

CONTRA LOS PODERES SALVAJES DEL MERCADO: PARA UN CONSTITUCIONALISMO DE DERECHO PRIVADO*

Luigi FERRAJOLI

SUMARIO: I. *Un modelo dividido de Estado de derecho.* II. *Derechos de libertad y derechos-poder de autonomía.* III. *Para un constitucionalismo de derecho privado.*

I. UN MODELO DIVIDIDO DE ESTADO DE DERECHO

El modelo del Estado de derecho, como se sabe, se ha desarrollado, en la tradición del pensamiento liberal, como un sistema de límites y prohibiciones negativos, correlativos a los derechos de libertad, oponibles únicamente al poder político. El Estado, según este modelo que bien podríamos llamar *Estado liberal de derecho*, se legitima por tanto esencialmente como “Estado mínimo”, garante de las libertades y de las autonomías individuales a través de prohibiciones de lesión o de interferencia, es decir, de deberes de *no hacer*, en la esfera privada de los ciudadanos. Sin embargo, está ausente en el horizonte teórico liberal y notablemente en el terreno de las garantías, aunque presente en las promesas formuladas en las cartas constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, la elaboración de un *Estado social de derecho* como sistema de vínculos y deberes positivos *de hacer*, correlativos a los derechos sociales y por tanto como “Estado máximo”, garantizado

* Traducción al castellano de Miguel Carbonell.

además por obligaciones de prestación para el sostenimiento de las necesidades vitales de las personas.

Pero aún más ausente —sobre el plano teórico y sobre el institucional— se encuentra el desarrollo del paradigma del Estado de derecho, tanto en su dimensión liberal o negativa como en la social o positiva, en lo que atañe a los poderes económicos y más en general a las potestades privadas. No se ha desarrollado, junto al *constitucionalismo de derecho público*, un *constitucionalismo de derecho privado*. Ya sea en su versión liberal-democrática o en la social-democrática, el único poder frente al cual se ha entendido siempre que están justificadas las garantías, es decir, los límites y los vínculos para tutelar los derechos fundamentales de sus destinatarios, es el poder público. La expresión “Estado de derecho” es por lo demás emblemática: es sólo el Estado —o sea los poderes públicos que encabezan el Estado— el sujeto frente al cual se justifican reglas, prohibiciones y obligaciones dirigidas a impedir los abusos que dañan los derechos fundamentales. Sólo los poderes públicos, y no también los poderes privados, según este modelo, deben ser sometidos al derecho.

En la base de esta tradición hay en mi opinión una operación teórica, que se remonta al primer liberalismo y que radica profundamente en la cultura jurídica y política: la identificación de los “poderes” únicamente como los “poderes públicos”. Solamente el Estado y la política serían el lugar del poder, que según el paradigma del Estado de derecho habría que subordinar justamente al derecho, o sea, a límites y a vínculos, a reglas y a controles. La sociedad civil y el mercado, por el contrario, serían el reino de las libertades y las autonomías, es decir, del ejercicio de los relativos derechos que se tratarían únicamente de proteger contra los abusos y los excesos de los poderes públicos.

Esta concepción restringida del poder es del todo insostenible. Está conectada a la idea de que no existen, en sentido estricto, poderes privados, siendo los poderes privados nada más que las libertades individuales. Y esta idea, a su vez, es el fruto de dos confusiones conceptuales —una entre libertad y propiedad, la

otra entre derechos fundamentales de libertad y aquellos que llamaré derechos fundamentales de autonomía— que se resuelven ambas, bajo perfiles diversos, en la que existe entre derechos de *libertad* y *derechos-poder*. Se trata de dos confusiones que han pesado sobre la tradición liberal, no menos que sobre la comunista, contribuyendo a dos opuestas incomprensiones y a dos contrapuestas y simétricas operaciones ideológicas: la valorización en el pensamiento liberal de la propiedad y de la libertad contractual como derechos del mismo rango que las libertades fundamentales e, inversamente, la desvalorización en el pensamiento marxista de las libertades como derechos “burgueses” del mismo tipo que la propiedad. Obviamente esta segunda operación ha fracasado completamente con la caída de los regímenes comunistas. Pero la primera, junto a las dos confusiones en las que se basa, ha triunfado hoy más que nunca.

II. DERECHOS DE LIBERTAD Y DERECHOS-PODER DE AUTONOMÍA

No me detendré sobre la primera de estas dos confusiones, que he analizado y criticado en otras ocasiones:¹ la que existe entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales* y, más específicamente, entre *libertad* y *propiedad*. Las dos figuras de derechos son incluso opuestas, hasta el punto de que no puede entenderse como justificada, si no fuera por los usos ya consolidados,

1 Cfr. Ferrajoli Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 29-35 y 153-167. Cfr. además, *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Milán, Giuffrè, 1970, pp. 99-105; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés y otros, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 905-912; L. Gianformaggio, “Note critiche ed auto-critiche intorno alla discussione su Diritto e ragione”, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 508-512; “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, pp. 101-103.

su denominación con la misma palabra “derechos”. Los derechos fundamentales —ya sean civiles o políticos, de libertad o sociales— son derechos universales que corresponden a todos en cuanto personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; los derechos patrimoniales son por el contrario derechos singulares que corresponden a cada uno con exclusión de los demás. Los primeros son indisponibles, los segundos son por su naturaleza alienables, junto a los poderes de usarlos y disponer de ellos que les son propios. Unos están establecidos inmediatamente por normas; los otros están preestablecidos por normas como efecto de los actos negociales por ellas previstos. Sobre los primeros se basa la igualdad jurídica, sobre los segundos la desigualdad jurídica.

Hablaré más bien de la segunda confusión —la que se da entre derechos de libertad y derechos de autonomía—² que por lo demás es en buena parte responsable de la primera, favorecida justamente por la ambivalencia del concepto de “propiedad”, con que han sido designados simultáneamente tanto los derechos civiles de autonomía, es decir, de adquirir y disponer autónomamente de los propios bienes de propiedad, como los derechos patrimoniales reales sobre determinados bienes de propiedad. La autonomía privada, negocial o de iniciativa económica, asegurada en la esfera del mercado por los derechos civiles atribuidos a todos los sujetos con capacidad de obrar, no sería distinta por lo demás a la autonomía política asegurada en la esfera pública por los derechos políticos o a una de las libertades fundamentales, como la libertad personal, la libertad religiosa, la libertad de manifestación del pensamiento, de reunión, de asociación y similares.

Entre derechos de libertad y derechos de autonomía, unos y otros fundamentales, existe sin embargo, una diferencia estructural indebidamente ignorada. Los derechos de libertad son liber-

² Reenvío, sobre esta cuestión, a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 300-314 y “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e diritto*, 2001.

tades negativas sustraídas, en cuanto establecidas como universales, a la autonomía privada y, donde tengan rango constitucional, a la autonomía política. Los derechos de autonomía son por el contrario libertades positivas consistentes en *potestates agendi*, es decir, en la potestad de autodeterminarse, directamente en la esfera del mercado e indirectamente en la esfera pública de la política, mediante actos jurídicos potestativos. En este sentido (derechos de) *libertad* y (derechos de) *autonomía* son figuras jurídicas distintas, no son reducibles las unas a las otras y pueden subsistir las unas independientemente de las otras. Es bien posible que un ordenamiento sea liberal y políticamente no democrático, así como es posible que reconozca espacios (más o menos) ilimitados a la democracia política y a la autonomía de mercado y justamente por ello sea (más o menos) iliberal. Diversa es de hecho la estructura de estas dos clases de derechos. Los derechos de *libertad* son simples inmunidades de lesión o constricción (o “libertad de”) o también facultades de comportamiento no jurídico igualmente inmunes de impedimentos (o “libertad para”, además de “de”), tendencialmente conviven sin recíprocas interferencias. Los derechos de *autonomía* son *derechos civiles* (o de autonomía privada) o *derechos políticos* (o de autonomía política), consisten en poderes cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas, están por el contrario destinados a chocar siempre que no estén jurídicamente limitados y disciplinados.

La tradición liberal ha ignorado esta distinción, desconoce la naturaleza de poder de los derechos de autonomía y confunde, en particular, los derechos de libertad y los derechos civiles o de autonomía privada. Se trata, sin embargo, de una distinción esencial desde varios puntos de vista, quizá la más importante en el campo de los derechos fundamentales. Sobre todo porque son estas dos clases de derechos las que definen respectivamente al liberalismo y a la democracia, y no ya las simples libertades negativas y positivas, que en alguna medida existen también en los regímenes más iliberales y están limitadas también en los más

liberales: precisamente, los derechos de “libertad” forman la sustancia del liberalismo en cuanto límites a los derechos civiles y políticos de “autonomía” en el sentido aquí precisado, los cuales, sin embargo, se encuentran en la base del mercado y de la representación, de la autodeterminación privada y de la democracia política. En segundo lugar, porque los derechos de autonomía, diversamente que los derechos de libertad, son *derechos-poderes*, que como todos los poderes están (o mejor, deberían estar) en el Estado de derecho, que no admite poderes *legibus soluti*, sujetos a la ley: precisamente a los límites y a los vínculos impuestos por los derechos de libertad y por los derechos sociales no solo a la representación política y a la legislación producidas por el ejercicio de los derechos políticos, sino también al mercado y a la autodeterminación privada producidos por el ejercicio de los derechos civiles.

Se comprende como la faltante tematización de esta asimetría entre autonomía y libertad —entre los derechos de autonomía que son poderes y las libertades que no lo son— corre el riesgo de arrollar al paradigma mismo del Estado de derecho como sujeción a la ley, y precisamente a los derechos fundamentales, de cualquier poder. La exaltación como “libertad” de los que en realidad son derechos-poder se resuelve de hecho en la exaltación de su contrario, terminando por acreditar dos formas convergentes de absolutismo: el absolutismo de la mayoría, o sea, de los poderes representativos generados por el ejercicio de los derechos políticos, y el absolutismo del mercado, es decir, de los poderes económicos expresados por el ejercicio de los derechos civiles. Y es claro que esta doble ausencia de límites y de vínculos tiene como punto de llegada la confusión entre los dos tipos de poder, uno como medio para conquistar y acrecentar al otro, la tendencial deformación en sentido plebiscitario de la democracia política y en sentido monopolístico del mercado, además de la vanificación del paradigma del Estado de derecho, que quiere decir sujeción a la ley de cualquier poder, público o privado, en garantía de la libertad de todos.

III. PARA UN CONSTITUCIONALISMO DE DERECHO PRIVADO

El reconocimiento de la diferencia radical de estructura entre derechos de libertad y derechos-poder de autonomía forma el presupuesto del desarrollo de una teoría garantista del derecho civil. En nuestra tradición, como he señalado al inicio, el paradigma garantista del Estado de derecho ha sido elaborado únicamente con referencia a la relación vertical Estado-ciudadano, autoridad-autonomía, libertades públicas-libertades privadas y no también entre las relaciones verticales que se instauran entre ciudadanos y entre poderes privados-libertades individuales. El Estado de derecho y su sistema de garantías se ha extendido, en parte, de múltiples y heterogéneas formas, también al derecho privado. La historia de la propiedad privada, de la empresa y del derecho de familia es, en gran parte, una historia de las progresivas limitaciones de las potestades privadas para tutela de los derechos fundamentales. En la Constitución italiana y en otras Constituciones la propiedad no es ni siquiera un derecho fundamental, y es reconocida y garantizada bajo los límites de su función social. El constitucionalismo del siglo XX ha dado un gran espacio, desde la Constitución alemana de Weimar, para el reconocimiento de los derechos fundamentales en lo que nuestra Constitución llama las “formaciones sociales” y por otro lado en las relaciones económicas. De hecho, en fin, la doctrina civilista ha dedicado muchísimas energías —no menores a las empeñadas por la cultura constitucionalista— a la construcción de una teoría de los derechos de la persona.

Y, sin embargo, no ha sido elaborada una teoría del Estado de derecho y de los derechos fundamentales en relación con los poderes privados, comparable a la elaborada para los poderes públicos. Esta carencia, creo, es debida también al condicionamiento producido por un aparato conceptual elaborado en una fase distinta de nuestra historia, la del primer capitalismo y del primer liberalismo. Pero esa carencia es hoy más que nunca insostenible. La configuración como poderes de los derechos patrimoniales y

de los derechos civiles de autonomía comporta de hecho una redefinición ampliada de la noción de “Estado de derecho”. Tal concepto, en esta noción ampliada, equivale a la sujeción a la ley de todos los poderes, no solo públicos sino también privados, y a su limitación y funcionalización para la tutela de los derechos fundamentales. Si es verdad, como he sostenido, que el derecho penal se justifica esencialmente como técnica de minimización de la violencia, tanto pública como privada,³ el entero artificio jurídico se justifica, según el paradigma del Estado de derecho, como técnica de *minimización del poder*, de otra forma absoluto: de los poderes públicos, que se expresan en los arbitrios políticos y en los abusos policíacos y administrativos; pero también de los poderes privados, que se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal.

La técnica de esta minimización es en ambos casos la de la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales y de la correlativa limitación y/o funcionalización de las situaciones jurídicas de poder. A propósito de esto, hay que disipar el equívoco de que las únicas relaciones verticales de potestad-sujeción son las que tienen lugar en la relación de derecho público entre Estado y ciudadano; y que la sociedad civil, que es la esfera de derecho privado, es una sociedad natural y no también ella, como la política, una sociedad artificial. Relaciones verticales y por tanto asimétricas de potestad-sujeción existen por el contrario, como bien lo sabemos, también en las relaciones privadas de las cuales está tejida, natural o artificialmente, la sociedad civil. A falta de regulación jurídica, estas relaciones se manifiestan bajo la forma de *poderes y sujeciones extra jurídicas* y tendencialmente *salvajes*: o porque se desarrollan dentro de roles e instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas; o porque se desarrollan fuera de cualquier rol o institución jurídica y bajo formas puramente extra legales

3 *Derecho y razón, cit.*, capítulo VI.

o ilegales. Pensemos no sólo en la familia y en los lugares de trabajo, sino también en las mil formas de dependencia que toman vida en todos los aparatos burocráticos y en las diversas sujeciones y opresiones económicas que se desarrollan en las relaciones de mercado.

Es claro que estos poderes, tanto más si no están regulados, son fuentes, más que de desigualdades, también de no-libertades. También para los poderes privados vale de hecho la tesis de Montesquieu, de que el poder, a falta de límites legales, tiende a acumularse en formas absolutas.⁴ En todos los casos, existe un nexo biunívoco entre poderes, jurídicos o no, y desigualdades, formales o sustanciales. El poder tiene de hecho el específico efecto de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción; y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder-deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y de otras que las acompañan.⁵

A diferencia de los poderes regulados, los poderes no regulados son tendencialmente absolutos. Podemos decir que el grado de absolutismo que existe en un sistema jurídico, aunque esté organizado en las formas del Estado de derecho, está constituido precisamente por los variados espacios de poder no regulado que se crean en la sociedad civil o también al interior de las instituciones jurídicas, con base en normas que confieren poderes en blanco simplemente diseñando los roles: de padre, de jefe, de empresario, de contratista, de dirigente y similares. Es claro que, no diversamente que para los poderes públicos, también para estos

4 “C’est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites”, *De l’Esprit des lois* (1784) en *Oeuvres complètes*, París, Gallimard, 1951, vol. II, XI, p. 395.

5 Este anclaje al poder de la identidad y del valor de la persona es configurado así por Hobbes: “el valor de un hombre es, como de todas las demás cosas, su precio, es decir, lo que se daría por el uso de su poder; y por ello no es absoluto, sino que es una cosa dependiente de la necesidad y del juicio de otro... Y, como con otras cosas, así con los hombres no es el vendedor, sino el comprador el que determina el precio. Que un hombre —como lo hace la mayor parte de los hombres— se aprecie el valor más alto que puede; su verdadero valor no será mayor de lo que es estimado por los demás”.

roles de poder privado la regulación jurídica —en forma de ley o de autonomía contractual, pero en todo caso con el auxilio de las garantías— es el principal instrumento de delimitación y control de los poderes. Naturalmente ningún poder puede ser puramente jurídico, es decir, enteramente predeterminado por la ley y totalmente privado de discrecionalidad. Ni siquiera, lo sabemos, el Poder Judicial, que más que ningún otro debería serlo según su modelo teórico. Pero también en los otros casos es una cuestión de grado. Y es de todos modos una garantía esencial que un poder, que por sus funciones sociales no puede ser suprimido, sea al menos por el derecho limitado.

Intento decir que el progreso de la democracia sucederá en el futuro —como por lo demás en el pasado— mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, a través de la expansión del Estado de derecho —no sólo del paradigma del Estado liberal de derecho, sino también del del Estado social de derecho— al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, en las que también estén tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas. Son de hecho los poderes no regulados que se desarrollan en su interior los principales “obstáculos de orden económico y social” que limitan “de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos” y que el artículo 30. de la Constitución italiana ordena “remover”. El Estado paleo-liberal, partiendo de la confusión entre libertad y poderes privados, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención de derecho, reservándolos a la “libertad” del ciudadano: sobre todo en la fábrica, donde el derecho no entraba; en segundo lugar en la familia, sujeta a la absoluta potestad del padre y a las dinámicas de las relaciones de fuerza internas; en tercer lugar en el variado conjunto de las instituciones totales —cuarteles, hospitales y similares— que formaban, y en parte forman todavía, ordenamientos particulares dentro del ordenamiento general.

Puede decirse que toda reforma democrática de cada uno de estos mundos se ha producido a través de la introducción de límites y de obligaciones legales a las potestades privadas de otra

forma absolutas y por la institución de una tutela judicial de los derechos fundamentales por ellas ofendidos. Emilio García Méndez ha recordado que en los Estados Unidos, en 1875, el único modo en que un grupo de vecinos pudo poner término a los malos tratos a los que era sometida una niña por parte de sus padres fue recurriendo a las normas sobre protección de los animales;⁶ y todavía hasta hace pocos años el Código Civil italiano preveía un verdadero poder penal del padre, que se ejercía mediante la reclusión de los hijos en establecimientos especiales de custodia con base en su inapelable juicio sobre su “mala conducta”.⁷ Por lo que hace a las fábricas, el poder del empresario ha sido, hasta la mitad del siglo pasado, prácticamente absoluto; y ha sido necesario un siglo de luchas de los trabajadores para obtener su limitación: desde las primeras leyes decimonónicas sobre el horario de trabajo, sobre trabajo nocturno y sobre trabajo de las mujeres y los niños, a los varios vínculos introducidos en los primeros decenios de nuestro siglo sobre temas de asistencia, de seguridad social, de higiene y prevención de los infortunios, hasta las leyes de las pasadas décadas sobre despido solamente por causa justificada y sobre el estatuto de los derechos de los trabajadores.

Hoy en día, por otra parte, a los viejos ámbitos de la vida civil en los que las garantías han sido todavía del todo insatisfactorias, se han unido nuevos ámbitos de vida y de poder. Basta pensar en los partidos, en un tiempo asociaciones privadas libres y hoy solamente máquinas burocráticas, donde el despotismo interno se enlaza con el político y para-público externo; o en los daños al

6 Es el caso de la niña Mary Ellen, sustraída a sus padres como consecuencia de un juicio promovido por la Sociedad de Protección de los Animales. El episodio es referido por E. García Méndez, “Per una storia sociale del controllo penale dell’infanzia”, *Dei delitti e delle pene*, 1992, 1, p. 11.

7 El origen de estas normas se encuentra en los artículos 375-382 del Código de Napoleón. Fueron recibidas por el artículo 222 del Código Civil italiano de 1865 y después por el artículo 318 del Código de 1942, donde estuvieron hasta la reforma de 1975. Véase *Derecho y razón*, cit., nota 23 del capítulo IX, pp. 804 y 805.

ambiente producidos por las actividades industriales; o en las concentraciones del poder de la información y en su pesada incidencia sobre las formas de la democracia política.

Es claro que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales también en estos ámbitos privados exige una articulación del Estado de derecho más compleja de la fundada hasta ahora, según el modelo liberal, sobre la clara diferenciación entre derecho público y derecho privado. Esto requiere de hecho no solamente límites y vínculos normativos en relación a los poderes del Estado, sino también vínculos y límites normativos, mayores a los hasta hoy previstos, en relación con los poderes de los ciudadanos. Y es también claro que tales límites no pueden ser sino a su vez limitados, encontrando el límite en las libertades individuales con las cuales los poderes privados están normalmente ligados de forma estrecha. Pero no existe ninguna razón, una vez excluida su confusión con las libertades, para que también estos poderes no sean como aquellos sujetos a la ley y subordinados a la satisfacción de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales. También los poderes privados, junto a los públicos, deben ser reconocidos —rehabilitando el originario paradigma hobbesiano y lockeano del que se origina el moderno Estado de derecho— como “artificios” o “convenciones” respecto a la naturalidad y prioridad de los derechos fundamentales. También ellos, en otras palabras, que son “criaturas” positivas, según las palabras de Hobbes, están sometidos, como los poderes públicos, a la carga de la justificación y de la legitimación, tanto formal como sustancial. Y también su minimización equivale a la maximización de la libertad, y consiguientemente de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de derecho.