

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA OBRA DE LUIGI FERRAJOLI

Dr. Andrea GREPPI *

1. DIFERENTES TEORIAS DE LOS DERECHOS

Cada vez más a menudo el lenguaje de los derechos del hombre va convirtiéndose en terreno común para la confrontación política cotidiana y la reflexión moral. La extraordinaria difusión del lenguaje de los derechos en nuestros días debe ser considerada como una consecuencia de la casi universal aceptación de la tesis, en absoluto evidente y fruto de una compleja experiencia histórica, según la cual determinadas exigencias éticas básicas *deben* convertirse en fundamento de legitimidad y en fin de la convivencia social, y por eso *deben* encontrar reconocimiento positivo y protección por parte de las instituciones jurídicas y políticas. Pero el consenso en torno a la necesidad de los derechos no cierra definitivamente la discusión en torno al catálogo de los derechos que deben ser reconocidos, ni tampoco sobre su contenido. Por eso la categoría de los derechos fundamentales ha podido convertirse en objeto de controversia, a la vez que ha servido para encauzar la controversia misma en un determinado sentido.

A pesar de ello el creciente interés por los derechos del hombre no se ha visto acompañado por una difusión de una reflexión teórica análoga sobre el concepto de los derechos fundamentales, y ello, todavía en nuestros días, es fuente de algunas dificultades y de no pocos malentendidos. La falta de claridad en el concepto de los derechos favorece, ante todo, una desconcertante difusión de la peor retórica política, que utiliza este consenso casi para cualquier finalidad. En el campo de la "filosofía de los derechos", en cambio, una notable imprecisión teórica, así como una actitud poco propensa a "tomar en serio" el carácter jurídico-positivo de los derechos, ha generado nume-

* Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

rosas dificultades que impiden la comunicación entre diferentes autores y escuelas.¹

Para cubrir esta laguna considero imprescindible partir desde la dimensión jurídica de los derechos fundamentales. En este terreno, la labor de los teóricos del Derecho tendría la mayor utilidad para establecer el terreno común: en el que *debe* moverse el lenguaje de los derechos, clarificando las diferentes concepciones de los derechos, habitualmente empleadas en el debate ético y político casi siempre sin llegar a hacerse explícitas. Desde este punto de vista, no se trata de comparar sus presupuestos ideológicos; ni tampoco las diferentes estrategias o presupuestos epistemológicos empleados en su fundamentación; sino principalmente de analizar, en la medida en que pueda mantenerse la autonomía de esta cuestión respecto de las anteriores, las diferentes teorías de los derechos del hombre como derechos fundamentales, esto es, como normas e instituciones positivas. Porque, por encima de la relevancia ética de su fundamento o de la conexión más o menos directa y fuerte que sea posible establecer entre concepto y fundamento,² lo cierto es que hoy la importancia de los derechos se encuentra indisolublemente vinculada al *hecho* de su reconocimiento positivo, es decir, a su transformación en uno de los elementos básicos de la estructura del moderno Estado de derecho.

Nadie puede poner en duda, además, que la teoría jurídica de los derechos ha cobrado, gracias a esa fundamental transformación histórica, una importancia especial dentro de la filosofía política y moral contemporánea. Todas las cuestiones relativas a la eficacia práctica de los derechos (de los derechos morales descritos por los clásicos del contractualismo moderno) pasan, de hecho, por su configuración como

¹ La última obra de Jürgen Habermas introduce precisamente esta importante novedad en el debate filosófico-político contemporáneo que, por cierto, en muchas ocasiones parecía haber olvidado la significación decisiva que tiene el acto de "positivación" o "juridificación" de los derechos y otras instituciones fundamentales del Estado de Derecho; *cfr.* HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt 1992, en especial ap. 1.3 dedicado precisamente a las dimensiones de la validez jurídica y ap. 3.2.

² En nuestro ámbito teórico, una de las más amplias y completas teorías actuales de los derechos fundamentales es la desarrollada a través de diversos trabajos por Gregorio Peces-Barba. Seguramente uno de los méritos de su planteamiento es haber mostrado con claridad el nexo, así como (de forma inevitable) la tensión que existe entre el fundamento ético de los derechos y su concepto jurídico, y ello tanto desde el punto de vista histórico como práctico; *cfr.* G. PECES-BARBA (y otros), *Curso de derechos fundamentales*, B.O.E., Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, en especial cap. IV.

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 191

instituciones jurídicas positivas. Sólo así, en mi opinión, es posible buscar una vía de salida a la paradoja descrita por C. S. Nino de la "superfluidad de la constitución histórica para el razonamiento práctico".³ La propia teoría de la democracia en cualquiera de sus dimensiones o de sus perspectivas tiene que medirse con esta dimensión jurídica; y por eso resulta, a mi entender, especialmente significativa esa circunstancia que señalaba al comienzo, es decir, el hecho de que un consenso casi universal en torno a la necesidad de los derechos tenga como contrapartida una generalizada falta de consenso (e incluso cierta despreocupación por parte de muchos teóricos de la política) sobre su naturaleza jurídica; sobre los problemas que suscita su interpretación, sus límites y, en general, sobre los caracteres básicos que permiten distinguir entre derechos fundamentales y aquellos otros derechos que no lo son.

En este sentido creo que puede ser de la mayor utilidad seguir la propuesta de Robert Alexy y distinguir entre teorías materiales, estructurales y formales de los derechos. De esta manera será posible identificar diferentes tipos o modelos teóricos según la respuesta que ofrecen —en términos del propio Alexy— a la pregunta básica de "qué es lo que hace que un enunciado de la Ley Fundamental sea una disposición de derecho fundamental".⁴ En esta pregunta se encuentra el núcleo de cualquier teoría jurídica de los derechos fundamentales como derechos positivos.

Siguiendo a Carl Schmitt, Alexy describe el criterio material como aquel que define como derechos fundamentales "sólo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, *por tanto*, son reconocidos como tales en la Constitución".⁵ Estructurales serían, en segundo lugar, las teorías que definen los derechos fundamentales en función de una determinada estructura normativa: siempre según Schmitt, sólo aquellos derechos que responden a la estructura de los

³ Cfr. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 42 ss.

⁴ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 63. Alexy presupone, como se habrá observado, una concepción semántica de la norma jurídica, y por tanto la diferenciación entre norma en sentido estricto y enunciado normativo. Por otra parte, es preciso observar que la distinción entre tres concepciones básicas de los derechos fundamentales no excluye la existencia de teorías que combinen, de forma diferente, elementos pertenecientes a diversos modelos básicos.

⁵ La cita de Schmitt aparece en R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 63 (las cursivas son mías).

derechos de libertad pueden ser fundamento del Estado liberal de derecho. Sólo podrían ser designadas entonces como “normas de derecho fundamental” aquellas que confieran derechos subjetivos,⁶ aunque es cierto que, en general, sería posible imaginar otros criterios estructurales diferentes y menos restrictivos: la teoría de los derechos fundamentales desarrollada por Luigi Ferrajoli, que es el objeto principal de este trabajo, representa precisamente un ejemplo de cómo desarrollar una teoría estructural que escape a esa identificación entre derechos fundamentales y derechos de libertad. Por último, las teorías que opten por un criterio formal para la identificación de los derechos fundamentales incluirán en esta categoría “todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado *Derechos fundamentales*”, así como, y este complemento resulta indispensable, “todas las disposiciones satélites correspondientes [...] respecto a las cuales esta disposición admite el recurso de inconstitucional”.⁷ Dependiendo de las particularidades de cada ordenamiento, el criterio formal podrá hacer referencia tanto al hecho del reconocimiento en textos de carácter supremo, como al establecimiento de garantías reforzadas: equivale pues a lo que, en España, Luis Prieto ha denominado “grado de resistencia” de los derechos fundamentales.⁸

La tarea es muy amplia y no necesariamente tiene que concluir con una respuesta definitiva sobre cuál entre las tres teorías rivales, o qué combinación entre ellas, es la “mejor” teoría de los derechos. De momento, parece que ninguna de las tres se encuentra a salvo de profundas dificultades.

Por lo que respecta al criterio material el mayor obstáculo deriva probablemente de que, como dice de nuevo Alexy, “desde el primer momento” estas teorías vinculan “el concepto de derecho fundamental con una determinada concepción del Estado”.⁹ No es el lugar para discutir en profundidad esta cuestión, pero creo que este vínculo ético-

⁶ *Ibidem*, p. 64.

⁷ *Ibidem*, p. 65.

⁸ Cfr. L. PRIETO, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990., pp. 105 ss.

⁹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 64. A primera vista, las teorías de los derechos morales parecen no encajar en la descripción que Alexy ofrece de las teorías “materiales” de los derechos. Y es que en efecto, estas teorías explícitamente se sitúan en un contexto diferente. La generalización de Alexy, sin embargo, resulta oportuna en relación con estas teorías en el momento en que nos planteamos la conexión o el salto entre los derechos “morales” y los derechos “legales”.

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 193

(o alguien puede decir también ideológico) genera graves dificultades para la determinación de qué es una norma de derecho fundamental. Al menos desde un punto de vista práctico, la demostración “objetiva” de la existencia de un orden de valores extra o supra-legal, o bien, de una supuesta decisión programática fundamental, no siempre resulta significativa para explicar las discrepancias que de hecho se producen en la interpretación de los derechos. Difícilmente, en aquellos casos en los que resulta imposible alcanzar un consenso unánime sobre la “correcta” interpretación de enunciados iusfundamentales, es probable que no se logra alcanzar tampoco un consenso claro sobre aquella “concepción del Estado” que habría debido servir de clave para el descubrimiento de cada decisión particular.

El criterio de identificación de las normas iusfundamentales que he denominado formal, a pesar de su incontestable claridad, tampoco parece libre de dificultades. En primer lugar, si efectivamente quiere mantenerse apegado al texto constitucional se encontrará desarmado para resolver las deficiencias o las posibles contradicciones que aparezcan en el interior de ese mismo texto. Pero además, en el momento mismo en que comience la labor de aplicación del texto fundamental, debería ser capaz de determinar si las innumerables normas derivadas y disposiciones satélites que reclaman protección jurídica fundamental merecen o no esa protección especial. Si no me equivoco, el criterio formal puede resultar insuficiente hasta el momento en que no venga a ser completado por una teoría de la interpretación de los derechos fundamentales. Los problemas de identificación, aparentemente resueltos con la referencia al texto constitucional, vuelven a presentarse entonces, aunque en una sede diferente.

Las teorías estructurales, por último, encuentran dificultades hasta cierto punto análogas a las materiales. A diferencia de estas últimas, las estructurales tendrían la ventaja de no determinar de antemano el contenido de los derechos. En la práctica sin embargo, como vemos en el caso de Schmitt, la decisión acerca de la “estructura” parece ir inevitablemente asociada a una decisión acerca de la función y el contenido de esta categoría jurídica. Ni la estructura de las normas de derecho fundamental, ni su posición dentro del ordenamiento permiten identificar de manera “objetiva” qué normas son fundamentales. La atribución de un carácter iusfundamental a una norma concreta remite, en último término, a una decisión en la que difícilmente se puede prescindir de un juicio sobre el contenido de cada derecho. Este

es el caso que será analizado con más detenimiento en el ejemplo que propongo a continuación.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL Y VOLUNTAD DEMOCRÁTICA

La concepción estructural de los derechos fundamentales desarrollada por Luigi Ferrajoli y que será descrita en las próximas páginas, se enmarca dentro de una teoría general del Derecho y del método de la ciencia jurídica y encuentra su fundamento en una precisa reconstrucción filosófico-política del paradigma del Estado de derecho. Por su carácter estructural representa, en mi opinión, una alternativa interesante a la vez que poco explorada frente a la concepción material que, por razones diversas, parece estar imponiéndose en la jurisprudencia constitucional, en la dogmática y en la filosofía de los derechos.¹⁰ El interés de este modelo, en mi opinión, reside en su capacidad para sortear las dificultades que derivan de la conexión *directa* entre la ética y los criterios de identificación de normas iusfundamentales.¹¹ Tengo la impresión de que el postulado básico de la separación entre Derecho y moral resulta inevitable si consideramos que el pluralismo constituye el rasgo esencial de nuestra condición histórica, y por tanto debe ser aceptado cualquiera que sea la posición meta-ética que prefiramos.

Por otra parte, y ésta es la cuestión que será discutida en las siguientes páginas, el modelo teórico propuesto por Ferrajoli conduce a una determinada respuesta sobre el clásico problema de la relación entre derechos del hombre inscritos en la articulación del Estado constitucional) y democracia. Es en este punto donde, a pesar de mi acuerdo con la mayor parte de su planteamiento, quisiera mostrar un posible

¹⁰ Esta hegemonía se ha manifestado con particular claridad en las últimas décadas con la denominada "jurisprudencia de valores" que parecía imponerse progresivamente en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos, Es conocida, sin embargo, la presencia de tendencias dispares, lo cual sirve de fundamento a una crítica del generalizado eclecticismo de los tribunales; sobre ese eclecticismo metodológico, *cfr.* el clásico estudio de E. BÖCKENFÖRDE, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo e I. Villaverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993, pp. 44-71.

¹¹ *Cfr.* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 203 ss. [en versión castellana, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995].

límite a sus consecuencias rigurosamente contramayoritarias. Me parece, en efecto, que difícilmente una teoría de los derechos puede aspirar a resolver de forma tajante la tensión entre los derechos mismos y el ejercicio de la soberanía. Para aclarar los términos en que Ferrajoli plantea la identificación, pero también la absoluta primacía, de los derechos sobre la democracia, y con el fin de encontrar algún punto de apoyo para justificar mi reticencia frente a esta última tesis, intentaré recomponer a continuación algunos de sus planteamientos teóricos en esta materia.

La concepción de los derechos que nuestro autor propone deriva de una precisa interpretación de la evolución histórica del moderno Estado de derecho, como forma política orientada precisamente a la garantía de algunos derechos. Frente a la concepción iuspositivista (o, en palabras de Ferrajoli, “paleo-positivista”) de los derechos como auto-limitación al poder soberano del Estado, el Estado constitucional de derecho se habría desarrollado en el presente siglo como “ordenamiento en el que todos los poderes están sometidos a derecho”.¹² El “residuo absolutista” de la superioridad de la ley estatal —prosigue nuestro autor— habría desaparecido en el modelo del Estado constitucional “con el descubrimiento de la rigidez de las constituciones como normas superiores a las leyes ordinarias y con la consiguiente penetración en el derecho positivo de una racionalidad axiológica y sustantiva, que se suma a la originaria racionalidad puramente formal y procedimental”.¹³ Esta racionalidad que Ferrajoli describe como “axiológica y sustantiva”, por un lado, y “puramente formal y procedimental”, por otro, es precisamente la que se expresa a través de la institucionalización jurídica de los derechos fundamentales. El punto decisivo en este difícil equilibrio entre elementos “formales” de justificación interna y “sustantivos” de justificación externa (entre ser y deber-ser en el derecho positivo) se encuentra en la posibilidad de definir en términos “estructurales” y “no-valorativos” los derechos fundamentales, sin alterar los términos de la distinción ya consolidada entre Derecho y moral.

Por otra parte, una definición del Estado constitucional como ordenamiento en el que se encuentran sometidas a derecho no solamente las *formas*, sino también los *contenidos* de la producción de nuevas

¹² L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Anabasi, Milano, 1995, p. 33.

¹³ *Ibidem*, p. 34.

normas jurídicas,¹⁴ trae al menos dos consecuencias diferentes, ambas desarrolladas por nuestro autor: la primera, la distinción, fuertemente defendida, entre “validez” y “vigencia” del derecho positivo, de donde deriva una determinada concepción del método de la interpretación jurídica; la segunda, sobre la que me interesa llamar la atención aquí, afecta a la supuesta dimensión “sustancial” de la democracia y, por tanto, a la relación entre soberanía popular y derechos fundamentales. La siguiente cita deja constancia de cuál es la posición de Ferrajoli en esta materia:

Con el sometimiento del propio poder legislativo de la mayoría a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo del Estado de derecho se perfecciona y se completa en el Estado constitucional de derecho, y la soberanía interna, entendida como *potestas absoluta*, se disuelve definitivamente, dejando de existir ya poderes absolutos porque todos se encuentran sometidos a derecho.¹⁵

Y añade:

No deja de ser cierto que las constituciones siguen hablando de ‘soberanía popular’. Pero se trata de un simple homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los ordenamientos actuales [...]. Por tanto, ni tan siquiera el pueblo es ya soberano en el viejo sentido de *superiorem non recognoscens* o *legibus solutus*. Ni mucho menos aun la mayoría, puesto que la garantía de los derechos de todos —también frente a la mayoría— se ha convertido en rasgo característico del Estado democrático de derecho.¹⁶

Pues bien, a diferencia de lo que opina nuestro autor, no puedo considerar *definitivamente* cerrado el problema de la relación entre

¹⁴ *El constitucionalismo jurídico* implica, según Ferrajoli, la existencia de “un sistema de reglas sobre el ‘deber ser’ del derecho positivo. [...] Gracias a ellas —prosigue— es el propio ‘deber ser’ del derecho, y no sólo su ‘ser’ —su modelo axiológico y no sólo su existencia— aquello que queda incorporado al ordenamiento positivo, bajo forma de ‘derecho sobre el derecho’, como límites y vínculos jurídicos sobre la producción jurídica. De aquí deriva una innovación estructural en el positivismo jurídico, y que es además un producto —quizá el más importante— de la ciencia jurídica moderna: la determinación jurídica del propio derecho positivo [...], mediante la articulación del ordenamiento en diferentes niveles normativos y la disociación [...] entre validez y vigencia”; L. FERRAJOLI, “Note critiche ed auto-critiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*”; en L. Gianformo (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., p. 462. Cfr. además L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 895 ss.; y L. FERRAJOLI, “El derecho como sistema de garantías”, trad. P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, vol. 16/17, núms. 2/3, 1993, pp. 61-69.

¹⁵ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., p. 34.

¹⁶ *Ibidem*.

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 197

democracia y derechos.¹⁷ Por eso, al final de este trabajo, intentaré recuperar algún espacio para el libre juego de la voluntad democrática, más allá de la simple “forma” de las decisiones que afectan a la concreción de los derechos fundamentales. Y ello, en primer lugar, porque a pesar del carácter presuntamente “universal” de los derechos, todo pueblo conserva siempre la posibilidad de trazar el rumbo de su propia historia, esto es, de darse a sí mismo una Constitución y de reescribir y quizá suprimir los fundamentos de legitimidad de su orden político. Pero sobre todo (y este segundo argumento es el que me parece preferible) porque en el ámbito de los derechos, más aún que en otros sectores del ordenamiento, es inevitable reconocer la presencia de importantes márgenes de discrecionalidad interpretativa, ya que dentro de esos ámbitos, a diferencia también de lo que sucede en otros lugares del ordenamiento, sí existe un poder con legitimidad suficiente para resolver; o expresamente dejar sin resolver, posibles antinomias y lagunas.

Creo en definitiva que en materias fundamentales la interpretación del contenido de los enunciados constitucionales tiene una relevancia absolutamente decisiva (será suficiente pensar en los casos de interpretación del derecho a la vida, o de los principales derechos económicos y sociales), y que dentro de esos márgenes nadie posee una legitimidad más fuerte que las mayorías. Esto es, dicho en términos algo más precisos: tengo la impresión de que los presupuestos epistemológicos propios de una teoría liberal del derecho, reconstruidos con gran claridad por Ferrajoli en el ámbito del derecho penal sobre la base de una epistemología de carácter cognitivo, acaban perdiendo fuerza en el campo específico de la interpretación de los derechos fun-

¹⁷ Retomo aquí una sugerencia de Michelangelo Bovero en la que criticaba la redefinición propuesta por Ferrajoli del concepto de “democracia sustancial” como efectiva garantía de todos los derechos fundamentales; *cf.* M. BOVERO, “La filosofía política di Luigi Ferrajoli”, en L. Gianformaggio (ed.) *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, cit.*, pp. 399-405. Frente a ello reitera Ferrajoli: “[...] Si las normas *formales* sobre la vigencia se identificaron, en el Estado democrático de derecho, con las reglas de la democracia *formal* o política que disciplinan las formas de aquellas decisiones que son expresión de la voluntad de la mayoría, las normas *sustanciales* sobre la validez, disciplinando la *sustancia* o el *significado* de esas mismas decisiones, y vinculándolas, a través de la sanción de su invalidez, con el respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos que ellas mismas establecen, ofrecen las reglas de aquello que bien podemos caracterizar como *democracia sustancial*”; L. FERRAJOLI, “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, cit.*, p. 506:

damentales, o bien, resultan demasiado exigentes para la práctica del sistema democrático.

Pero antes de detenerme en esta cuestión es preciso conocer en qué consiste y cómo se justifica la definición estructural de los derechos fundamentales que Ferrajoli ha propuesto.

3. UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL BASADA EN LA IGUALDAD

El concepto de derechos fundamentales desarrollado por Ferrajoli, aún estando basado en las nociones de igualdad y universalidad, pretende mantener un carácter puramente “estructural” y por tanto, en un sentido muy específico, “avalorativo”. Aparece aquí una dificultad evidente pues no cabe duda que, desde la perspectiva de la justificación de las instituciones jurídicas,¹⁸ las nociones de igualdad y universalidad muestran una inmediata conexión con el principio de tolerancia y el valor de la persona. No obstante, es importante tener en cuenta que la definición estructural propuesta se sitúa expresamente en una “perspectiva interna”, y por tanto hace referencia tan sólo a los principios fundantes del orden jurídico. Sólo en este ámbito la definición propuesta reivindica su completa “neutralidad” respecto de los posibles contenidos que adopten las normas de derecho fundamental.

Veamos pues cómo se articula la distinción y la relativa autonomía entre el ámbito interno y externo en la estipulación de un concepto de derechos fundamentales. Sólo podrán ser considerados “fundamentales” —se dice— aquellos derechos que han sido atribuidos positivamente de forma igual y a todos. Lo cual permite afirmar que el ámbito de los derechos y el de la igualdad son idénticos: los derechos son fundamentales si aseguran la igualdad, y, viceversa, la igualdad jurídica es consecuencia de la existencia de derechos fundamentales.¹⁹ Lo cual

¹⁸ Sobre la distinción entre ámbito de legitimación “externa” e “interna”, entre otros lugares, *cfr.* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.*, pp. 203 ss. La propuesta de Ferrajoli, como veremos a continuación, evita caer en una definición puramente “ideológica” afirmando que “igualdad” y “universalidad” son caracteres meramente *estructurales* de las normas iusfundamentales. Desde el punto de vista interno de la teoría, esos conceptos no actúan como valores, como auténticos referentes axiológicos, sino como cuantificadores “lógicos” que permiten la identificación de una clase de normas.

¹⁹ *Ibidem*, p. 949. La “igualdad jurídica” que resulta relevante en este caso, puede ser definida, siguiendo a Ferrajoli como “igualdad en los derechos fundamentales”. Este concepto permite combinar, a un mismo tiempo, los aspectos formales y sustanciales de la igualdad, pues incluye las diferencias *personales* y excluye las

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 199

va a tener una importancia decisiva a la hora de explicar la naturaleza jurídica de los derechos. De esta afirmación se desprende en efecto que los derechos fundamentales perderían su condición de derechos “iguales” si pudieran ser objeto de actos “particulares” de disposición. Por ello, la estipulación de su carácter universal convierte a los derechos fundamentales en derechos intangibles, los sitúa *fuera* del ámbito de lo jurídicamente relevante.

Sobre esta base, Ferrajoli ha establecido la distinción tajante entre derechos “fundamentales” y los restantes derechos de carácter subjetivo, que ha denominado “patrimoniales”. El mismo argumento permite afirmar además que “las libertades y su ejercicio” forman la base de “la igual *personalidad jurídica* de cada sujeto en cuanto persona y ciudadano”, estableciendo por tanto “las condiciones de su identidad jurídica”.²⁰ Por el contrario, “la suma de las *situaciones jurídicas* caracteriza las diferentes, singulares e irrepetibles *esferas o condiciones jurídicas* de cada sujeto: su posición de propietario de éste o aquel objeto; de deudor o acreedor [...], etcétera. Ello permitirá sostener, en último término, el carácter originario o fundante (efectivamente “fundamental”) de los derechos, y el carácter “positivamente fundado” de las restantes situaciones jurídicas particulares.²¹

La definición estructural propuesta incluye además los siguientes rasgos. En primer lugar: “[...] Los derechos fundamentales, en contraposición a la particularidad de las situaciones jurídicas, pueden ser

sociales. Por un lado, la igualdad *formal* prescribe “que los hombres *deban ser considerados como iguales* incluso prescindiendo del *hecho* de que son diferentes”. Por el contrario, la igualdad *sustancial* prescribe que los hombres *deban ser puestos en la medida de lo posible en condiciones de igualdad*, y que por tanto no se debe prescindir del hecho de que son económica y socialmente desiguales. Cada una de estas dos dimensiones de la igualdad en derechos se traduce finalmente en derechos de libertad y derechos sociales, o derechos de no interferencia y derechos a prestaciones positivas.

²⁰ *Ibidem*, pp. 952 y 950, respectivamente.

²¹ La redefinición estructural del concepto de derechos fundamentales, así como la distinción entre diversos niveles de legitimación, habría permitido al autor escapar al dilema entre una fundamentación iusnaturalista y estrictamente positivista de los derechos. Según Alberto Contu habría permitido a nuestro autor avanzar en una doble dirección: por un lado, “la calificación de los derechos fundamentales como principios axiológicos de justificación del Estado, *fundantes* en cuanto principios ético-políticos externos, pero *carentes a su vez de fundamento en cuanto ellos mismos fundantes*”; y, por otro lado, “la positivación de los derechos fundamentales como normas jurídicas de rango constitucional”; A. CONTU, “La sovranità illegittima. Teoria del garantismo, tutela dei diritti fondamentali e prospettiva del federalismo”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., p. 409.

caracterizados como *universales*”, pues “*pertenecen en igual medida a todos*”.²² Por otra parte, y de nuevo a diferencia de las demás situaciones jurídicas, los derechos son *indispensables* pues “no se intercambian y no se acumulan, sino que permanecen siempre iguales a sí mismos para cada persona, sin interferir [con la esfera jurídica de las demás personas], ni sufrir interferencias con el variar de las situaciones jurídicas”.²³ Por eso mismo los derechos pueden ser definidos también como *indivisibles e inviolables*. Se configuran así como límite de lo no jurídico, normas clausura del sistema jurídico; o como límites frente al poder, al ser “meras facultades” o “libertades” que no pueden ser afectadas por ningún poder jurídico legítimo.

“Todo ello —concluye Ferrajoli, retomando la idea apuntada más arriba— contribuye a hacer más insensata la asociación entre los derechos fundamentales y las demás figuras de derechos o potestades, sugerida por la omnicompresensiva categoría de los ‘derechos subjetivos’”.²⁴ Y conduce, como veremos, a establecer una distinción conceptual entre derechos fundamentales universales y abstractos, y el conjunto de las garantías jurídicas. Estas últimas, si mi interpretación es correcta, configuran la mayor parte de las situaciones jurídicas concretas en que las normas abstractas y universales sobre derechos fundamentales se aplican.

4. PRIMERA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE ESTA DEFINICIÓN

La definición de derechos fundamentales expuesta en el apartado anterior, presupone una diferenciación estricta, y novedosa, entre los “derechos fundamentales” y las restantes “situaciones jurídicas particu-

²² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 953. Los derechos fundamentales ha explicado Ferrajoli en un seminario aún inédito sobre esta materia, son *universales* en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*. Este argumento permite a Ferrajoli excluir el derecho de propiedad (que no un abstracto derecho de acceder a la propiedad) del catálogo de los derechos fundamentales. Sobre ello escribe: “La propiedad, como el derecho de crédito y los demás derechos patrimoniales, no es en absoluto *universal* en el mismo sentido en que lo son los demás derechos de la personalidad y de ciudadanía, tanto si son humanos, como civiles, políticos o sociales: es un derecho por naturaleza *existencial (o singular)*, *excludendi alios*, que no corresponde a todos, pues cada persona puede ser o no titular, y en caso de ser titular lo es siempre con exclusión de las demás personas”; cfr. L. FERRAJOLI, “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona”, en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 270, nota 8.

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 201

lares” que no tienen ese carácter. Ya en uno de sus primeros trabajos, la *Teoria assiomatizzata del diritto* del año 1970,²⁵ Ferrajoli había desarrollado una crítica de la categoría dogmática tradicional de los derechos subjetivos, empleando esa misma distinción estructural que acabo de mencionar entre derechos subjetivos de carácter patrimonial y aquellos derechos y libertades que, por su carácter universal, son fundamentales.

Su planteamiento se enmarcaba dentro de una sistematización general de los actos y las situaciones jurídicas. En aquella obra se definían los *actos* como “aquellos comportamientos que son causa de al menos un efecto jurídico”, y las *situaciones* como “figuras de calificación que, al menos en una ocasión, se realizan por medio de un acto jurídico”, estableciendo así una equivalencia, o una relación de coextensionalidad, entre actos y situaciones. De la definición originaria de “acto” derivaban, según nuestro autor, los dos corolarios siguientes: 1) todo acto es causa al menos de un efecto; y 2) todo efecto ha sido causado por un acto.

El primer corolario era utilizado para rechazar la relevancia jurídica de los “simples actos”, públicos o privados, que carecen de efectos jurídicos, así como la categoría (que más nos interesa aquí, desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales) de los “actos lícitos”, en la que se incluyen habitualmente “todos aquellos actos que no son considerados ilícitos”.²⁶ Sostenía por el contrario Ferrajoli que “aquellos comportamientos que carecen de efectos son actos jurídicamente irrelevantes o indiferentes, o sencillamente actos no-jurídicos [*non-atti giuridici*]”.²⁷ Desarrollaba asimismo un argumento análogo en relación con los meros permisos, llegando a una crítica de

²⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970. Prescindo, como el lector podrá comprobar, de toda demostración axiomática de los términos y las proposiciones citadas del profesor Ferrajoli. Como él mismo explica, la formalización axiomática tiene una función exclusivamente complementaria a la exposición discursiva: ambas pueden ser empleadas de forma independiente.

²⁶ *Ibidem*, p. 67.

²⁷ *Ibidem*, p. 69. “Bajo el punto de vista semántico [escribe Ferrajoli] las dos equivalencias pueden ser interpretadas como enunciación de una sinonimia, y más exactamente de una coextensionalidad, entre acto y producción de efectos, por un lado, y entre situación y modalidad de un acto, por otro”; *ibidem*, p. 65 (donde “modalidad” ha sido definida como “figura de calificación”). Esto significa, por ejemplo, establecer una equivalencia lógica entre la “obligación de pagar” y el “comportamiento obligatorio del pago”. De estos dos postulados teóricos derivan además dos teoremas: 1) “Todos los actos tienen como modalidad [...] una situación”; 2) “Todas las situaciones tienen por causa (o son efectos de) un acto”; cfr. pp. 92 y 93.

lo que denominaba el “panjuridicismo” implícito, por ejemplo, en la doctrina kelseniana de la norma.²⁸ Las definiciones propuestas implican la tesis que, para atribuir a un acto carácter “jurídico”, es necesario identificar contemporáneamente “el específico efecto jurídico causado”.²⁹

A partir del segundo corolario se llegaba, en cambio, a una reformulación del concepto de “acto jurídico”, y a la tesis de que “no existen efectos jurídicos que no hayan sido causados por actos”.³⁰ Se desarrollaba entonces un análisis de la definición de “situación jurídica” que servía de base para la crítica de la noción de derecho subjetivo, en sus diferencias con las nociones afines de potestad, poder, interés, facultad, etcétera.³¹ A partir de la tesis según la cual toda situación jurídica se realiza al menos en una ocasión por medio de un acto, Ferrajoli llegaba a la conclusión de que las figuras de la “mera facultad” y el “mero deber” no pueden tener naturaleza jurídica.³² En concreto, en relación con el ejercicio de los derechos (fundamentales o no) afirmaba que “los comportamientos de mero uso o disfrute por medio de los cuales se realiza una situación” *no* tienen naturaleza propiamente jurídica, pues no son causa de ningún *efecto*. “No merecen el nombre de situaciones [escribía nuestro autor] las *meras facultades o libertades* —como por ejemplo las libertades constitucionales o las facultades de mero uso y disfrute inherentes a un derecho real— que se ejercen, no por medio de actos, sino de comportamientos meramente lícitos que no generan ningún efecto jurídico”.³³

Aceptadas las condiciones anteriores era posible afirmar que la “posición jurídica” de toda persona puede ser descrita como un conjunto de “situaciones” positivas, que resultan ser, a su vez, consecuencia de determinados “actos” igualmente positivos. La condición de cada persona se encuentra determinada por un conjunto de “actos” positivos, y no de “libertades”. Así se explica la anterior afirmación según la cual los derechos de libertad *no* pueden ser causa de la “posición ju-

²⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 73 y pp. 83 ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 73.

³⁰ *Ibidem*, p. 74. Sobre esta base llega Ferrajoli a rechazar la existencia de “hechos naturales” que puedan ser “causa” de actos jurídicos; cfr. *ibidem*, pp. 75 ss.

³¹ *Ibidem*, p. 79.

³² *Ibidem*, p. 83.

³³ *Ibidem*, p. 82. Todo este planteamiento lleva a nuestro autor a establecer los dos principios simétricos y complementarios de “deonticidad de los actos” (todo acto se encuentra deónticamente calificado por una situación jurídica”, p. 96) y de “positividad de las situaciones” (“toda situación ha sido positivamente causada por un acto jurídico”, p. 97).

rídica” de nadie: a diferencia de los demás derechos patrimoniales que sí son causa de efectos, y son a su vez reflejo de la existencia de actos jurídicos concretos, los derechos de libertad siempre son “modalidades ‘naturales’, o ‘innatas’ y ‘originarias’ del sujeto, en el sentido de que preexisten a cualquier acto y a cualquier norma positiva, y se mantienen frente a ellas precisamente gracias a la ausencia de actos prescriptivos o de normas que interfieran en su esfera de actuación”.³⁴

Se explican así los rasgos que nuestro autor había atribuido a los derechos fundamentales. Ante todo su carácter *absolutamente* “igualitario” e “inderogable”, pues quedan situados, por *definición*, más allá de la esfera de lo jurídico. Pero además, su carácter “indisponible”, “irrenunciable”, “esencial” y “personalísimo”, que se desprende del hecho de que corresponden siempre *por igual* a toda persona. “[...] Las libertades, precisamente porque no son derechos, no necesitan títulos que justifiquen su disfrute: corresponden a todos indistintamente, sin necesidad de la existencia de algún título causal [...]”. Se encuentran sustraídas, como ha escrito también recientemente, tanto “al régimen iusprivatístico de la autonomía del sujeto”, como al regateo y a la negociación política.³⁵

“Podría parecer [comentaba Ferrajoli en ese mismo texto de 1970] que la negación de la calidad de situaciones, y más concretamente de derechos subjetivos, a las figuras de ‘libertad’, disminuye de alguna forma su valor y su relevancia en el orden jurídico”. Por el contrario,

³⁴ *Ibidem*, p. 98. El mismo planteamiento propuesto en 1970 ha sido desarrollado recientemente, sirviendo como base para una crítica del concepto de ciudadanía: mientras los derechos patrimoniales son variables y modifican el *status* jurídico de cada ciudadano particular, los derechos fundamentales pueden ser configurados como atributos “originarios” de cada persona; *cfr.* L. FERRAJOLI, “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona”, en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, cit.*, pp. 268 ss.

³⁵ “[...] Las libertades, en cuanto carecen de título, se ejercen en condiciones ideales de ‘igualdad’, mientras que las situaciones, en cuanto presuponen la existencia de títulos, representan factores esenciales de ‘desigualdad’. [...] Es posible por tanto [concluye] constatar y denunciar la imperdonable contaminación que bajo la ambigua categoría del ‘derecho subjetivo’ ha sido realizada por la doctrina tradicional, confundiendo la libertad, configurada como ‘derecho de libertad’, y la propiedad y el crédito, configurados respectivamente como ‘derecho real’ y ‘derecho personal’”; *ibidem*, p. 98. En sentido análogo, *cfr.* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.*, pp. 951 ss. Entre las numerosas críticas a esta exclusión de la propiedad del catálogo de los derechos, recientemente, M. JORI, “La *cicala e la formica*”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, cit.*, pp. 109 ss.; *cfr.* la respuesta del autor en L. FERRAJOLI, “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*”, en las pp. 508 ss., de ese mismo volumen.

en su opinión, “esa negación permite iluminar tanto su valor político como el significado de su garantía jurídica”.³⁶ Y, en efecto, a pesar del rigor de la exposición, posiblemente el autor se daba cuenta de las consecuencias fuertemente contraintuitivas de su argumento. En particular, quedaban abiertas dos cuestiones: en primer lugar, no se tomaba en consideración la existencia de derechos fundamentales que no consisten en “libertades”, sino en derechos que exigen intervenciones jurídicas positivas por parte de algún sujeto titular de un deber correlativo al derecho; en segundo lugar, faltaba algún elemento que permitiera establecer un nexo entre las libertades, situadas aparentemente en un ámbito “ajeno” al Derecho, y las garantías jurídicas particulares, es decir, aquellas situaciones directamente vinculadas a la existencia de derechos o libertades fundamentales. Estas dos cuestiones, como veremos a continuación, iban a ser afrontadas a través de una reformulación del concepto jurídico de “expectativa”.

5. SEGUNDA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

El reconocimiento de la complejidad estructural de las situaciones jurídicas amparadas por normas de carácter fundamental, que ciertamente escapan del ámbito de lo que se había definido como “meramente permitido”, iba a suponer una revisión del anterior modelo de derechos fundamentales.

Sin renunciar a la crítica de la noción omnicomprendensiva de “derecho subjetivo”, el profesor Ferrajoli ha elaborado una nueva clasificación estructural de los derechos fundamentales en la que se distinguen cuatro tipos diferentes: los dos primeros, los *derechos civiles* y los *derechos políticos*, que tienen en común el hecho de ser *derechos-poder* o *derechos-autonomía*, respectivamente en la esfera privada o en la pública; los otros, los derechos de libertad y los derechos sociales, que consisten respectivamente “en *expectativas negativas* y en *expectativas positivas*, y que generan prohibiciones de interferencia y obligaciones de prestación que corresponden a los poderes públicos”.³⁷ De nuevo, al igual que en el modelo anterior, tanto las “libertades” como las “expectativas” serán calificadas como *fundamentales* tan sólo si responden al requisito estructural de la “universalidad” (si son derechos

³⁶ L. FERRAJOLI, *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale, cit.*, p. 98.

³⁷ L. FERRAJOLI, “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona”, en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, cit.*, p. 273.

o expectativas *omnium*: es decir, de todos y frente a todos).³⁸ Sólo por ese elemento los derechos son denominados “fundamentales”.

También esta segunda definición hace referencia a una teoría general de los conceptos jurídicos. La redefinición del concepto de “expectativa” constituye la principal innovación dentro de esta teoría, y en él se basa Ferrajoli para completar, junto con la noción de “permiso”, el conjunto de las situaciones jurídicas pasivas. Entre los postulados fundamentales de su teoría se encuentra el siguiente: “De cualquier argumento es cierto que, si existe la expectativa de su comisión, entonces existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida la omisión”. Ello permite al autor “caracterizar las expectativas sobre la base de su correlación con las modalidades que consisten en la no-permisión (negativa o positiva, según se trate de expectativas positivas o negativas), es decir, en la obligación o la prohibición del mismo argumento”.³⁹

Cualquier clase de derecho fundamental podría ser configurado en términos de “expectativas”: “no sólo —escribe Ferrajoli— aquellos que podemos denominar ‘derechos a’ o ‘positivos’, como los derechos de crédito y los derechos sociales, que consisten en expectativas (positivas) de prestaciones, sino también los derechos que podemos llamar ‘derechos de (o frente a)’ o ‘negativos’, como la propiedad y las libertades que, si bien consisten preferentemente en facultades y/o inmunidades, incluyen siempre expectativas (negativas) de no impedimento o de no-interferencia en su ejercicio o su disfrute”.⁴⁰ Consiguientemente, la categoría de los derechos fundamentales pasa a incluir tanto las anteriores modalidades de “derechos”, como aquellas expectativas que han sido positivamente definidas como *universales (omnium y erga omnes*: es decir, *de todos y frente a todos*) por el ordenamiento jurídico.⁴¹ Ello confirma el carácter “estructural” de la nueva definición propuesta.

Sobre esta base ha sido posible recomponer sistemáticamente el cuadro de las diferentes situaciones jurídicas constitutivas de derechos fundamentales. Pero sobre todo, y esto enlaza con el tema central que

³⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, “Aspettative e garanzie”, en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Editrice, en prensa, p. 15 del manuscrito facilitado por el autor.

³⁹ L. FERRAJOLI, “Aspettative e garanzie”, en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, pp. 1 y 2 del manuscrito citado.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, “Aspettative e garanzie”, en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, p. 5 del manuscrito citado.

⁴¹ *Ibidem*, p. 15.

pretendo discutir aquí, la noción de expectativa permitirá establecer el nexo entre las “meras libertades”, a las que se hacía referencia en el apartado anterior, y sus garantías, es decir, aquellas “técnicas y condiciones que aseguran su efectividad”. Además, en este nuevo modelo, la articulación de un sistema complejo en el que intervienen expectativas por un lado, y garantías por otro, ofrece la posibilidad de encontrar un acomodo para los actos y situaciones jurídicas particulares que derivan de los derechos fundamentales, pero que no se identifican con los actos de ejercicio de los restantes derechos patrimoniales.⁴² El punto crucial, al menos en mi opinión, se encuentra en el “nexo lógico” que la teoría puramente estructural pretende establecer entre las “expectativas” y las “modalidades imperativas” (obligaciones y prohibiciones) que a dichas expectativas corresponden. Expectativas y modalidades imperativas “se implican recíprocamente como posiciones jurídicas de sujetos diferentes que participan en una misma relación deóntica”.⁴³ “En la medida en que las expectativas positivas o negativas de un sujeto son respectivamente la otra cara de la obligación o la prohibición imputada a otro sujeto, y viceversa, no pueden existir, en el plano teórico, expectativas sin obligaciones y prohibiciones correspondientes, ni tampoco obligaciones y prohibiciones sin las consiguientes expectativas”.⁴⁴

En este sentido, Ferrajoli define como “garantías primarias” de una expectativa, tanto positiva como negativa, “aquellas obligaciones y prohibiciones que las propias expectativas implican”. Y define las “garantías secundarias” como aquellas “obligaciones (de aplicar una sanción o de anular) que corresponden a las expectativas positivas que a su vez constituyen el contenido de la sancionabilidad o de la anulabilidad que derivan, como efectos específicos respectivamente por los actos ilícitos o por los actos inválidos”.⁴⁵ Será posible describir las garantías como “la suma de obligaciones y prohibiciones que corres-

⁴² *Ibidem*, p. 13.

⁴³ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁴ Ello presupone la aceptación del tercer postulado básico de la presente teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, que reza: “Para toda modalidad y para toda expectativa existe alguna persona que es su titular”; *ibidem*, p. 2. “En el plano práctico —escribe Ferrajoli— ello significa que la estipulación de un derecho [...] exige que sea posible la identificación del titular del deber correspondiente; y que, aunque las constituciones hayan podido ser muy generosas en promesas de derechos, estas promesas no serán serias, esto es, lógicamente consistentes, mientras no se acompañen de la identificación de los deberes correlativos y de los sujetos, públicos o privados, a quienes se imputan los deberes”; *ibidem*, p. 12.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 13

ponden a las expectativas". La satisfacción de los diferentes derechos, de todos y cada uno de los actos particulares de aplicación de los derechos (fundamentales o no), se identifica con el cumplimiento de aquello que acaba de ser definido como "garantía primaria".⁴⁶

Todo lo cual presupone, como el propio autor explica, que la teoría sea capaz de formular de manera *objetiva* (e incluso de *deducir* en términos lógicos) *todas* las relaciones deónticas que surgen de la positivación de determinadas expectativas. En este punto se mide la consistencia teórica de la presente redefinición estructural, así como la viabilidad de algunas implicaciones prácticas del modelo de ciencia jurídica propuesto por el autor. La existencia de expectativas *sin garantías específicas*, escribe Ferrajoli, "se resuelve en la aparición de *lagunas deónticas*", es decir, se traduce en una obligación, estrictamente jurídica y positiva, que tiene por objeto "introducir" aquellas modalidades imperativas que están ausentes en el sistema, y que corresponde tanto al legislador como a cada uno de los jueces.

Y es en este punto, a mi juicio, donde reaparece el problema de los límites entre democracia y derechos fundamentales. Se trata de determinar en efecto hasta qué punto alcanza el postulado teórico de la "plenitud deóntica" del sistema jurídico, y en particular del sistema de derechos fundamentales estipulados en la Constitución.⁴⁷ Y es aquí donde la posición de Ferrajoli se muestra inflexible al afirmar que *todas* las modalidades imperativas pueden ser *deducidas* a partir de las expectativas expresamente reconocidas; o bien, que *todas* las expectativas sin garantías específicas generan lagunas que pueden ser colmadas utilizando los instrumentos de una dogmática crítica.⁴⁸ Pues, por ejemplo, solamente gracias al postulado de la plenitud deóntica, podemos afirmar que "la estipulación constitucional de la libertad de expresión genera la prohibición de censura o de otras formas de impedimento o limitación de su ejercicio; al igual que la del derecho a la asistencia sanitaria o a la educación genera la obligación del Estado de asegurar las relativas prestaciones".⁴⁹

Ahora bien, si este postulado de la plenitud teórica del ordenamiento efectivamente puede servir de guía en la labor de aplicación del derecho; si, como sabemos, las constituciones contemporáneas ha establecido un catálogo prácticamente exhaustivo de valores y derechos

⁴⁶ *Ibidem.*,

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 14.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 15.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 11.

fundamentales; y si efectivamente atribuimos a esos derechos un carácter universal, se debe llegar a la conclusión de que el postulado de la plenitud deóntica del sistema se traduce en la imposibilidad *lógica y teórica* de cualquier posible modificación en el sistema de expectativas positivamente establecido en el acto constituyente. Si los derechos fundamentales forman *realmente* un sistema pleno no podrá existir tampoco ningún poder jurídico constituido que tenga poder jurídico legítimo para alterar su contenido.⁵⁰ Ello equivale a decir, si no me equivoco, que todo lo que el legislador democrático puede hacer (en particular en materia de derechos fundamentales) está decidido de antemano. Y que toda posible laguna deóntica se traduce en una “obligación de obligar”, es decir, en una obligación jurídica de formular todas las modalidades imperativas derivadas, que ni siquiera el legislador democrático en *ningún caso* puede modular.

6. VOLUNTAD DEMOCRÁTICA Y DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

A partir de lo dicho en apartados anteriores, se puede concluir que el modelo teórico propuesto por Luigi Ferrajoli mantiene con una coherencia indiscutible su definición estructural de derechos fundamentales, así como una teoría más amplia sobre la garantía de los derechos en las diferentes situaciones jurídicas particulares. No resulta fácil, pues, justificar mi incertidumbre inicial sobre la insoluble tensión entre voluntad democrática y derechos, si no fuera porque, como indicaré a continuación, la posibilidad de establecer un nexo unívoco entre expectativas y garantías presupone otras cuestiones más generales relativas al concepto de derecho, y más concretamente, relativas a la semántica de las normas de carácter fundamental.

Para asegurar la conexión entre cada expectativa y las garantías correspondientes en cada situación jurídica es necesario acudir, como intentaré justificar a continuación, al *contenido* de cada derecho fundamental. Para formular las garantías que corresponden, por ejemplo,

⁵⁰ Esta plenitud “absoluta” se desprende también del postulado inicial de todo el sistema teórico propuesto por Ferrajoli. “De un acto [dice] o bien está permitida la comisión, o bien está permitida la omisión [...], pero es imposible que no estén permitidas ni la comisión ni la omisión”; *ibidem*, p. 2. Creo, sin embargo que, en materia de derechos fundamentales, existen cosas permitidas, cosas no permitidas y una tercera categoría de las cosas sobre las que el derecho guarda silencio. Pero ello exige una discusión que no sabría desarrollar ahora.

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 209

al derecho a la vida o la educación, es necesario disponer de alguna noción previa sobre el significado de cada uno de esos dos términos. En este sentido, es imprescindible pasar de la “teoría” o la “dogmática” de los derechos, o bien, según la terminología que el propio Ferrajoli empleara en una ocasión, desde el “lenguaje jurídico teórico” al “lenguaje jurídico observativo”.⁵¹ En la medida en que el lenguaje de la dogmática es lenguaje de segundo grado sobre el lenguaje de las normas (o del legislador), la formulación de garantías primarias o secundarias a partir de expectativas puede ser considerada como “válida” solamente si se encuentra fundada sobre definiciones léxicas “ciertas”, en las que se estipula el significado de las normas que recogen derechos y expectativas fundamentales.⁵²

En *Derecho y razón* Ferrajoli ha ofrecido una completa reconstrucción de los presupuestos epistemológicos del Estado de derecho, que tiene además consecuencias decisivas en relación con la cuestión de la discrecionalidad judicial y el método de la ciencia jurídica. Ha descrito, en particular, el carácter cognitivo de la epistemología garantista, basado en la noción de verdad como correspondencia y en un explícito convencionalismo ético.⁵³ Ahora bien, es precisamente en este punto donde se sitúa la posibilidad de reivindicar algún espacio para el poder soberano de las mayorías en la labor, por esencia interminable, de definición y redefinición del *contenido* de los derechos fundamentales. Se trata de poner en cuestión la extensión de un modelo epistemológico desarrollado en una esfera no fundamental del derecho (y, por

⁵¹ Cfr. L. FERRAJOLI, “La semántica della teoria del diritto, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, p. 111. “El carácter observatorio [de este lenguaje, explica en ese mismo estudio] no consiste en su referencia semántica a cosas o a acontecimientos, sino en su referencia a normas: y ello depende del hecho que el jurista dogmático [...] no observa ni cosas ni acontecimientos sino sólo normas; y del hecho que las cosas y los acontecimientos que son objeto de normas no pueden ser percibidas por él excepto en la medida en que —hipotética y normativamente— son tratadas por las normas”; *ibidem*, p. 107. De esta forma, “los conceptos y las aseveraciones de la dogmática son construidos por vía de análisis o interpretación del lenguaje legal [...] teniendo en cuenta la naturaleza lingüística del universo normativo”; *ibidem*, p. 108.

⁵² Cfr. *ibidem*, pp. 110 y 111. Ello permitiría, según dice Ferrajoli (y me pregunto si estas palabras no son en último término incompatibles con la tesis sobre la relación entre democracia y derechos que aquí pretendo poner en discusión) “excluir la posibilidad [...] de instaurar en el nivel de la dogmática, por medio del análisis de los discursos normativos, un lenguaje jurídico riguroso según una sintaxis lógica preconvenida”; *ibidem*, pp. 111 y 112.

⁵³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., cap. I de la primera parte, titulado *Cognitivismo o decisionismo*, pp. 5 a 66.

tanto, no fundante sino fundada) al campo de los derechos y libertades básicas. Se trata, en definitiva, de reclamar un grado moderadamente más alto de “escepticismo” acerca de la posibilidad de determinar el contenido semántico de los derechos, recuperando así una interpretación relativamente más flexible del conflicto entre democracia y derechos.

Por lo demás, las razones filosóficas de este “escepticismo” no son en absoluto extrañas a los planteamientos iniciales de *Diritto e ragione*. En el desarrollo de esta obra, sin embargo, las cautelas iniciales frente a un abierto cognitivismo normativo parecen ir disolviéndose, hasta quedar resueltas al tratar la cuestión de los derechos. A este propósito, en un trabajo anterior del propio autor encuentro un argumento que quizá pudiera ser recuperado aquí para justificar ese moderado “escepticismo” que reclamo como punto de partida para enfocar la relación entre democracia y derechos. En aquel lugar, el propio Ferrajoli ponía de manifiesto el carácter en última instancia *operativo* de las interpretaciones y definiciones léxicas utilizadas por la dogmática. “La bondad de los conceptos elaborados por el jurista [decía], independientemente de lo que se piense de su carácter científico, exige como banco de pruebas su capacidad para guiar la práctica judicial, mediante su uso en proposiciones de las que puedan ser predicadas con relativa certeza la validez o invalidez jurídica”.⁵⁴ Los conceptos de la dogmática —escribía más adelante— pueden ser aceptados “si y sólo si su elaboración no es fruto de definiciones convencionales libremente estipuladas por el jurista (o por el juez), sino de definiciones léxicas *vinculadas a convenciones legislativas* y por ello calificables y controlables como verdaderas sobre la base del lenguaje legal”.⁵⁵

Los problemas estriban, como es evidente, en determinar la naturaleza y los límites de un “control” que tiene un fundamento estrictamente “convencional”. Sobre todo porque, en mi opinión, y precisamente por su carácter “fundamental” o “fundante”, la interpretación de los derechos fundamentales *tiene que ver* con convenciones que no siempre resultan unívocas.⁵⁶ En especial en el caso de aquellos dere-

⁵⁴ L. FERRAJOLI, “La formazione e l’uso dei concetti nella scienza giuridica e nell’applicazione della legge”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 1985, p. 404.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 407 (las cursivas son mías).

⁵⁶ Una crítica al modelo epistemológico desarrollado por Ferrajoli aparece en V. VILLA, “Garantismo e verificazionismo, validità e vigore”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 171-187; cfr. también M. JORI, “La cicaia e la formica”, y D. ZOLO, “Ragione, diritto e morale

UNA DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 211

chos que en la práctica política resultan especialmente controvertidos, parece difícil prescindir definitivamente del derecho “natural” e “inalienable” que corresponde a cada nación para reinterpretar el catálogo de sus derechos (es decir, los enunciados constitucionales que han sido objeto de una convención expresa), e incluso, en el peor de los casos, de equivocarse, decidiendo prescindir de ellos.

En este sentido, y frente a uno de los elementos básicos del modelo garantista propuesto, parece que no siempre la indeterminación semántica de los enunciados en los que se recogen derechos fundamentales debe ser considerada como patológica. Se podría pensar incluso que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los derechos “fundados”,⁵⁷ la re-definición léxica de los derechos fundamentales no debe ser interpretada *únicamente* en términos de “estricta legalidad”: así por ejemplo en muchas situaciones de conflicto entre derechos fundamentales, o en aquellas en las que se reclama una reforma constitucional. En casos como éstos vuelve a hacerse evidente la necesidad, y al mismo tiempo la dificultad de establecer las bases teóricas para un constitucionalismo coherentemente positivista.⁵⁸

La consecuencia de este mayor grado de escepticismo normativo no sería tanto subrayar las limitaciones de una aproximación garantista al modelo de Estado constitucional, sino más bien, y al mismo tiempo, poner de manifiesto el amplio terreno en el que efectivamente resulta útil. La anterior observación sobre la incapacidad de la *dogmática* para establecer de forma clara el alcance de las convenciones semánticas sobre las que se asienta su propio lenguaje, permite establecer en qué ámbito de una teoría de los derechos se reabre el contraste entre democracia y derechos. Sólo en el campo de las convenciones originarias o fundantes el Derecho cede el paso a la política; pero en ese momento sí que es posible rehabilitar aquella soberanía popular que, en el texto citado más arriba, parecía quedar definitivamente superada.

En el terreno de estos fundamentos extrajurídicos de la actividad interpretativa, por lo demás, concuerdo con Ferrajoli cuando rechaza un abierto activismo judicial, derivado quizá de alguna clase de vir-

nella teoria del garantismo”, ambos en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, cit.*, en particular pp. 77 ss. y pp. 445 ss., respectivamente.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 416 ss.

⁵⁸ Retomo una idea que aparece en L. PRIETO, *Constitucionalismo y positivismo*, Ediciones Fontamara, México, 1997.

tuoso compromiso ideológico.⁵⁹ No me interesa tampoco recurrir en este ámbito a las diferentes concepciones hermenéuticas que se traducen en diversas formas de “rematerialización” de la actividad interpretativa y que, desde sus premisas antiformalistas, acaban poniendo en manos de los intérpretes la facultad de encontrar el “auténtico” sentido de la ley. La conclusión de este trabajo, por tanto, apunta simplemente hacia la necesidad de rescatar alguna forma de “autorrestricción” en la interpretación de los derechos frente a la voluntad de las mayorías, según la vieja idea de la deferencia judicial, poniendo quizá como fundamento de este deber, según una expresión de Richard Rorty que convendría aplicar aquí, “la prioridad de la democracia sobre la filosofía”,⁶⁰ y por tanto también sobre la “correcta” interpretación de los derechos fundamentales.

⁵⁹ En este punto son interesantes las observaciones de Ferrajoli sobre la “politicidad del juicio”, en respuesta a una simplificada interpretación de la idea del “uso alternativo del Derecho”; *cfr.* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, *cit.*, pp. 147 ss.

⁶⁰ Hago referencia a R. RORTY, “La priorità della democrazia sulla filosofia”, trad. F. Salza, en G. Vattimo (ed.), *Filosofia '86*, Laterza, Roma-Bari, 1987, pp. 23-50.