

A R T I G O S

LA COHERENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA GARANTISTA

Antonio Manuel Peña Freire¹

SUMÁRIO: 1 Introducción y objetivos; 2.Coherentismo y conflictos de derechos en la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli.; 3. Alternativa al análisis de Ferrajoli sobre los conflictos entre derechos: 3.1. La estructura bilateral y la complejidad de los derechos fundamentales; 3.2. Algunas consecuencias de la bilateralidad; 4.- Los conflictos entre derechos desde un punto de vista sustancial; Referencias.

RESUMO: Um dos elementos mais importantes do celebrado garantismo de Ferrajoli é sua teoria dos direitos fundamentais. Neste artigo se analisa uma de suas características, em concreto, o coerentismo com respeito ao qual seria possível elaborar ou pressupor um sistema de direitos do qual estaria afastada qualquer possibilidade de conflito ou antinomia. Só um sistema assim construído é hábil para ser blindado em uma constituição rígida e para ser garantido jurisdicionalmente sem cair no decisionismo e na arbitrariedade judicial. Todavia, esta teoria coerentista dos direitos não é plausível. Em primeiro lugar, em razão de certas carências estruturais no modo de explicar os conflitos entre direitos e de postular sua solução. Em segundo lugar, não é admissível se pressupomos a pluralidade dos bens morais do que são expressão os direitos e também se levamos em conta o pluralismo dos princípios políticos que inspiram as constituições da segunda pós-guerra mundial a que se refere o garantismo. O resultado da análise será mostrar que não é possível elaborar um programa coerente e incontrovertido de direitos apto a cumprir as funções que o garantismo lhe atribui.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Garantismo. Constituição. Direitos Fundamentais.

RESUMEN: Uno de los elementos más importantes del celebrado garantismo de Ferrajoli es su teoría de los derechos fundamentales. En este artículo se analiza uno de sus rasgos, en concreto, el coherentismo con arreglo al cual sería posible elaborar o presuponer un sistema de derechos del que estaría desterrada cualquier posibilidad de conflicto o antinomia. Sólo un sistema así construido es hábil para ser blindado en una constitución rígida y para ser garantizado jurisdicionalmente sin caer en el decisionismo y la arbitrariedad judicial. Sin embargo, esta teoría coherentista de los derechos no es plausible. En primer lugar, a causa de ciertas carencias estructurales en el modo de explicar los conflictos entre derechos y de postular su solución. En segundo lugar, no es asumible si presuponemos la pluralidad de los bienes morales de los que los derechos son expresión y también si tomamos en cuenta el pluralismo de principios políticos que inspiran a las constituciones de la segunda posguerra mundial a las que se refiere el garantismo. El resultado del análisis será mostrar que no es posible elaborar un programa coerente e incontrovertible de derechos apto para cumplir las funciones que el garantismo le asigna.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo. Garantismo. Constitución. Derechos Fundamentales.

ABSTRACT: One of the most important elements of Ferrajoli's celebrated guaranteeism is his theory of fundamental rights. This article analyses one of its features, namely, coherentism according to which it would be possible to draw up or presuppose a system of rights from which any possibility of conflict or antimony has been removed. Only a system so constructed can be entrenched within a rigid constitution and be guaranteed jurisdictionally without falling into decisionism or judicial arbitrariness. However, this coherentist theory of rights is not plausible. In the first place this is due to certain structural failings in the manner of explaining the conflicts between rights and postulating its solution. In the second place, it is not acceptable if we presuppose the multiplicity of moral goods of which rights are an expression, and if we take into account the pluralism of political principles that have inspired constitutions after the Second World War to which guaranteeism refers. The result of this analysis will be to show that it is not possible to draw up a coherent and incontrovertible programme of rights fit to achieve the functions that guaranteeism assigns it.

KEY WORDS: Constitutionalism. Guaranteeism. Constitution. Fundamental Rights.

1 Introducción y objetivos

Es del todo innecesario demostrar la influencia del garantismo de Luigi Ferrajoli entre los juristas y teóricos del derecho italianos, españoles o de América Latina. No se puede negar tampoco la trascendencia de la teoría: el garantismo está considerado un tipo de neoconstitucionalismo y el neoconstitucionalismo ha sido presentado como un nuevo paradigma para el pensamiento jurídico² o una posible vía para la superación de la dialéctica entre iusnaturalismo e iuspositivismo³.

Al margen de su *alistamiento* doctrinal, ideológico o su *peso* teórico, son muchas las cuestiones que la propuesta garantista pone sobre la mesa y, precisamente por este motivo, muchos los aspectos en que está siendo estudiada en algunas recientes publicaciones⁴.

Uno de los ejes básicos del garantismo ferrajoliano es su teoría de los derechos fundamentales⁵. Los derechos fundamentales son un elemento clave del garantismo como teoría del derecho y también de la filosofía política garantista, incluido el modelo jurídico-político que propugna, esto es, el Estado constitucional de derecho. El Estado constitucional de derecho es, en algún sentido, una teleocracia ordenada y dirigida a la garantía de un catálogo de derechos fundamentales constitucionalmente declarado. Toda su estructura y su finalidad están condicionadas por los derechos fundamentales y por sus garantías. Valgan como ejemplo la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de los derechos frente al poder legislativo que son, a la vez, las dos garantías básicas de los derechos y los rasgos que definen al Estado constitucional de derecho.

El peso de los derechos en la teoría garantista es tal que, para sus sostenedores, son los derechos –y no la participación de los ciudadanos en la acción de gobierno o el que la mayoría sea el criterio común de decisión de las cuestiones políticas– los que dan la clave del carácter democrático de un sistema de gobierno. Un amplio esquema de derechos, atrincherados en una constitución rígida y protegidos mediante procedimientos jurisdiccionales, singularmente, frente al legislador democrático, fundamenta y define a la democracia misma en lo que Ferrajoli denomina su *dimensión sustancial* que va más allá de la dimensión puramente política o formal basada en la organización del poder y la toma de decisiones conforme a la simple regla de la mayoría (Ferrajoli 2001:35 y ss.). Existiría así una clara primacía axiológica de los derechos fundamentales, sean de libertad sean sociales– respecto de las reglas del Estado democrático, de donde se sigue que la limitación legal del poder soberano precede a su fundamentación democrático-representativa y que «la primera regla de todo pacto constituyente sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría» (Ferrajoli 1989:859).

Esa inmensa dimensión política e institucional contrasta con el concepto puramente formal de derechos fundamentales con el que Ferrajoli trabaja. Según Ferrajoli, son derechos fundamentales «aquellos *derechos subjetivos* que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*» (Ferrajoli

2001:291). Por tanto, los derechos lo son por ser universales, esto es, por estar adscritos a todas las personas, a todos los ciudadanos y a todos los capaces de obrar, –y añade Ferrajoli– cualquiera que sea la extensión de cada una de esas categorías de sujetos. Esta definición se distinguiría nitidamente de otras que son *dogmáticas* por elaborarse a partir del modo en que los derechos están declarados y reconocidos en cada ordenamiento; *axiológicas* o de *filosofía política* cuando se definen los derechos tal y como deberían ser o según deberían de estar reconocidos; *historiográficas* si atendemos al modo en que los derechos han sido históricamente plasmados o al modo en que están actualmente reconocidos y a las razones de tal reconocimiento; y, finalmente, *sociológicas* si nos ocupa su efectividad (Ferrajoli 2001:289-291).

La definición así planteada es fuente numerosos problemas para la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli⁶. Es cierto que existen discursos dogmáticos, teóricos, axiológicos, historiográficos y sociológicos sobre los derechos fundamentales. Sin embargo, una cosa son los discursos sobre los derechos y otra muy distinta el objeto de cada uno de esos discursos, que no parece que pudiera ser distinto, al menos hasta el extremo de ser irreconocible de un campo a otro. Antes al contrario, es de suponer que los distintos discursos sobre los derechos fundamentales versan sobre algo, una noción o idea en algún sentido específica, y que es a esa noción a la que habría de referirse la *definición* de los derechos fundamentales. En suma, no creo que existan tantos conceptos de derechos fundamentales como discursos sea posible hilar a propósito del fenómeno. Podrán existir matizaciones a un concepto matriz o podrá arrojarse más o menos luz sobre algún aspecto del fenómeno de manera que ofrezca, si se quiere, diversas versiones de la noción básica. Desde luego, lo que no parece razonable es distorsionar la noción original hasta el punto de que, por ejemplo, el concepto de derechos fundamentales con que juegue la teoría del derecho parezca no tener relación alguna con el que manejen la sociología jurídica, la historia o la filosofía política.

En mi opinión el concepto, tal y como es común y generalmente concebido⁷, incluye invariablemente elementos sustanciales, lo que lo inhabilita para ser definido formalmente. Estoy con Ferrajoli (2006:20) en que son formales, por ejemplo, conceptos como facultad, obligación, prohibición, expectativa, sujeto, regla, acto jurídico, norma, ordenamiento o validez. Sin embargo, no parece que sea posible definir desde un punto de vista formal qué es una *prohibición intolerable* o una *obligación severa* (entiéndase sin hacer mención a cuáles son los umbrales de lo intolerable o de la severidad). Por el mismo motivo, no es posible definir formalmente a los derechos fundamentales, pues lo *fundamental* es lo que singulariza a los derechos y lo fundamental está en relación necesaria con el valor en que se inspiran o con los intereses que promueven, cuestiones estas necesariamente sustanciales. Lo que diferencia a los derechos fundamentales, al menos a lo que normalmente se entiende por derechos fundamentales⁸, de los derechos en general, es su relación con algún valor que lo cualifica como fundamentales y no la forma universal de su imputación ni de ningún otro rasgo de su estructura⁹. Así las cosas, las definiciones formales no me parece que revistan ningún tipo de utilidad.

Hechas estas precisiones y comentarios críticos, que tendrán su reflejo en la parte sustancial de este artículo, haré expreso el objetivo de este trabajo que no es otros sino un concreto aspecto de la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli: su coherentismo. Presentaré, en primer lugar, el modo en que Ferrajoli explica la existencia de conflictos entre derechos y, a continuación, dos motivos por los que considero que su explicación al fenómeno no es satisfactoria. El primero de estos motivos es de corte formal ya que analizaré las fricciones y antinomias que se suscitan entre las normas que integran el estatuto de cada derecho, esto es, adoptaré un punto vista puramente estructural. El segundo es de corte sustancial, pues consideraré los conflictos entre derechos poniendo el acento en los diversos valores morales y políticos en que se inspiran. El resultado del análisis será, espero, mostrar que no es posible elaborar un programa coherente e incontrovertible de derechos apto para cumplir las funciones que el garantismo le asigna.

2 Coherentismo y conflictos de derechos en la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli.

Diversos autores han detectado cierto coherentismo en la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli¹⁰. Moreso (2005:159), tras referirse a las concepciones que presentan los derechos de un modo ordenado y estable, incluye a Ferrajoli en ese grupo; Prieto (2005:46-47), por su parte, habla de

fuerte coherentismo de la teoría de Ferrajoli especialmente significativo, por difícil de encajar, en el contexto pluralista que caracteriza a las constituciones de la segunda posguerra mundial, que “pretenden expresar una coexistencia de proyectos políticos posibles que se traduce en la coexistencia de principios plurales y tendencialmente contradictorios, algo que afecta también y de modo sobresaliente al corazón mismo de su normativa material, que son los derechos fundamentales”.

Ferrajoli (2006:83) se ha defendido de las acusaciones de coherentismo advirtiendo que no cree correcta la tesis ético-cognoscitivista que afirme que no existen conflictos entre derechos fundamentales y que dicha tesis se vería negada por el contenido de cualquier texto constitucional. Sin embargo, lo cierto es que *sus afirmaciones* posteriores parecen ir en la dirección opuesta a la sugerida por tan clara –y, en mi opinión, plausible– afirmación. Afirma, por ejemplo, que algunos de los ejemplos con que se pretende ilustrar los conflictos de derechos no son precisamente acertados ni ilustrativos¹¹ y, posteriormente, que, aunque los derechos y sus límites no son precisos y exigen una elección y un ejercicio de discrecionalidad por parte de la jurisdicción constitucional encargada de su garantía, es exagerada y enfática la tendencia a considerar conflictos a estas elecciones del juez constitucional (Ferrajoli 2006:91-93). En un sentido más global, la concepción misma de los derechos y las funciones que se les asignan en el marco institucional del Estado constitucional de derecho –el modelo jurídico-político garantista– parecen presuponer una armonía entre los derechos y los valores en que se inspiran que no está muy lejos de las tesis ético-cognoscitivistas que Ferrajoli rechaza.

Es verdad que Ferrajoli reconoce que existen supuestos de incompatibilidad entre derechos, pero también es cierto que minimiza su importancia, limitando mucho su número y alcance. Para hacerlo así, Ferrajoli ofrece una compleja e innovadora teoría sobre los conflictos entre derechos¹² que parte de la distinción entre tres planos *deónticos* en los que se ubica toda una serie de categorías y subcategorías de derechos, que, al menos a mí, no me resulta especialmente esclarecedora. No obstante la analizaremos a continuación.

Ferrajoli (2001:310-311) efectivamente distingue tres niveles a partir de los que organizar los derechos: el nivel de la libertad natural o bruta, el de los derechos-poder o derechos de autonomía y el de los derechos libertad. Advierte que la libertad natural, en la que lo permitido coincide con lo físicamente posible, no es propiamente un derecho sino más bien un no derecho (subjetivo) en un contexto de ausencia de derecho (objetivo) y que esa situación estaría llamada a ser limitada por los todos los demás derechos, los únicos realmente genuinos. Entre ellos, los derechos-poder o de autonomía, que se expresan, sea mediante actos negociales sea a partir de actos de autogobierno político, limitarían de modo normal a la libertad extrajurídica creando obligaciones civiles o políticas. En un plano superior, jerárquicamente hablando, se ubicarían los derechos de libertad y los derechos sociales que, a juicio de Ferrajoli (2001:307-308), conviven tendencialmente sin interferencias recíprocas. No podría considerarse expresión de conflicto alguno la relación que estos últimos derechos entablan con los derechos de autonomía o derechos-poder, pues éstos últimos, en tanto que poderes vocacionalmente expansivos están destinados a entrar en conflicto en el caso de que no sean jurídicamente limitados y disciplinados: la limitación de esos poderes es una necesidad en un Estado que no admite ningún poder *legibus solutus*. Sólo impropriamente podría, por tanto, considerarse que la relación de los derechos constitucionales con la potestad legislativa o con la capacidad para la negociación privada es algún tipo de supuesto de conflictos de derechos, en lugar de formas de manifestarse la sujeción de todos a la constitución o a la ley.

Ferrajoli ha intentado mostrar que, recurriendo a la tipología anterior, muchos de los *temidos* conflictos entre derechos –o todos ellos– son fácilmente resolubles. En un reciente trabajo (2006:85), se refiere a los siguientes casos de conflicto:

–*Conflictos entre derechos de libertad-inmunidad*. Sería el caso de *mi* libertad de conciencia frente a la libertad de conciencia de *otro* o *mi* inmunidad física frente a la tortura frente a la inmunidad física de *otro* a la tortura. Según Ferrajoli, no cabe plantearse en estos casos conflicto alguno, pues este tipo de derechos, al ser inmunidades nunca exigen de los demás más que su inacción, con lo que no podría haber dos actos opuestos fruto del ejercicio del derecho que fuesen incompatibles y que, por tanto, permitieran hablar de un conflicto de derechos.

–*Conflictos entre libertades activas y otro tipo de derechos*. Las libertades activas son derechos que se manifiestan en un hacer sin que nadie lo impida u obstaculice. Sería el caso de la libertad de informar, expresarse, hacer huelga, informar, etcétera con su correlativa prohibición de impedir u obstaculizar la expresión, la información, la huelga, etcétera. En este supuesto, no habría

que dramatizar el conflicto porque "ha sido resuelto ya habitualmente por las constituciones" y porque "los derechos de libertad activa tienen exactamente los contenidos y, por lo tanto, los límites [...] establecidos por las normas que los enuncian" (Ferrajoli 2006:87).

–*Conflictos entre derechos sociales y otros derechos.* Sólo un problema parece afectar a los derechos sociales en el modelo de Ferrajoli: el del coste de su satisfacción. Así las cosas, un derecho social nunca entraría en conflicto con otros, sino a lo sumo con límites de naturaleza presupuestaria, fiscal o financiera. Luego, en ningún caso, cabe hablar en estos supuestos de conflictos de derechos.

–Por último, queda el caso, ya mencionado, del *conflicto entre derechos fundamentales (libertades-inmunidad, libertades activas y derechos sociales) y derechos de autonomía, sea civil o política.* Cabría pensar, para el caso de la autonomía civil, en el conflicto entre la libertad de conciencia, el derecho de huelga o el derecho social a un salario mínimo o a una renta básica y, respectivamente, el derecho a no contratar a alguien por motivos de conciencia, a contratarse según unas condiciones que excluyesen el recurso a la huelga en determinadas circunstancias o a contratarse ganando menos de lo que se juzga mínimo o básico. Idéntico conflicto parece plantearse en el caso de esos mismos derechos fundamentales y el derecho de la mayoría a autodeterminarse legislando en sentido, por ejemplo, restrictivo de alguno de tales derechos. A juicio de Ferrajoli, aquí no hay conflicto alguno, pues el derecho fundamental siempre prevalece respecto de los poderes de autonomía que se ejercen legítimamente sólo fuera de los límites de los derechos fundamentales que, por definición, son un límite a la capacidad de decisión, privada o política, de cualquiera.

Esta original tipología es, a mi juicio, bastante confusa no sólo por lo inédito de las categorías empleadas, sino también por mezclar consideraciones que atañen a un modelo específico de Estado, o, aun peor, a singulares constituciones de concretos Estados, con cuestiones estructurales, que son las únicas que deberían de resultar concernidas si de ventilar conflictos entre derechos desde un punto de vista formal o teórico se trata. Aunque la tipología no me parece conveniente¹³ –de hecho, emplearé otra más adelante–, la adoptaré *provisionalmente* para poner de manifiesto que tampoco mediante su uso parecen solucionarse todos los conflictos de derechos imaginables.

Por ejemplo, haciendo alusión a las inmunidades, afirmaba Ferrajoli (2006:85) que, en la medida en que no comportan ningún tipo de ejercicio o acción sino la simple expectativa negativa de no lesión o interferencia, no podrán nunca colisionar entre sí. El planteamiento me parece engañoso, pues parece referirse sólo al conflicto de inmunidades objetivamente idénticas y subjetivamente diversas, es decir, al conflicto del mismo derecho de inmunidad en dos sujetos distintos. Evidentemente lo que exige mi inmunidad frente a la tortura en ningún momento parece que pueda colisionar con lo que exige la inmunidad frente a la tortura de otro sujeto; ambas exigen que no se torture a ninguno de los dos, con lo que coexisten sin problema. Sin embargo, hay otros supuestos en los que inmunidades diversas en su objeto entran en conflicto. Pensemos en un conflicto entre mi inmunidad frente a la tortura o frente a tratos policiales degradantes o excesivos y la inmunidad de otro frente al secuestro o, en general, frente a los actos delictivos¹⁴. La investigación del delito, para garantizar los derechos de los ciudadanos, exigirá la práctica de interrogatorios en unas ciertas condiciones que se verán limitadas a su vez, por otros derechos de los individuos que excluye cierto tipo de prácticas inquisitivas. Sin embargo, cada una de las inmunidades parece querer expresarse de manera absoluta, lo que suscita necesariamente el conflicto entre ambas. ¿Hasta dónde han de llegar mi inmunidad frente a la acción policial exigida por la inmunidad general de todos frente al delito? Eventualmente, el hecho de que el límite esté legislativa o constitucionalmente establecido, no es prueba de la inexistencia del conflicto, sino, al contrario, un efecto del mismo.

Por ese mismo motivo, no cabe afirmar, como hace Ferrajoli (2006:87) para el caso de los conflictos de las llamadas libertades activas, que cuando chocan libertades para hacer, como por ejemplo el derecho de huelga y el derecho a la asistencia médica, no hay conflictos porque las constituciones han previsto reglas de preferencia para resolver ese tipo de supuestos. Ésa es una salida dogmática a un problema teórico –además de moral y político– y, por tanto, no resuelve el asunto planteado. Nuevamente cabe decir que si se han previsto preferencias entre derechos o reglas de colisión para el caso de conflicto, es porque había tensiones y había colisiones: la existencia de un procedimiento para dirimir un conflicto jamás puede ser prueba de su inexistencia, sino un efecto del mismo.

En cuanto a los derechos sociales, el planteamiento es también insatisfactorio. Negar el conflicto entre derechos sociales y derechos de cualquier otro tipo afirmado que lo que se da es un conflicto entre las exigencias de un derecho a prestaciones y ciertas limitaciones presupuestarias es desconocer que los recursos financieros precisos para la satisfacción de este derecho han sido detraídos a

alguien y que en alguna medida se habrá afectado su libertad y algunos de sus derechos, pues ha sido colocado en una posición de subordinación o de deber respecto de los intereses y necesidades de otros. Desconocer que la expansión de los derechos sociales de otros comporta un incremento de mis deberes hacia ellos y que, en ese sentido, al vincularme a ellos, queda afectada mi libertad personal entendida como autonomía o inmunidad frente a los demás, es desconocer u ocultar uno de los conflictos más veteranos y capitales de la filosofía moral y política, el conflicto entre igualdad y libertad¹⁵.

Puede encontrarse, no obstante, en la teoría de Ferrajoli una posible solución a esa colisión de derechos que se da entre derechos sociales y los derechos de libertad y, más en concreto, con los derechos de propiedad a partir de los se financian las políticas de igualdad material. La solución se construiría a partir de la distinción ferrajoliana entre derecho fundamental de propiedad y los concretos derechos sobre bienes. Recordemos que Ferrajoli (2001:31 y 301) sostiene que el derecho de propiedad, por ser universalizable, es un derecho fundamental y que cuando se alude al derecho de propiedad se alude elípticamente al derecho a ser propietario, pero en ningún caso son fundamentales los derechos sobre bienes singulares, pues mi propiedad sobre los mismos excluye para esos bienes a la propiedad de otros. Si esta tesis fuese cierta, sólo la prohibición de ser propietario sería un caso de infracción al derecho fundamental de propiedad. Ahora bien, ninguna apropiación o confiscación de los derechos reales, vulneraría el derecho de propiedad. Así las cosas y siguiendo la lógica ferrajoliana, las confiscaciones, totales o parciales, de bienes podrían ser proclamadas como la forma natural de garantizar los derechos fundamentales sociales, pues restringen o suprimen derechos reales (no fundamentales) de concretos individuos en beneficio de los derechos sociales fundamentales de todos. En definitiva, el derecho a la propiedad nada tendría que ver con las propiedades de cada uno y sólo podría ser vulnerado si fuera negado normativamente con carácter general. El derecho a la propiedad es, de este modo, un derecho sin objeto o cuyo objeto es apenas él mismo como derecho, pero como derecho a nada salvo a ser asignado nominalmente a todos. El problema es mayor de lo que parece, pues esta lógica de la escisión entre un derecho y aquello a que se refiere, podríamos extenderla a otros derechos y libertades distintos de la propiedad y pensar, por ejemplo, que una cosa es la libertad de expresión y otra las expresiones conferidas en su ejercicio y que la limitación de cualquiera de las expresiones que uno podría proferir nunca puede ser entendida como limitación del derecho a expresarse (!). La conclusión, creo, desacredita la tesis inicial.

Dos consideraciones más respecto de los conflictos entre derechos fundamentales (inmunidades, libertades activas y derechos sociales) y derechos de autonomía (pública o privada). Recordemos que Ferrajoli (2001:309) afirmaba que los derechos a autodeterminarse por leyes quedan limitados por los derechos de libertad establecidos *en la constitución* y que los derechos de autonomía civil se limitarían por los derechos de libertad establecidos (*¿también?*) *en las leyes*. La causa de la limitación parece ser entonces la jerarquía entre ambas figuras de derechos, pero entonces queda la duda de lo que sucederá si el derecho de libertad y el derecho de autonomía están ambos establecidos en la constitución. Tal sería el caso de derecho al autogobernarse democráticamente mediante leyes y cualquier tipo de derecho que actúe como parámetro y límite a la validez de las normas legales. Al margen de poner sobre la mesa el problema de la objeción contramayoritaria al constitucionalismo, quedaría sin explicar, en este caso, la causa de la limitación estructural de los derechos de autonomía por parte de los derechos de libertad cuando ambos vengán reconocidos al mismo nivel jerárquico.

En segundo lugar, suponer que dos derechos no entran en conflicto pese a que choquen los actos a los que habilitan no me parece correcto porque, como ocurría para el caso de la propiedad, esto exige escindir y cauterizar a los derechos-normas de los actos a los que se comúnmente refieren. No sólo materializa –en una suerte de hipóstasis– los derechos y los eleva a un estatus ontológico nuevo y distinto de los actos cuya ejecución protegen o a los que facultan, sino que además consiente cualquier limitación de la actividad de los individuos sin que de ningún modo ésta pudiera implicar lesión alguna a los derechos. Sólo la negación genérica de un derecho, esto es, la afirmación en un texto legal o constitucional de que “no se tiene derecho a...” podría ser considerada como vulneración de los derechos si éstos se han escindido de los actos a los que comúnmente se considera que habilitan.

Volviendo al tema de la autonomía, el problema que se plantea aquí es si la autonomía en sí no será un derecho fundamental o, al menos, el componente básico de muchos derechos fundamentales, en lugar de ser vista como el ámbito sobre el que la vocación limitativa de los derechos se despliega. Sobre la pista de este asunto nos coloca Moreso (2005:165) quien, aunque reconoce que los derechos fundamentales están llamados a limitar a la autonomía privada, no cree, sin embargo, que dicha

limitación pueda ser exhaustiva, pues en ese caso disminuiría la pluralidad de la vida social. En mi opinión, no es la pluralidad de la vida social la dañada por esa hipotética y desbordante expansión de la vocación limitativa de los derechos; lo que ocurre, a mi juicio, es que la autonomía en sí es un derecho fundamental. Si así fuera no sería posible separar completamente a los derechos fundamentales de la autonomía misma ni los derechos pueden tener sentido en un mundo en el que la autonomía de los individuos hubiera quedado totalmente erradicada.

Veamos la idea a partir de un ejemplo. Es aceptado que los poderes públicos no pueden discriminar a la hora de relacionarse con los ciudadanos en función de, por ejemplo, su raza, su sexo o su religión; criterios análogos entre los particulares en ciertas relaciones especiales, como la contratación laboral o el despido, tampoco parecen aceptables. Lo que no parece admisible es que alguien a título particular no pueda utilizar alguno de esos criterios discriminatorios, por odioso que nos resulte, para determinar algunas de sus propias opciones de vida, especialmente si éstas son estrictamente personales y privadas, como, por ejemplo, para decidir a quién invita a su casa o a su boda. Sin embargo, si afirmamos que los derechos fundamentales están llamados a limitar naturalmente la autonomía y que, sea cual sea, el nivel o grado de la limitación, en ningún caso, podrá apreciarse conflicto alguno entre derechos, nos veremos obligados a aceptar la *legitimidad* de algunas de exigencias extravagantes cuando, por ejemplo, se nos impusieran cupos de amistades o comensales en función de criterios raciales, religiosos, económicos. Siguiendo la lógica ferrajoliana tendríamos que admitir que sería posible, e incluso deseable, una limitación de este tipo de la autonomía privada o de la autonomía política, siempre que se realizase en nombre de los derechos fundamentales. La mera hipótesis es inquietante y expresiva, en algún sentido, de un cierto *fundamentalismo* de los derechos¹⁶, según el cual los derechos, insisto, habrían sido trasladados a algún lugar distinto de aquél donde se llevan a cabo los actos a los que parece que habilitaban y desde donde incluso se volverían contra sus propios titulares, cuyos actos son vistos más como potenciales factores de agresión a la idea de justicia en que, según algún *acreditado* intérprete, se inspiran los derechos que como los beneficiarios de su declaración y reconocimiento. En ese contexto, no es la pluralidad social lo que se ve afectado por una *hiperinflación* en el contenido limitativo de los derechos, sino la propia libertad personal como derecho fundamental en sus múltiples manifestaciones. Así las cosas, la escisión entre derechos primarios limitadores y derechos de autonomía pasibles de cualquier limitación se desvanece como expediente para explicar los conflictos entre derechos.

3 Alternativa al análisis de Ferrajoli sobre los conflictos entre derechos

3.1 La estructura bilateral y la complejidad de los derechos fundamentales

Una objeción adicional, complementaria a la anterior, frente a las tesis garantistas sobre la coherencia de los derechos es aquella que afirma que Ferrajoli carece de un aparato conceptual satisfactorio para describir o reconstruir adecuadamente las hipotéticas situaciones de conflicto. La triada de planos deónticos en los que Ferrajoli coloca a las distintas categorías de derechos fundamentales, no parece muy satisfactoria. Mucho más esclarecedora, a mi juicio, es la clasificación que se obtiene de Hohfeld (1913), que Comanducci (2005:108 y ss.) ha empleado para criticar el modo en que Ferrajoli analiza los conflictos entre derechos fundamentales.

Desde Hohfeld sabemos con claridad que un derecho es una situación jurídica en la que dos normas se *cruzan*: una norma iría referida al sujeto activo o titular del derecho permitiéndole, protegiéndole o habilitándole en algún sentido y otra a un sujeto pasivo que quedaría de algún modo vinculado, limitado u obligado respecto del titular del derecho. La tipología de estas *situaciones cruzadas* también fue abordada por Hohfeld quien se refirió a cuatro situaciones específicas de derecho (en sentido amplio): derechos en sentido estricto, libertades, potestades e inmunidades. Correlativamente a cada una de estas situaciones activas corresponden cuatro pasivas: deber, no-derecho, sujeción e incompetencia. Así, y simplificando bastante, diremos que

a) Hablaremos de derecho (en sentido estricto) cuando existen dos normas: una que permite a un sujeto (sujeto activo de la relación o titular del derecho) exigir a otro que haga algo simultáneamente y una segunda norma que impone a éste último el deber de hacer ese algo si el primero lo pide.

b) Hablaremos de libertad si una norma permite a alguien hacer o no hacer algo y, correlativamente, otra norma prohíbe a otro sujeto o sujetos interferir de cualquier modo en esa decisión¹⁷.

c) Hablaremos de potestad cuando una norma habilita a un sujeto a alterar el estatuto jurídico de otro y cuando otra norma establece que el segundo está sujeto al primero en el sentido de que verá alterada su situación jurídica si el primero lo decide.

d) Finalmente, hablaremos de inmunidad si una norma establece que el estatuto jurídico de algún sujeto no se verá modificado por las decisiones de otros y, correlativamente, otra norma establece la incompetencia de esos otros para alterar mediante sus decisiones o actos el asunto de que se trate.

El análisis de Hohfeld es interesante pues pone de manifiesto que un derecho no es nada distinto de un determinado encuentro o cruce de normas. En el contexto de un ordenamiento jurídico, por lo tanto, los conflictos entre derechos no son más que conflictos entre normas y no conflictos entre entidades singulares, más o menos místicas, con un estatus ontológico indefinido. Pueden presentar particularidades y efectivamente las presentan, pero en esencia, en su estructura última, un conflicto entre derechos es un supuesto de antinomia jurídica.

Comanducci (2005:105 y ss) ha elaborado una propuesta explicativa de los conflictos entre derechos fundamentales que asume la herencia hohfeldiana y la desarrolla ofreciendo numerosas ideas interesantes. Una de ellas, por ejemplo, ausente en la propuesta de Ferrajoli, es la que distingue entre supuestos de incompatibilidad en abstracto y en concreto. La incompatibilidad en abstracto se da "en la fase de interpretación de las formulaciones que confieren derechos fundamentales (en la que se prescinde de cualquier supuesto de hecho concreto)", mientras que la incompatibilidad en concreto se da "en la fase de interpretación en concreto de dichas formulaciones, es decir, en la fase de aplicación a un caso" (pp.108-109).

Retomando las categorías del Hohfeld, Comanducci (2005:110) advierte que para que exista una incompatibilidad entre derechos se han de dar dos condiciones:

a) Que los supuestos de hecho a los que se aplican (o sea, sus ámbitos de aplicabilidad) sean total o parcialmente coincidentes. Es decir, que las normas integrantes de los dos derechos teóricamente en conflicto aludan, total o parcialmente, a una misma acción.

b) Que la primera norma adscriba a una clase de sujetos una modalidad activa y la segunda adscriba, a otra clase de sujetos, la modalidad activa opuesta a la que debería de ser la modalidad correlativa de la modalidad adscrita por la primera, es decir, que es preciso que el sujeto activo del primer derecho en situación de incompatibilidad coincida con el sujeto pasivo del segundo, con lo que necesariamente coincidirán también el activo del segundo con el pasivo del primero. Tal sería el caso si una de las normas que forma un primer derecho atribuye a un sujeto un permiso y otra norma que forme parte de la estructura del segundo derecho, le impone un deber. Así las cosas, el titular del derecho a hacer x, sería simultáneamente el que no tiene derecho a hacer x; en el segundo supuesto, habrá conflicto cuando el que tenga la libertad de hacer o no hacer x, tenga también, según otra norma, la obligación de hacerlo o no hacerlo. Para el caso del par potestad/inmunidad, sería el caso si el titular de una potestad sobre algún asunto o materia, es a la vez sujeto incompetente para tomar cualquier decisión en ese asunto o si el que es inmune en algo frente a alguien, a la vez está sujeto a ese alguien en ese algo.

La formulación es complicada, pero es fácil de entender si prescindimos de la retórica al uso en este tipo de análisis y ejemplificamos intentando, además, hablar de conflictos de normas y no entre derechos.

Veámoslo con el caso de la libertad de movimiento tal y como podría estar reconocida en alguna constitución al uso. Un derecho (a) está formado por dos normas: (a1) que permite a todos moverse libremente por un territorio dado y (a2) que prohíbe a las autoridades, por ejemplo, impedir dicho movilidad; simultáneamente otro derecho (b), en este caso, una libertad estaría formado por otras dos normas: una (b1) que faculta a las autoridades a impedir discrecionalmente la movilidad de los individuos en tiempo de guerra y una segunda que (b2), correlativamente, establece que los ciudadanos no tendrían derecho a moverse libremente en tiempo de guerra en caso de que las autoridades lo estableciesen. Tenemos una clara incompatibilidad parcial en el caso de guerra, que podrían resolverse diciendo que, en ese ordenamiento, todos los ciudadanos tienen derecho a moverse con libertad salvo disposición en contrario de las autoridades en tiempo de guerra. Además comprobamos, tal y como Comanducci avanzaba, a un mismo sujeto (los ciudadanos) como sujeto activo del derecho (a) y como pasivo del (b) y, correlativamente, las autoridades son el activo de derecho (b) y el pasivo del (a). La incompatibilidad sería, sin embargo, total si los supuestos de hecho coincidieran plenamente, es decir, si los ciudadanos tuvieran derecho a moverse y las autoridades fueran libres para impedirlo pues, en ese caso, dos normas

permiten y prohíben lo mismo (moverse) y paralelamente, otras dos prohíben y permiten a las autoridades la misma acción (impedir la movilidad).

Un caso más. Supongamos un derecho/deber formado por dos normas: la que permite a los sujetos con bajo nivel de renta exigir a otros con renta superior parte de la suya y correlativamente, la que establece que los sujetos con renta elevada tienen el deber de transferir una parte de la misma si otros con poca renta se lo piden. Supongamos, segundo caso, otro par de normas que establecen que todos pueden hacer con su renta lo que estimen oportuno sin que nadie tenga derecho a inmiscuirse en esa decisión. Este podría ser un supuesto de conflicto entre un derecho social y una libertad negativa.

Aún un ejemplo adicional de Comanducci (2005:110) bastante esclarecedor: pensemos en una norma que reconoce a los individuos libertad de expresión y, particularmente, inmunidad frente a actos de censura de las autoridades y simultáneamente otra norma que reconociese la competencia de las autoridades para fijar lo que puede o no puede ser dicho.

Lo que espero haber descrito, siguiendo a Hohfeld y Comanducci, son los conflictos entre derechos subjetivos en general, aunque los ejemplos que he empleado son normalmente derechos de corte constitucional. Quedaría por dilucidar si el caso de los conflictos entre derechos fundamentales presenta alguna diferencia respecto del anterior esquema o, al menos, alguna característica accesoria singular.

Si los derechos fundamentales son derechos subjetivos simples, formados por el cruce de dos normas –tal parece ser la tesis de Ferrajoli–, realmente no habría que añadir nada a lo expresado, con lo que los conflictos entre derechos, lejos de plantear trabajosos retos teóricos, son conflictos entre normas, es decir, simples antinomias jurídicas. Desde luego, lo que no sería cierto en ese caso sería la tesis coherentista de Ferrajoli.

Sin embargo, si tenemos un punto de vista un poco más amplio y consideramos que los derechos fundamentales son no ya simples derechos subjetivos, sino algo más, esto es, haces de derechos subjetivos, entonces la conclusión podría ser matizadamente distinta. Efectivamente, cuando una constitución establece que alguien tiene derecho a expresarse libremente, a acceder a la cultura o a una renta mínima básica, afirma no una simple posición formada por el cruce de dos normas simples referidas a los dos sujetos precisos y a una acción delimitada y específica. Lo que resulta de esa proclamación es un cúmulo de situaciones de derecho, libertad, potestad e inmunidad referidas a acciones de lo más diverso y en la que concurren múltiples actores que se relacionan y entrelazan de modo complejo¹⁸. La peculiaridad para el caso de los conflictos entre derechos fundamentales estribaría entonces no en reformular la teoría de las antinomias jurídicas, sino en aislar y reconstruir las posiciones que forman cada derecho, esto es, en traducir las formulaciones constitucionales de los derechos al lenguaje hohfeldiano, mencionando todos los sujetos implicados, las acciones referidas, las posiciones en las que se cruzan, las normas que las forman y, a partir de ahí, comprobar si existen o no supuestos de conflicto¹⁹.

Por ejemplo, la afirmación de que todos tienen derecho a una renta básica implica el derecho de los que no la alcanzan a parte de la renta de los que la superan y el deber de éstos de ofrecerla a los primeros; adicionalmente, descartado el ajuste voluntario entre los sujetos implicados, habría que considerar la potestad de los poderes públicos para detraer el exceso y redistribuirlo mediante una maraña de políticas públicas, básicamente fiscales y de prestación de servicios. Si añadimos los procedimientos administrativos para la petición, libre, de ayudas y prestaciones y para su otorgamiento, tenemos un cuadro francamente exuberante.

A esta dificultad técnica, aún habría que añadir una más. Los derechos fundamentales tal y como son reconocidos en las constituciones, suelen mencionar apenas al sujeto activo y suelen hacerlo bajo fórmulas generalistas o universalistas, refiriendo, por ejemplo, a “todos”, a “todos los ciudadanos” a “todos los nacionales” y expresiones similares. En estos casos se pueden dar solapamientos cuando todos estén simultáneamente en el lado activo de un derecho y también en el correlativo del opuesto. Por ejemplo, el derecho de todos al honor y la libertad de todos a expresarse podrían entrar en conflicto si una categoría de expresiones o asuntos pueden ser entendidas simultáneamente como formas de expresión (que todos tienen derecho a proferir) e ingerencias en el honor (que nadie tiene derecho a afectar): en este caso, no es que unos puedan afectar el honor de otros distintos, sino que cualquiera de nosotros, en tanto que parte de ese genérico “todos”, podemos afectar el honor de cualquier otro y cualquier otro el nuestro.

Si a este factor unimos el de la generalidad con que se describen los supuestos de hecho de los derechos constitucionales y a la tendencia a su interpretación extensiva, tenemos más motivos

para presumir que los conflictos podrán plantearse. El hecho de que los textos constitucionales sean síntesis de principios diversos u opuestos, como documentos inspirados por valores plurales o como intentos de conciliar tradiciones políticas rivales, abonaría la tesis de que contienen derechos incompatibles en abstracto, esto es, tal y como se les interpreta normalmente desde el momento en que reconocen a todos expectativas y pretensiones rivales frente a sí mismos²⁰. Así las cosas, la afirmación de Comanducci (2005:110) en el sentido de que los casos de conflictos entre derechos en abstracto son efectivamente pocos, podría no ser cierta.

3.2 Algunas consecuencias de la bilateralidad

Según Hohfeld (1913) un derecho es una relación binaria y recíproca entre dos sujetos: uno, titular del derecho, llamado sujeto activo de la relación, y otro, llamado sujeto pasivo, que queda obligado, vinculado o limitado de alguna manera en relación al primero. Los derechos no son posiciones jurídicas singulares, no son rasgos del estatuto jurídico de un sujeto o atributos personales que se agoten en uno mismo, sino que tienen sentido en relación a otros. El derecho es, por tanto, siempre una relación entre dos posiciones jurídicas vinculadas a sendos sujetos. Desde este punto de vista, el reconocimiento de un derecho siempre implica la imposición de algún tipo de obligación o limitación a alguien distinto de su titular.

Si todo derecho, subjetivo y también subjetivo-fundamental, implica un deber, la operación de reconocer un derecho es conflictiva en un sentido específico: tiene un *coste* pues la imposición a alguien una obligación puede no ser visto favorablemente por ese alguien que queda del lado pasivo de la relación jurídica establecida, esto es, del lado del deber, del no-derecho, de la sujeción o de la incompetencia.

La retórica al uso de las teorías de los derechos emplea términos como "reconocimiento" o "proclamación" y va referida casi exclusivamente a los titulares activos, no a los pasivos. En el lado pasivo es habitual colocar a entidades más o menos místicas, más o menos vaporosas, como el Estado, los poderes públicos, la sociedad, etcétera. Ferrajoli, por ejemplo, alude al Estado, al mercado a los macropoderes y a los micropoderes, públicos o privados, siempre tendencialmente ilegítimos, que parecen ser responsables de las carencias de derechos que nos afectan.

Esta retórica pudiera ser una forma de encubrir la *carga negativa* implícita a todo derecho; en su lugar, parece querer trasladarse la idea de que al reconocerse un derecho se *suma* y se *mejora* una situación previa negativa o se solventa una carencia ancestral. Esta operación es infructuosa, como veremos más adelante, pues los motivos que llevan a reconocer el derecho pueden no ser generalmente compartidos. Sin embargo, al margen de este tema, el carácter bilateral o recíproco de las normas jurídicas que forman el derecho es suficiente para poner sobre la mesa una carga conflictiva implícita al reconocimiento de cualquier derecho.

Sea sujeto pasivo el Estado, sea sujeto pasivo el mercado, las obligaciones que los derechos exigen terminan finalmente recayendo sobre individuos: el Estado no es *nadie* diferente del conjunto de individuos que se organizan y vinculan políticamente de un modo específico y el mercado no es desde un punto de vista subjetivo o personal, *nadie* distinto del conjunto de agentes que llevan a cabo actividades económicas.

Para ilustrar estas ideas, tomemos como ejemplo, en primer lugar, los llamados derechos de libertad. Siendo derechos negativos o de defensa frente al Estado, según el esquema hohfeldiano nos encontraríamos ante inmunidades de los individuos integrantes de una comunidad política frente a la comunidad política misma. La comunidad política, generalmente, el Estado, sería el sujeto pasivo *incompetente* para alterar el estatuto jurídico del sujeto activo titular. No hay que olvidar, no obstante, que la comunidad está formada por individuos, por lo que se da la aparente *paradoja* de que el mismo individuo sea a la vez el inmunizado y aquel frente a quien se inmuniza: el segundo aspecto, vale obviamente para el individuo por referencia a la comunidad política de la que forma parte, que carecería de competencia para tomar decisiones o llevar a cabo acciones que le afectasen a él mismo y a otros individuos a título singular. Cada individuo es, por tanto, sujeto activo directo y pasivo *mediado* del derecho-inmunidad. Al reconocer una inmunidad de este género se amplían los horizontes de libertad negativa individual, esto es, se amplía la inmunidad de cada individuo frente al poder de decisión del grupo al que se pertenece; pero paralelamente, se minora el poder de decisión del grupo del que el individuo mismo forma parte²¹.

En el caso de los llamados derechos sociales, las cosas son aun más evidentes. Según el denominado *modelo optimista* los sujetos activos son los individuos y el sujeto pasivo el Estado, obligado a favorecer a aquellos ofreciéndoles cierta renta o acceso a ciertos recursos y servicios. El reconocimiento o la ampliación de los derechos sociales, de este modo, no parece perjudicar a nadie salvo al propio Estado. Sin embargo, nuevamente hay que recordar que el Estado no es sino una comunidad de individuos políticamente organizada, que ejerce de modo preponderante el dominio sobre ese grupo y se atribuye el uso legítimo de la violencia. La traducción de esa *ingenua* descripción según la cual *individuos buenos y desfavorecidos arrancan de las fauces de un Estado, perverso por naturaleza, concesiones* o bien aquella según la cual *un Estado, ancestralmente perverso pero ahora bondadoso, se compromete con nuestras necesidades y deseos*, es bien fácil. Basta darse cuenta de que un derecho social es la obligación de cada miembro de un grupo de favorecer a otros miembros hasta que estos obtengan ciertos niveles de renta o el acceso a ciertos recursos o servicios o, visto desde el otro lado, un derecho social nos garantiza que otros nos favorezcan, mediante su renta o trabajo, hasta cierto punto que haya sido juzgado deseable²². Un derecho social, por tanto, nos favorece si somos los beneficiarios de las transferencias de renta que son su objeto, pero evidentemente es una carga gravosa cuando estamos obligados a transferir parte de nuestra renta a otros que no superan los umbrales determinados como mínimos²³.

Adicionalmente, podríamos considerar el conflicto entre la libertad entendida como *inmunidad frente al poder de decisión de otros* y el reconocimiento de los derechos sociales, que, en algún sentido, nos vinculan a las necesidades de los otros y vinculan a los otros a nuestras necesidades. Aunque esto, evidentemente, eso nos llevaría muy lejos, sí que nos permite plantear el problema de los conflictos de derechos desde un punto de vista sustancial, es decir de los conflictos entre derechos fundamentales debida a la tensión o incompatibilidad que exista entre los valores morales o políticos que los inspiran.

4 Los conflictos entre derechos desde un punto de vista sustancial

Todo el esquema anterior, las estructuras internas de los derechos, los supuestos de choque, etcétera, puede resultar fútil en el momento en que se pone el acento de la definición de los derechos fundamentales y de la teoría que verse sobre ellos, no en ningún aspecto formal o dogmático, sino en los valores y principios en que se inspiran.

La dimensión sustancial de los derechos implica que dos derechos fundamentales entran en conflicto cuando el interés que subyace a uno de ellos, supone una lesión, una merma o insatisfacción del interés que subyace al otro; cuando la adecuación al valor en que se inspira uno implica una traición o distanciamiento del valor en que se inspira otro. Esta tensión es primariamente moral o política, pero tiene su reflejo en el terreno jurídico, por ejemplo, a la hora de fijar el contenido preciso del un derecho constitucionalmente establecido, de *listar* las posiciones jurídicas que lo componen en clave deóntica, de precisar el objeto de cada una de ellas o el universo de los sujetos a que se refieren.

Que los derechos fundamentales habituales en los actuales catálogos constitucionales obedecen o se inspiran en bienes morales o principios rivales es fácilmente demostrable a partir de dos tipos de argumentos: el primero es un motivo ético que apunta al carácter diverso y conflictivo de los bienes morales últimos y el segundo, de corte político, alude al pluralismo de los valores y que incorporan las constituciones características del denominado neoconstitucionalismo. Veámoslos en mayor detalle.

El primer argumento hace alusión a la conocida tesis pluralista²⁴ según la cual hay muchos fines distintos que pueden perseguir los hombres de modo racional y muchos bienes morales de los que se sirven como criterio para elaborar sus juicios de valor y para tomar decisiones prácticas. Estos bienes no sólo serían diversos y distintos, sino que entre ellos son rivales por plantear exigencias incompatibles. Las tensiones no pueden resolverse conciliando o compatibilizando los valores en un óptimo ideal porque los bienes en cuestión serían inconmensurables entre sí. Incluso internamente, cada uno de esos valores o bienes llega en ocasiones a ser complejo y pluralista y plantearía en ocasiones requerimientos y demandas contradictorias.

El pluralismo de valores se opondría así al monismo ético según el cual todos los bienes morales genuinos son compatibles sea por deducirse de un valor supremo sea por formar un sistema coherente. De este modo, estaría excluida la posibilidad de conflicto en la medida en que todos los valores se

implicarían e incluso se exigirían los unos a los otros, alcanzando de ese modo en el sistema su propia plenitud: así, todo dilema o problema moral genuino habría de tener una única respuesta correcta y, dada la coherencia interna del sistema que sirve de referente para la solución de nuestros dilemas éticos, estaría absolutamente excluida la competición, rivalidad o conflicto entre los bienes y valores morales que lo forman.

Aunque las tesis monistas forman parte del pensamiento moral y político occidental prácticamente desde sus orígenes²⁵, hoy no parecen muy plausibles y parece más bien que en el seno de cualquier moralidad compleja y plural, conviven bienes incompatibles entre sí, siendo por tanto, imposible lógicamente la compatibilización o armonización de todos ellos de modo tal que pueda darse una respuesta única que dé satisfacción a todos y que, por tanto, no suponga coste moral alguno.

No obstante, aún cabría ser monista en ética y, sin embargo, rechazar la posibilidad de elaborar un catálogo coherente de derechos fundamentales en el contexto teórico que representa el neoconstitucionalismo o el mismo garantismo. El motivo –el segundo de los antes anunciados– va referido al Estado constitucional y a su base axiológica y, para este contexto, abonaría la idea de que los conflictos entre derechos fundamentales son inevitables y probablemente irresolubles. El Estado constitucional de derecho que el garantismo presupone y propone es el resultado de la yuxtaposición de dos tradiciones constitucionales diversas y difícilmente conciliables: una liberal y defensiva y otra democrática de corte programático a la que se habría sumado un elemento original: el componente social que da sentido a la programación²⁶. Esta combinatoria de valores y tradiciones políticas contrapuestas afectaría al contenido de los textos constitucionales, a los propios catálogos de derechos y obligaría a compromisos y composiciones de intereses continuas que evitasen la inestabilidad de la estructura institucional por el desplazamiento que pudiera producirse hacia alguno de sus extremos.

El primer modelo de constitución a partir del que se funda el neoconstitucionalismo y también el propio garantismo es el de la llamada constitución–garantía (*costituzione-garanzia*) de corte defensivo, liberal e individualista. La constitución es concebida como un pacto de mínimos que tiene por función asegurar la autonomía de los individuos frente al poder político, que *remite* a los individuos el diseño y consecución de su plan de vida particular, *declara* sus libertades en forma de derechos negativos o defensivos y los blindo frente a la actuación de los poderes públicos, comprometidos apenas a asegurar el castigo de las lesiones y vulneraciones de los derechos que pudieran producirse. A ese modelo, se habría sumado el de la *constitución programática* o *constitución–plan* (*costituzione-indirizzo*) que concibe a la constitución como la declaración o proclamación solemne de un programa político articulado en numerosas directrices de organización y transformación social y política. La constitución es vista como una *norma directiva fundamental* que aspira a realizar una serie de valores y objetivos proclamados constitucionalmente. La constitución llama, en suma, a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de una empresa colectiva *teóricamente* para la realización de una sociedad más justa²⁷.

El neoconstitucionalismo y los textos constitucionales que a él se refieren sería dijimos, el resultado de la combinación de esos modelos políticos²⁸, a los que habría que sumar la dimensión social, vinculada con el componente programático de las constituciones, que se habría incorporado a la base axiológica del Estado constitucional a lo largo del siglo pasado. De la constitución programática toma la idea de planificación de la vida política y social y de la constitución defensiva los mecanismos para garantizar la supremacía de la constitución respecto de los poderes constituidos y, particularmente, respecto del legislador democrático. A juicio de algunos estudiosos, el modelo se mantiene equilibrado²⁹, aunque es vulnerable frente a tensiones que amenazarían por desbordarlo. Fenómenos como la materialización o la judicialización³⁰ pondrían en riesgo el componente democrático de las constituciones³¹ y cierta expansión del elemento programático-social de las constituciones podría elevar su carácter dirigista y estatista y afectar a su componente liberal e individual³².

Al margen de la mayor o menor gravedad de los problemas planteados, lo que aquí interesa es que la base axiológica de las constituciones del neoconstitucionalismo no es precisamente sólida al estar formada por valores y principios provenientes de tradiciones constitucionales antagónicas. La homogeneidad o la coherencia no son rasgos característicos de ese modelo constitucional: más bien al contrario, valores y principios políticos, heterogéneos e históricamente rivales, son los que inspiran las declaraciones de derechos de nuestras constituciones. En ese contexto, la pretensión de elaborar un catálogo coherente de derechos, nuevamente, se torna una tarea, con suerte, hercúlea.

Pese a lo expuesto, no es frecuente extraer todas las consecuencias que razonablemente se siguen de la inestabilidad de la base axiológica de las constituciones contemporáneas. No son pocos los tratadistas que en el campo de la teoría y la filosofía jurídica parecen presuponer la *coherencia* y *unitariedad* de los derechos fundamentales o la posibilidad de reducirlos y sintetizarlos en un esquema simple de valores morales últimos y coherentes³³. Lugares comunes de la filosofía de los derechos humanos y fundamentales, como la presentación de generaciones acumulativas de derechos o la lectura de la historia constitucional en clave de *avance* o *progreso* hacia una situación en que derechos cuya proclamación *faltaba* pasan a ser reconocidos, lo que nos aproxima al *óptimo constitucional* al que antes aludía, delatan tal actitud que no puede menos que ser valorada como *optimista* o quizás *ingenua*.

Si el paralelismo entre las tesis monistas y muchos de los discursos al uso sobre los derechos fundamentales es evidente, en el caso de la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli torna particularmente paradigmático³⁴. Aunque Ferrajoli presenta su propuesta como heredera de la tradición filosófica liberal e ilustrada, lo cierto es que incorpora importantes elementos característicos del pensamiento socialista³⁵. La incorporación de derechos sociales junto a los derechos de libertad y la búsqueda de un nivel de garantía igual al de los segundos para los primeros, son efectivamente expresivas de esa yuxtaposición. Sin embargo, en ningún momento parece plantearse la existencia de tensiones entre ambos referentes. El garantismo se presenta a sí mismo y al Estado constitucional que promueve como una expansión, en cierto sentido, como una *mejora* respecto de la situación de los derechos en el contexto del constitucionalismo liberal, al haberse ampliado el número de derechos reconocidos así como las fórmulas y mecanismos para su protección. El Estado constitucional³⁶ es, por tanto, un mecanismo que perfecciona el paradigma del Estado de derecho clásico y supera los inconvenientes y los riesgos de un modelo de democracia meramente formal al lograr la síntesis del ideal de libertad y el modelo de individuo propio del constitucionalismo liberal con las exigencias de la igualdad y la fraternidad a través de las que se pretende asegurar a todos unas condiciones reales que hagan posible el disfrute de sus derechos³⁷. Además de ese optimismo institucional, los ejemplos que demuestran que Ferrajoli participa de la filosofía optimista de los derechos son abundantes: la acumulación pacífica de derechos en estratos o generaciones es quizás el mejor supuesto³⁸; la asimilación de unos derechos a otros³⁹, intentando así extender las formas de garantía, también deja traslucir la idea de que un cuadro ideal de derechos existe y de que el actual se encuentra aquejado de fallos *técnicos* subsanables. La valoración, siempre favorable a las ampliaciones de derechos, en número, en el espacio, en el universo de su titularidad; la exigibilidad de los derechos frente a los poderes públicos, pero también cada vez más frente a los privados y la apuesta por que el proyecto garantista alcance dimensiones planetarias son también significativas⁴⁰.

Todas esas estructuras armónicas, todos esos procesos que se perfeccionan a resguardo del Estado constitucional de derecho, todos esos estratos de derechos que terminarían formando una estructura sólida y regular, se desmoronan desde su misma base si se toman en serio las tesis pluralistas y si se está de acuerdo en la naturaleza inestable de la base política del Estado constitucional. Quizás la insistencia de Ferrajoli en la formalización de la teoría y la definición de los derechos fundamentales sea la forma un intento de escapar a esta encerrona pluralista. Su concepto formal o teórico de los derechos fundamentales, definidos exclusivamente a partir de la forma universal de su imputación, sea lo que sea lo imputado, insulariza y aísla a los derechos del pluralismo de valores morales y de la inestable composición de principios políticos rivales de la que surgen las constituciones de la segunda posguerra mundial. Sin embargo, como ya vimos, el precio a pagar – ocultamiento de un problema normativo tras un recurso semántico y, finalmente, trivialidad – en este caso es demasiado alto.

De este modo, y frente al optimismo de la teoría de los derechos fundamentales garantista, hay que recordar que la operación de reconocimiento de un derecho nunca es una operación que se realice *a coste cero*; que otorgar un derecho implica un beneficio para alguien y que es una forma de satisfacer un valor, pero que también supone, irremediablemente, un perjuicio o una carga para otro y una forma de perjudicar o traicionar a un bien moral incompatible con aquel que inspiró la proclamación. El reconocimiento de un derecho, por tanto, no es una operación beatífica sólo impedida por poderes ocultos y perversos, sino que implica *decidir* y *elegir* a quien y qué se beneficia y a quien se vincula o qué se perjudica. El Estado constitucional con sus derechos vedados y atrincherados, con sus garantías jurisdiccionales, etcétera, no es, por tanto, el final definitivo de ninguna historia

política plagada de episodios de opresión y sometimiento felizmente superados; no es el resultado de abrir la espita del bondad política y dar *más derechos a todos* o aun, *todos los derechos para todos*, sino un frágil mecanismo de equilibrios y compromisos inspirado en valores rivales; sus catálogos de derechos no son títulos libertadores, sino un complejo entramado cruzado de posiciones jurídicas en las que quedamos colocados, en ocasiones del lado activo, en ocasiones del pasivo, con lo que los derechos no nos benefician siempre, sino que nos liberarán o vincularán a los otros y nos contentarán o frustrarán, en función de nuestros particulares y peculiares valores morales y políticos. El Estado constitucional no es una construcción acumulativa, sino el resultado contingente de una evolución política difícil a lo largo de la cual hubo que llevar a cabo diversas elecciones o composiciones entre opciones morales y políticas rivales y que podría haber sido de algún otro modo. No oculto mi simpatía con esta forma de organización política, pero considero que la mejor manera de comprometerse con la misma es ser consciente de sus debilidades y límites y presentarlo como lo que es: el marco falible, pero posible, en el que convivir. El peor servicio que puede prestársele, sin embargo, es exhibirlo como un *fetiché* político, esencia del bien y fuente inagotable de derechos o, aun peor, como un instrumento para el despliegue de valores políticos parciales y como un ariete con el que vapulear los de aquellos que habrían quedado superados por la historia simplemente por pensar distinto. La imagen del Estado constitucional como clausura a siglos de lucha por los derechos entre opciones políticas rivales se desvanece. Antes al contrario, el Estado constitucional es y seguirá siendo el campo de juego en el que esta lucha se desenvuelve.

Referencias

- ALEXY, R. (1993) **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, M. (1986) "Una clasificación de los derechos humanos" en **Anuario de derechos humanos** nº4, 1986-87.
- BERLIN, I. (1990) **El fuste torcido de la humanidad**. Barcelona: Península, 2002.
- BETEGON et al. (2004) **Constitución y derechos fundamentales**. Madrid: CEPC.
- BOBBIO, N. (1989) "Introducción a Derecho y Razón" en Ferrajoli 1989.
- CARBONELL, M. (2005) "La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli" en Carbonell y Salazar (eds.) 2005
- _____. ed. (2003) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta.
- _____. y SALAZAR P. eds. (2005) **Galantismo**. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2005.
- CARRIÓ, G. (1968) «Nota Preliminar» en Hohfeld 1913.
- COMANDUCCI, P. (2003) «Formas de (neo)constitucionalismo: una análisis metateórico» en Carbonell ed. 2003.
- _____. (2005) «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales» en Carbonell y Salazar (eds.) 2005
- COSTA, P. (2004) «Derechos» en Fioravanti (ed.) 2004.
- DWORKIN, R. (1977) **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.
- _____. (1996) **Freedom's Law**. The Moral Reading of American Constitution. Oxford: Oxford University Press.
- FERRAJOLI, L. (1989) **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1990.
- _____. (2001) **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. (edición de A de Cabo y G Pisarello; traducción de P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarello) Madrid: Trotta.
- _____. (2003) «Pasado y futuro del Estado de derecho» (traducción de P. Allegue) en Carbonell ed. 2003.
- _____. (2006) **Garantismo**: Una discusión sobre el derecho y la democracia. Madrid: Trotta.
- FIORAVANTI, M. (1995) **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1996.
- _____. (ed.) (2004) **El Estado Moderno en Europa**. Instituciones y derecho. Madrid: Trotta.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2003) "La incidencia de la derrotabilidad de los principios fundamentales sobre el concepto de derecho" en www.dirittoequestionepubbliche.org 3, 2003.
- _____. (2005) «Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista», en Carbonell y Salazar 2005.
- GEWIRTH, A (1984) "Are there any absolute rights?" en Waldron ed. (1984)
- GREPPI, A. (2005) "Democracia como valor, como ideal y como método" en Carbonell y Salazar (eds.) 2005.
- GRAY, J. (1995) **Isaiah Berlin**. Valencia: Edicions Alfons el Magnanim, 1996.

- HOHFELD, W. (1913) **Conceptos jurídicos fundamentales**. México DF: Distribuciones Fontamara, 1991.
- JORI, M.(2001) «Ferrajoli sobre los derechos» en Ferrajoli 2001.
- MARTÍ MARMOL, J.L. (2005) "El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli" en Carbonell y Salazar (eds.)2005.
- MORESO MATEOS, J.J. (2005) "Sobre los conflictos entre derechos" en Carbonell y Salazar (eds.)2005.
- PEÑA FREIRE, A. (2003) «Constitucionalismo garantista y democracia» en **Crítica Jurídica**, nº 22, Jul-Dec, 2003.
- _____. (2004) «Garantismo y derechos fundamentales» en Betegón et al. 2004.
- PINTORE, A. (2001) «Derechos insaciables» en Ferrajoli 2001.
- PRIETO, L. (2003) «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial» en Carbonell ed. 2003.
- _____. (2005) "Constitucionalismo y garantismo" en Carbonell y Salazar (eds.) 2005
- VITALE, E. (2001) «Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales» en Ferrajoli 2001.
- WALDRON, J. (1993) **Los derechos en conflicto**. Santa Fé de Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2006.
- _____. ed. (1984) **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press.

Notas

- 1 Doctor en Derecho y profesor del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Granada (España). **E-MAIL:** apena@ugr.es
- 2 Los ensayos compilados por Carbonell (2003) son una buena muestra del significado y alcance de la teoría neoconstitucionalista. De entre ellos, el de Comanducci (2003:75 ss.) es muy ilustrativo por su claridad conceptual a la hora de definir el neoconstitucionalismo, del que el garantismo sería una versión, y, especialmente, por ponerlo en relación con el pensamiento político constitucionalista. Me he referido a las relaciones entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo en Peña 2004:749-754.
- 3 En este sentido, García Figueroa (2005:282) para quien las tesis neoconstitucionalistas pueden contribuir a disolver aspectos fundamentales del debate entre positivismo e iusnaturalismo, como la relación entre derecho y moral en términos de superación o conexión conceptual. Añade aun que "la teoría de Ferrajoli presenta una clara disposición a favor de este paradigma". Del mismo autor, en una línea similar, García Figueroa 2003:216 y ss.
- 4 Particularmente exhaustiva en una colección de ensayos editada por Carbonell y Salazar (2005) que ha dado pie a una respuesta por parte del propio Ferrajoli (2006).
- 5 De hecho, este asunto ya suscitó la publicación en español de un volumen de ensayos, que antes habían visto la luz en diversas revistas italianas, entre Ferrajoli y algunos estudiosos y críticos de su obra (Ferrajoli 2001).
- 6 Las críticas de Vitale (2001:63) o Jori (2001:105 y ss.) son expresivas de esta idea. Me he referido también al tema en Peña 2004:757 y ss.
- 7 Y no veo qué otra cosa, a no ser una esencia por nadie percibida, es la que haya de ser definida.
- 8 Parece efectivamente imprescindible, como mínimo, partir de una cierta concepción de la persona o de los seres humanos como referente subjetivo básico de los derechos, es decir, parece ineludible tener presente a la hora de definir los derechos un cierto antropocentrismo (Vitale 2001:69-70). Martí (2005:368-9) también formula consideraciones semejantes por la vía de la reducción al absurdo de la tesis formal ferrajoliana.
- 9 Parece efectivamente imprescindible, como mínimo, partir de una cierta concepción de la persona o de los seres humanos como referente subjetivo básico de los derechos, es decir, parece ineludible tener presente a la hora de definir los derechos un cierto antropocentrismo (Vitale 2001:69-70). Martí (2005:368-9) también formula consideraciones semejantes por la vía de la reducción al absurdo de la tesis formal ferrajoliana.
- 10 A un nivel distinto el coherentismo sería incluso un rasgo del propio garantismo (Bobbio 1989:18).
- 11 La difusión de polvo de ántrax en el papel del periódico (Moreso 2005:167) no parece expresiva de ningún tipo de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y algún otro derecho, ni la negativa de unos padres a que se practique a su hijo una transfusión (Prieto 2005:50) parece suscitar el conflicto entre la libertad religiosa (¿de los padres?) y el derecho a la vida del hijo. Lo primero es pura y simplemente la comisión de un delito que utiliza como medio un papel. Lo segundo plantea más bien un conflicto entre potestades: la patria potestad, por lo general ampliamente reconocida –salvo en regímenes políticos totalitarios–, y, del otro, una concurrente potestad de las autoridades sanitarias sobre los pacientes a su cargo, vinculada al deber médico de salvar vidas característica de regímenes de tipo paternalista y benefactor.

- 12 Acertadamente, advierte Moreso (2005:161) que una teoría sobre los conflictos entre derechos es parte necesaria de cualquier teoría solvente sobre los derechos fundamentales y sobre los diseños institucionales a partir de los que deseemos organizar nuestras sociedades. Más adelante (p.169), sin embargo, añade que Ferrajoli no presta la atención suficiente a ese problema. En mi opinión, Ferrajoli sí que lo hace; cosa distinta es que la propuesta elaborada sea finalmente satisfactoria.
- 13 Comanducci (2005:114) la rechaza con argumentos, a mi juicio, sólidos.
- 14 Un ejemplo similar y una solución interesante en Gewirth 1984:91 y ss.
- 15 Me remito, no obstante, al epígrafe cuarto de este trabajo, donde analizo ese conflicto desde otra óptica y con un instrumental conceptual distinto del empleado por Ferrajoli.
- 16 La expresión es de Martí (2005:365).
- 17 Recordaré además que en el esquema de Hohfeld, además de la relación de correlación de cada situación activa con su pasiva, se da otra que pone en relación a derechos con libertades y a potestades con inmunidades: se da la circunstancia de que cada situación jurídica activa de estas dos parejas tiene como opuesta a la correlativa pasiva de su pareja, es decir, que lo contrario de un derecho es un no-derecho y lo contrario de una libertad es un deber y, en el otro par, lo contrario de la inmunidad es la sujeción y lo contrario de la potestad es la incompetencia.
- 18 Waldron (1993:31 y ss.) se ha referido a los derechos no como correlativos a una obligación específica, sino como generadores de olas sucesivas de obligaciones y a los conflictos como la incompatibilidad entre las obligaciones generadas, con el agravante de que cada una de ellas, en función de su mayor o menor vinculación con el interés que promueve el derecho, tiene un peso moral específico que condiciona su ponderación con otras obligaciones derivadas de derechos diversos.
- 19 Una tarea parecida afrontó Atienza (1986) para el caso de la Constitución española de 1978.
- 20 No obstante, intentaré aclarar esta circunstancia en el último de los epígrafes de este trabajo, pues presenta una dimensión filosófico-política que escapa al marco del análisis hohfeldiano.
- 21 Desde una óptica moral o de filosofía política, la valoración favorable de esta operación no es incondicionada, sino que dependerá, entre otros factores, del tipo de cuestión inmunizada y de la ética –liberal e individualista o bien comunitarista o solidarista– que anime a quien la juzgue.
- 22 Probablemente nadie supo verlo ni lo expresó mejor que Sieyes, Marat o Robespierre quienes hablaron de un derecho de socorro de los individuos menos afortunados frente a la Nación para que se garantizaran sus necesidades fundamentales (citados por Costa 2004:54). Y en ningún sitio quedó mejor reflejado que en la jacobina Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, incorporada luego como Preámbulo a la Constitución 24 de junio de 1793, que, en su artículo 21, establecía que “la beneficencia es un deber sagrado. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurado los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar”.
- 23 Que la transferencia la haga el Estado en lugar de llevarse a cabo voluntariamente es, en este caso, anecdótico, a no ser que creamos que los derechos sociales *los paga* el Estado, lo que es tanto como creer que también el Estado podría asumir la carga de pagar los impuestos.
- 24 Son conocidas las tesis pluralistas de Berlin y también numerosos sus escritos, aunque quizás los dos primeros ensayos compilados en *El fuste torcido de la humanidad* (1990) sean los más expresivos. Una buena síntesis de los planteamientos pluralistas en Gray 1995:55 y ss.
- 25 Berlin 1990:67.
- 26 Fioravanti (1995:128 y ss.) considera que esta síntesis es la aportación del siglo XX –fundamentalmente su segunda mitad– a la historia del constitucionalismo
- 27 Fioravanti 1995:128 y Fioravanti (ed.) 2004:37.
- 28 Entre otros, Fioravanti 1995 y Prieto 2003.
- 29 Matteucci (1988:290), por ejemplo, afirma que el sistema se sostiene sobre un delicado juego de equilibrios que no parece haberse desbordado ni roto desde el final de la Segunda Guerra Mundial.
- 30 Comanducci (2003:92-97) destaca como a falta de una moral objetiva común, los jueces no pueden construir un modelo coherente de valores como el que el neoconstitucionalismo presupone y por ese motivo aumenta su discrecionalidad, es decir, que no existiendo homogeneidad moral en la sociedad ni tan siquiera en la constitución, el juez, al interpretar las normas, elige la moral que prefiera personalmente.
- 31 Todas las críticas al carácter contramayoritario de las constituciones rígidas o del control de constitucionalidad de las leyes, conocidas bajo la fórmula de *objeción contramayoritaria*, son referibles al neoconstitucionalismo.

- Las críticas de Pintore (2001:215-243), referidas específicamente al garantismo, son quizás las más expresivas. Del tema me he ocupado en Peña 2003 y 2004.
- 32 Fioravanti (1995:132) apunta este problema.
- 33 La conocida *única respuesta correcta*, la integridad, el *constructive model* o el *moral reading* de Dworkin (1977 y 1996:1-38 y ss.) y, en menor medida, los criterios de ponderación entre principios iusfundamentales de Alexy (1993), dos autores también considerados como *neoconstitucionalistas*, serían otro par de importantes ejemplos.
- 34 Moreso (2005:159) también atribuye a Ferrajoli la creencia de que los derechos forman una estructura estable y ordenada
- 35 Greppi (2005:342), por ejemplo, toma nota de esta mixtura al advertir que la propuesta de Ferrajoli “es de inspiración radical y socialista, y apela a valores propios de la tradición ilustrada y liberal como la igualdad y al dignidad, formulada esta última con acentos kantianos”. Carbonell (2005:191) habla de *constitucionalismo de la igualdad*, como alternativa al ya ensayado constitucionalismo liberal.
- 36 Ferrajoli 2003:18
- 37 Ferrajoli (2003:22) se ha planteado incluso la deseabilidad de un tercer modelo de Estado de derecho.
- 38 “La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos” (Ferrajoli 2001:39).
- 39 Lo plantea con claridad Carbonell (2005:190) para el caso de los derechos sociales y derechos de libertad. Lo suscribe el propio Ferrajoli (2006:113).
- 40 Ferrajoli (2006:113) habla de *expansión del paradigma garantista* hacia la tutela de los derechos sociales al mismo nivel que los liberales, frente los poderes privados y no sólo frente a los públicos y en el ámbito internacional y no sólo en el nacional. En otro lugar (Ferrajoli 2001:40 y ss.) apuesta decididamente por superar el estatus de la ciudadanía como cuantificador universal de los derechos, que tendrían vocación de ser humanos y no ciudadanos o universales y no nacionales. Finalmente, no oculta su compromiso con la perspectiva de un constitucionalismo ampliado a escala universal y de un Estado internacional de derecho, posibles teóricamente, aunque dificultades políticas operativas impidan su desarrollo (Ferrajoli 2003:29).

Recebido em: 01/07

Avaliado em: 02/07

Aprovado para publicação em: 02/07

