

**Derechos y garantías. La ley del más débil. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez**

LUIGI FERRAJOLI

Trotta, Madrid 180 págs. 1.900 ptas.

Trad. de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi

---

## Democracia, jueces y derechos

Alfonso Ruiz Miguel

1 junio, 2000

Hace ya algunos años, Natalino Irti, un jurista italiano especializado en Derecho civil, caracterizó con cierta fortuna a nuestra época como *L'età della decodificazione*. En ese breve título se venía a sintetizar un diagnóstico de los actuales sistemas jurídicos de raíz europeo-continental en el marco de un más amplio período histórico, marcado por otros dos momentos anteriores implícitamente presupuestos: el primero, la época de la precodificación, correspondiente en el plano de los hechos a la dispersión normativa del Antiguo Régimen y, a la vez, en el plano de las ideologías a la preparación doctrinal del fenómeno codificador, esta última en buena parte obra de iusnaturalistas racionalistas y de juristas ilustrados; y el segundo, la época de la codificación, solemnemente inaugurada por el Código civil de Napoleón, de 1804, pero que no se ha de circunscribir al ámbito del Derecho civil, sino que, en sentido más amplio, ya durante el siglo XIX abarca no sólo el Derecho penal y el procesal sino también el Derecho constitucional y que, andando el siglo XX, se terminaría manifestando en el conjunto de las ramas jurídicas. Pero los últimos años, tras el dilatado ascenso de tal proceso codificador, parecen haber dado un nuevo giro hacia la descodificación por la tendencia a la especialización y la dispersión normativas, y tanto por la creciente extensión cuantitativa de las regulaciones como por la prolijidad y complejidad de los niveles y los contenidos regulados.

El libro de Luigi Ferrajoli se abre con la conciencia de esta situación, que viene caracterizada como «crisis del derecho y crisis de la razón jurídica» y es diagnosticada en términos más políticos y jurídico-públicos que en la reflexión de Irti. Se trata de un comienzo que proporciona una unidad programática y de método a los diversos escritos que componen el libro, cuyos temas centrales convergen en la propuesta de superar esa doble crisis recuperando y llevando hasta sus últimas consecuencias el modelo de los derechos humanos y de las garantías jurídicas que el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración jurídica justificaron y, aunque de manera sólo incipiente, diseñaron en sus elementos básicos. La recuperación, con todo, resulta especialmente selectiva y crítica, pues el signo ideológicamente liberal, tanto en el plano político como en el económico, que aquel modelo tuvo en occidente desde las revoluciones inglesa, francesa o americana se torna aquí marcadamente socialista.

El giro acepta el núcleo político-ideológico de los derechos civiles y políticos propios de la tradición liberal-democrática -de la libertad religiosa y de pensamiento y expresión a la de manifestación y circulación, pasando por los de participación política- y desecha como derechos fuertes y especialmente protegibles las manifestaciones económicas de esos mismos derechos, y en particular los derechos patrimoniales que permiten ejercer la propiedad privada, para concluir con una propuesta de garantía efectiva y universal de los derechos sociales caracterizada por la idea de la democracia sustancial frente a la meramente procedimental. Tal garantía no sólo se propone como efectiva, a través de la invención, en parte reconocidamente pendiente, de nuevos mecanismos jurídicos apropiados para la protección de tal conjunto de derechos, sino que en varios de los capítulos del libro resulta tema central la exhortación a su efectiva universalización, con la superación de la noción de soberanía estatal a través de una organización internacional capaz de imponer, además de la paz entre las naciones, el respeto general a todos los derechos humanos que en el modelo propuesto resultan justificados. La suma del conjunto del libro podría sintetizarse en la «sencilla» propuesta teórica de un gobierno democrático mundial. Sin embargo, para un mejor análisis, prefiero tratar como distintos los dos temas fundamentales del libro de Ferrajoli en los que termina convergiendo aquella propuesta: por un lado, la justificación de un modelo político de democracia sustancial basado en una concepción liberal-socialista de los derechos humanos y, por otro lado, la argumentación en favor de un gobierno internacional que iguale en derechos a todos los hombres.

Doy por descontado que la empresa de Ferrajoli resultará fácilmente descalificable en conjunto para quien crea que ningún modelo basado exclusiva o predominantemente en derechos puede justificar en forma adecuada las instituciones políticas. Ni a utilitaristas ni a comunitaristas tendrán mucho que aportar estas páginas, como no sea verificar una vez más cómo los sueños de cierta razón ilustrada siguen engendrando utopías que por sí mismas sirven para desacreditar los supuestos teóricos en los que pretenden basarse. Las pretensiones y argumentaciones de Ferrajoli, sin embargo, aparecerán como un reto para quienes, con un sesgo ideológico más o menos liberal o más o menos socialista, participen de la creencia en la doctrina de los derechos humanos pero sin haberse atrevido a recorrer -sea por falta de imaginación, por tributo al principio de realidad o por discrepancias con los mimbres escogidos para tejer el cesto-el camino hasta uno de sus posibles ideales últimos.

El primer gran tema gira en torno a la peliaguda cuestión de la extensión de la categoría de los

derechos humanos. Por formularlo expeditivamente, en el libro de Ferrajoli apenas –un «apenas» cuya explicación dejo pendiente hasta llegar al punto de la democracia sustancial– se tiene presente la dificultad presentada por una ley empíricamente irrefutada hasta el momento: que a mayor extensión de contenido de los derechos humanos menor intensidad en sus posibilidades de protección efectiva. Aunque suene a paradoja, parece un hecho cierto que cuanto más se pretende ampliar el catálogo y el alcance de los derechos humanos, lo que suele proponerse sobre todo con los derechos sociales y con los llamados nuevos derechos (al medio ambiente, a la vivienda, a la paz, etc.), más se diluyen o enmarañan los mecanismos de garantía que tradicionalmente vienen predispuestos para los derechos mejor juridificados. Y así terminaría por producirse un cierto debilitamiento del concepto mismo de derecho fundamental, que de ser identificado como exigencia perentoria que justifica la imposición de deberes jurídicos fuertes y bien delimitados tendería a ser visto como una aspiración ideal a cuya realización sería deseable acercarse pero que no se manifiesta en pretensión efectivamente exigible.

Es cierto que Ferrajoli, con razón, alega las formas ya existentes de organización jurídico-administrativa de *algunos* derechos sociales, especialmente del derecho a la educación o a la salud, como refutación de la idea de que los derechos sociales son esencialmente distintos de los clásicos derechos civiles en lo que se refiere a sus posibilidades de protección jurídica efectiva. Pero también es cierto, de una parte, que ese rasgo no es extensible a *todos* los derechos que Ferrajoli considera justificables –los casos del derecho al trabajo o del derecho a la paz son suficientemente expresivos– y, de otra parte, que el sistema típico de garantía jurídica de los derechos humanos clásicos, basado en último término en el mecanismo de la tutela judicial, o es directamente inadecuado para los derechos más recientes o requiere de la mediación previa de muy complejas instituciones y normas administrativas para su oportuna adecuación. Me parece que este tipo de problemas no es suficientemente tenido en consideración en las reflexiones de Ferrajoli, que tiende a equiparar con insistencia derechos civiles y derechos sociales a la vez que propugna «un reforzamiento del papel de la judicatura» como mejor garantía de la «intangibilidad» de todos esos derechos fundamentales (*cfr.* págs. 25-27).

Una de las razones centrales que explican la paradoja entre el mucho abarcar y el poco apretar de la categoría de los derechos fundamentales reside, sin lugar a dudas, en las tensiones internas que subyacen a las distintas modalidades de derechos. Ferrajoli, sin embargo, tiende a aliviar esas tensiones mediante varias operaciones conceptuales de las que tres me parecen especialmente destacables y sometibles a crítica.

La primera, en un plano previo de carácter metodológico, avanza la tesis de que los derechos humanos básicos se pueden caracterizar como universales y como inalienables en un sentido puramente formal o estructural, al servicio de una teoría jurídica positivista que sería ideológica o moralmente neutral ante ellos. Esta operación me parece destinada al fracaso desde un punto de vista externo, en la medida en que resulta insólito que los derechos «fundamentales», precisamente los merecedores de la mayor protección, sean caracterizados por rasgos carentes de naturaleza moral o sustantiva. Y no lo hace menos insólito el que tal carencia pretenda vestirse de virtud, primero cuando, invirtiendo palmariamente el único modo de justificación razonable, Ferrajoli afirma que «la vida, la libertad personal o el derecho de voto son fundamentales no tanto porque

corresponden a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles» (pág. 48) y después cuando justifica la renuncia voluntaria a la propia vida o a la libertad como «un límite, paternalista si se quiere, *lógicamente* insuperable» (pág. 48, cursiva mía): ¡faltaría más que la justificación o no de la eutanasia consentida dependiera de la lógica, esto es, del concepto que utilicemos de derecho fundamental! Pero la operación fracasa también, me parece, en los propios términos desarrollados por Ferrajoli, como seguramente no podía ser menos, porque desde su concepto inicial de universalidad puramente formal, que remite a una clase de sujetos, reducible a un «todos» que puede abarcar sólo a los varones libres o a los ciudadanos de tal o cual país, termina proponiendo como extensión *éticamente necesaria* del concepto de derechos humanos su universalización completa, hasta superar las distinciones de ciudadanía, esto es, derivadas de la existencia de distintos Estados.

La segunda operación, que desarrolla la anterior y viene a incurrir en similares aporías, pretende excluir a los derechos patrimoniales del concepto de derechos fundamentales, en principio por razones puramente formales o conceptuales que, seguramente no por casualidad, terminan por converger con una posición ética sustantiva en la que los derechos sociales, a diferencia del derecho de propiedad, son fundamentales. Y conste que no excluyo que tal posición sea éticamente justificable, por más que me incline a desconfiar severamente de las fórmulas y convicciones simplistas que la tradición socialista ha alentado en esta materia frente al liberalismo. Sin embargo, no parece que pueda servir de mucho una argumentación que, a partir de la aceptabilidad genérica de la idea de derechos humanos y de una conceptualización que a fin de cuentas es convencional, termina concluyendo que el derecho de propiedad no es un derecho humano y que, por tanto, no merece especial protección. Por añadidura, y aunque esto no excluya la posibilidad de limitar –pero sólo limitar, no desconsiderar por completo– el alcance de tal derecho, el intento formal de Ferrajoli me parece también fallido en sus propios términos, pues una vez que se reconoce la universalidad y la inalienabilidad del derecho a «adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad» (pág. 46) no es coherente negar su evidente conexión con los derechos singulares y alineables a la propiedad de tal o cual bien concreto, de modo similar a como, según lo reconoce justamente, «son inevitablemente diversos los pensamientos que cada uno puede expresar en uso de la libertad de manifestación del pensamiento» (pág. 47). Lo decisivo en todo caso es que las tensiones entre los derechos liberales y los derechos sociales, campo de las principales discusiones sobre el alcance de la justicia y de sus formas de acomodación con la eficiencia económica, no pueden resolverse mediante operaciones meramente conceptuales, sino que exigen argumentos y discusiones previas que en este libro parecen darse por supuestos.

La tercera operación que quería discutir gira en torno a la recuperación de la fórmula de la democracia sustancial, que Ferrajoli defiende como modelo político que permitiría garantizar el conjunto de los derechos fundamentales merecedores de protección, en última instancia mediante la apelación al mecanismo de tutela judicial. El marco iluminado de tal modelo de democracia sustancial es reconocible en principio como un mero desarrollo de los sistemas constitucionales democrático-liberales contemporáneos, esto es, basados en órganos deliberativos y decisorios sometidos de una u otra forma a la libre elección de los ciudadanos y, a la vez, al oportuno control judicial sobre la constitucionalidad de sus actos. Sin embargo, el cuadro que en claroscuro aparece detrás del diseño de la democracia sustancial quizá termine por ser menos familiar y, lo que es peor, sin duda contra

las buenas intenciones de Ferrajoli, por no ser nada tranquilizador. Si a la caracterización sustantiva de los derechos fundamentales que en un momento se propone, como sustraídos tanto al juego del mercado como a las decisiones de la mayoría (*cf.* pág. 51), se une la proclamada amplitud en el catálogo de tales derechos –que, además de los relativos a la educación, el trabajo, la salud o la vivienda, comprenderían también una renta mínima garantizada (*cf.* págs. 111-112)–, a la democracia formal, es decir, a la capacidad decisoria de las distintas mayorías existentes, probablemente apenas le quede nada interesante que decidir, pues no parece quedar más ámbito de regulación que no sea el meramente organizativo y, si acaso, el de afectación a los derechos patrimoniales, no sé si en una dura competencia entre poder político y mercado por el mismo y único botín restante tras la sustracción de los derechos fundamentales.

Con el modelo de democracia sustancial, Ferrajoli entra en un callejón de difícil salida porque además de extender al máximo la categoría de los derechos, adopta hasta sus últimas consecuencias una definición fuerte, dworkiniana, de ellos: «Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social» (pág. 24). Pero con esa doble ampliación de la extensión y la intensidad de los derechos, entran por la ventana los tradicionales y permanentes fantasmas de las tensiones entre la democracia política y la sustancial o, en términos más actuales, entre democracia como sistema abierto de decisión ciudadana y constitucionalismo como sistema de garantía de los derechos sustraída a las simples mayorías, de carácter predominantemente judicial. Ferrajoli asevera que la relación entre ambas no es de oposición, como, entre otros muchos, ha visto Neil MacCormick, sino de complementación (*cf.* pág. 23), queriendo sin duda preservar el sistema de garantías asociado a una participación ciudadana libre y abierta en la política. En realidad, el propio Ferrajoli parece darse cuenta de la potencial tensión entre ese sistema y el modelo de democracia sustancial cuando reconoce que, llevado a sus últimas consecuencias, el ideal garantista de realización efectiva plena y coherente de los ideales constitucionales sería indeseable porque recaería en una forma de Estado absoluto («poco importa si políticamente democrático», precisa en la página 24, sin que se entienda bien cómo tal sistema, de renovado despotismo ilustrado, mantendría todavía la democracia *política*). Sin embargo, con ese honrado reconocimiento no se salva la paradoja de presentar el modelo de democracia sustancial a la vez como ideal y como indeseable, paradoja que se viene a repetir más adelante cuando se caracteriza a la distancia entre idealidad jurídica y realidad como mayor mérito y, a la vez, como mayor defecto del constitucionalismo (*cf.* pág. 68).

A mi modo de ver, este tipo de paradojas –que tal vez resulten irremediables para quien es capaz de reconocer honestamente que quizá mantiene una «excesiva confianza en el papel garantista del derecho» (*cf.* pág. 34)– sólo pueden resolverse por la virtuosa vía de en medio, la vía de la vieja idea de la democracia política, que exige que el ya limitado protagonismo del parlamento no sea del todo absorbido por los jueces. La democracia sustancial pretende dar por superada la política, el mismo sueño de la razón exhibido también en la creencia de que la falta de garantías de los derechos sociales es sobre todo responsabilidad del «retraso de las ciencias jurídicas y políticas» (pág. 30). Una vez más, tal atribución entra en tensión paradójica con el reconocimiento por parte de Ferrajoli de que, a pesar de su nombre, la ciencia jurídica, al igual que la propia labor judicial, no son tareas científicas sino normativas e ideológicas (*cf.* pág. 68). Pues bien, la democracia sustancial es una palmaria y a fin de cuentas indeseable negación de la variedad de valores y de la previsible

perdurabilidad de los conflictos ideológicos, cuya gestión, precisamente, confiamos al sistema de democracia de partidos, que sirve para la mediación entre los ciudadanos entre sí y con los legisladores.

El segundo gran tema del libro, que ya no puedo más que comentar muy brevemente, lo compone la argumentación en defensa de la construcción de un gobierno internacional que iguale en derechos a todos los hombres. Su presupuesto básico se apoya en la creencia en la universalidad de los derechos humanos, que Ferrajoli ve en contraste con la particularidad de los derechos de ciudadanía, atribuidos en exclusiva a los nacionales. Y en ese marco de la atribución universal, de los derechos sociales a todos los hombres, es natural que la ciudadanía de los países ricos sea contemplada como un privilegio que contradice el modelo de los derechos humanos. En el último capítulo del libro, publicado antes en Italia como libro, Ferrajoli completa el anterior presupuesto con un detallado y penetrante análisis de la evolución histórica de la doctrina de la soberanía estatal. En su parte crítico-constructiva, el tono argumentativo de la propuesta de superación de las fronteras y de constitucionalismo mundial oscila entre el pesimismo de la inteligencia ante su inviabilidad política actual, al que acompaña el un tanto expeditivo vaticinio de un futuro de guerras y terrorismo internacional, y el optimismo de la voluntad, que quiere volver a recoger la antorcha de los ideales ilustrados y emplaza a los juristas a comprometerse con la superación de las instituciones estatales tal y como las conocemos. Pero en medio de ese contraste entre la terca realidad y el ideal de los derechos humanos hay un gran espacio, no sólo lógico y empírico, sino también para el debate. Un debate que, de Rawls a Held o, en nuestro país, a Gurutz Gáuregui, acumula ya un nutrido rimero de escritos, y no ha hecho más que comenzar.