

CAPÍTULO SÉPTIMO

LUIGI FERRAJOLI Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los datos más notorios del pensamiento iusfilosófico actual radica en el cuestionamiento creciente acerca de la posibilidad y necesidad de establecer una fundamentación o justificación racional de los derechos humanos, también denominados naturales, fundamentales o morales.³³¹ Esto se manifiesta principalmente en el pensamiento de los representantes del nihilismo posmoderno, uno de los cuales, Gianni Vattimo, ha escrito que “el pensamiento que se percata de la insuperable falta de fundamentación que marca últimamente al derecho, haciendo inútil todo esfuerzo por legitimarlo como «justo», puede decidir que su tarea es la de develar esta situación desenmascarando la impostura de cualquier pretensión fundamentadora”.³³² Y en un sentido similar, Richard Rorty afirma que “los proyectos fundacionalistas están pasados de moda... la máxima aspiración de la filosofía es compendiar nues-

³³¹ Véase, para una consideración de la terminología de los derechos, que dista mucho de ser pacífica, Stoljar, S., *An Analysis of Rights*, Londres, MacMillan, 1984, pp. 51 y ss.; White, A. R., *Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 93 y ss.; Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, *passim*, y Cruz Parceró, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 62 y ss.

³³² Vattimo, G., *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, trad. de C. Revilla, Barcelona, Paidós, 2004, p. 161.

tras intuiciones culturales sobre lo que debe hacerse en distintas situaciones”.³³³

Pero a pesar de esta generalizada y radical descalificación de cualquier intento de justificar racionalmente de modo consistente³³⁴ la existencia y exigibilidad de los derechos fundamentales, numerosos autores contemporáneos continúan intentando otorgar alguna fundamentación racional a esos derechos: Robert Alexy, John Finnis, Ronald Dworkin, Carlos Nino y varios más han emprendido la tarea de esta fundamentación con rigor y erudición. Este hecho pone en evidencia que resulta constitutivamente necesario, para los seres humanos, justificar racionalmente sus deberes, normas y derechos, y esto de modo tan demandante, que las críticas des-fundamentadoras no detienen sus reiterados intentos de encontrar una explicación racional —de una cierta consistencia argumentativa— para las realidades ético-jurídicas. Además de los pensadores ya mencionados, ese es el caso del conocido jurista y filósofo del derecho italiano Luigi Ferrajoli, quien en su libro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, se extiende prolijamente sobre ese tema, además de polemizar sobre él con una serie de iusfilósofos y juristas italianos de la Escuela Analítica.³³⁵

Ferrajoli trata en este volumen —en el que se incluyen tres extensos capítulos de su autoría— varios de los temas vinculados directamente a la problemática de los derechos fundamentales; entre ellos, los referidos al concepto de derecho subjetivo, a su clasificación subjetiva y objetiva, a su vinculación con la idea de

³³³ Rorty, R., “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en Shute, S. y Hurley, S. (eds.), *De los derechos humanos*, trad. de H. Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998, p. 121.

³³⁴ Se entiende aquí por “consistencia” a la cualidad de una argumentación que no contiene proposiciones contradictorias; véase Blanché, R., *La axiomática*, trad. de A. Pulido Rull, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 48.

³³⁵ Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (en adelante FDF), trad. de P. Andrés *et al.*, Madrid, Trotta, 2007. Incluye un debate con L. Baccelli, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, E. Vitale y D. Zolo.

democracia sustancial, a su relación con las garantías y con la idea de ciudadanía, a sus nexos con el neoconstitucionalismo y a otros similares. Obviamente, también aborda allí el tema del fundamento de esos derechos, tema sobre el que se centrarán las consideraciones que siguen, en un intento de valorar críticamente la propuesta del jurista italiano y de ponderar su contribución al desarrollo de esa problemática en la actualidad.³³⁶

II. EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN FERRAJOLI

Ferrajoli comienza su argumentación acerca de los derechos proponiendo una definición *formal o estructural* de los derechos fundamentales, en los siguientes términos:

Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.³³⁷

³³⁶ Corresponde destacar que los temas tratados en el volumen citado han sido desarrollados varias veces por Ferrajoli en otros libros, en especial en los siguientes: Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8a. ed., trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2006; Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, y Ferrajoli, L., *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, trad. de A. Greppi, Madrid, Trotta, 2006. En ninguno de estos libros Ferrajoli modifica sustancialmente sus ideas acerca del tema aquí abordado.

³³⁷ FDE, pp. 19 y 20.

Y Ferrajoli aclara de inmediato que la definición está *estipulada* con referencia a los derechos sancionados positivamente por leyes y Constituciones, aunque se prescinde del hecho de que estén sancionados en tal o cual Constitución o legislación, agregando que, por lo tanto, “son ‘fundamentales’ los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”.³³⁸

Luego pasa este autor a efectuar una primera división entre los derechos fundamentales: la que existe (i) entre derechos *de la personalidad* y derechos *de ciudadanía*, que corresponden respectivamente a todos o sólo a los ciudadanos, y (ii) entre derechos *primarios o sustanciales* y derechos *secundarios o de autonomía*, que corresponden respectivamente a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. De esta primera distinción deriva una segunda, compuesta de cuatro clases de derechos: (i) los *derechos humanos*, derechos primarios de las personas y que se adscriben a todos los seres humanos; (ii) los *derechos públicos*, reconocidos sólo a los ciudadanos; (iii) los *derechos civiles*, adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, y (iv) los *derechos políticos*, que son los derechos secundarios reservados a los ciudadanos capaces de obrar.³³⁹ En resumen y conforme a esta clasificación, son derechos fundamentales “todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinados por la identidad de «persona», «ciudadano» o «capaz de obrar»”.³⁴⁰

En lo que sigue, Ferrajoli asume la tarea de distinguir su concepción de los derechos fundamentales de la que denomina la “concepción corriente” de los derechos. Esta distinción se realiza

³³⁸ FDE, p. 20.

³³⁹ FDE, pp. 22 y 23.

³⁴⁰ FDE, p. 23. Ferrajoli reitera esta doctrina en varios lugares de su obra, en especial en FDE, p. 334, donde escribe: “«Persona», en el plano de la teoría del derecho, no equivale a ser humano, sino más bien al *status* de los sujetos, cualesquiera que sean, normativamente previsto como presupuesto de situaciones jurídicas y, específicamente, de los «derechos de la persona»”.

a través de cuatro ejes principales: (i) la distinción de los derechos fundamentales de los meramente *patrimoniales*, que consiste principalmente en que los primeros corresponden a toda una clase de sujetos y los segundos a cada uno de sus titulares con exclusión de los demás; (ii) la distinción entre los derechos fundamentales como expresión de la *dimensión “sustancial” de la democracia*, frente a los derechos entendidos como instrumentos de la democracia meramente política y formal; (iii) la distinción entre los derechos fundamentales como derechos *de todos los sujetos jurídicos*, frente a la concepción comunitarista que los restringe sólo a los ciudadanos, y (iv) los derechos fundamentales entendidos como *derechos subjetivos*, i. e., como expectativas positivas o negativas atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, frente a las *garantías*, primarias o secundarias, establecidas por las normas para asegurar su cumplimiento.³⁴¹

Ferrajoli concluye su primera aportación al libro citado proponiendo su propia concepción de los derechos fundamentales como un nuevo paradigma, destinado a transformar el que denomina paradigma “paleo-positivista”, basado en el principio de legalidad formal o de *mera legalidad*. “Conforme a él —escribe este autor— una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción”.³⁴² En el nuevo paradigma constitucionalista propuesto por Ferrajoli, se afirma el principio de *estricta legalidad*, i. e., el referido al sometimiento de la ley a vínculos no sólo formales sino sustanciales, impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las Constituciones. En este sentido, afirma que

Las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma pre-moderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleo-positivista fueron des-

³⁴¹ FDE, pp. 25-52.

³⁴² FDE, p. 52.

plazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supra-ordenadas a la legislación.³⁴³

III. UN ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

Una vez establecidas las líneas generales del pensamiento de Ferrajoli acerca de la noción y alcance de los derechos fundamentales, corresponde sintetizar su propuesta de fundamentación racional de esos derechos. Este autor comienza su exposición consignando que buena parte de los problemas y debates que se plantean a propósito de los derechos fundamentales se debe a la falta de distinción —y consiguiente confusión— de los diferentes enfoques y distintos tipos de discurso de los que puede ser objeto esa problemática. En este punto distingue, en primer lugar, entre la pregunta acerca de ¿cuáles son? y la referida a ¿cuáles deben ser? los derechos fundamentales, y las opone netamente a la que consiste en preguntar ¿qué son? esos derechos.³⁴⁴

Las tres cuestiones fundamentales —escribe Ferrajoli desarrollando esta distinción— a) cuáles son, b) cuáles deben ser y c) qué son los derechos fundamentales —pertenecen..., al igual que sus respectivas respuestas, a tres tipos distintos de discurso que— para evitar equívocos y falsas divergencias —deben distinguirse rigurosamente. Estos tres tipos de discurso corresponden a otras tantas disciplinas: (i) la *ciencia jurídica positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional; (ii) la *filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales; (iii) la *teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos y afirmaciones idóneo para denotar y explicar las

³⁴³ FDF, p. 53.

³⁴⁴ FDF, p. 290.

formas y estructuras del derecho positivo. Hay finalmente —concluye— un cuarto sentido de nuestra pregunta... [que] pertenece el ámbito (iv) de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*. Y admite, por consiguiente, respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo.³⁴⁵

Conviene destacar en este punto, que Ferrajoli precisa claramente que la segunda de las mencionadas “es una respuesta axiológica y, por consiguiente, ni verdadera ni falsa”,³⁴⁶ adhiriendo así expresamente al no cognitivismo ético.

A continuación, y luego de desarrollar una compleja y alambicada tipología de los derechos fundamentales que es necesario obviar por razones de especificidad y de espacio, el autor pasa directamente a la cuestión de la fundamentación de esos derechos, distinguiendo entre cuatro sentidos distintos de la palabra “fundamento”, que se corresponden exactamente con los cuatro tipos de discurso y sus correspondientes disciplinas que fueron especificados más arriba. Por lo tanto, distingue entre (i) un fundamento *teórico*, que sería puramente convencional, ya que “una definición teórica es siempre una definición estipulativa, elaborada en función de las finalidades explicativas que... es capaz de satisfacer”;³⁴⁷ (ii) un fundamento *jurídico*,³⁴⁸ que consistiría en su *atribución* por un determinado ordenamiento positivo a ciertos sujetos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar; (iii) un fundamento *axiológico*, “cuya fundación racional exige la formulación de los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos

³⁴⁵ FDE, pp. 290 y 291.

³⁴⁶ FDE, p. 290.

³⁴⁷ FDE, p. 315.

³⁴⁸ Cabe precisar que Ferrajoli identifica lisa y llanamente el significado de “jurídico” con el de “positivo”, i. e., que todo lo “no positivo” sería simultáneamente “no jurídico”.

para justificar su estipulación normativa”,³⁴⁹ y finalmente, (iv) un fundamento *sociológico*, al que Ferrajoli no le dedica casi nada de espacio en sus consideraciones.

En lo que sigue, este autor dedica todas sus argumentaciones a la que ha denominado “fundamentación axiológica”, que remite a cuatro criterios, “todos sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático”.³⁵⁰ Estos cuatro criterios son los siguientes: (i) la *igualdad* en su titularidad por parte de los sujetos a los que les son atribuidos; (ii) la que denomina *dimensión sustancial de la democracia*, por oposición a su concepción meramente formal o política; (iii) la *paz*, en el sentido de que “deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica”,³⁵¹ y finalmente (iv) la *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia.

IV. LA ESTRATEGIA DE FUNDAMENTACIÓN

Ahora bien, ¿en qué consiste el nexo de fundamentación que va desde los valores enunciados hacia los derechos fundamentales que se pretende justificar? Ferrajoli es sumamente explícito a este respecto, cuando afirma que

Dicho nexo consiste, creo, en la relación de *racionalidad instrumental* que liga medios a fines, o sea, en la adecuación, relativamente verificable en el plano empírico, de una determinada conducta, técnica o artificio institucional respecto a los objetivos prefijados. Quiero decir —aclara a continuación— que la forma universal de los derechos fundamentales identificada por mi definición teórica no es sino el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se

³⁴⁹ FDF, p. 315.

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ FDF, p. 316.

refiere, para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados sino postulados, que su concreta estipulación positiva persigue.³⁵²

Pero un poco más adelante, Ferrajoli aclara que esos fines o valores postulados:

Son, sin embargo, ajenos a la definición teórica de ‘derechos fundamentales’, en razón de que —como lo ha afirmado páginas antes— se trata de niveles de discurso distintos. También se trata de niveles de discurso diferentes en el caso de los referidos a la génesis histórica de los derechos fundamentales y por ello su coincidencia puede ser sólo contingente y sería una falacia naturalista afirmarla como vinculante.³⁵³

De esta diversidad de niveles de discurso y la consiguiente ausencia de “falacia naturalista”,³⁵⁴ concluye Ferrajoli la inconsistencia de la alternativa entre “iuspositivismo” e “iusnaturalismo”, oponiéndose de este modo a la imputación efectuada por el iusfilósofo Ermanno Vitale en el sentido de que esta argumentación del mismo Ferrajoli mostraría un sesgo iusnaturalista.³⁵⁵

Escribe en este punto Ferrajoli que

Estas dos opciones [iusnaturalismo e iuspositivismo] no son incompatibles porque se refieren a discursos diferentes. Son necesariamente ius-positivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica, que tiene como referencia los concretos ordenamientos de derechos positivo. Por el contrario, la determinación, en sede de filosofía de la justicia, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental, no puede no ser iusnaturalista, para quien quiera

³⁵² FDE, p. 317. En el párrafo siguiente, Ferrajoli aclara que esa argumentación es idónea sólo “si queremos” que esos valores queden satisfechos.

³⁵³ FDE, pp. 321 y 322.

³⁵⁴ Véase, en este punto, Saldaña, J., “La falacia naturalista. Respuestas para una fundamentación del derecho natural: la argumentación de John Finnis”, en Rabbi-Baldi, R. (ed.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 329-342.

³⁵⁵ FDE, pp. 322 y 323.

continuar usando esta vetusta palabra.³⁵⁶ Pero es por la misma razón —concluye— por la que se es ius-positivista en sede teórica y científica: por la separación entre hechos y valores que, si no admite derivar los primeros de los segundos, tampoco consiente derivar los segundos de los primeros.³⁵⁷

Por todo ello, Ferrajoli sostiene enfáticamente que su teoría no es para nada iusnaturalista, sino sólo un desarrollo y perfeccionamiento del positivismo jurídico.

El paso siguiente de Ferrajoli en su tarea de fundamentación racional de los derechos consiste en realizar un análisis pormenorizado de cada uno de los fines-valores que justifican, en el plano o nivel axiológico, los derechos fundamentales, aclarando que “es en la determinación de estos contenidos donde interviene la noción de ‘valor’ que, como tal, no es verdadera ni falsa”.³⁵⁸ Agregando luego que “si *queremos* que tales valores sean satisfechos, la técnica jurídica idónea a tales fines es su formulación normativa como derechos fundamentales”.³⁵⁹ Y después de haber desarrollado su propuesta de los cuatro criterios-valores que fundamentan los derechos fundamentales, Ferrajoli concluye sosteniendo que

El análisis de nuestros cuatro criterios sirve para demostrar cómo el fundamento axiológico de los derechos fundamentales reside no ya en alguna ontología ética o en una racionalidad abstracta, sino más bien... en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de las luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones de sujetos excluidos u oprimidos...³⁶⁰

³⁵⁶ En rigor, no se trata de una palabra tan “vetusta”, ya que se difundió recién en el siglo XIX, para designar el conjunto de teorías opuestas al positivismo jurídico naciente. Cf. Serna, P., “Iusnaturalismo”, *pro manuscripto*, p. 2.

³⁵⁷ FDF, p. 323.

³⁵⁸ FDF, p. 332.

³⁵⁹ FDF, p. 333.

³⁶⁰ FDF, p. 372.

V. DISCUSIÓN DE LA ESTRATEGIA ARGUMENTATIVA DE FERRAJOLI

Luego de esta extensa —aunque esquemática— exposición de la argumentación desarrollada por Ferrajoli para justificar racionalmente los derechos fundamentales, entre los que se cuentan los derechos humanos, corresponde indagar si esta estrategia argumentativa alcanza sus objetivos, *e. d.*, si resulta suficiente como para fundamentar de modo riguroso y racionalmente constrictivo esos derechos.³⁶¹ A esos efectos, es preciso partir de la afirmación, desarrollada por numerosos pensadores de diversa filiación filosófica, según la cual el derecho y los derechos subjetivos requieren de razones —razones para obrar— para constituirse en cuanto tales derechos y diferenciarse decisivamente de la mera fuerza fáctica injustificada deónticamente.³⁶²

Mandar —escribe Hart— es característicamente ejercer autoridad sobre los hombres, no el poder de causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daños, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad... porque el elemento de autoridad involucrado en el derecho ha sido siempre uno de los obstáculos en el camino de cualquier explicación fácil de lo que el derecho es.³⁶³

En un sentido similar, aunque no idéntico, se han pronunciado numerosos autores de relevancia, como Raz y Finnis.³⁶⁴

³⁶¹ Sobre el sentido y alcance de la fundamentación en materias prácticas, véase Kalinowski, G., “La justification de la morale naturelle”, en Bruaire, C. (ed.), *La morale. Sagesse et salut*, París, Fayard, 1981, pp. 209-220.

³⁶² En este punto coinciden autores tan distantes en otros aspectos como Joseph Raz y John Finnis, además de muchos otros que resultaría tedioso citar en este lugar. Véase, solamente, Pereira, C., *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, Granada, Comares, 2008, *passim*, en especial cap. 4.

³⁶³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 26.

³⁶⁴ Véase Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Princeton-New Jersey, Princeton

Asimismo, es indispensable aclarar que, en lo que sigue, se intentará llevar a cabo una argumentación de carácter filosófico-racional, *e. d.*, al menos en sentido amplio, *científico*, dejando de lado los recursos retóricos, ordenados a convencer a un auditorio indiferenciado y no especializado.³⁶⁵ Y esto resulta especialmente pertinente, toda vez que muchas de las argumentaciones desarrolladas habitualmente en el ámbito de los derechos humanos, en especial las referidas a la defensa de los valores que justifican los derechos fundamentales, parecen revestir el carácter retórico de un discurso destinado más a convencer a un auditorio no especializado que a justificar racionalmente, en sede filosófica, una argumentación fundamentadora de los derechos morales.

Hechas estas dos aclaraciones, corresponde comenzar con el análisis de la estrategia argumentativa sintetizada más arriba. En esta estrategia, la primera aporía que se presenta al estudioso es la que consiste en que Ferrajoli, luego de haber separado tajantemente cuatro niveles de discurso y haber sostenido enfáticamente su comunicabilidad, bajo pena de incurrir en la temida “falacia naturalista”,³⁶⁶ procede a justificar racionalmente los derechos fundamentales en un razonamiento instrumental propio del nivel axiológico, *e. d.*, de un nivel de discurso totalmente diverso de aquél donde radica la realidad a justificar. Ahora bien, Ferrajoli defiende que la justificación axiológica no tiene nada que ver —es “ajena”,³⁶⁷ sostiene— tanto con la definición teórica como con la concreción positiva de los derechos; pero si la fundamentación finalista elaborada por este autor es completamente *ajena* a los otros niveles, no *fundamenta* propiamente nada y no se alcanza a ver qué sentido o utilidad tiene tomarse el trabajo de elaborarla.

University Press, pp. 49-84; Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 12-22.

³⁶⁵ Véase Aristóteles, *Retórica*, I, 1, 1354 a 1.

³⁶⁶ Véase, en este punto, Massini Correas, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1995, *passim*.

³⁶⁷ FDF, p. 318.

Pero si, por el contrario, existe efectivamente una cierta ilusión lógica entre los valores defendidos y la noción y concreción positiva de los derechos, se está en presencia, evidentemente, de una fundamentación o justificación racional, pero en ese caso el razonamiento se encuentra inevitablemente en el ámbito del iusnaturalismo puro y duro, cosa que Ferrajoli rechaza tajantemente reiteradas veces. Dicho en otras palabras: o bien existe conexión lógica entre valores y derechos, y hay consecuentemente fundamentación racional de éstos, o bien esa conexión no existe, y no hay entonces fundamentación alguna y los derechos se reducen —como parece sostenerlo a veces Ferrajoli— al mero hecho de su inclusión en algún texto constitucional positivo. Se trata, ni más ni menos, que de un dilema similar al que afecta al hoy denominado positivismo jurídico incluyente, y que radica en la imposibilidad de incluir en el razonamiento jurídico parámetros ético-axiológicos y, al mismo tiempo, pretender que se continúa en el ámbito del positivismo.³⁶⁸

Pareciera en este punto que Ferrajoli pretende sostener al mismo tiempo dos tesis contradictorias: la positivista de las fuentes sociales y la iusnaturalista de las fuentes racionales, con el inevitable resultado de la inconsecuencia. Y el recurrir a la ambigüedad en la presentación de los argumentos no resuelve el problema, ya que una vez que éstos se pasan en limpio, queda en evidencia la inconsistencia de toda la argumentación. En rigor, si Ferrajoli se decidiera a permanecer consecuentemente en las filas del positivismo jurídico, tendría que reducir su argumentación a la siguiente: los derechos fundamentales tienen su fundamento exclusivo en el hecho de haber sido sancionados legítimamente en el marco de un sistema jurídico positivo y sólo en los límites establecidos en esa sanción. Todo lo demás excede los marcos del estricto positivismo —aún del neo-positivismo al que adhiere—

³⁶⁸ Véase Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, pp. 387 y ss.

y cae necesariamente del lado de las tesis iusnaturalistas.³⁶⁹ Esta imputación le ha sido realizada por algunos de los coautores del libro mencionado al comienzo, en especial por Ermanno Vitale y Anna Pintore y la respuesta de Ferrajoli, basada en su ya cuestionada división de niveles de discurso, termina dando la razón a sus impugnadores.

VI. RELATIVISMO Y FUNDAMENTACIÓN

Por otra parte, y continuando con esta valoración crítica, corresponde consignar dos puntos especialmente relevantes: el primero, que el ensayo de fundamentación propuesto por el jurista italiano adolece de una debilidad adicional: reviste un carácter meramente hipotético-relativista. En efecto, Ferrajoli reitera que la fundamentación propuesta de los derechos tiene valor sólo *si queremos, e. d.*, por un acto de mera voluntad de índole decisionista, que ellos sean satisfechos. Esto significa inequívocamente que *si no queremos* que esos valores sean satisfechos, o *si no lo queremos en la interpretación* que de ellos elabora Ferrajoli, toda la fundamentación adquiere carácter hipotético, así como su conclusión, toda vez que, según una conocida regla lógica,³⁷⁰ la conclusión no puede ser más fuerte que las premisas.

Esto significa que la argumentación aludida sólo puede concluir rigurosamente que debemos respetar los derechos fundamentales si y sólo si queremos realizar aquellos valores, es decir, en el marco de un radical relativismo subjetivista, con lo que desaparece toda la fuerza deóntica que deben revestir los derechos

³⁶⁹ Véase Coleman, J. y Leiter, B., “Legal Positivism”, en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 241. Véase, asimismo, Massini Correias, C. I., “Iusnaturalismo en interpretación jurídica”, en Cianciardo, J. (ed.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, pp. 57-81.

³⁷⁰ Véase Kalinowski, G., *La logique déductive*, París, PUF, 1996, pp. 89; asimismo, Blanché, R., *Le raisonnement*, París, PUF, 1973, p. 210.

para constituirse en cuanto tales. Dicho brevemente: la argumentación propuesta no se vincula lógicamente —no *fundamenta*— de ningún modo con la proposición, que debería ser la *fundamentada*: “es necesario —deónticamente— respetar los derechos fundamentales”. Aquí no basta con decir que los derechos fundamentales son “valiosos” y que “queremos” realizarlos; existen muchas acciones y realidades que son valiosas y nos gustaría realizar y sin embargo no generan —no pueden generar— una obligación estricta como la que corresponde a los derechos; es necesario fundamentar por lo tanto no sólo la mera *valiosidad*³⁷¹ o la opción subjetiva por los valores a que se ordenan los derechos, sino que es preciso establecer primero y principalmente —y de modo racional— su exigibilidad deóntica,³⁷² cosa que Ferrajoli no hace y tampoco puede hacer desde un punto de partida relativista.³⁷³

El segundo de estos aspectos relevantes radica en que la separación tajante que efectúa Ferrajoli entre los diferentes niveles de consideración de los derechos (concepto, catálogo, valiosidad, vigencia) resulta claramente contraintuitiva; en efecto, de una consideración somera de los diversos modos de aproximación al tema, surge claramente que ellos se encuentran íntimamente vinculados: el modo de fundamentación depende del concepto que se tenga de los derechos fundamentales, el contenido de la normatividad positiva a ese respecto se vincula con ese mismo concepto y con los valores que se pretende realizar, los valores no están desvinculados de la índole de la realidad a valorar, la vigencia efectiva depende en gran medida de la positividad normativa y así sucesivamente. La tesis de su comunicabilidad es,

³⁷¹ Véase Soaje Ramos, G., “Elaboración del problema del valor”, *Ethos. Revista de Filosofía Práctica*, Buenos Aires, núm. 1, 1973, p. 142.

³⁷² Véase Harel, A., “Theories of Rights”, en Golding, M. P. y Edmundson, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, p. 191.

³⁷³ Sobre el relativismo ético en general, véase Massini Correas, C. I., “Ley natural y relativismo. Consideraciones a partir de las ideas de Leo Strauss”, *Intus Legere-Filosofía*, Santiago de Chile, núm. 2/2, 2008, pp. 1-16.

en definitiva, contraria a la experiencia más elemental acerca de los derechos.³⁷⁴

VII. EL PROBLEMA DEL SUJETO DE LOS DERECHOS

Estrechamente vinculada con las consideraciones precedentes está la cuestión, central en la filosofía de los derechos humanos, de la determinación de sus sujetos titulares. Y esta cuestión resulta central, toda vez que Ferrajoli sostiene en varios lugares, que la condición de sujeto titular de los derechos fundamentales —entre los que se incluyen los derechos humanos— depende de su reconocimiento efectivo por la normatividad positiva. “«Persona» —escribe—, en el plano de la teoría del derecho, no equivale a «ser humano», sino más bien al *status* de los sujetos, *cualesquiera que sean*, normativamente previsto como presupuesto de situaciones jurídicas y, específicamente, de los «derechos de la persona»”.³⁷⁵ Ya antes había afirmado que entiende “por *status* [entre ellos el de persona] la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva...”,³⁷⁶ y que “de estas normas, o sea, de la parte sustancial de la constitución, son, por decirlo así, «titulares», más que destinatarios, todos los sujetos a los que las mismas adscriben los derechos fundamentales”.³⁷⁷ De aquí se sigue claramente que, en la sistemática de Ferrajoli, sólo tendrían derechos fundamentales —y por consiguiente derechos humanos— aquellos sujetos, *cualesquiera que sean*, que han sido reconocidos como tales por el correspondiente ordenamiento jurídico positivo.

Ahora bien, esto supone, para todos los efectos teóricos y prácticos, la difuminación de la noción misma de derechos humanos. En este sentido, Robert Spaemann ha sostenido que “a

³⁷⁴ Véase Freedén, M., *Rights*, Londres, Open U. P., 1991, pp. 7-11.

³⁷⁵ FDF, p. 334 (énfasis añadido).

³⁷⁶ FDF, p. 19.

³⁷⁷ FDF, p. 38.

ningún hombre le corresponde juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad. Los derechos humanos —continúa— dependen del hecho de que nadie tenga la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder”.³⁷⁸ Y más adelante afirma que, para el positivismo jurídico:

Los derechos humanos son reivindicaciones que nosotros nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos, con lo cual depende del arbitrio del creador de tal sistema de derecho en qué consistan estos derechos y... quién es hombre en el sentido de la ley y quién no;

un derecho —concluye— que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derecho. Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son sino edictos de tolerancia revocables.³⁷⁹

De esta larga cita del filósofo alemán queda en evidencia que cuando el criterio para la titularidad de los derechos fundamentales —entre los que se cuentan los derechos humanos— deja de ser la pertenencia a la especie humana y se concede al mero arbitrio de los órganos estatales —sean estos constitucionales o legislativos— la suerte de los derechos —en especial de los de los más débiles— está echada: sus titulares variarán de conformidad con las modas ideológicas del momento y resultarán ocasionalmente incluidos o excluidos de la condición de titulares de derechos los no nacidos, los recién nacidos, los seniles, los comatosos, los afectados de enfermedades mentales y todos aquellos que no militen en las filas de los adultos sanos de cierta capacidad intelectual y económica.³⁸⁰ Resulta claro que, desde esta perspectiva,

³⁷⁸ Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, p. 50.

³⁷⁹ Spaemann, R., *op. cit.*, pp. 89 y 90.

³⁸⁰ Véase Spaemann, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de J. Fernández Retenaga y J. Mardomingo, Madrid, EIUNSA, 2003, pp. 347-

los derechos humanos resultarían algo tan variable, contingente y caprichoso, que será prácticamente lo mismo tenerlos que no tenerlos. No parece que sea ésta una concepción de esos derechos que pueda ser considerada relevante desde el punto de vista de su justificación racional.

VIII. DE NUEVO EL POSITIVISMO

Otra cuestión que merece ser disputada, es la afirmación de Ferrajoli en el sentido de que el “paleo-positivismo” meramente formalista se vería sustancialmente superado por el constitucionalismo fuerte, según el cual el contenido de la legalidad ordinaria debería sujetarse a un control estricto —inclusive de contenidos— de su constitucionalidad y, consecuentemente, de su validez. De este modo —sostiene este autor— se introducirían los derechos fundamentales y humanos como límites fuertes y de contenido de la legislación estatal. “Estos derechos —afirma Ferrajoli— existen como situaciones de derecho positivo, en cuanto son establecidos en las Constituciones. Pero, precisamente por eso, representan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y vínculos supra-ordinado a él”.³⁸¹ Y aclara más adelante que su teoría “es rigidamente positivista: el constitucionalismo teorizado por ella como deber ser positivo del derecho positivo no es, en modo alguno, un paradigma interme-

365. Cabe consignar que el profesor de bioética de Manchester, John Harris, que comparte en lo sustancial con Ferrajoli la noción de persona como titular de derechos, niega expresamente el derecho a la vida de los comatosos, los no nacidos y de los dementes severos; véase Harris, J., “La eutanasia y el valor de la vida” y “Un argumento filosófico contra el caso filosófico contra la eutanasia” y “Pensamientos finales acerca de actos finales”, en Keown, J. (ed.), *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*, trad. de E. Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 29-108.

³⁸¹ FDF, p. 38.

dio entre iusnaturalismo y iuspositivismo, sino un desarrollo y un perfeccionamiento del positivismo jurídico”.³⁸²

En otros términos, según Ferrajoli, los derechos establecidos positivamente en las Constituciones operarían como límites decisivos y definitivos de la legislación ordinaria, invalidándola cada vez que traspase, no respete o atente contra el contenido de esos derechos. Y esta solución se daría en el interior del más estricto positivismo jurídico, con la única diferencia de que se trataría de un positivismo de nivel constitucional en vez de legal; por supuesto que dentro del más estricto positivismo el contenido de las Constituciones no tiene límites éticos ni jurídicos objetivos y queda librado a la voluntad decisionista de las ocasionales asambleas constitucionales.

Por ello, Anna Pintore escribe con acierto que

El divisionismo [la doctrina de la división estricta entre derecho y ética] y el iuspositivismo actúan como una suerte de tenaza, bajo la cual los derechos corren el riesgo de terminar triturados... Una vez extirpados del tejido objetivo del contractualismo político y de la ética liberal en el que nacieron, se hace necesario confiarlos por entero a un derecho que es, en esencia, *auctoritas* y no *veritas*. Pero la autoridad es voluntad, y la voluntad puede convertirse en arbitrariedad: del mismo modo en que puede poner los derechos, puede también excluirlos. Los derechos, en este marco, parecen abandonados a sí mismos, o mejor dicho a los frágiles e imprevisibles itinerarios de la historia, por otra parte reciente, del constitucionalismo moderno.³⁸³

³⁸² FDF, p. 323.

³⁸³ Pintore, A., “Derechos insaciables”, en FDF, p. 244. En este texto de Pintore resulta discutible la separación tajante entre *auctoritas* y *veritas*; para muchos autores, uno de los elementos de la *auctoritas* es, precisamente, una cierta relación con la *veritas*; véase Anscombe, G. E. M., “On the Source of the Authority of the State”, en Raz, J. (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp. 142-173. En este mismo volumen, véase Finnis, J., “Authority”, pp. 174-202.

IX. CONCLUSIONES SOBRE POSITIVISMO, RELATIVISMO Y DERECHOS

Ahora bien, de todo lo expuesto hasta ahora es posible inferir que, en la cuestión del fundamento o la justificación racional de los derechos fundamentales-humanos, se arriba inexorablemente a una alternativa: o bien se remite ese fundamento a una instancia de apelación transpositiva, a un contenido esencial de los derechos,³⁸⁴ que debe inevitablemente revestir cierto carácter objetivo, o bien se limita esa fundamentación a la que pueden proveerles los textos —necesariamente contingentes y relativos— de las Constituciones ocasionalmente vigentes, y se renuncia en consecuencia a cualquier dimensión crítica —crítica en sentido *fuerte*— del derecho establecido, cualquiera que sea su nivel —constitucional o legal— de positividad.

Esto no es sino una consecuencia directa de la tesis central del positivismo jurídico: *toda norma jurídica tiene sólo una fuente positiva*, que excluye necesariamente a su contradictoria —o tesis iusnaturalista: *existe al menos un principio jurídico de fuente no positiva*.³⁸⁵ Ahora bien, si se acepta la primera de estas tesis, resulta lógicamente imposible aceptar algo, o en parte, o un poco, de su contradictoria tesis iusnaturalista, en razón de que, por su mismo carácter contradictorio, si una de estas tesis es verdadera, la otra es falsa y viceversa, sin que exista una posibilidad intermedia entre verdad y falsedad. En otras palabras, no se puede tomar un poco, o un contenido mínimo, de la tesis opuesta, para salvar los vacíos, antinomias o paradojas de la tesis positivista, sin asumir la contradictoria y refutar la primera tesis de modo completo y definitivo.

³⁸⁴ Véase Serna, P. y Toller, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 40 y ss.

³⁸⁵ Véase Soaje Ramos, G., “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 6/7, 1980, pp. 99-107.

Éste y no otro es el dilema —en rigor, se trata de una aporía, ya que carece de solución racional— a que se enfrenta el intento de Ferrajoli de fundamentar los derechos fundamentales a través de una remisión a valores, permaneciendo al mismo tiempo en el ámbito del más estricto positivismo. Más consecuente en este punto fue su maestro Norberto Bobbio, quien, en un artículo bien conocido, alentaba a abandonar la tarea de fundamentar los derechos humanos, ya que ella resultaba —al menos en el marco de su iuspositivismo— completamente imposible.³⁸⁶ Bobbio era consciente —más consciente que Ferrajoli— que desde un punto de partida relativista —aceptado necesariamente por cualquier positivismo consecuente— resulta inviable cualquier intento de fundamentación rigurosa de los derechos.

³⁸⁶ Bobbio, N., “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. XLII-II, 1965, pp. 301-309. Sobre este texto, véase Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 123-142.