas en modo directo y aquellas protegidas de manera mediata, fruto de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, después recibidas (pero solo en algunos ordenamientos) a nivel normativo; o bien en la distinción entre *procedural rights* y *substantive rights* formulada en las cortes, en los juristas anglosajones y, especialmente, en los constitucionalistas estadounidenses.

Por otra parte, el pluralismo definitorio y clasificatorio —dentro de cualquier ordenamiento o área— es dilatado por la pluralidad de los acer-

<sup>21</sup> Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 29.

<sup>22</sup> Sin embargo, el crecimiento de las investigaciones comparatistas, junto con un mejor conocimiento de las lenguas, los cada vez más frecuentes contactos entre los estudiosos, la aproximación entre los sistemas jurídicos, la difusión del constitucionalismo liberal, etcétera, conllevan que hoy el riesgo de malas comprensiones de “otras” realidades jurídicas sea más atenuado que en el pasado, cuando el cierre a las experiencias extranjeras era mayor, cuanto menos en el estudio de los ordenamientos liberal-democráticos (mientras al contrario las pretensiones de universalidad que acompañan la globalización alimentan a veces el rechazo de comprender las estructuras jurídicas ajenas).

<sup>23</sup> Véase nota 8.

camientos empleados, el relieve dado a las ciencias no jurídicas en la definición y clasificación (que por otro lado, como he dicho,<sup>24</sup> en tema de derechos no influye mucho), la predilección por perspectivas estructurales o funcionales, la consideración por el hecho textual o por la actuación práctica, etcétera.

No obstante, el “patrimonio cultural común”<sup>25</sup> de los estudiosos y de los sistemas jurídicos,<sup>26</sup> del mundo occidental se pueden encontrar diferencias de planteamiento (y por tanto también de definiciones y de clasificaciones de «derechos»): a) dentro de cualquier ordenamiento; b) y a mayor escala, entre estudiosos continentales europeos, británicos y estadounidenses.

Encontrar una definición común del lema en cuestión, transversal a estas diferencias culturales, resulta problemático. Y lo es aún más si se quiere aplicar la conceptualización de «derechos» a ordenamientos pertenecientes a climas todavía más lejanos, a los cuales resulta desconocida la división de poderes, la superioridad del Parlamento y el *rule of law*, en definitiva el constitucionalismo.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Al párrafo 2.

<sup>25</sup> Pizzorusso, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>26</sup> Uso aquí el término en un sentido amplio y técnico, para no usar el término «familia». Habitualmente, por «sistema jurídico» se entiende el conjunto de reglas de derecho aplicables a los sujetos de cada grupo social dado, que, generalmente pero no necesariamente, está organizado en forma de Estado. Los sistemas jurídicos son a veces reagrupables en *familias jurídicas*, sobre la base de los profundos vínculos que históricamente existen entre los mismos y que se manifiestan a través de estructuras jurídicas comunes. Se piensa en los sistemas reconducibles a las familias del *civil law* (que trae su origen de la raíz romano-germánica) y a aquella de *common law* (que hunde sus raíces en cambio en la historia del derecho inglés). Véase en punto, para las referencias, Pegoraro, L. y Rinella, A., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, Cedam, 2007, pp. 35 y s; *idem*, *Introducción al derecho público comparado*, Ciudad de México, UNAM, 2006, pp. 47 y ss., y Palestra, Lima, 2006, pp. 51 y ss.

<sup>27</sup> Sobre la posibilidad de traducir, y la exigencia de un esfuerzo por traducir, véase Manfredi, M., voz “Traduzione giuridica», en Pegoraro, L. (coord.), *Glossario di Diritto pubblico comparato, cit.*, pp. 267 y ss. Como observa esta autora, “En el mundo occidental (...) la estrategia traductiva perseguida ha estado durante siglos enfocada hacia la literalidad, por lo tanto una devolución repetitiva, palabra por palabra, del texto de partida, sin tener en cuenta ni siquiera las diferencias estructurales de la lengua de destino, ni su claridad o eficacia. Solo a finales del '800 y en el '900, (...) se ha asistido a un cambio de perspectiva y a un gradual alejamiento de las traducciones literales hacia una restitución del contenido consciente de las solicitudes del receptor; con el objetivo de alcanzar una identidad de contenidos, efectos y propósitos (...). Se ha afirmado progresivamente la exigencia, al menos para las traducciones de algunas tipologías textuales en el ámbito del Derecho, de una nombrada ‘equivalencia jurídica’, criterio que admite un cierto grado de adaptación del texto de partida, en función del objeto (*skopos*) para el cual aquello traducido será utilizado en el interior de la cultura de llegada, pero teniendo siempre en cuenta una adecuada ‘concordancia lingüística’”.

Si se quiere razonar de derechos en clave macro se debe afrontar preliminarmente el problema teórico de la traducción; en nuestro caso, cómo nos preguntaremos cuáles son, por ejemplo, en un ordenamiento de socialismo real o en un Estado teocrático, los derechos como los entendemos nosotros si antes no se ha definido esta palabra; para definirla, debemos preguntarnos también si esta tiene un sentido que prescinde de la aceptación de ciertos presupuestos teóricos, los nuestros.

La cuestión es antigua, y marca con su carga explosiva los estudios comparatísticos.<sup>28</sup> Si vemos por ejemplo las traducciones de «Estado democrático de derecho» o de «*Rule of law*», y viceversa de «legalidad socialista» o de «*prokuratura*», etcétera.<sup>29</sup> Atraviesa también de un modo impetuoso la comparación entre *common law e civil law*,<sup>30</sup> y aún más las comparaciones entre familias y ordenamientos diferentes de aquellos radicados en occidente.<sup>31</sup>

Se evidencia pues, que, en algunos contextos lingüísticos, la palabra «derechos» es a veces fungible con otra igualmente impregnada de con-

<sup>28</sup> Para Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, *op. cit.*, 1992, p. 28, el tema de las traducciones jurídicas representa uno «de los mayores problemas de la comparación». (Sobre la distinción entre problemas de traducción derivados del derecho y problemas de traducción derivados de la lengua, *ibidem*, pp. 30 y ss.).

<sup>29</sup> Adviértase que dos términos han sido traducidos, dos no. La dificultad depende también de (y aumenta a causa de) el modo de escritura. Por ejemplo, Timoteo, M., «*Profili linguistici del diritto cinese*», en su ponencia al Congreso de la Asociación Italiana de derecho comparado, Urbino, 18-20 junio 2009, en curso de publicación, ha recordado que, cuando ha sido reformada en 1999, la Constitución china ha modificado las disposiciones por las cuales el ordenamiento está sujeto al «sistema legal socialista» con otra, por la cual se subyuga al «*rule of law*». Los dos términos se pronuncian del mismo modo, pero los radicales que componen los respectivos ideogramas son diferentes, el primero representando el cuchillo, el segundo el agua. (Véase también de la misma A. la voz «China», *Digesto delle discipline privatistiche*, actualización, Torino, Utet, 2009.)

<sup>30</sup> El ejemplo clásicamente señalado por los privatistas es el término inglés «*torb*», que no tiene correspondientes satisfactorios en las lenguas (y en los sistemas) donde se practica el *civil law*.

<sup>31</sup> Uso el término en un sentido no geográfico pero sí cultural. Para una profundización de las relaciones entre acepciones geográficas y acepciones culturales de «Occidente» (pero también de «Oriente») reenvío a mi ensayo introductorio sobre los ««Municipi d'oriente»: una macro comparación per differenze», en Kudo, H. *et al.* (coords.), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia, Austria*, Roma, Donzelli, 2007, pp. 8 y ss., y en general sobre relaciones entre geografía y derecho en la comparación en otro escrito mío, «La codificazione dei diritti: dal formante culturale a quello normativo. Metodologia e linee per una ricerca», en Cimbalo, G. y Botti, F. (al encargo de), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell'Est Europa*, Bologna, B.U.P., 2008, pp. 35 y ss., o en castellano en «Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales con especial referencia a las transiciones constitucionales», en Varios autores, *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa, Adrus, 2008, pp. 3 y ss.

notaciones positivas («libertad»), y no resulta infrecuente, como en los lenguajes y metodologías del derecho italiano y español, que los dos términos figuren en *endiadis* («derechos y libertades») sin que a menudo se clarifique el significado, o sentido, en el cual los dos fragmentos lingüísticos son utilizados, salvo que se considere el segundo de ellos en términos de «facultad» («*faculties*»), como en Hart.<sup>32</sup>

Una última precisión es que no siempre, en el formante normativo, una situación jurídica de favor viene indicada con un sustantivo, al cual corresponde un preciso *nomen iuris* (derecho, poder, facultad, interés legítimo, etcétera) acompañado eventualmente de una calificación (cívico, político, humano, social, fundamental, etcétera). A veces, de hecho, la aserción que un sujeto tiene a un derecho viene determinada a través de conexiones entre fragmentos de normas. Frecuentemente, las fórmulas utilizadas son del tipo «nadie puede ser privado del juez asignado por las leyes», o «ninguna pena puede ser dada si no es con base en las leyes», o «el secreto de la correspondencia es inviolable» o similares. Incluso, a veces se utiliza el “definidor básico” de «derecho», es decir «deber», como donde estuviera escrito: «es un deber del Estado asegurar una instrucción adecuada a todos los ciudadanos». En este caso, compete a la doctrina y a la jurisprudencia cualificar la situación protegida como derecho, individualizar —donde ocurra— las correspondientes situaciones jurídicas desfavorables (deberes, obligaciones), y determinar si el «derecho» en cuestión está adscrito a una particular tipología y extraer las consecuencias en cuanto al nivel de protección y tutela, la eficacia inmediata (o menos) etcétera. Pueden ser útiles, naturalmente, las *rubricae legis* bajo las cuales raras situaciones son catalogadas; más bien porque resulta muy extraño encontrar en los textos constitucionales o legislativos una calificación de cualquier derecho como “fundamental” (u otro adjetivo), son propias las referencias a las categorías generales operadas en la rúbrica de las partes, de los títulos, de los capítulos, de las secciones en las cuales un texto se dispone a dirigirnos a la operación, tarea de clasificación.

#### IV. LAS CALIFICACIONES DE «DERECHOS»: UN ELEMENTO DE COMPLICACIÓN

Ahora, el uso indiferenciado y amplio de la palabra «derecho» —el cual habíamos visto que era el síntoma de la confusión entre lenguaje co-

<sup>32</sup> Hart, H. L. A. «Are there any Natural Rights?», *The Philosophy Review*, 1955, trad. it., «Esistono diritti naturali?», en *idem*, *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 89; sobre el tema véase también Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 160 y ss.

mún y lenguaje técnico— ha resultado crucial no ya en la exigencia de definir «derechos», sino también y principalmente en aquella de definir cada vez los derechos diferentemente clasificados en la Constitución, en las leyes, en la jurisprudencia, en las doctrinas de los diferentes países, y áreas culturales: humanos, fundamentales, civiles, sociales, individuales, colectivos, de primera generación, de segunda, de tercera o de cuarta generación, etcétera.

El efecto parcialmente unificador de las doctrinas comunes y aceptadas (al menos en occidente) aquí se pierde a causa de la fuerte eficacia de la subjetividad de las clasificaciones, y de una marcada disociación entre construcciones doctrinales y definiciones constitucionales (o legislativas o jurisprudenciales).

La primera consecuencia consiste en aceptar que en el discurso de derechos, el empuje hacia la especificación y subpartición, atenta en cualquier ámbito (y en relación con cualquier familia, sistema u ordenamiento) contra la posibilidad de satisfacción del receptor. Es decir, conlleva a que la clasificación y la definición operen respetando cada identidad, se adscriba a esa un significado (empíricamente) relativo (o bien, limitado al contexto en el cual es utilizable); se renuncie a clasificar y definir cuando no sean satisfechas las características básicas de las clasificaciones (y de las relativas calificaciones); recíproca exclusividad y conjunta exhaustividad, más allá que pertenencia.<sup>33</sup>

La segunda es aquella que consiste en verificar el uso de la palabra en cuestión también en clave (macro) comparativa. En conclusión, buscar una especie de mínimo común denominador que permita utilizarse en las lenguas (y culturas jurídicas) de pertenencia (aunque con las diferencias im-

<sup>33</sup> Troper, M., «Les classifications en droit constitutionnel», *Revue de Droit public et de la Science politique*, 1989), Tusseau, G., voz «Classificazioni», en Pegoraro, L., *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., pp. 41 y s. Sobre relaciones entre clasificaciones y nombres de las clases, Pegoraro, L., «Forme di governo, definizioni, classificazioni», en Pegoraro, L. y Rinella, A. (al cuidado de), *Semipresidenzialismi*, Padova, Cedam, 1997, pp. 3 y ss.

Soy bien consciente que, cuanto más se simplifica, más imprecisa será la clasificación, en cuanto incluye objetos con características diversas (ej.: “monarquía-república”; “Estados democráticos-Estados autoritarios”, etcétera). Al otro lado de una ideal escala clasificatoria, se encuentran definiciones tan precisas, que convierten en inútil la propia tarea de clasificar, ya que la finalidad de las clasificaciones se ve frustrada. El último defecto que presentan las clasificaciones excesivamente exhaustivas consiste en la dificultad de señalar las varias clases y subclases con calificaciones de fácil y común empleo. El mismo problema se presenta al traductor, cada vez que un vocablo no puede ser devuelto sintéticamente en otra lengua: Eco, U., *La ricerca della lingua perfetta*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 376, señala el ejemplo del término inglés «to skip», «que se convierte en “saltar”, “balancearse” y no expresa un movimiento por el cual se salta por dos veces sobre una pierna y otras dos veces sobre la otra».

plicadas), sin tergiversar —teniendo en cuenta unos aspectos semióticos, pragmáticos y hermenéuticos de los textos y de los conceptos lingüísticos y extralingüísticos— la «devolución del contenido consciente de las instancias avanzadas del receptor».<sup>34</sup>

Las exigencias son estrictamente conexas porque el registro del uso depende de las subparticiones realizadas y de las adscripciones de significados relativos a las clasificaciones; mientras que la misma posibilidad de clasificación depende de un previo registro de los usos lingüísticos.

A tal fin, para explicarlo de un modo simple, podremos movernos de una idea innata, por ejemplo, de «derechos fundamentales», de los cuales poseemos por intuición la esencia, y analizar qué existe dentro de esa idea en las diferentes acepciones comparatistas (macromundial, macrooccidental, macro-*civil law*, etcétera). Aquello que corresponde a nuestra idea son «derechos fundamentales», aquellos que no corresponden no lo son. Frecuentemente, es justamente esta la rígida batuta utilizada por los juristas “nacionales” y aquellos “ideólogos” que elevan como si fueron inmutables y eternas sus particulares visiones de un “ente”, cargando connotativamente las palabras de significados “positivos”.<sup>35</sup>

Podemos también hacer el recorrido inverso, con exasperado empirismo, partir de todos los fenómenos jurídicos (todavía distinguiendo el área jurídico-cultural de búsqueda, y previamente enfrentándonos al problema de entender qué es jurídico y qué no lo es) tratando de encontrar los elementos comunes para clasificar y denominar a tal seriedad «derechos fundamentales». Por fortuna, nadie ha resultado tan tonto para proceder así, y no lo es porque el lenguaje no puede perseguir hasta el infinito la definición, pero sí valdría con aquellas que aquí llamamos así, simplificando, «nociones y reglas comunes y aceptadas».<sup>36</sup>

Sobre qué significan en nuestra lengua de pertenencia «derechos humanos», «derechos fundamentales», «derechos civiles», así como otros lemas,

<sup>34</sup> Mandredi, M., «Traduzione giuridica», *op. cit.*, p. 268. Debemos al menos recordar que, superada la teoría según la cual el significado coincide —directamente o bien a través de la mediación de un concepto— con el ente (cosa) designado de la palabra, según cuanto escribía Wittgenstein en el *Tractatus* (Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus* (1929), al cuidado de D. F. Pears, B. F. McGuinness, Routledge & Kegan Paul, London, 1971), después la elaboración científica de Saussure, del mismo último Wittgenstein, de otros todavía (Croce, Russel, etcétera) los estudiosos (no solo de semántica) están de acuerdo además en que «la garantía del hecho que las formas tenían un significado se debe buscar en el uso que de ese significado se hace en cada una de las comunidades históricas».

<sup>35</sup> *Supra*, párrafo 2.

<sup>36</sup> Scarpelli, U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto, cit.*, e *id.*, *Contributo all'la semantica del linguaggio normativo, cit.*, *mult. loc.*

todos tenemos al menos una percepción, y es competencia del jurista comparatista precisamente someter a verificación los usos previos, criticarlos, sugerir nuevas soluciones definitorias y clasificatorias, etcétera.

El comparatista debe estar bien atento a quién es el destinatario-usuario, puede ser que lea la misma lengua, o que pertenezca a la misma raíz lingüística, o tratarse de una lengua totalmente diferente; incluso más importante, los comparatistas tendrán la necesidad y obligación de considerar, más allá de la lengua (o junto a ella), la cultura o las culturas implicadas; además deben tomar en cuenta que los usos lingüísticos representan —en nuestro campo— variables también de estipulaciones normativas, de desarrollos jurisprudenciales, de praxis diferenciadas (más allá de los metalenguajes de cada doctrina).<sup>37</sup> Registrar los usos lingüísticos, en el derecho comparado, no es una tarea comparable a la de los juristas internos.

Otro obstáculo se ve representado en el hecho de que en las adjetivaciones es mucho más nítida la división entre formantes. Algunas cualificaciones son usadas indiferentemente a nivel normativo (y a veces también a nivel jurisprudencial) y, al mismo tiempo, en algunas doctrinas (con diferencias de significado sea entre los formantes, sea en los derechos nacionales), otras son solo propias de la doctrina (ejemplo, aquellas “generacionales”).

Sobre el adjetivo «natural» que acompaña al sustantivo «derecho» no es necesario gastar demasiadas palabras, siendo difícil añadir algo nuevo a los ríos de tinta que han sido derramados sobre él, especialmente en relación con la matriz filosófica que refleja; matriz, la cual es además la misma que sugiere a los *conditores legum* de usar a su vez la cualificación «humanos» o «del hombre», como en la declaración de 1789 (ausentes en los anteriores documentos ingleses del siglo XVII y en aquellos norteamericanos del 700), pero también y sobre todo en la Declaración Universal de 1945 y en aquellas sucesivas. Debemos solo señalar, en primer lugar, cómo las pretensiones de universalidad subyacentes en esta última fueron inicialmente criticadas

<sup>37</sup> El comparatista puede registrar los usos lingüísticos utilizando de vez en cuando los diferentes formantes implicados, unidos entre ellos o circunscribiendo los análisis solo de algunos. (En el pasado, he utilizado exclusivamente el formante doctrinal, por ejemplo, en «Centralité et déclin du Parlement», en *Pouvoirs*, núm. 103, 2002, pp. 105 y ss. Para investigaciones donde he utilizado solo el formante normativo reenvío por ejemplo, a *Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dell'Est europeo*, en *pre-prints* del 17th IVR World Congress, *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, in *European Journal of Law, Philosophy and the Computer Science*, 1995, núm. 4, vol. IV, pp. 233 y ss., e in *Quaderni costituzionali*, 1995, núm.1, pp. 111 y ss., o a Pegoraro, L. y Baldin, S., «Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti Profili comparatisti», en Mezzetti, L. y Piergigli, V. (coords.), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Atti del Convegno di Udine, 5 de marzo de 1997, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 1 y ss. y en *Diritto e società*, 1997, núm. 1, pp. 117 y ss.

también por quien, como Benedetto Croce, se inspiraba en doctrinas idealistas, y denunciaba el riesgo de dictar fórmulas vacías y arbitrarias, debido a la dificultad de conciliar visiones tan lejanas como aquella liberal y aquella autoritaria y totalitaria. Por otra parte, hay que señalar que la institución de tribunales con la finalidad de asegurar una parcial efectividad de los derechos en cuestión ha demostrado la posibilidad de salir de una esfera meramente declarativa y retórica,<sup>38</sup> pero también que la aprobación de papeles específicos desde el punto de vista subjetivo (las declaraciones sobre derechos de la mujer o de los menores) o territorial (los derechos “humanos” de los pueblos de África) hace resaltar la insensata incoherencia de adscribir a la misma área semántica —aquella de los derechos “humanos”— situaciones jurídicas de las cuales son titulares grupos individuales sobre la base sexual, anagráfica, étnica y geográfica.

## V. DERECHOS FUNDAMENTALES: UN TEST SOBRE UN ADJETIVO

Ya hace algún tiempo,<sup>39</sup> he tratado de demostrar, en un estudio publicado en varias lenguas, cómo el caso del adjetivo «fundamental» resulta más interesante como síntoma de los múltiples entresijos entre formantes y ordenamientos que como consecuencia de su vaguedad y ambigüedad.

El predicado «fundamental» ligado a calificaciones de determinados derechos comparte con otros a los cuales he hecho referencia una connotación positiva. Su contenido semántico deberá también ser delimitado solo sobre la base del uso que de él se haga, sea en el lenguaje de los textos normativos —en particular las Constituciones— o bien, en el metalenguaje de los constitucionalistas.

La impresión es que, una vez más, frecuentemente los constitucionalistas “nacionales” se dejan engañar por las percepciones del mundo lingüísti-

<sup>38</sup> Cassese, A., «I diritti umani: tendenze recente della comunità internazionale», en Caprioli, S., Treggiari, F. (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, cit., p. 53.

<sup>39</sup> Pegoraro, Lucio y Delgado Gaitán, J., «Derechos “fundamentales”: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo», *Revista Derecho del Estado*, núm. 10, 2001, pp. 41 y ss., *Revista jurídica del Perú*, 2001, núm. 26, pp. 1 y ss., en Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, descentralización y las libertades*, op. cit., pp. 289 y ss.; trad. en portugués «Os direitos “fundamentais”: considerações sobre a elaboração do conceito e a sua implacação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo», en Almeida Filho, A. de (coord.), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, pp. 443 y ss. En versión parcialmente diversa se reenvía también en Pegoraro, Luigi y Rinella, A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, Cedam, 2002, pp. 169 y ss.

co interno, y, de vez en vez, piensan que en todas partes es «fundamental» aquello que su Constitución proclama como tal (cuando lo hace), o que, por el contrario, atribuyen valores de generalidad a su percepción doctrinal de «fundamental» cuando son privados de referencias normativas.

Habitualmente, la lingüística representa un primer obstáculo que a menudo se ignora o sortea.

En los textos donde la raíz del adjetivo «fundamental» es común, como por ejemplo, en las Constituciones redactadas en lenguas neolatinas, se puede tranquilamente mover desde la premisa con la cual se designen “cosas” en el sentido amplio correspondiente. Por otro lado, también en lenguas diversas —como en inglés— son raros los riesgos de confusión con otras cualificaciones de los derechos (por ejemplo, «humanos»). Permanecen sin embargo algunas dificultades; por ejemplo, la parte II de la Constitución albanesa es titulada, en la versión en inglés, «*The fundamental Human Rights and Freedoms*», ni la construcción lingüística nos permite entender si el adjetivo «*Fundamental*» se refiere solo a los derechos o también a las libertades.<sup>40</sup>

Superada esta dificultad, y analizados los textos donde se hace referencia (expresa) a los «derechos fundamentales», la pregunta ¿qué significa la palabra “derechos fundamentales?” obtendrá respuestas diversas en cada ordenamiento. A veces, esta fórmula podrá ocultar un intento meramente ideológico de los *conditores*, que para enfatizar el rol de los derechos podrán así calificar a todos los derechos, y en general todas las situaciones jurídicas subjetivas de favor; en otras circunstancias, puede ser que en la Constitución opere una definición estipulativa nominal, adscribiendo consecuencias jurídicas a la calificación realizada, con la cual se establezca que algunos derechos son «fundamentales» y otros no. Pueden aun así existir matices lingüísticos difícilmente perceptibles. Por ejemplo, si algunos derechos son definidos «fundamentales» («*fondamentali*», «*fundamental*»), otros «básicos»

<sup>40</sup> Cada documento puede ser bien entendido solo si el lector posee los adecuados instrumentos lingüísticos. Salvo ciertas excepciones, las constituciones asiáticas, afroamericanas, latinoamericanas y de la Europa centro-oriental y oriental son además conocidas por los estudiosos occidentales en el texto traducido en lengua vehicular como el inglés, el francés, el alemán, el español. El lector que no sea de lengua materna debe pasar entonces de un nivel intermediario ulterior, respecto a aquello con lo cual está acostumbrado a enfrentarse cualquier traductor, llamado a transmitir en el texto la propia cultura y la propia sensibilidad: en la propia cultura y en la propia sensibilidad, se añaden en realidad aquellas de quien ha traducido del búlgaro, del polaco, etcétera, a lenguas más conocidas. La fractura respecto al original trata de ser así profunda. Sobre todo cuando el contexto extralingüístico (jurídico y en general cultural) sea muy diverso de aquel del país de la lengua vehicular y quizás, peor, también de aquel de la lengua del escritor (como cuando un texto oriental es traducido al inglés y de esta traducción al italiano o al castellano, en relación a conceptos como «Estado de Derecho» o «*rule of law*»).

(«*basilari*», «*basic*»), el que en el lenguaje común de algunos idiomas, no denote alguna diferencia de sentido, en otros sí, en otros todavía la distinción es meramente estipulativa, con el fin de adscribir consecuencias diferentes a las calificaciones.

Presuponiendo el conocimiento de las más importantes reconstrucciones doctrinales de las clases de los «derechos fundamentales», el análisis de las Constituciones pertenecientes a varios ciclos del constitucionalismo —desde aquellas más antiguas a las más recientes— y a las varias regiones del mundo, aunque colocadas en el mismo ámbito de la misma familia o área cultural, ofrece inmediatamente una indicación importante: las palabras «derechos fundamentales» no vienen empleadas en los modelos históricos y comunes de los textos más antiguos, mientras representan, si no una constante, al menos una presencia recurrente en las Constituciones del segundo periodo de posguerra y en aquellas de reciente revisión en América Latina, o rescritas *ex novo* tras la caída del muro de Berlín (en la Europa centro-oriental y en la ex Unión Soviética).

De «derechos fundamentales» no se habla, por ejemplo, en la Constitución estadounidense de 1787 ni en el *Bill of Rights* de 1791. Tampoco se alude a ellos en la Constitución belga del 1831, aunque ha sido objeto de profunda revisión en años más próximos a nosotros (finales de 1993), la cual al igual que la primera se refiere a «derechos y libertades»,<sup>41</sup> y reclama una categoría doctrinal como la de los «derechos políticos»,<sup>42</sup> o por otro lado, a los «derechos económicos, sociales, culturales».<sup>43</sup>

Viceversa, algunos antiguos documentos revisados en los años próximos, como la carta holandesa y finlandesa, han introducido partes dedicadas, apunto, a los derechos fundamentales.<sup>44</sup> Donde se extrae que la utilización

<sup>41</sup> A menudo en modo indistinto, como en los artículo 11, 19, o en el artículo 21, donde la palabra «derecho» se utiliza en lugar de «poder».

<sup>42</sup> Artículo 8, c. 2, que solicita a la ley que defina cuales son.

<sup>43</sup> Artículo 23. También las Constituciones de Dinamarca (1849) y de Luxemburgo (1868) hacen referencia a los derechos y libertades, enunciados sin ninguna rúbrica en el primer caso, bajo el título II «De las libertades públicas y de los Derechos fundamentales» en el segundo. Entre los documentos menos datados que no utilizan la locución en cuestión aparecen las constituciones austriaca (1920), italiana (1948), francesas (1958: tenemos que recordar, por lo que se refiere a los derechos, esta reenvía en su preámbulo a la Constitución de 1946 y a la Declaración de 1789). Asimismo, no han utilizado esta locución, en épocas más recientes, las constituciones chilena (1998), ecuatoriana (1998), venezolana (1999) y, en Europa centro oriental y del Este, aquellas de Eslovenia (1991), de Lituania, Macedonia, Yugoslavia (1992), Rusia (1993), Bielorrusia (1994), Ucrania (1996), Polonia (1997).

<sup>44</sup> Véase respectivamente cap. I Constitución de Holanda, cap. II Constitución de Finlandia.

de la categoría de derechos fundamentales es una invención relativamente reciente, que en algunos casos ocupa el puesto de aquellos derechos humanos consagrados en textos precedentes, y en otros refuerza la referencia a los solos «derechos» o «derechos y libertades» reclamados en el pasado. En conclusión, nada nos dice acerca de su contenido, por lo cual resulta indispensable analizar los textos que se refieren a esta categoría.

En las Constituciones que, en cualquier medida, han asumido el rol de “modelo” para textos más recientes, una parte dedicada a los derechos fundamentales se encuentra en el *Grundgesetz* alemán (capítulo I, y además en otros), en la Constitución portuguesa (parte I) y en la española (título I).

En estos tres textos, la inserción hacia lo interno de una parte de la situación jurídica protegida se acompaña con la individualización de derechos excluidos de la “etiqueta” en cuestión, y comporta consecuencias jurídicas bien precisas.

En el ordenamiento alemán, por ejemplo, el derecho de resistencia es contemplado en el artículo 20, c. 4, del *Grundgesetz*, fuera del capítulo dedicado a los derechos fundamentales (del 1 al 18). Una expresa referencia a los derechos «fundamentales» a los cuales se alude en la rúbrica del capítulo I se encuentra en el artículo 23, donde se individua como límite a la adhesión a la Unión Europea, entre otros, la condición de que esta se empeña en asegurar una tutela de los «derechos fundamentales sustancialmente equiparable a aquella contemplada en la presente ley fundamental». Entonces, consigue que el ordenamiento comunitario pueda no contemplar el derecho de resistencia, sin que esto pueda considerarse como un obstáculo de naturaleza interna para la permanencia de Alemania en la Unión Europea. No solo el artículo 93.4a enuncia expresamente que la *Verfassungsbeschwerde* —el recurso individual de tutela— puede tener como objetivo «uno de los (...) derechos fundamentales» o uno de los derechos contemplados en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103, 104; los cuales, por lo tanto, se confirma, no serán considerados «fundamentales»).

En Portugal, la parte I —titulada de los «Derechos y deberes fundamentales»— recibe una importante integración en el artículo 16 (donde están comprendidos) en el sentido que los derechos (pero no los deberes) fundamentales contemplados en la Constitución «no excluyen cualquier otro derecho previsto en las leyes o en las normas de derecho internacional». Se nota por otro lado que algunos derechos, como en Alemania, son disciplinados fuera de la parte I, como por ejemplo, el derecho de acceso a los actos administrativos y en general a la información frente a la administración pública (artículo 268). Las consecuencias más importantes, sin embargo, no están relacionadas con la calificación «fundamentales» atribuida a algunos

derechos, pero a la pertenencia de estos a la categoría de los «derechos, libertades y garantías de los ciudadanos». Quiero decir —parecería, ya que las palabras utilizadas no son exactamente idénticas— aquellas rubricadas bajo el título II («Derechos, libertades y garantías»), y, en particular, el capítulo I («Derechos, libertad y garantías personales») representan un límite a la revisión constitucional ex artículo 288 I.d, junto a aquellos de los trabajadores (capítulo III). Una interpretación estrictamente literal comporta no obstante la paradójica consecuencia que no conocen límite a la revisión los «principios generales» en materia de derechos y deberes fundamentales (capítulo I).

En España, por último, está el título I donde se enuncian los «Derechos y deberes fundamentales», mientras la sección I del capítulo II se titula «De los Derechos fundamentales y de las libertades públicas». La sección II está dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos (sin el adjetivo «fundamentales»), dejando entonces por un lado aflorar una precisa elección axiológica, y, por el otro, privando de consecuencias importantes sobre el plano jurídico); el capítulo IV trata de las garantías de las «libertades» (pero no públicas) y de los «Derechos fundamentales» y aquello sucesivo «de la suspensión de los derechos y de las libertades». No resulta fácil moverse dentro del complejo sistema delineado en el texto de 1978, pero el adecuado rigor en el *drafting* empleado en las cortes constituyentes —que para evitar equívocos han hecho reenvíos puntuales a específicos artículos o a específicas particiones— no deja lugar a dudas sobre las consecuencias que derivan de la pertenencia de una situación protegida a una u otra categoría; así, a los fines del recurso de amparo, el artículo 161 hace expreso reenvío al artículo 53.2, el cual a su vez asegura la tutela de las libertades, reconocidas en el artículo 14 y de la sección I del capítulo II, delante de los tribunales ordinarios con un procedimiento preferente y sumario. El procedimiento de revisión total de la Constitución se aplica en el caso de que se cuestione el título preliminar, el capítulo II, la sección I del título I o el título II. Se nota por otro lado, y confirma que la calificación «fundamentales» no es esencial, que la misma protección es conferida también a otras situaciones jurídicas reconocidas en la Constitución.

También, Constituciones aprobadas más tarde dedican un específico reconocimiento a la categoría de los «derechos fundamentales», como en América Latina en la de Bolivia de 1967, en la de Colombia (1991-2005), en la de Perú (1993-2005), y en las de la Europa poscomunista de Bulgaria y Rumanía (1991), Estonia (1992), Moldavia (1994), Georgia (1995), Hungría (1997), Letonia (1998), etcétera; pero la pertenencia o menos de un derecho a la categoría en cuestión, a diferencia de los tres modelos clásicos arriba

mencionados, no produce consecuencias jurídicas relevantes, por ejemplo, bajo el perfil de especiales agravantes para las revisiones constitucionales o del amparo.<sup>45</sup>

En relación con la perspectiva del contenido, esta etiqueta comprende, además, derechos de impronta liberal clásica tales como a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la integridad, etcétera, además, pero no exclusivamente. Mucho menos en América Latina, y sobre todo en el este de Europa, de hecho, bajo esta denominación se contienen también los derechos sociales, económicos y culturales.<sup>46</sup>

Un caso clarificador que demuestra la historicidad y la relatividad de la etiqueta (o sea, aquello que es fundamental para un ciudadano de Nueva York o de Milán no lo es en absoluto para un indio de los Andes, y viceversa) se ve representado en la reciente Constitución de Bolivia (2008), que en su primera parte («Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías»), título II («Derechos fundamentales y garantías»), en el Primer capítulo, no añade más, sino *solo* elenca los siguientes: a la «vida y a la integridad física, psicológica y sexual»; en particular para las mujeres, «a no sufrir violencia física, sexual o psicológica»; reiteradamente, en varios artículos, el «derecho al agua y a la alimentación»; el derecho a la «seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población» en conexión con los derechos a la salud, al hábitat, a una vivienda adecuada; el «derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación». Incluso, los derechos a «servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones», además, configurados al contrario a través de prohibiciones: «Nadie será torturado ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte»; «Ninguna persona podrá ser sometida a des-

<sup>45</sup> Hace excepción solo el ordenamiento colombiano: conforme con el artículo 86 la acción de tutela está circunscrita solo a los derechos «fundamentales».

<sup>46</sup> Título II, cap. I, Constitución colombiana y el título I, cap. I, de la Constitución peruana, que separan los derechos «fundamentales» de aquellos sociales, económicos y culturales. Entre los derechos que, sobre la partición y la denominación de «fundamentales», no presentan características recurrentes, encontramos de hecho el derecho a la salud, considerado «fundamental» en Bulgaria, Estonia, Letonia, Moldavia, Rumanía, Hungría, Bolivia (1967 y 2009), pero no en Colombia y Perú. Propiedad y herencia son «fundamentales» en conformidad con el artículo 2, núm. 16, Constitución de Perú, la igualdad de la mujer ex artículo 67 Constitución de Hungría, aquel a la retribución y a las vacaciones en el artículo 107 Constitución de Letonia, mientras la prohibición de la esclavitud, de servidumbre y de trata de los seres humanos es un «derecho fundamental» en conformidad con el artículo 17 constitucional de Colombia.

aparición forzada», y «Ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre o esclavitud». En fin, como obligación para el Estado «prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor o sufrimiento físico».

La impresión es por tanto aquella de encontrarnos en presencia de una categoría meramente pactada, organizada en función de cada texto constitucional, enfocada —pero solo en algunas circunstancias— a la individualización de específicas garantías relativas a la suspensión, a su tutela ante los órganos de justicia constitucional, a los procedimientos de revisión, etcétera. Y sin embargo la categoría aparece evanescente, ya sea por la presencia, en numerosos textos, de particiones que no reflejan consecuencia jurídica alguna, sea por los resultados del análisis del contenido; mientras de hecho algunos derechos son siempre considerados «fundamentales» en las Constituciones que contemplan esta categoría, otros aparecen en su interior, o permanecen fuera de la misma, mientras al mismo tiempo en muchas circunstancias ningún derecho es definido «fundamental».

La jurisprudencia, como se ha señalado en algunos casos, trata de incorporar en una categoría a los derechos que están fuera, o al menos extender el ámbito subjetivo, temporal u objetivo de aplicación de específicos derechos, que los *framers* habían colocado en una precisa posición. Este tipo de desarrollo pertenece a las usuales dinámicas evolutivas de las Constituciones, fruto de elecciones conscientes conectadas con las políticas de los derechos en determinados contextos históricos, económicos y sociales.

A su vez, la doctrina no siempre revela una adecuada sensibilidad para las clasificaciones y los problemas al nombrar de un modo arraigado en las prescripciones de los formantes legislativo y jurisprudencial, consintiendo a menudo en la construcción de nuevas categorías basadas en visiones que tienen poco en cuenta el lenguaje de la Constitución.

Esto representa, al mismo tiempo, una causa y un efecto del relativismo de la materia, que aflora tanto en la investigación diacrónica como en aquella sincrónica, desarrollada en el interior de la forma de Estado liberal-democrático, enfrentando esta con otros modelos de Estado.

## VI. EN BUSCA DE UN *IDEM SENTIRE* Y DE LOS ELEMENTOS DETERMINANTES PARA CLASIFICAR Y DEFINIR

Más allá de las definiciones “nacionales”, que sufren de alguna construcción ideal de referencia, y del análisis de la evolución interna del propio derecho (ley, jurisprudencia, doctrina), una definición comparatística

de «derechos» —y de cada adjetivación anexa correspondiente— debe aferrarse a los elementos comunes. Debe, en particular, una vez limitado el campo de la enunciación al lenguaje especializado de la propia ciencia (el derecho, y en particular el derecho constitucional), aunque teniendo en consideración la influencia de otras ciencias:

- a) presuponer que exista en otros lenguajes un correspondiente, aunque, dentro de los términos definidos en el propio lenguaje, con la consciencia de que una serie de razones impiden que sea de absoluta identidad;
- b) verificar las condiciones de aplicabilidad del término;
- c) buscar los usos de los términos en los diferentes contextos;
- d) individualizar los referentes (institutos, actividad, procedimientos...) a los que nos referimos constantemente o al menos de forma prevalente;

Es decir, este hecho, se puede clasificar, con el fin de encontrar los elementos comunes, operando las consiguientes inclusiones y exclusiones y, al término de este proceso, se puede definir el objeto de la clasificación.

Para clasificar y denominar con la razonable probabilidad de ser precisamente entendido también en contextos no “nacionales”, se deben tener presentes una serie de factores o elementos, que Léontin J. Constantinesco, en la aplicación de su teoría al análisis comparatístico de las familias jurídicas y de las formas de Estado la cual debe aferrarse a la verificación de la co-presencia de tales elementos, la ausencia de uno solo de ellos se revela esencial para la adscripción a una u otra clase), denominaría “determinantes”.<sup>47</sup> A mi juicio, esta modalidad de estudio puede aplicarse también a investigaciones más reducidas, tanto sobre el plano de área como sobre su objetivo.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Constantinesco, L. J., *Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I: Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns Verlag, Khöln, 1971, tr. fr., *Introduction au droit comparé*, en *Traité de droit comparé*, Paris, Lgdj, 1972, t. I, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1996; *idem*, *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II: *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Khöln, 1972, tr. fr., *Le méthode comparative*, en *Traité de droit comparé*, Paris, Lgdj, 1974, t. II, trad. it., *Il metodo comparativo* (al cuidado de A. Procida Mirabelli di Lauro), Torino, Giappichelli, 2000.

<sup>48</sup> Por ejemplo, en materia de autonomía local véase Pegoraro, L., “Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y legislativas de los entes locales”, *Letras jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de investigaciones jurídicas UV*, año 3, núm. 6, 2002, pp. 15 y ss., *Revista de Derecho constitucional*, núm. 6, enero-diciembre 2002, pp. 141 y ss., en Fernández Segado, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 897 y ss., y en Pegoraro, Luigi, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., pp. 269 y ss.; *idem*, «Dove va il decentramento europeo? (alcune proposte per la ricostruzione dei modelli)», en *Il diritto*

Entre los elementos determinantes que pueden contribuir a evidenciar las características de una clase en el sistema de los derechos del área interesada aparecen, según mi opinión, siendo por otro lado el elenco susceptible de integraciones y modificaciones: a) la tipología de los derechos enunciados;<sup>49</sup> b) las enunciaciones en un *corpus* homogéneo;<sup>50</sup> c) el nivel de especificación y la existencia de fórmulas indeterminadas;<sup>51</sup> d) la incorporación de declaraciones internacionales en el parámetro de constitucionalidad;<sup>52</sup> e) la reserva de ley o de ley orgánica para su protección;<sup>53</sup> f) el sistema de las reservas de

*della regione*, núm. 3-4, 2006, pp. 159 y ss.; *idem*, «Introduzione. “Municipi d’Oriente”, una macro-comparazione per differenze», *op. cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>49</sup> Se trata de analizar, en relación con este elemento, qué derechos son codificados, y en particular, si aparecen tipologías obsoletas tomadas del constitucionalismo autóctono (por ejemplo, aquel presoviético); si, desde la perspectiva contenutística, los elementos corresponden a modelos precisos (por ejemplo, aquellos del constitucionalismo posbélico); si las enunciaciones precedentes de los derechos (por ejemplo, en Europa aquellas soviéticas, o en América Latina aquellas de los periodos de la liberación) habían dejado huella, y si existe, y en que amplitud, la inclusión de c.d. nuevos derechos, y eventualmente de derechos nuevos respecto a esta última tipología.

<sup>50</sup> De este segundo elemento interesa directamente la técnica de codificación, y se traduce en el interrogativo de si el elenco de los derechos se incluye todo en el texto, o relegado, en parte, en preámbulos o documentos separados; si en el texto todos los derechos son enunciados en una misma parte, o disgregados en más partes; si, en este segundo caso, se producen consecuencias jurídicas (como la impugnación ante los tribunales y, en particular, ante el Tribunal Constitucional, la revisionalidad o menos, etcétera).

<sup>51</sup> También este perfil hace referencia estrictamente al *drafting* de los derechos, no obstante con repercusiones remarcables de tipo substancial. Basta pensar que la mayor o menor cantidad de derechos incluidos en el elenco de la Constitución produce efectos sobre el sistema de fuentes (en el sentido de que los derechos enunciados en un modo vago o impreciso necesitan de especificación, no necesaria para aquellos elaborados en un modo puntual), y sobre la misma división de los poderes (en el sentido que los “dueños” de un derecho enunciado con fórmula elástica no serán más los mismos constituyentes, pero el poder normativo primario e incluso los jueces llamados a delimitar los contornos de un modo más estricto).

<sup>52</sup> Esta genera a su vez consecuencias en las relaciones entre Constituciones y fuentes externas, y en particular suscita dudas y reclama soluciones respecto al grado de eficacia de los distintos textos afectados, y a la prevalencia de los unos o de los otros, los cuales, a veces, pueden ser más o menos garantistas en las confrontaciones de las situaciones jurídicas consideradas mercedoras de tutela. El tema se conecta estrechamente con el rol de la justicia constitucional en relación con la delimitación del parámetro, pero interesa al fin y al cabo a todos los tribunales, y también al poder normativo primario.

<sup>53</sup> ... que me parece es un “elemento determinante” estratégico. En realidad, puede a veces tratarse de reserva de ley relativa (con posibilidad por lo tanto para el reglamento de intervenir), de reserva absoluta, o de reserva de ley orgánica o reforzada; en el último caso, la disciplina de los derechos asume carácter tendencialmente pactista entre mayoría y oposición, con limitaciones para la mayoría de determinar de modo autónomo el desarrollo de la disciplina constitucional. Véase Pegoraro, Luigi, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padova, 1990, *passim*.

jurisdicción;<sup>54</sup> g) el sistema global de garantías;<sup>55</sup> h) la descentralización de las disciplinas;<sup>56</sup> i) la protección directa a nivel de justicia constitucional;<sup>57</sup> l) la titularidad de los derechos;<sup>58</sup> m) la previsión de las exclusiones del disfrute de derechos y los estados de excepción.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Resulta igualmente importante analizar, en la medida en la cual permite sopesar el grado de control de un poder neutro —la magistratura— respecto al ejecutivo, en orden a los tiempos de intervención, a la extensión de las situaciones protegidas, a los sujetos titulares, etcétera.

<sup>55</sup> ...en referencia a la existencia (o menos) de órganos y procedimientos ulteriores, respecto a aquellos tradicionales, que pueden asegurarlas; entre los primeros, por ejemplo, el defensor del pueblo; entre los segundos, procedimientos de garantía judicial rápida y eficaces, al menos en algunos sectores; recursos directos al Tribunal Constitucional; posibilidad de recurrir a órganos políticos, etcétera.

<sup>56</sup> Sobre la base de algunas recientes experiencias (España e Italia, en cuyos estatutos regionales insisten más en el reescribir las respectivas cartas constitucionales, en cuanto a la disciplina de algunos derechos), el estudio de la codificación de los derechos debe tener en cuenta también la distribución entre poder central y poder local de la normativa sobre las libertades. Los problemas planteados por la descentralización de las reglas sobre derechos son innumerables, no hacen referencia solo al interrogativo de fondo si sea más garantista el centro o la periferia, pero también si y en qué medida será lícito por parte de los entes descentralizados reproducir o aumentar los derechos consagrados a nivel constitucional: reenvío a Pegoraro, Luigi y Ragone, S., «La implantación y desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos en los sistemas regionales», y a Pegoraro, Lucio y Pavani, G., «La implementación y desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos en los sistemas regionales», ambos en Gavara de Cara, G. (coord.), *Los derechos como principios objetivos en los estados compuestos*, Barcelona, 2009, en curso de publicación.

<sup>57</sup> De notable importancia parece (también para el impacto sobre el funcionamiento de la justicia constitucional) analizar si, con qué límites y modalidad los ordenamientos objeto de estudio prevén formas de recursos directos de los ciudadanos por lesiones de los derechos ante el Tribunal Constitucional (instituido en gran parte de ellos), y/o a los tribunales ordinarios, en forma de recurso de garantía tomada de los arquetipos germánicos (*Beschwerde*) o ibéricos e iberoamericanos (amparo); además necesita verificar cuáles son los filtros procedimentales y especialmente el objeto de tales recursos, cuando existen, con el fin de verificar si serán incluidos, además de actos administrativos, también leyes, actos emanados del poder judicial, actos de los privados.

<sup>58</sup> El punto tópico atiene a la elección preliminar, si asegurar su ejercicio, siempre y en cualquier caso, solo a los ciudadanos, o a todas las personas, a los contribuyentes o al final a los residentes. Además, aparece indispensable a los fines clasificatorios distinguir los ordenamientos que gradúan la titularidad de los derechos en conexión al ejercicio de cada derecho o clase de derechos. Claramente, este aspecto hace aflorar diversas sensibilidades en relación con la circulación de las personas y, a la finalidad, a la misma idea filosófica de los derechos, aquellos imputables a las personas en cuanto tales o a cuantos puedan pretender un específico *status civitatis*.

<sup>59</sup> Los ordenamientos analizados pueden prever, o menos, formas de protección de la democracia, sean estructurales (prohibido de partidos antisistema, el cual influye sensiblemente sobre el ejercicio de los derechos políticos), sea contingentes, en relación con situaciones de

Sobre la base de todos estos elementos, pero también de otros, que considero por otro lado accesorios a los fines de una esquematización, es posible proceder a clasificaciones, y por lo tanto es posible encuadrar con criterios específicamente correctos las opciones que en materia de derechos han operado los diversos ordenamientos de las áreas interesadas, o de la categoría interesada, reagruparlas por analogía y por diferencias, definir el objeto de la clase y ofrecer al fin resultados científicamente entendibles y verificables.

## VII. CONCLUSIONES

En el ámbito de la forma de Estado liberal-democrático, la elaboración de varias especies de hechos protegidos (o susceptibles de protección) ha inducido a la doctrina jurídica a utilizar en su metalenguaje nuevas calificaciones para diseñar situaciones no protegidas con anterioridad. Partiendo de la consideración que de los derechos “clásicos” o “burgueses” (adjetivo, este último con connotación “negativa”) fueron seguidos, con sucesivos ciclos del constitucionalismo, por aquellos “sociales”, además “de prestaciones” (México y Weimar en primer lugar), sí ha resultado necesario a fines clasificatorios atribuir un nuevo *nomen* a los derechos ya sean individuales, sean colectivos, conectados a intereses sea de libertad, sea de autonomía, sea de crédito (pero no de dominio) elaborados en los últimos decenios.<sup>60</sup> Las clasificaciones, no obstante nunca estables en la esfera de la ciencia jurídica, no están a este respecto consolidadas, debido a que ninguna contiene una autoridad tal de ser comúnmente aceptada, debido a que la materia está en constante evolución.

Sobre todo, sin embargo, la doctrina prevalente ha elaborado un esquema dicotómico de clasificaciones, aferrado a la idea que reproduce el artículo 16 de la declaración, por la cual los ordenamientos que no reconocen los derechos los cuales configurados por el constitucionalismo europeo y americano, simplemente no los tienen. Semánticamente, “derechos” son solo aquellos que corresponden a esta visión, madurada en la cultura occidental.

Si desde una perspectiva lingüística la operación es correcta, mayores dudas plantean ciertas consecuencias que frecuentemente se sacan; es decir, la “absolutización” del vocablo, el uso de su carga fuerte e intensa para ofrecer a los “formantes activos” o “dinámicos” del derecho —el legislador

emergencia que autorizan la suspensión de (algunos) derechos si se verifican particulares circunstancias. Este elemento es particularmente importante en América Latina.

<sup>60</sup> La referencia a la clasificación de Burlamaqui se encuentra en Scarpelli, U., «Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica», *cit.*, p. 43.

(en sentido amplio), y la jurisprudencia—, la base cultural para justificar operaciones que se traducen en imposiciones forzadas (por ejemplo, de la “democracia”, así como subjetivamente intensa del usuario de la palabra). Se registra en conclusión una “absolutización” de los conceptos, que identifica en un cierto modelo (por ejemplo, de “democracia”) el único modo correcto de usar la palabra, y en aquel modelo la única solución posible para organizar cualquiera que sea el ordenamiento.

La pretensión de universalidad, eurocéntrica y totalizadora, por eso es contradictoria, a la vez que fruto de visiones antihistóricas y contradichas por la práctica cotidiana de diversos ordenamientos. Viceversa, los derechos —viejos y nuevos— son fruto de concesiones sociales y políticas de cada sociedad históricamente determinada, y se convierten en tales solo en cuanto codificados en un ordenamiento (incluido aquel internacional), o de más ordenamientos por vía pacticia, o reconocidos por la jurisprudencia.

Como tales deberían entonces ser estudiados, buscando también en familias, sistemas y ordenamientos culturalmente lejanos como se configuran los esquemas de protección de cada uno de ellos o en grupos.<sup>61</sup>

Si no se tiene en cuenta, se corre el riesgo de favorecer una interpretación de «derechos» anclada a una sola moral. Pero, como escribía Austin, en crítica a la confusión entre derecho y moral existente en los *Comentarios* de W. Blackstone, “La existencia de la ley es una cosa; su mérito o demérito es otra cosa: que sea conforme o menos a un criterio dado, es otra entonces”.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> No comparto por lo tanto la idea de B. Markesinis que, en primer lugar, existe poco tiempo para estudiar, y que entonces no vale la pena perderlo para cambiar la ruta; después, que ninguno de los grandes países con sistemas diversos traten de importar modelos “primitivos”. El que justificaría la concentración de los estudios solo sobre aquellos “desarrollados”: *cf.* Markesinis, B., *Il metodo della comparazione*, *op. cit.*, p. 71 y ss., en crítica entre otros a Mattei, U., «An opportunity not to be missed: the future of comparative law in the United States», en *Am. Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 709 y 711.

<sup>62</sup> Austin, J., *The Providence of Jurisprudence determined* (1832), London, Library of Ideas, 1954, pp. 184 y ss.