

defender la idea de que el mundo normativo ya no está dotado de la autonomía relativa de la que disfrutó en fases más tempranas del capitalismo no significa necesariamente defender la idea de su extinción o desaparición. Como idea motriz, (a la que, tal vez, el propio P. Häberle apuesta) hemos de mantener la esfera cultural como explosiva; sostener que la prodigiosa expansión de la cultura en el dominio de lo social, y del derecho en el mundo de la política, llega hasta el punto de que, en nuestra vida social, ya todo se ha convertido en cultura jurídica de un modo original y aún no teorizado. Naturalmente, el peligro está en que, ante el temor que sus-

cita la pauta global del capitalismo de las transnacionales, se produzca un repliegue hacia enclaves, como la nación o el estado, que supongan perspectivas y formas de representación más tradicionales y seguras. El reto está en conservar el objeto fundamental de la posmodernidad, el espacio mundial del capital multinacional, y forzar al mismo tiempo una ruptura con él, mediante una nueva manera de representarlo que todavía no somos capaces de imaginar.

JOSÉ ASENSI SABATER

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante*

L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001

La polémica de Luigi Ferrajoli con buena parte de la doctrina italiana es desarrollada en este libro, de forma extensa y a veces algo reiterativa, centrada en lo que desde hace ya años se considera la principal aportación de este autor a la teoría del derecho: la naturaleza de los derechos fundamentales y la problemática relación existente entre ellos y sus garantías.

Las tesis de Ferrajoli son sobradamente conocidas, lo cual me ahorra una exposición en detalle y me brinda la posibilidad de circunscribirlas a sus manifestaciones más interesantes y polémicas, resumibles en las siguientes: una *definición formal de los derechos fundamentales* (que, pese a su raigambre positivista, se dice distante del formalismo, si bien comparte con él la pretensión de ser universalizable con independencia de cualesquiera ideologías); una *percepción de la relación entre un derecho y su garantía que obvia la vieja ecuación positivista falta de garantía = inexistencia*; y, como

correlato de esto último, una *vinculación de esos derechos fundamentales formalmente definidos con la esencia de la democracia*, a través de lo que el autor llama *la esfera de lo indecible*, y la consiguiente postulación de lo que ya en *Derechos y garantías* venía en llamar *constitucionalismo mundial*. Intentaré resumir, a partir de estos tres ámbitos, lo esencial de las arduas polémicas que este texto contiene y despliega.

La distinción de Ferrajoli entre un derecho y su garantía es, posiblemente, el aspecto en que más claramente se percibe su diferencia con respecto a la forma normativista del positivismo y a ciertas formas de realismo. En contra de la opinión de que un derecho sin vías de realización judicial no es tal, sino una mera invocación de buenas intenciones, el autor italiano afirma que la tesis kelseniana que identifica todo derecho subjetivo con un deber jurídico correlativo debe ser refutada por la evidencia de que en los sistemas jurídicos actuales

existen lagunas y antinomias, aceptables en nuestra concepción actual del sistema jurídico (no en la kelseniana, que disolvía las primeras en conflictos valorativos y remitía las segundas a los márgenes de libertad del intérprete). Una ausencia de garantía no es, según Ferrajoli, sino una invocación a los poderes públicos para que colmen las lagunas del ordenamiento; pero inferir de ahí que los derechos, tanto positivos como negativos, no existen sólo porque no se ha previsto su garantía o porque ésta no es adecuada, no es sino olvidar el hecho de que existen porque han sido ...positivamente producidas por el legislador, sea ordinario, constitucional o internacional, cayendo así en ...una forma de paradójico iusnaturalismo realista» (p. 50).

La cuestión aquí planteada es de tal calibre, que necesariamente ha de ser bifurcada en su tratamiento.

Por una parte, remite a la célebre explicación de Kelsen del derecho subjetivo, categoría lógico-normativa a la que reduce todo derecho fundamental, a partir del modelo de los *derechos patrimoniales*; lo cual permite entender la insistencia del austriaco en la importancia de la acción como forma de garantía esencial al derecho mismo. No yerra Jori cuando afirma que Ferrajoli es, en este sentido, más consecuentemente positivista que Kelsen (p. 107 y ss.); pues, lejos de hacer depender la condición de auténtico derecho de la existencia de una garantía judicialmente accionable, lo remite a su definición jurídico-positiva como tal derecho.

Por otra (lo que estaba ya muy bien explicado en *Derechos y garantías*), Ferrajoli realiza algo más que una finta teórica cuando afirma que los derechos sociales, los más polémicos en lo referente a la relación entre un derecho y su garantía, no han recibido un tratamiento auténticamente jurídico que permitiera hablar de un modelo teórico fuerte del

Estado de bienestar como lo hubo, por ejemplo, del Estado liberal. Una frase de este texto lo resume perfectamente: «El desarrollo del *Welfare State* en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos» (p. 50). La postulación por Ferrajoli del carácter universal de tales derechos reclama, como consecuencia necesaria, ese criterio de generalidad absoluta en la atribución de las prestaciones que de ellos derivan, ya defendida en su anterior obra y que, ciertamente, permitiría obviar el carácter administrativo, discrecional y en gran medida errático que ha caracterizado a buena parte del Estado de bienestar y que explica buena parte de su descrédito entre los neoliberales.

La respuesta de Danilo Zolo tiene que ver con ambas cuestiones. Su ataque contra los planteamientos de Ferrajoli se construye sobre lo problemático que resulta reconducir al ámbito de lo jurídico problemas que se resuelven, en última instancia, en la lógica funcional característica del sistema mismo de economía de mercado. La creciente falta de importancia de los derechos económicos y sociales avala, según Zolo, esta posición, que expulsa la pretensión de un auténtico «derecho al trabajo», no tanto del ámbito de la relación entre un derecho y las técnicas para hacerlo efectivo, cuanto del ámbito mismo de la juridicidad. En cuanto al problema conexo, de la distinción entre derechos de libertad y derechos de propiedad, Zolo reprocha a su compatriota las consecuencias que extrae de ello. Aunque suscribo en lo esencial la postura de Zolo, acaso sea éste el punto en que su argumentación es más débil, pues achaca a Ferrajoli su pretensión de solucionar «disfunciones normativas» con una mejor teoría de los

derechos fundamentales (p. 95). Creo que éste, pese a cierta tendencia inconfesa a disolver en el ámbito de lo teórico-jurídico problemas esencialmente políticos, no ha pretendido llegar a tal punto. La intransigencia con que el pensamiento liberal ha defendido la desigualdad en nombre del derecho «natural» a la propiedad es, ciertamente, ideológico-política, y Ferrajoli no lo ignora (de hecho, nadie lo ignora, salvo quienes creen en las formas más tramposas y cómplices de la *universalidad de la ciencia* y de la *neutralidad de las palabras*) ni pretende negar la referencia última a los mecanismos de la economía de mercado (pp. 169 y ss.); otra cosa es que, como teórico del derecho, se sienta obligado a obviarlos o, hablando con propiedad, a tratarlos en otro punto. Tampoco se entiende muy bien, en este contexto, la distinción que hace Zolo entre «la estructura exclusiva y particularista de la propiedad privada» y los mecanismos antiigualitarios de la economía de mercado (p. 90), como si fueran separables de forma algo más que teórica y la primera no condujese inexorablemente a la segunda. Y no se entiende porque no es imaginable una regulación de los derechos patrimoniales concebida en términos de *individualismo posesivo* (por utilizar la célebre expresión de McPherson) que no genere, a la larga, mecanismos de distribución de recursos no sujetos a esa concepción de lo social y político; en este punto, acaso Zolo sea no menos «arcangélico» que el propio Ferrajoli.

Lo cierto es que la discusión entre Ferrajoli y Zolo, así como la postura adoptada por Jori, permiten comprender con rapidez el marco (y los límites) de esta parte del debate: la dogmática y la sociología jurídica son formas de conocimiento referidas, respectivamente, a las normas concretas vigentes en cada Estado y a las realidades sociales dadas en él,

mientras que la teoría general del derecho se constituye como un tipo de conocimiento independiente de las vicisitudes histórico-sociológicas. Ferrajoli ofrece su definición formal de los derechos fundamentales en el ámbito de la teoría del derecho y ello le permite centrarla en la idea de *universalidad*, sin negar que este concepto es, a su vez, siempre precisado en relación a un universo lógico que no tiene por qué coincidir con el de todos los seres humanos (derechos fundamentales) o todos los ciudadanos (derechos políticos), lo cual ha permitido formas de discriminación compatibles con él como la «democracia» censitaria. En consecuencia, las objeciones que le formulan Vitale y Zolo (¿cómo rebatir la desigualdad de derechos sin entrar en el tipo de cuestiones materiales y valorativas que desea eludir; cómo, más aún, fundar sobre una visión lógico-formal de los derechos fundamentales una teoría democrática de la política que tenga carácter normativo?, pp. 64 y 81), aunque perfectamente comprensibles, se hallan en un plano que no es en el que Ferrajoli pretende situarse (como veremos, esta argumentación se esgrime también con referencia al llamado *constitucionalismo mundial*, que Zolo revisa a la luz de lo que llama *ley de eficacia decreciente de los derechos subjetivos*: p. 95 y ss.). En este sentido, afirma Jori en defensa de la postura de Ferrajoli: «El concepto de *derecho* fundamental es ... un concepto teórico reelaborado por Ferrajoli con base en las exigencias de la teoría, y no determinado por el reconocimiento que de él puedan hacer uno o más derechos positivos» (p. 116). Por lo tanto, la reducción de los derechos sociales a meras prestaciones, siguiendo al iusrealista Zolo, puede ser, nos dice Ferrajoli, una manera sociológicamente útil de mostrar su ineficacia y la precariedad o ausencia de garantías, pero si no se afirma correlativamente su carácter jurídico ello «equivaldría a una

abdicación del papel garantista del derecho» (p. 170).

Con todo, a Ferrajoli le ocurre algo que no deja de acechar a quienes, desde el ámbito de la teoría del derecho, se introducen en cuestiones tocantes a la ética y a la filosofía política: los juicios de valor, extraños a la teoría y expulsados por la puerta, vuelven a entrar por la ventana. Esto ocurre de forma particular si se tiene en cuenta que el diseño de la teoría de los derechos, que el autor italiano pretende neutro y aplicable a cualquier ordenamiento, parece derivar (no acaba de verse si lógica o axiológicamente) hacia una concepción de la democracia desde el paradigma garantista, que si a algunos les resulta cuestionable no es precisamente por su contenido, que la mayoría suscribimos, sino por anclar la esencia de aquélla en los límites de lo decidible, en «límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica» (p. 54) trazados, tanto formal como materialmente, por los derechos fundamentales. Concepción que sus críticos ven excesivamente sustancialista, generadora de lo que Pintore denomina *derechos insaciabiles*, puesto que «sus contenidos, que “valen” sólo en virtud de la forma en que se los ha puesto, se vuelven insaciabiles, aplastan la forma y asumen el dominio sobre ella, hasta el punto de volver superfluas, al menos en apariencia, las técnicas específicas del derecho moderno, es decir, el procedimiento y la autoridad» (p. 264); las constituciones se convierten así, sigue Pintore, en productos eternos capaces de devorar su fuente y su fundamento (pp. 256 y 257) y de disolver el problema de la autoridad en un «activismo judicial potencialmente ilimitado» (p. 246). Entre los críticos italianos de Ferrajoli se da una curiosa unanimidad hasta en las metáforas; pues esta concepción genera, según Vitale, una peligrosa suerte de «república óptima» que «fagocitará al resto del constituciona-

lismo mismo, es decir, a la democracia procedimental o formal, y a su substrato, la discusión pública» (p. 71). En el mismo sentido, Bovero considera contradictoria la expresión *democracia sustancial* y se niega a entender la democracia como algo distinto de un *método* para adoptar decisiones colectivas (pp. 237 y 241). Vitale llega, incluso, a hablar de una posición *criptoiusnaturalista* en Ferrajoli, capaz de fundamentar su positivismo en teoría del derecho mediante «una norma fundamental que pone en marcha un sistema capaz, después, de regirse por sí mismo y de proceder autónomamente» (p. 277). También Bacelli estima que la definición formal y avalorativa que Ferrajoli da de los derechos «remite a importantes tesis sustantivas» (p. 199).

La contestación de Ferrajoli es la previsible, y no resulta difícil encontrar en ella ecos bobbianos: el concepto de derechos fundamentales ha de ser necesariamente iuspositivista, puesto que su campo es la teoría del derecho y ésta se refiere a formas que pueden tener contenidos (propios de la dogmática) muy diferentes; el contenido valorativo considerado justo para dichos derechos es cuestión de la filosofía de la justicia y «no puede no ser “iusnaturalista”, para quien quiera continuar utilizando esta vetusta palabra» (...) «Estas dos nociones no son incompatibles porque se refieren a discursos diferentes». En cuanto al nexo entre los dos ámbitos, es imposible en términos de inferencia o deducción lógica, pues la separación entre hechos y valores, «si no admite derivar los primeros de los segundos, tampoco consiente derivar los segundos de los primeros» (p. 323). La cuestión es, por tanto, dónde está el *vínculo* entre forma y materia; o, dicho de forma más completa, si es posible buscar explicaciones (que vayan más allá de la necesaria separación de los ámbitos del discurso) al *hecho* de que

el fundamento axiológico de los derechos fundamentales, necesariamente ausente del Ferrajoli teórico del derecho, se halle, sin embargo, continuamente presente en el Ferrajoli teórico del paradigma (¿cuándo nos olvidaremos de este término tan manido y desgastado?) garantista como forma necesaria de la rigidez constitucional. En este punto, el iusfilósofo italiano no acaba, me parece, de rebatir convincentemente a sus críticos, pero nadie le negará coherencia: la dimensión sustancial, nos dice, se deriva necesariamente de la formal, puesto que los mismos derechos políticos, elemento *formal* de la democracia, han de ser convertidos en vínculo sustancial (esto es, *material*) para las decisiones legislativas ulteriores. «Lo que es *forma* de la democracia se vuelve *sustancia*, es decir, límite y vínculo de contenido, cuando ella se protege de sí misma» (p. 344). Esta necesidad, como tantas otras de índole política en la doctrina de Ferrajoli, no es considerada por el autor de tipo valorativo: está dada en la naturaleza misma de los derechos y no presupone un discurso esencialista sobre los valores que éstos encierran. Igualdad, democracia, paz y protección del más débil, que son los contenidos axiológicos «empíricos» de los derechos fundamentales, se vinculan a la definición teórico-formal de derechos fundamentales mediante una «relación de racionalidad instrumental que liga medios a fines»; por tanto, no es la forma universal que define a los derechos la que sirve para dar cauce a sus contenidos (axiológicamente asumidos por Ferrajoli), sino «los fines para cuya obtención dicha forma es un medio necesario aunque, obviamente, insuficiente» (p. 317). Ferrajoli no considera que esto sea opinable: «los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales... a la democracia política tal como se expresa en las decisiones de las

mayorías contingentes» (p. 342). Las formas históricas que tales derechos adoptan son, hasta cierto punto, irrelevantes. En concreto, el constitucionalismo preconizado por Ferrajoli, por tanto, «no es, en modo alguno, un paradigma intermedio entre iusnaturalismo y positivismo, sino un desarrollo y un perfeccionamiento del positivismo jurídico» (p. 323).

De este modo, distinciones aparentemente valorativas son mostradas como analíticas, «verdaderas por definición» (p. 331), dotadas de necesidad lógica con independencia de que las sintamos, *además*, como axiológicamente necesarias. La distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales, antes apuntada, se encuentra en este caso, pues se centra en torno a las categorías de la universalidad y la singularidad; lo mismo ocurre con la establecida entre democracia formal y sustancial (distinción que ha suscitado las críticas de Bovero), como acabamos de ver. Incluso admiten ser relacionadas: si los derechos de sufragio activo no pueden ser enajenados, no se debe tanto a que los valores de la democracia lo impiden, sino a que «su carácter universal los sustrae a la autonomía privada ...» (p. 349).

El equilibrio que el positivista Ferrajoli establece entre formas necesarias y contenidos contingentes se plantea, así, en términos discutibles pero muy interesantes. Acaso lo más cuestionable esté, en mi opinión, en el corolario que de ello se deriva en lo relativo a la perspectiva histórica del concepto de derechos fundamentales: afirmar que aquéllos existieron desde el derecho romano es algo que contradice la más elemental prudencia histórica y que debería llamar nuestra atención sobre el riesgo de definir las categorías de nuestro oficio en términos exclusivamente analíticos. No puede tener más razón Bovero cuando afirma que «la idea misma de derechos funda-

mentales como derechos "anteriores a los deberes" puede concebirse sólo a partir de una concepción individualista de la sociedad y artificial del Estado, que nace en la edad moderna» (p. 221). Ésa es, precisamente, la clave: frente a lo que dice Bacelli, Ferrajoli sí es capaz de fundamentar los derechos de manera universal, porque *su diseño teórico es irrevocable de puro vacío*. Lo que no puede sorprender: cuanto más abstracto es un discurso, más suscribible resulta, porque las objeciones que plantea (las cuales, es cierto, no contradicen nuestra lógica, sino nuestro sentido histórico... o, en ocasiones, nuestro sentido común) pueden ser despachadas recurriendo a la separación con respecto a otros discursos: el dogmático-jurídico, el histórico-sociológico, el axiológico.

Por fortuna, el intelectual honrado que es Ferrajoli no se resiste a «bajar a la arena» de los contenidos y al debate que ello entraña; y no me cabe duda de que es ahí donde resulta más interesante. En este sentido, el otro gran bloque de cuestiones que trata este libro, el relativo al llamado *constitucionalismo mundial* y al papel reaccionario y excluyente de la soberanía, se deriva impecablemente de sus tesis teóricas sobre la naturaleza de los derechos y sus relaciones con las garantías: en efecto, desde 1948 ya no existe la soberanía, en sentido propio, pues la Declaración «ha afirmado el carácter supraestatal de los mismos derechos conferidos por las constituciones de las democracias avanzadas» (p. 178). La carencia de garantías, por ejemplo, del derecho universal a la paz, sería, desde este punto de vista, una laguna asociada al carácter, normativo y no fáctico, de la vinculación a los poderes públicos estatales que la Carta establece; laguna que ha de ser colmada, por el mismo motivo que han de serlo las existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales relativas, por ejemplo, a la falta de garantías

de los derechos sociales. Afirmar que el derecho universal a la paz no existe (de la única forma en que, de entrada, puede existir: *jurídicamente*) no es, desde el punto de vista teórico que el autor italiano adopta, muy diferente de convertir a aquéllos en meras prestaciones sociales *de facto*. La ciudadanía universal tampoco escapa a esta lógica, pese a las objeciones de Zolo (pp. 102 y ss.) o de Jori contra su «imperialismo de los derechos» (pp. 131 y ss.). En cuanto al controvertido *derecho a la autodeterminación*, entendido, no como autonomía económica y cultural, sino como derecho de los pueblos a organizarse como Estados, Ferrajoli lo impugna en nombre del sensatísimo argumento de la infinita susceptibilidad de la división que genera: «Siempre habrá en la minoría que realiza la secesión otra minoría que querrá realizarla a su vez contra la vieja minoría convertida en mayoría» (p. 360).

Acusado, aquí también, punto menos que de arcangélico, el autor italiano hace gala de una rara lucidez en este aspecto concreto de su doctrina, al afirmar que la óptica realista ha de invertirse y que lo que solemos ver como irreal en el corto plazo, «el cumplimiento efectivo de los deberes de cooperación correlativos a los derechos humanos sancionados por el derecho internacional ... es, a largo plazo, la única alternativa realista ... a un futuro de guerras, violencia y terrorismo» (pp. 176 y 177). Los puntos de vista globales no liberales ni economicistas (las únicas formas de lo global que admite el discurso oficial) suelen generar escándalo y acusaciones de utopismo: lo mismo ocurrió con el discurso ecologista en sus comienzos. Pero la única utopía que yace aquí, me parece, es la ilustrada, porque un mundo regido por la ley del más fuerte es lo más opuesto a la razón que existe.

Esto no es óbice para que, suscribiendo en lo esencial su posición al res-

pecto, encuentre dos serias objeciones. Por una parte, me parece que Ferrajoli peca aquí de un cierto optimismo ignorando (lo que le critica Bacelli: p. 205) que un derecho es lo que es su interpretación y que la diversidad de tradiciones jurídicas fuera del ámbito occidental plantea serios problemas a su cosmopolitismo, problemas no obviados con el argumento de que los derechos humanos no tienen por qué expresar necesariamente una ética compartida (pp. 365 y ss.). Por otra parte, creo que Ferrajoli maneja, en el ámbito de la juridicidad universal, una identificación falaz: uso de la fuerza con guerra y, por tanto, con no-derecho. En general esto es válido, pero creo que la afirmación «ninguna tutela de los derechos puede ser realizada mediante la guerra, antes que con el derecho» (p. 357) requiere algo más que una matización. No creo que una intervención (una guerra para parar otra guerra) como la que hubiera podido detener el genocidio de medio millón de personas en Ruanda (y que finalmente no se produjo, porque no había petróleo que controlar ni reconstrucciones que conseguir) pueda ser negada por antijurídica. Coincido con Ferrajoli en su vindicación de un monopolio de la fuerza para las Naciones Unidas, incluso en su actual diseño tan favorable a los poderosos; pero eso mismo, aceptado consecuentemente, lleva a no negar por sistema las intervenciones militares llevadas a cabo, en casos límite, para proteger a un estado de otro, o a una población de su propio estado; tan sólo debemos, me parece, negarnos a aceptar conductas chulescas y prepotentes como la de la única superpotencia mundial (contraria

tanto al control de las Naciones Unidas como a la jurisdicción universal derivada del estatuto de Roma), principal peligro para la precaria paz mundial, y que es apoyada sin sonrojo por gobiernos democráticos europeos, y de forma particularmente entusiasta por el nuestro.

Creo, en cualquier caso, que la postura de Ferrajoli, con todas las objeciones que se le puedan formular (sólo a algunas de las cuales he podido referirme en el breve espacio de que disponía) constituye uno de los ejemplos actuales más interesantes de cómo un punto de vista esencialmente teórico-descriptivo puede ser conjugado, no siempre sin riesgos, con un sentido normativo del papel de la ciencia jurídica, que no elude la reflexión sobre cuestiones axiológicas; un auténtico «iuspositivismo que finalmente comprende, en ambos sentidos de la palabra, la *ratio* profunda del iusnaturalismo», en la acertada expresión de Ermanno Vitale (p. 275). La doctrina italiana en materia de derechos fundamentales, y en particular los siete autores que colaboran en este acertadísimo volumen colectivo (Bacelli, Bovero, Guastini, Jori, Pintore, Vitale, Zolo), puede sentirse orgullosa de albergar en su seno a un polemista nato de la talla de Luigi Ferrajoli, del cual puede decirse, como del protagonista de cierta novela de Saint-Exupéry, que nunca da una pregunta por renunciada (ni, me permito añadir, una contestación por obviada).

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA
Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Nacional de Educación
a Distancia