

Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la Teoría del Derecho)

Por FCO. JAVIER ANSUATEGUI ROIG*
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este trabajo aborda de manera problemática las consecuencias de la caracterización formal y estructural del concepto de «derecho fundamental» presentado por L. Ferrajoli en Principia Iuris. Para ello, se discute la posibilidad y utilidad de una definición axiológicamente neutral de los derechos; pero también se analiza si la caracterización de los derechos fundamentales que nos ofrece Ferrajoli es tan neutral como en principio se dice. En definitiva, si los rasgos de la definición de «derechos fundamentales» son una exigencia derivada de la perspectiva propia de la Teoría del Derecho, posiblemente podamos preguntarnos hasta qué punto esta perspectiva es útil a la hora de mostrar el significado y la función de los derechos en la democracia constitucional.

Palabras clave: *derechos fundamentales, definición formal y estructural, neutralidad, Teoría del Derecho.*

* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos». CSD2008-00007. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación «Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de derecho global» (DER 2011-25114), Plan Nacional de I+D+I, Ministerio de Ciencia e Innovación. E-mail: fcojavier.ansuategui@uc3m.es.

Agradezco a Cristina García Pascual la amable invitación para participar en el Congreso «Ferrajoli. Principia Iuris», *Institut de Drets Humans*, Universidad de Valencia, 26 de abril de 2012.

ABSTRACT

This paper deals with problematic consequences of formal and structural characterization of the concept of «fundamental right» presented by L. Ferrajoli in Principia Juris. The possibility and usefulness of a value-free definition of rights is discussed, but also it is analyzed whether the characterization of fundamental rights offered by Ferrajoli is as neutral as originally stated. In short, if the features of the definition of «fundamental rights» are a requirement stemming from the perspectives of the Theory of Law, we may ask whether this approach is useful in showing the meaning and function of the rights in constitutional democracy.

Key words: fundamental rights, formal and structural definition, neutrality, Theory of Law.

SUMARIO: 1. PREMISA.—2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO COLUMNA VERTEBRAL DEL MODELO JURÍDICO POLÍTICO.—3. CARACTERIZACIÓN DE UNA CONCEPCIÓN FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—4. UNA PERSPECTIVA CRÍTICA: a) *Una definición descontextualizada.* b) *Una definición formal e ideológicamente neutral.*

1. PREMISA

Analizar la posición de los derechos fundamentales en la propuesta contenida en *Principia Iuris* es complejo debido no a que Ferrajoli exponga de manera confusa su posición (en realidad la axiomatización y la formalización son una reivindicación de la claridad), sino al hecho de que los derechos ocupan una posición nuclear en la construcción de Ferrajoli, con implicaciones que van mucho más allá de la mera caracterización del concepto.

Sin embargo, contamos con la ventaja de que la propuesta de Ferrajoli en relación con los derechos fundamentales, ciertamente no constituye una auténtica novedad en *Principia Iuris*; al contrario, es una propuesta adelantada en avances anteriores y que ha constituido el objeto de debates académicos previos¹. Posiblemente, ello haya sido una exigencia derivada de la posición principal que tienen los derechos en su propuesta. En otras palabras, Ferrajoli no podía dejar el desarrollo de un elemento nuclear de su discurso —los derechos funda-

¹ *Vid.*, en relación con los derechos, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999; ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edic. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

mentales— para *Principia Iuris*, que se presenta como una obra que condensa y sistematiza una teoría desarrollada a lo largo de varios decenios, desde su *Teoria assiomatizzata del diritto*². El hecho de que la propuesta de Ferrajoli en relación con los derechos sea de alguna manera previa a *Principia Iuris* dificulta singularizar o aislar lo contenido en dicha obra y nos invita a tener bien presentes referencias anteriores. Ello, asumiendo el riesgo de extender nuestro ámbito de atención a partes de la obra de Ferrajoli que van más allá de *Principia Iuris*. En todo caso, no creo que ello sea desorientador desde el momento en que este es un de los aspectos de la propuesta en donde podemos encontrar una continuidad bien definida.

Pues bien, me gustaría estructurar esta contribución en tres momentos. En primer lugar, intentaré mostrar cómo los derechos fundamentales, una determinada comprensión de los mismos, podrían considerarse la columna vertebral del modelo jurídico-político propuesto por Ferrajoli; en sus términos, estamos frente al «rasgo empírico más importante de los modernos estados constitucionales de derecho: la imputación a las personas físicas o *naturales*, llevada a cabo por los estatutos de las instituciones estatales que son las Constituciones, de una especial categoría de situaciones jurídicas —los *derechos fundamentales*— a cuya tutela está dirigida, en tanto que su específica razón social, aquella particular persona *artificial* que es el Estado»³; en segundo lugar, intentaré mostrar los rasgos básicos de la definición que Ferrajoli ofrece de los derechos fundamentales; en tercer lugar y último lugar resaltaré, en perspectiva crítica, algunos problemas que en mi opinión podrían derivarse de esa caracterización, no sólo en lo que se refiere a la caracterización en sí, sino también en lo que afecta al alcance de la teoría del Derecho presentada en *Principia Iuris*.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO COLUMNA VERTEBRAL DEL MODELO JURÍDICO POLÍTICO

Sin pretender una exposición completa, podemos señalar algunas dimensiones que nos permiten observar la posición que los derechos fundamentales ocupan en la obra de Ferrajoli. En todo caso, el marco es el de la reivindicación de las relaciones entre el Derecho y la democracia; entre ambos existe un nexo racional (teórico, metateórico y práctico) de acuerdo con el cual, si bien el Derecho no implica la democracia, la democracia implica necesariamente el Derecho. La democracia es «un conjunto de reglas sobre el ejercicio válido del poder»⁴ que imponen vínculos formales y materiales o sustanciales en

² Vid. FERRAJOLI, L., *Teoria assiomatizzata del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970.

³ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari, 2007, I, p. 724.

⁴ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris, cit.*, II, p. 14

relación con el ejercicio del Poder, lo cual permitiría hablar de un constitucionalismo «rematerializado o de los derechos»⁵. Los derechos fundamentales constituyen, en definitiva, los «fundamentos constitucionales de la democracia»⁶.

Pues bien, ese carácter central de los derechos fundamentales tiene determinadas manifestaciones, entre las que podemos señalar las siguientes:

a) Los derechos, en función de la distinción entre derechos políticos, civiles, de libertad y sociales, constituyen un criterio distintivo a la hora de construir un «modelo cuatridimensional» de la democracia constitucional en el que se puede hablar de democracia política y democracia civil (como especies de la democracia formal) y de democracia liberal y democracia social (especies de la democracia sustancial)⁷. En relación con la democracia, los derechos no sólo son su fundamento, sino también su garantía.

b) Los derechos fundamentales, a partir de su naturaleza constitucional, son normas que condicionan la producción de las restantes normas del ordenamiento. Así, frente a la «esfera de lo decidible», en el sistema constitucional identificamos otros dos ámbitos que forman parte de «la esfera de lo indecidible»: el referido a lo «indecidible que», y el referido a lo «indecidible que no»⁸. Estamos frente a un aspecto nuclear del constitucionalismo democrático, que nos permite comprender la importancia y las implicaciones de la afirmación de acuerdo con la cual los derechos son un límite frente al Poder. Y que, como señala el propio Ferrajoli, están en la base de una transformación de las relaciones entre el Derecho y la política: «el derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino la política es la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y específicamente de los derechos fundamentales, en cuya garantía reside la razón social del pacto constitucional»⁹. Entendida la esfera de lo indecidible como la esfera pública de los intereses de todos que está protegida por la garantía constitucional, los derechos se presentan como «la ley del más débil», manifestación de la dimensión garantista del Derecho. Y al mismo tiempo, constituyen el elemento sobre el que se basa la estructura del Estado constitucional de Derecho y la democracia moderna pues materializan la idea de

⁵ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «*Principia Iuris*: una teoría del Derecho (neo) constitucionalista para el Estado constitucional», *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 327.

⁶ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 24.

⁷ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 18 y ss.

⁸ M. BOVERO ha analizado las razones por las que la propuesta de Ferrajoli puede considerarse un progreso respecto a las de Bobbio («territorio inviolable») y Garzón Valdés («coto vedado») en «Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 217-226.

⁹ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 44. También FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 35.

límite desde el momento en que están sustraídos tanto a las decisiones políticas de la mayoría como al intercambio en el ámbito de las relaciones privadas¹⁰.

c) Los derechos fundamentales son un elemento definitorio del concepto de Constitución, entendida como «el derecho sobre el derecho»¹¹. En efecto, constituyen, de un lado, su dimensión sustancial; de otro la razón de su rigidez: «los derechos fundamentales, y por tanto las normas constitucionales en que consisten, precisamente porque son de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles por la mayoría, que no puede disponer de lo que no le pertenece»¹².

d) Nos permiten distinguir entre funciones de garantía (aquellas que se ejercen en el marco de la vinculación a la ley) y funciones de gobierno (las que son ejercidas en el ámbito de la discrecionalidad política)¹³.

e) En fin, los derechos fundamentales, junto al valor de la paz, constituyen el centro del proyecto cosmopolita al que se encamina la teoría de Ferrajoli¹⁴.

3. CARACTERIZACIÓN DE UNA CONCEPCIÓN FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A la hora de presentar la definición de derecho fundamental propuesta por Ferrajoli, creo que es necesario recordar la constante reivindicación de la diferencia entre cuatro niveles discursivos: el teórico, el dogmático, el axiológico, y el histórico-sociológico. La perspectiva dogmática nos permite saber cuáles son los derechos fundamentales, mientras que la de filosofía de la justicia nos permite responder a la pregunta de cuáles deben ser aquellos. Por su parte, la perspectiva propia de la sociología jurídica ofrece respuesta a la cuestión de qué derechos son de hecho protegidos. No obstante, para responder a las anteriores cuestiones parece necesario plantear una cuestión previa, que sólo se puede abordar desde la teoría del Derecho: qué son los derechos fundamentales¹⁵. Para Ferrajoli, esta distinción es básica, y el no tenerla en cuenta es la causa de algunas críticas a su propuesta, derivadas de dos confusiones: la confusión entre conceptos

¹⁰ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 821.

¹¹ Vid. FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes*, cit., p. 33.

¹² FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 47.

¹³ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 200-224; ID., «La esfera de lo indecible y la división de poderes», (trad. de M. Carbonell), *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343.

¹⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 609 y ss.

¹⁵ Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales» en ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trota, Madrid, 2001, pp. 287 y ss.

teóricos y conceptos dogmáticos, y la confusión entre tesis teóricas, dogmáticas y axiológicas¹⁶. Por otra parte, conviene adelantar que la definición de los derechos fundamentales que nos propone Ferrajoli le va a permitir fundamentar cuatro tesis sin las cuales no podría construir su teoría de la democracia constitucional: la diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, la identificación de los derechos con el fundamento y parámetro de la igualdad jurídica y de la dimensión sustancial de la democracia –desde el momento en que se corresponden con intereses y expectativas de todos–, y las relaciones entre los derechos y sus garantías¹⁷.

Pues bien, para Ferrajoli los derechos fundamentales son «todos aquellos derechos que corresponden universalmente a «todos» o en cuanto «personas naturales», o en cuanto «ciudadanos» o en cuanto personas naturales «capaces de obrar» o en cuanto «ciudadanos capaces de obrar»¹⁸. Para él, esta definición se caracteriza por ser *formal* y *estructural*, siendo éste un rasgo compartido por todas las definiciones ofrecidas en sede teórica, que, como hemos visto, no nos dicen ni cuáles son los derechos en un ordenamiento concreto, ni cuáles, de hecho, son protegidos o garantizados, ni cuáles deben serlo, sino qué son los derechos fundamentales.

Así, una definición formal y estructural de derechos fundamentales se encarga de identificar «los rasgos formales y estructurales gracias a los cuales son (o es justo que lo sean) tutelados, por el derecho positivo, aquellas expectativas y aquellos intereses reconocidos por él y establecidos como derechos fundamentales»¹⁹. Estos rasgos son los siguientes: 1) En primer lugar, Ferrajoli se refiere al carácter universal de la imputación de tales derechos. Estamos frente a una universalidad lógica y avalorativa, referida a la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares de derechos. Para Ferrajoli, la universalidad así concebida está en la base de la igualdad jurídica entendida como igualdad en derechos. Es importante subrayar que aquí, universalidad e igualdad tienen un carácter puramente lógico, no dependen de la naturaleza de las necesidades, bienes o intereses protegidos, tampoco del correspondiente fundamento axiológico; 2) en segundo lugar, su referencia extensional a los estatus personales que forman su presupuesto y que denotan otras tantas clases de personas de las que es predicable la universalidad de todos y cada uno de los tipos de derechos fundamentales. Para Ferrajoli, estos status, cuya identificación deriva de nuestra experiencia jurídica, son tres: la personalidad, como estatus de las personas naturales o

¹⁶ Vid. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», *cit.*, p. 137. Vid., también, FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, n. 58, p. 80.

¹⁷ Vid. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», *cit.*, pp. 25 y ss.

¹⁸ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 726. También, ID., «Derechos fundamentales», en ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 19.

¹⁹ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 726.

físicas, la ciudadanía, como status de la persona-ciudadano, y la capacidad de obrar como status de la persona capaz de obrar.

Estamos frente a una definición de derechos fundamentales que los identifica como derechos subjetivos reconocidos exclusivamente a las personas naturales y no a las artificiales. Ferrajoli, en este punto, se distancia explícitamente del iusnaturalismo desde el momento en que niega que las personas naturales sean, en cuanto tales, titulares de derechos fundamentales, ya que éstos derivan en todo caso de fuentes normativas (lo cual no le impide negar las ascendencias teóricas iusnaturalistas de los derechos fundamentales en el marco del paradigma del Estado constitucional)²⁰.

En definitiva la definición es formal en un doble sentido: «en el sentido en que no dice nada sobre los contenidos de tales derechos, es decir sobre la naturaleza de los comportamientos que son objeto de las expectativas positivas o negativas en las que consisten; y en el sentido de que no dice nada sobre la extensión concreta de las clases de sujetos identificados, en los diferentes ordenamientos jurídicos, por el status de persona, de ciudadano o de capaz de obrar, como titulares de los correspondientes tipos de derechos»²¹.

A partir de aquí, Ferrajoli presenta una tipología de los derechos fundamentales de acuerdo con determinados criterios: *a)* los sujetos titulares (derechos de la persona/derechos del ciudadano, derechos primarios/derechos secundarios, derechos humanos/derechos públicos/derechos civiles/ derechos políticos); *b)* su contenido o el tipo de expectativas que constituyen su significado prescriptivo (sociales/individuales [que a su vez se pueden distinguir en libertades de, libertades para, potestades de o derechos de autonomía; *c)* la conjugación de los dos criterios anteriores (derechos políticos/derechos civiles/ derechos de libertad y derechos sociales). Sabido es, además, que Ferrajoli desarrolla su tipología de los derechos fundamentales a partir de una distinción radical que es la que existe entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales²²: universalidad e indisponibilidad de los primeros, frente a singularidad y disponibilidad de los segundos; los primeros consisten en normas tético-deónticas, son *ex lege*, y los segundos en normas hipotético-deónticas, son *ex contractu*; los derechos fundamentales operan en el marco de relaciones verticales, de Derecho público, mientras que los derechos patrimoniales lo hacen en relaciones horizontales, de Derecho privado.

No voy a entrar aquí en el desarrollo de las particularidades de la tipología de los derechos en la obra de Ferrajoli y en especial en *Principia Iuris*. Me limitaré en esta ocasión a recordar algunos puntos necesarios para proceder al examen de las consecuencias de su definición formal y estructural de derechos fundamentales. En primer lugar, Ferrajoli

²⁰ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 823.

²¹ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 729.

²² Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 759 y ss.

señala que las definiciones y las tipologías ofrecidas «tienen un valor teórico –gracias a su carácter formal– del todo independiente de la actual fase de desarrollo de tales derechos e incluso de la experiencia jurídica moderna»²³, lo cual le lleva a afirmar que en Occidente, al menos desde el Derecho Romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien en muchas ocasiones limitados a categorías restringidas de sujetos²⁴. En segundo lugar, Ferrajoli expone las ventajas de su definición, derivadas de su carácter teórico, formal y estructural. En efecto, en un escrito anterior a *Principia Iuris* señalaba que, de un lado, es válida para cualquier ordenamiento, «con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos»; de otro, al ser independiente de los bienes protegidos, es ideológicamente neutral: «es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática»²⁵.

En definitiva, Ferrajoli nos propone una definición de los derechos que se caracteriza por ser: *a*) estipulativa: «ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento jurídico, cualesquiera que sean los derechos (e incluso si no hubiera derechos) allí tutelados como fundamentales»²⁶; *b*) formal: «dirigida a identificar los rasgos estructurales que, en función de dicha finalidad (explicativa), convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos identificados por ella, cualesquiera que sean (o nos parezca justo que sean) sus contenidos»²⁷; *c*) pero también, en mi opinión, descontextualizada: en efecto, a partir de lo anterior, podríamos considerar que un tercer rasgo de la definición propuesta por Ferrajoli es su carácter descontextualizado, en el sentido de que no considera la relevancia de la experiencia histórica y de la realidad jurídica a la hora de proponer la definición de derecho fundamental. Así, la descontextualización no es manifestación de una equivocación en la identificación del contexto, sino de una falta de reconocimiento de la relevancia del mismo. El carácter teórico de la definición implica que la misma «prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo»²⁸; en definitiva, su definición tiene un valor teórico «del todo independiente de los sistemas jurídicos concretos e incluso de la experiencia constitucional moderna»²⁹.

²³ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 736.

²⁴ *Vid.* también FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., pp. 23-24.

²⁵ FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 20

²⁶ FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en ID., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 290.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 20

²⁹ FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 23.

4. UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

El análisis crítico de la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli y de sus implicaciones está condicionado por dos razones básicas: en primer lugar, la definición está basada en una distinción analítica, esto es verdadera por definición, que es la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales³⁰; en segundo lugar, Ferrajoli nos dice que lo que nos está ofreciendo es una definición estipulativa que, en tanto tal, escapa al juicio de verdad o falsedad (a diferencia de las definiciones léxicas), por lo cual debe ser admitida en función de su mayor o menor adecuación a la finalidad explicativa. Es evidente que la opción metodológica y epistemológica de Ferrajoli es perfectamente legítima. Y, además, de alguna manera marca las condiciones y posibilidades del análisis crítico. La estrategia de Ferrajoli consiste, en el marco de una determinada metateoría del Derecho –que nos muestra en la Introducción a *Principia Iuris*–, en establecer unos criterios epistemológicos y metodológicos que condicionan los desarrollos a través de los cuales nos presenta la teoría del Derecho y de la democracia del constitucionalismo contemporáneo. El método axiomático certifica la validez interna de las sucesivas tesis. Desde este punto de vista, la definición de derecho fundamental presentada por Ferrajoli adquiere sentido dentro de su universo conceptual y metodológico. Por eso, creo que lo más productivo, en su caso, ha de ser cuestionar no los desarrollos internos de la teoría sino dirigir, por elevación, el análisis a la consideración de si, en el caso de los derechos fundamentales, las exigencias de la aproximación teórica, tal y como ésta nos es presentada por Ferrajoli (es decir circunscrita «al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas»³¹), derivan en una presentación limitada del objeto de análisis. En palabras de Danilo Zolo, de lo que se trataría es de preguntarnos «si no sería preferible un uso epistemológicamente más débil, pero no por ello menos plausible desde el punto de vista semántico» de la noción de derecho fundamental³².

Desde el momento en que lo que nos ofrece Ferrajoli es una estipulación, es lógico plantear, por una parte, que seguramente esa definición –esa forma de comprender qué son los derechos fundamentales– no va a ser la única posible. El propio Ferrajoli, con ocasión de los debates en torno a su concepto de derecho fundamental, ha reconocido que la diversidad de enfoques y de disciplinas desde las que se

³⁰ Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», cit., p. 331.

³¹ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 19.

³² Vid. ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 80.

pueden abordar los derechos está en muchas ocasiones tras las divergencias al respecto³³; por otra parte, y dado que una propuesta estipulativa debe ser valorada en función del mayor o menor éxito a la hora de «satisfacer las finalidades explicativas que se persiguen con ella», es posible analizar si otras alternativas son preferibles a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales. Evidentemente aquí nos podemos encontrar con el problema de que, en virtud del carácter de esas alternativas, estaremos forzando el marco establecido por la perspectiva teórica, tal y como nos la presenta Ferrajoli. Pero posiblemente sea una buena ocasión para plantear entonces lo que podrían ser los límites de la teoría. En definitiva, nos estaríamos planteando si la complejidad de los derechos fundamentales puede reconducirse a un esquema totalmente formal o estructural; en otros términos si esta estrategia es capaz de recoger las diversas vertientes de la realidad de los derechos: es decir, si la definición formal es la más útil a la hora de saber qué se está diciendo cuando se habla de derechos fundamentales. La utilidad de una definición va a depender de su capacidad para reflejar, en la medida de lo posible, las dimensiones de la realidad que se pretenden explicar; pero también va a depender de su carácter reconocible por la comunidad de hablantes³⁴ y de su capacidad orientadora en un ámbito problemático³⁵.

De acuerdo con lo anterior, voy a defender la tesis según la cual la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli, aun adquiriendo pleno sentido en el marco de su teoría y siendo respetuosa con las exigencias de la misma, no alcanzaría completamente las finalidades explicativas a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales debido precisamente a su condición descontextualizada y a su carácter formal. Como se verá, las dos cuestiones están relacionadas de alguna manera.

a) **Una definición descontextualizada**

En mi opinión, la definición es descontextualizada por dos razones. En primer lugar, porque prescinde de la experiencia histórica a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales hoy. En segundo lugar, porque nos ofrece una idea de derecho fundamental que establece distancias entre el concepto mismo y su posición constitucional (o, en términos generales, jurídica).

La consideración de la historia a la hora de explicar el surgimiento y evolución de conceptos y métodos no es algo extraño para la ciencia

³³ Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», cit., p. 287.

³⁴ Vid. JORI, M., «Ferrajoli sobre los derechos», en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 131.

³⁵ Vid. ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en al teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», cit., p. 80.

jurídica. Conocemos, por aportar algunas referencias españolas, que Felipe González Vicén desarrolló una visión de la Filosofía del Derecho en clave de concepto histórico³⁶, de la misma manera que Gregorio Peces-Barba ha basado su teoría de los derechos fundamentales en el carácter histórico del concepto mismo y en la relevancia del análisis histórico a la hora de comprender no sólo cómo es que los derechos han llegado a significar lo que significan hoy, sino a la hora de desentrañar precisamente ese significado³⁷. Por su parte, Antonio Pérez Luño ha propuesto una visión de la Filosofía del Derecho en la que historia y sistema se exigen mutuamente³⁸. En relación con los derechos fundamentales, la historia nos sirve para entender el surgimiento, en un determinado contexto cultural, social y político, de la idea de acuerdo con la cual el individuo es titular de determinadas pretensiones morales cuyo reconocimiento y garantía deben constituir la razón de ser del Estado. La historia nos sirve también para entender el surgimiento y el significado del moderno concepto de Constitución, que incluye el reconocimiento y garantía de los derechos (art. 16 de la Declaración de 1789). Y nos permite comprender también cómo la garantía de la paz y de los derechos constitucionalmente estipulados han llegado a ser la *razón social* de la democracia constitucional³⁹. Pues bien, posiblemente el concepto de «razón social» es difícilmente comprensible en su significado y consecuencias excluyendo la experiencia histórica. De la misma manera que los contenidos de la democracia constitucional, que nos permiten identificar su dimensión liberal y su dimensión social, no son fijados de una vez por todas en el marco de un discurso estrictamente teórico, sino que tienen mucho que ver con conquistas sociales, movimientos políticos o dimensiones económicas, el constitucionalismo, entendido como una segunda revolución en la modernidad jurídica (tras aquella que significó la aceptación del principio de legalidad como criterio de reconocimiento de lo jurídico), también es el resultado de un proceso histórico que Ferrajoli identifica al señalar que el contractualismo y el iusnaturalismo forman parte del proyecto político e intelectual que da sentido a esa progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos y de sus garantías cuya historia no es sino la del constitucionalismo⁴⁰. En realidad, Ferrajoli reconoce que la historia del constitucionalismo no es teórica, «sino social y política, dado que ninguno de estos derechos

³⁶ Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La filosofía del Derecho como concepto histórico», en ID., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979.

³⁷ Vid. PECES-BARBA, G., «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1998.

³⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, A.-E., *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Universidad de Sevilla, 2009, «Introducción», p. 21.

³⁹ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, pp. 305 y ss.

⁴⁰ Vid. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40.

cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo»⁴¹.

En definitiva, el estudio de la propuesta de Ferrajoli nos permite observar que para analizar uno de los conceptos nucleares de una propuesta que forma parte de un proceso histórico (el del constitucionalismo y el Estado constitucional), se excluye la consideración de la historia del análisis del concepto.

Pero la «descontextualización» a la que estoy haciendo referencia también tendría que ver con el discurso que Ferrajoli desarrolla en relación con la naturaleza constitucional de los derechos. Asistimos a una explícita desvinculación entre la definición de derecho fundamental y la experiencia constitucional moderna⁴²; a una reivindicación de la independencia entre la definición y la fase de desarrollo de los derechos fundamentales en el Derecho constitucional⁴³. Podemos plantearnos algunos ejemplos que posiblemente nos muestran las dificultades que una definición estrictamente estipulativa y descontextualizada puede tener a la hora de su aplicabilidad a la realidad jurídica. Pensemos en los derechos fundamentales de las personas jurídicas. Si bien es cierto que hay algunas constituciones que no aluden a esta cuestión (la española entre ellas), también lo es que otras sí lo hacen. La Ley Fundamental de Bonn, en su art. 19.3, señala que «los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su esencia, les sean aplicables». Otro ejemplo es el de los derechos colectivos que, si bien es una categoría discutida⁴⁴, ha recibido reconocimiento expreso en textos nacionales e internacionales. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), reconoce y reafirma «que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos». Un tercer ejemplo es el de los derechos de los discapacitados, en relación con los cuales el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) obliga a los Estados parte a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Estos ejemplos nos llaman la atención sobre el hecho de que las categorías a las que Ferrajoli reconduce su definición de derechos fundamentales (personas naturales, ciudadanos, capacidad

⁴¹ FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40.

⁴² Vid. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 23.

⁴³ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 736.

⁴⁴ Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.

de obrar) nos podrían plantear problemas a la hora de entender la realidad constitucional y jurídica de los derechos.

En este sentido, creo que es interesante plantear hasta qué punto podemos entender la actualidad y la operatividad jurídica de los derechos en los sistemas constitucionales excluyendo la alusión a una determinada forma de entender la Constitución, que no sería sino el resultado del desarrollo del concepto de Constitución y manifestación de la experiencia constitucional moderna. En otros términos, lo que se plantea es si podemos entender hoy tanto el sentido de los derechos fundamentales como del concepto de Constitución sin el marco constituido por el constitucionalismo moderno⁴⁵.

Para Ferrajoli el rasgo distintivo de los derechos fundamentales respecto a los otros derechos subjetivos, y en particular respecto a los derechos patrimoniales es su forma universal, «y no ya el valor de las necesidades y de los intereses protegidos por ellos, que son su fundamento axiológico, y tampoco el eventual rango constitucional, que es solamente una técnica de protección»⁴⁶. Ciertamente, el lugar secundario que ocupa el carácter constitucional de los derechos en la propuesta de Ferrajoli nos sitúa frente al problema del origen de la fuerza limitadora de los derechos frente al poder (o los poderes). Lo cual en el caso de Ferrajoli es especialmente desafiante, ya que una definición formal como la suya excluye explícitamente cualquier referencia a un sistema normativo suprapositivo del que pudiera derivar la imperatividad de las normas de derechos, siendo tajante al negar la existencia de derechos naturales o pre-jurídicos⁴⁷.

No parece demasiado arriesgado afirmar que en las democracias constitucionales la obligatoriedad jurídica del respeto a la esfera de lo indecible deriva de la inclusión en la Constitución de esos contenidos que se quieren sustraer a la disponibilidad de las mayorías o de los mercados. Precisamente es de su naturaleza constitucional de donde deriva la resistencia de los derechos frente a la voluntad del poder⁴⁸. Pero lo cierto es que en *Principia Iuris*, pareciera existir una cierta «oscilación» entre la afirmación de que la garantía de los derechos se deriva de su forma universal, y la de que el carácter «preordenado» a cualquier poder decisonal por parte de los derechos fundamentales es una consecuencia de «su estipulación como derechos fundamentales en normas normalmente constitucionales»⁴⁹. Ferrajoli en su caracterización de los límites entre la teoría y la dogmática, se cuida de no definir los derechos a partir de los datos suministrados por la expe-

⁴⁵ Vid. FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996; ID., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

⁴⁶ FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40

⁴⁷ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 727.

⁴⁸ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 97.

⁴⁹ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 731.

riencia constitucional, pero lo cierto es que en ocasiones los elementos de acuerdo con los cuales se justifican las elecciones conceptuales vienen determinados por la experiencia constitucional. En este sentido, parecería que la justificación de la elección de la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar como las categorías definitorias de los derechos, radicaría en que estas tres identidades siempre han sido los parámetros tanto de la inclusión como de la exclusión jurídica de los seres humanos⁵⁰. Y cuando se habla aquí de inclusión o exclusión jurídica se está tomando como referencia una determinada realidad jurídica. Por otra parte, en un escrito anterior a *Principia Iuris*, había señalado que «la teoría del derecho y de los derechos a la que trato de contribuir tiene, de hecho, como referencia empírica a los ordenamientos jurídicos de las democracias modernas que son, justamente, todos capitalistas»⁵¹.

En definitiva, parece que Ferrajoli si bien se propone prescindir de la experiencia jurídica a la hora de explicar que es un derecho fundamental, no logra del todo prescindir de esa experiencia, y en particular de la experiencia constitucional.

b) Una definición formal e ideológicamente neutral

Como hemos visto, una de las ventajas de la definición de derechos fundamentales es, en opinión del autor, la neutralidad ideológica derivada de su carácter formal y estructural, de manera que no está vinculada a la protección de ciertas necesidades e intereses y es aplicable a todos los ordenamientos jurídicos. Creo que puede ser interesante, en este punto, plantear dos cuestiones. En primer lugar podemos preguntarnos si es posible y útil una definición axiológicamente neutral de los derechos. En segundo lugar, si la caracterización de los derechos fundamentales que nos ofrece Ferrajoli es tan neutral como en principio se dice.

En relación con la posibilidad y la utilidad de la neutralidad axiológica en este ámbito, parecería que estamos planteando dos cuestiones distintas. Pero en realidad podemos considerar ciertas vinculaciones. Se trataría de analizar por una parte si cabe una definición de derechos fundamentales que renuncie a cualquier referencia axiológica, y si, de ser esto así, esta presentación de los derechos fundamenta-

⁵⁰ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 736. Anteriormente, había señalado que «personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía son conceptos vacíos cuyo valor teórico reside precisamente en el hecho de que (...) tanto la igualdad como la desigualdad en los derechos fundamentales, tanto la inclusión como la exclusión de los seres humanos de las clases de sus titulares, se han decidido siempre conforme a ellas», «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», cit., p. 157.

⁵¹ FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», cit., p. 166.

les permitiría entender su significado y rol en los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales.

La neutralidad axiológica de la definición de derechos propuesta por Ferrajoli deriva del hecho de que el elemento básico que permite identificarlos no está constituido por la referencia a un conjunto de valores, principios, a una propuesta axiológica en definitiva, sino más bien por el carácter universal de su imputación. Aquí la universalidad viene determinada por «la cuantificación universal de los sujetos que son titulares de los mismos [de los derechos]»⁵². Ello le lleva a afirmar que, de la misma manera que determinados derechos que intuimos como fundamentales, como la libertad de pensamiento o los derechos políticos, en aquellos ordenamientos en los que no fueran universales, dejarían de ser fundamentales, «a la inversa, si fuera establecido como universal u derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental»⁵³.

Creo que en este punto es interesante centrar la cuestión en la compatibilidad entre la idea de neutralidad axiológica y los derechos fundamentales. Pero también entre la idea de neutralidad axiológica y la idea de Derecho. Me detengo brevemente en esta segunda posibilidad. Creo que aquí conviene diferenciar entre la neutralidad en la definición del Derecho, y la neutralidad de los contenidos del Derecho. En este sentido el Derecho no es neutro desde el momento en que contiene necesariamente un punto de vista sobre la justicia. El Derecho, como sistema normativo, regula las conductas de acuerdo con criterios que en última instancia son criterios sobre la corrección o incorrección de las mismas, lo cual implica una determinada concepción sobre lo bueno y lo malo. Ciertamente, esta es una exigencia de la naturaleza normativa del Derecho y por ello Ferrajoli considera que la alusión al contenido material que siempre tienen las normas jurídicas es «obvia y banal»⁵⁴. Parece difícil imaginar un sistema normativo regulador de las conductas humanas que suspenda el juicio en el ámbito moral: o, mejor, dicho, posiblemente podríamos imaginarlo pero me parece que sería difícilmente reconocible como tal, ya que al suspender el juicio en el ámbito moral tendría dificultades para aceptar unas conductas y rechazar otras. Y todo ello, con independencia de que el punto de vista expresado en las normas sea aceptable o no.

Pero pensemos en concreto en los derechos fundamentales. Estos son una propuesta moral positivizada, juridificada. Si nos preguntáramos por el punto de vista sobre la justicia asumido por los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales, necesariamente tendríamos que referirnos a la posición de los derechos en esos ordenamientos, a sus estrategias de reconocimiento y garantía. Lo que se positi-

⁵² FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 40

⁵³ FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 21.

⁵⁴ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, n. 23, p. 73.

viza es el contenido de un discurso moral que incluye la prioridad de determinados valores o principios (dignidad, libertad, igualdad) y una posición en relación con determinados aspectos a través de los cuales se articula ese proyecto moral, entre los que podríamos destacar una determinada idea del individuo, una cierta forma de entender las relaciones entre el individuo y la colectividad, y un discurso sobre el carácter instrumental de las instituciones, cuya existencia adquiere sentido desde el momento en que están encaminadas a satisfacer las exigencias de los principios y valores de referencia.

Es evidente que esta forma de entender los derechos fundamentales no tiene nada de axiológicamente neutro. Pero lo que me interesa plantear en este momento es si podemos entender su significado político, y moral, y las razones que están detrás de sus niveles de operatividad jurídica sin hacer referencia a esos contenidos de moralidad. Esos contenidos constituirían la razón de ser de los derechos, su fundamento. Soy consciente de que Ferrajoli diría que al hablar del fundamento hemos trascendido los límites de la teoría del Derecho y hemos ingresado en el ámbito de la filosofía de la justicia o de la filosofía moral. Es cierto. Pero la pregunta que permanece es si podemos renunciar al fundamento –o, si se prefiere, a la naturaleza de los intereses protegidos– a la hora de explicar qué son los derechos fundamentales, es decir, de qué hablamos a principios del siglo XXI cuando decimos que los individuos son titulares de derechos fundamentales⁵⁵. Pienso que cuando Ferrajoli, en *Diritto e Ragione* se refiere a la estructura normativa del Estado de Derecho y alude a la transformación de los que tradicionalmente habían sido criterios de justificación externa en criterios de legitimación interna, y al proceso de positivación del derecho natural, no está renunciando a las dimensiones sustanciales de los derechos a la hora de explicar su significado y su función⁵⁶. Implícitamente, en *Diritto e Ragione*, Ferrajoli estaría asumiendo que no cualquier contenido puede formar parte de un derecho fundamental, por muy universalizado en lo que a su titularidad e inalienable en cuanto a su ejercicio sea, ya que estaría acotando los contenidos de los derechos fundamentales –al menos en su origen, a la hora de explicar la aparición de los derechos en los ordenamientos– cuando hace referencia a la tradición del iusnaturalismo racionalista. El proceso de constitucionalización del Derecho natural nos permite identificar los derechos fundamentales cuando centramos la atención en las constituciones a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sin esa constitucionalización no podemos hablar de derechos fundamentales. Pero lo que se constitucionaliza no es cualquier contenido, sino sólo

⁵⁵ Sobre la relevancia de la conexión entre el problema conceptual y el problema justificatorio en los derechos, *vid.* DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

⁵⁶ *Vid.* FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, prefazione di N. Bobbio, Laterza, Bari, 1990, pp. 347 y ss.

aquel vinculado con lo que podríamos considerar «el discurso de los derechos». Podría afirmarse –posiblemente Ferrajoli lo haría– que una cosa es el concepto de derecho fundamental y otra el proceso de positivación del Derecho natural. No obstante la necesidad de conceptualizar los derechos fundamentales surge a partir de la constatación de una realidad jurídica y política que hay que teorizar.

En definitiva, pienso que una presentación del concepto de derecho fundamental que renuncie a la referencia a su dimensión sustancial puede tener dificultades a la hora de justificar las razones de la esfera de lo indecible. Y también va a permitir, teóricamente, incluir contenidos que difícilmente tienen que ver con una determinada filosofía moral y política, que es la de los derechos entendidos como exigencia de la dignidad humana. Estas circunstancias deberían ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar la utilidad explicativa de la definición.

Por otra parte, debemos ser conscientes de que la opción a favor o en contra de la neutralidad axiológica determina el tratamiento que se dé a la cuestión de la universalidad de los derechos. Como sabemos, la universalidad en la que piensa Ferrajoli a la hora de definir los derechos fundamentales es de tipo lógico. Es decir lo que se universalizan son status y no valores o contenidos. Esta es una posible forma de abordar el tema de la universalidad de los derechos, centrada en la cuestión de la universalidad jurídica (que, como sabemos, puede predicarse de titulares o de destinatarios de los derechos), pero que deja de lado la posibilidad de hablar de contenidos morales universales o universalizables que en su caso serían los de los derechos fundamentales. Ferrajoli ha señalado que suponer que los derechos fundamentales implican algún tipo de acuerdo moral es empíricamente falso y además antiliberal⁵⁷. Es empíricamente falso (falacia ontológica) ya que no es cierto que los derechos humanos sean expresión de una ética compartida, y es antiliberal, ya que es contrario al principio de laicidad del Derecho y del Estado (falacia consensualista): «la teoría garantista del Estado constitucional de Derecho, precisamente porque está basada en la separación laica entre derecho y moral, no sólo no supone sino que ni siquiera exige, ni debe exigir, la adhesión a valores ético-políticos jurídicamente afirmados en él. No sólo no la impone, sino que impone no imponerla. Hasta el punto de que es lícito sostener que una razón moral no secundaria para adherir a la ética de los derechos fundamentales subyacente al Estado constitucional de derecho reside en el hecho de que ésta no requiere ninguna adhesión moral»⁵⁸. Para Ferrajoli, la laicidad del Derecho consiste precisamente en el rechazo a que el Derecho «pueda ser utilizado como instrumento para

⁵⁷ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 61.

⁵⁸ *Ibidem*.

reforzar una determinada moral, una determinada ética o una determinada cultura, aunque sea la dominante»⁵⁹.

Por tanto, según Ferrajoli, la ética de los derechos impide cualquier imposición de valores o contenidos morales. Pero, podríamos preguntarnos si es posible la articulación de un sistema basado en derechos sin ningún tipo de opción axiológica, por ejemplo, la afirmación de la primacía del individuo. Es cierto que un sistema de derechos implica que –en principio– no se puede limitar la construcción de planes de vida por parte de los individuos, pero –posiblemente– lo que también es cierto, es que para ello es necesario afirmar valores de acuerdo con los cuales la elección y construcción individual de los planes de vida deba ser garantizada. Creo que lo anterior nos permite plantear la cuestión de hasta qué punto podemos renunciar a un cierto objetivismo, si se quiere moderado, a la hora de fundamentar los derechos. Ese objetivismo moderado implicaría asumir tres afirmaciones: a) la afirmación de la igual consideración: toda persona vale lo mismo y que esta igualdad constituye la base del valor moral de cada uno y fundamento de la exigencia de que se deben darse las condiciones necesarias para que todos puedan, en igualdad de condiciones, tener la oportunidad de desarrollar una vida digna; b) la afirmación de la amenaza standard: hay comportamientos (acciones u omisiones) de los que las personas pueden ser sujetos pasivos y que comprometen seriamente sus oportunidades de vivir una vida digna; 3) la afirmación referida a la respuesta institucional: hay instituciones y prácticas sociales, aceptables desde el punto de vista moral, que presentan una evidente capacidad para reducir las amenazas standard⁶⁰.

Desde el momento en que el proyecto de los derechos es un proyecto moral parece difícil identificarlo sin asumir algún tipo de opción moral. Los derechos suponen un compromiso moral y por ello trabajamos con determinados valores o contenidos que nos permiten reconocer el discurso de los derechos como tal y diferenciarlo respecto a otros. La identificación del mínimo no implica la renuncia a la identificación del contenido de una propuesta moral. Es más, la misma tesis de Ferrajoli, implica también el reconocimiento de un valor moral que se impone desde el momento en que los ataques al mismo merecen una reacción desaprobatoria: la libertad de conciencia, la autonomía individual. Y eso ya supondría el compromiso del Derecho con un valor moral, y por lo tanto la puesta a disposición de ese valor de la capacidad coactiva del Derecho. Es decir, una concepción de los derechos que afirmara que lo protegido es la primacía de la decisión individual a la hora de elegir y materializar planes de vida, sería una con-

⁵⁹ FERRAJOLI, L., «Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo», en ID., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 148. Vid. también ID., *Principia Iuris*, cit., II, p. 309 y ss.

⁶⁰ Vid. BUCHANAN, A., «Diritti umani: i limiti del ragionamento filosofico», *Ragion Pratica*, 32, giugno 2009, pp. 46 y ss.

cepción de los derechos que, aunque aparentemente suponga una «desmaterialización» de los derechos (se trata de que el individuo pueda elegir por sí mismo, no presupone ninguna concepción del bien, no dice qué elecciones deben tomar los agentes morales, no señala cómo deben organizar su vida), supone asumir un profundo compromiso moral: el compromiso con la autonomía individual.

En realidad, cabría plantearse hasta qué punto la definición de derecho fundamental propuesta por Ferrajoli es tan axiológicamente neutral como en teoría se presenta. Creo que no. Es posible encontrar algunas dimensiones en la caracterización de los derechos fundamentales por parte de Ferrajoli que nos permiten identificar aspectos que, antes de identificarse con una aproximación neutral, se distancian de ella.

En primer lugar, existen «elementos de identificación axiológica», que Ferrajoli sitúa en el ámbito del fundamento de los derechos⁶¹ y que identifica con el nexo entre los derechos fundamentales y las ideas de igualdad, paz y democracia, y su función con ley del más débil. Así las cosas, de lo anterior podría deducirse que también el fundamento es importante la hora de identificar a los derechos, en su significado y en su función. Ferrajoli va a señalar que cuando pensamos en el fundamento de los derechos estamos situándonos en el ámbito de la teoría de la justicia y no en el de la teoría del Derecho. Pero, ¿hasta qué punto el fundamento de los derechos, y sus contenidos, no actúa como límite o condicionante en relación con el concepto? Considerar un determinado fundamento nos obliga a admitir que no todo puede formar parte del contenido de un derecho fundamental, contrariamente a lo que afirma Ferrajoli. Es decir, el fundamento de los derechos (que tiene determinados contenidos y se construye a partir de ciertos nexos en torno a los cuales se elabora el discurso de los derechos) nos impide, por ejemplo, afirmar la independencia entre la definición de los derechos y los bienes protegidos por éstos. Esos nexos ya implican una elección en relación con ciertos valores. Lo cual implica también, delimitar el terreno de juego en el que cabe hablar de derechos fundamentales con sentido, a no ser que estemos dispuestos a admitir que cualquier exigencia –siempre y cuando esté asegurada de manera universal– puede convertirse en un derecho universal. Pero entonces, podríamos distinguir entre derechos basados o fundados en buenas razones y otros que no lo son (parece que las razones en favor de la no discriminación por motivos ideológicos, por ejemplo, son más atendibles que aquellas otras en favor de la pretensión de ser saludado por la calle, si es que estamos hablando de derechos fundamentales). Si esta distinción no fuera posible, entonces podríamos dudar del grado de influencia de aquello que podríamos denominar el «discurso de los derechos» en la identificación de los mismos. Y podríamos tener algu-

⁶¹ Vid. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», cit., p. 365.

na dificultad a la hora de justificar por qué la igualdad ante la ley, o la posición del más débil, merecen especial atención. Sólo si se asume alguna posición normativa, que implica de por sí una elección o una opción, podemos justificar por qué la igualdad ante la ley es preferible a la discriminación.

En segundo lugar, sólo si se asume una determinada opción pueden justificarse los límites operativos en la democracia constitucional. Teniendo en cuenta que los derechos son límites y que la Constitución es un Derecho sobre el Derecho, no va a ser irrelevante saber en nombre de qué se limita al poder. ¿Existen las mismas razones para limitar al poder en virtud de una expectativa vinculada a la libertad que con otra vinculada a la supremacía de una raza sobre otra?

En tercer y último lugar, podemos preguntarnos hasta qué punto la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales no descansa, a su vez, también en una opción moral. Aunque la definición de derecho fundamental se presenta como neutral, los criterios de distinción entre ambos tipos de derechos pueden implicar no neutralidad. Y esta sospecha surge cuando nos preguntamos por los criterios a partir de los cuales se considera que determinados derechos son indisponibles e inalienables, y por tanto fundamentales. En estos casos, la fundamentalidad, ¿es un problema puramente lógico o por el contrario es una cuestión de preferencias por lo tanto expresión de un punto de vista moral?

En definitiva, estoy reivindicando la necesidad de trascender la definición axiológicamente neutral de derecho fundamental como requisito para entender no sólo su sentido, sino también su posición, función y significado dentro de la democracia constitucional. En realidad, el mismo Ferrajoli asumiría esto cuando establece que las elecciones que subyacen a la construcción del lenguaje formalizado de la teoría no son extrañas a consideraciones y opciones de carácter ético y político⁶². Pienso que en *Principia Iuris* hay un reconocimiento explícito cuando se afirma que «ciertamente la convención jurídica de la forma universal de lo derechos fundamentales es el producto histórico de una opción política y moral»⁶³. La preferencia en favor de una definición formal o estructural y la reivindicación de una universalidad en sentido estrictamente lógico implica que, paradójicamente, las características formales de los derechos tienen connotaciones sustanciales⁶⁴. La decisión de excluir contenidos del parecer de la mayoría y de la negociación que se desarrolla en el mercado no pueden dejar de tenerlas. A no ser que se afirme que cualquier contenido, siempre que se universalice, se va a convertir en derecho fundamental. Pero entonces, posiblemente, la dignidad de los derechos quedaría en entredicho y su fuerza emancipadora reducida ¿Podrían seguir siendo considera-

⁶² Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, pp. 22-23.

⁶³ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., II, p. 61.

⁶⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, cit., I, p. 821.

dos como la ley del más débil? Las revoluciones, los movimientos sociales y las rupturas institucionales que han jalonado la sucesiva ampliación de la esfera pública de los derechos perderían relevancia.

Soy consciente de que hablar de dignidad de los derechos rebasa los límites de la teoría del Derecho, tal y como ésta es estipulada por Luigi Ferrajoli, ya que estamos recurriendo a un concepto difícilmente formalizable –el de dignidad– para expresar los rasgos de la posición de los derechos en el marco de la teoría y de su significado en el sistema constitucional. Pero posiblemente también excedemos esos límites cuando identificamos, con razón, a los derechos fundamentales con la ley del más débil y, a partir de ahí, manifestamos el sentido de su función. En definitiva, puede que la propuesta de Ferrajoli en relación con la definición de los derechos fundamentales sea una invitación a plantearnos los «límites de la teoría del Derecho». El acuerdo con Ferrajoli en lo que se refiere a su caracterización del punto de vista teórico y a su distinción con la dogmática, la filosofía de la justicia y la sociología del Derecho no impide interrogarnos sobre la disminución del potencial explicativo de una definición que, debido a exigencias metodológicas legítimas y estrictas, renuncia a la referencia a los intereses tutelados o a los contenidos ético-políticos de los derechos.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012

