

Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía*

MICHELANGELO BOVERO

Universidad de Turín

1. Introducción

El tema propuesto en el título de esta intervención es más bien complejo: los términos con los cuales está formulado son muchos y las relaciones de cada uno de ellos con los demás forman una trama que es necesario aclarar, incluso porque cada uno de dichos términos, y por tanto sus relaciones, pueden ser objeto de diferentes interpretaciones. Por ello intentaré describir, ante todo, esa compleja trama, aislando analíticamente los elementos e identificando los principales problemas de significado que cada uno de ellos plantea.

a) *Derechos*. ¿Qué se entiende o qué debería entenderse por «derechos»? ¿cuál es la diferencia y cuál es la relación entre «derechos» y «derecho», o bien, entre derechos subjetivos y derecho objetivo?

b) *Fundamentales*. ¿Qué se entiende por «derechos fundamentales»? ¿Su significado es simplemente equivalente al de la expresión «derechos humanos»? Como quiera que se entienda, es conveniente distinguir tres cuestiones: ¿qué son los «derechos fundamentales»? ¿cuáles son los «derechos fundamentales»? ¿cuáles deberían ser los «derechos fundamentales»?¹

c) *Tutela*. ¿Equivale a «garantía» y/o a «protección»? Cuando usamos como sinónimos o cuasisinónimos los términos «tutela», «garantía» y «protección» a propósito de los derechos subjetivos, fundamentales o no, nos referimos generalmente a alguna forma de *defensa*. Pero, con esta referencia general, ¿señalamos una clase homogénea de fenómenos? Si es posible determinar diferen-

* Traducción: Corina Yturbe.

cias significativas en el interior de esta clase, la que comprende todas las formas de «defensa» de los derechos, ¿no será también conveniente distinguir claramente dichas formas en subclases, y luego especificar cada una de éstas con un término distinto, asignando, por ello mismo, significados distintos a los sustantivos «garantía», «protección» y «tutela»? ¿Qué quiere decir que un derecho, o un derecho fundamental, está «garantizado», «protegido» o «tutelado»? ¿en qué condiciones lo está?

d) *Nacional y supranacional.* ¿Equivalen simplemente a «estatal» y a «supraestatal»? Sin querer tocar, ni siquiera de pasada, la confusión que rodea los conceptos de «nación» y de «estado-nación», pregunto: ¿qué sugerimos cuando nos referimos a un nivel de realidad o de fenómenos «más allá» del estado, o del estado-nación? ¿Cuándo (en qué condiciones) puede decirse que un derecho, o un derecho fundamental, está garantizado, protegido o tutelado, en ese nivel?

e) *Ciudadanía.* Hoy es, quizás, el término más ambiguo, por lo menos desde finales de los años ochenta, es decir, desde que, con una facilidad sorprendente (y, según yo, superficial), se difundió una concepción —quizás es sólo una *koiné* lingüística— que tiende a asociar los derechos, o los derechos fundamentales, con la «ciudadanía» entendida de manera confusa como «pertenencia» de un individuo a alguna *civitas*, a una comunidad política: como si un sujeto pudiera tener (ser titular de) derechos fundamentales sólo por ser «miembro» de un estado, y/o sólo porque éste pudiera ofrecer la garantía de su gozo efectivo. Pero ¿son los derechos fundamentales (todos) derechos del ciudadano? ¿Quien no es ciudadano no tiene derechos? Y, además, ¿qué es un ciudadano?, ¿qué significa ser ciudadano? Y, también: ¿quién (qué persona) es, o no es, ciudadano?

He preparado un breve itinerario conceptual que atraviesa todos los términos señalados. Como lo he esbozado hasta aquí, dichos términos corresponden a conceptos en mayor o menor medida controvertidos, y es conveniente que quien habla de ellos haga explícita, antes que nada, su propia redefinición.

2. Derechos y garantías

Mientras que la noción general y la definición formal de «derecho (en sentido) objetivo», como conjunto de reglas o normas, no es particularmente controvertida, la definición de «derecho subjetivo» presenta una gama más bien amplia de opciones alternativas: en la literatura jurídica, un derecho reconocido y/o adscrito a un sujeto es identificado de varias maneras: con un interés protegido, una demanda justificada, una libertad tutelada, una facultad de actuar, un poder de voluntad, etc. Entre éstas, me parece que la definición más convincente, por ser la más comprensiva, es la que adopta y aclara Riccardo Guastini, que interpreta un derecho subjetivo como «una pretensión —o una expectativa— conferida a

un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos)».² Este derecho-pretensión, dice Guastini, es atribuido al primer sujeto o clase de sujetos por una norma, justamente atributiva, que puede pertenecer a un sistema jurídico (por tanto, al derecho objetivo) o a un sistema moral. En ambos casos, esto es, cualquiera que sea el sistema normativo al que pertenece, una norma (jurídica o moral) atributiva es de manera inmediata también imperativa, es decir, instituye un deber-obligación correspondiente al derecho-pretensión. Obviamente, la correlación entre la pretensión de un sujeto y la obligación de otro —esto es, entre derecho y deber— subsiste tan sólo en tanto que la pretensión esté, en algún sentido, justificada: una pretensión injustificada o infundada (sin razones «buenas» o «válidas») es una pretensión, pero no es un derecho. Y si no hay derecho, no hay deber. El fundamento, la justificación, la razón buena o válida de la pretensión, sostiene Guastini, no puede buscarse más que, precisamente, en una norma: yo puedo decir que «tengo un derecho» —o mejor, mi afirmación o reivindicación está justificada— si y sólo si puedo apelar a una norma que me confiere ese derecho. Este razonamiento permite distinguir claramente, en primer lugar, entre derechos y no derechos, y en segundo lugar, entre derechos «morales» y derechos «jurídicos». La primera distinción equivale a la diferencia entre pretensiones justificadas e injustificadas; la segunda se refiere a la distinta fuente de justificación de las pretensiones. Es cierto que la noción misma de «derecho moral» plantea más de un problema. Por un lado, como sugiere Guastini, dicha noción debe aceptarse porque es el simple correlato de «obligación moral», noción de ninguna manera controvertida; por otro lado, un «derecho moral» se presenta como un derecho en sentido más débil: tanto más débil que el uso del término «derecho» puede parecer inapropiado. Cuando ciertas pretensiones moralmente justificadas llegan a ser reconocidas jurídicamente, y por ello son incorporadas en el derecho objetivo —considerado como un conjunto de normas no puramente morales puesto que son coactivas—, se convierten así en derechos positivos, y como tales parecen ser de manera más adecuada o sólida *derechos*, no ya *simples pretensiones*: que es lo mismo que decir que los derechos no son, o tienden a no ser, pretensiones ineficaces, que podrían no encontrar satisfacción. En suma: los derechos morales son sólo pretensiones; los derechos positivos son pretensiones no ineficaces; por tanto, son «verdaderamente» derechos.

Se *podría* concluir que un derecho subjetivo es en sentido estricto y pleno un derecho, un *ius perfectum*, cuando a la pretensión justificada la acompaña una «garantía», es decir, un respaldo jurídico objetivo contra la violación del derecho subjetivo mismo —o bien, contra el incumplimiento del deber implicado por la pretensión-derecho. Ahora bien, resulta que puede darse (es más, es frecuente) el caso de que una pretensión moral sea incorporada a documentos jurídicos positivos, convirtiéndose así en un derecho subjetivo positivo en sentido estricto en tanto que reconocido, o mejor, «puesto» por una norma del dere-

cho objetivo positivo, pero sin que el derecho objetivo mismo, o sea el ordenamiento jurídico concreto, predisponga garantías específicas y adecuadas. Dicho derecho subjetivo ya no será únicamente un derecho moral, y por tanto una simple pretensión (aun si está moralmente justificada) pero, aunque puesto por una norma jurídica, seguirá siendo un *ius imperfectum* en cuanto que es un derecho sin garantía (específica). Pero un derecho sin garantía ¿sigue siendo propiamente un derecho, o no será asimilable a una simple pretensión moral, justamente porque, como ésta, es o podría ser ineficaz? Guastini parece inclinarse por esta segunda alternativa cuando invita a distinguir entre «verdaderos» derechos y derechos «de papel», no garantizados y por ello no justiciables, concluyendo: «un jurista experto, no ingenuo, dirá que un derecho conferido, sí, pero no garantizado, “no existe”, en el sentido de que es un derecho ficticio».³

Precisamente de la exigencia de superar semejante resultado negativo nace la sugerencia de redefinición del concepto de derecho subjetivo propuesta por Luigi Ferrajoli. Para esta redefinición, Ferrajoli utiliza el término «expectativa», el cual, por otra parte ya lo había mencionado Guastini como equivalente de «pretensión» en su definición; pero en la teoría de Ferrajoli, la noción de expectativa tiene un alcance mucho más vasto.⁴ En su uso más común, expectativa es la previsión de lo que probablemente puede ocurrir; en el uso que le da Ferrajoli, correlativo a la redefinición de derecho subjetivo, el término adquiere una acepción normativa específica: en el ámbito y sobre la base de un determinado ordenamiento normativo, el derecho de un sujeto no es sino una expectativa de no lesión o de prestación, por parte de otro sujeto, con respecto a un interés del primer sujeto. Naturalmente, la expectativa-derecho puede no coincidir con la expectativa-previsión; incluso, una distancia entre ellas es casi inevitable. La amplitud de la divergencia entre los dos tipos de expectativa mide el grado de efectividad del derecho, lo cual significa que «tener derechos» conferidos por una norma jurídica positiva no basta: para que esa divergencia se reduzca al mínimo, los derechos exigen garantías idóneas, las cuales deben ser instituidas y hechas valer de manera eficaz por el mismo ordenamiento normativo que atribuye los derechos. En otras palabras, las normas que confieren derechos subjetivos son de por sí insuficientes: deben ser completadas por normas que tienden a volver efectivos los derechos, al predisponer las garantías. Desde este punto de vista, la existencia de «derechos sin garantías» aparece como una especie de *aporía* en el interior de un ordenamiento, porque por un lado, crea expectativas normativas, y por otro, las vuelve vacías (o no las satisface de manera adecuada). Sin embargo, insiste Ferrajoli, los derechos sin garantías no pueden considerarse inexistentes; «existen» en cuanto que están puestos (o predispuestos) por una norma positiva. En suma, los derechos «de papel» no son «no-derechos»: son «expectativas normativas» generadas por una norma jurídica o, en el lenguaje preferido por Guastini, «pretensiones justificadas» por la norma que las suscitó. Más bien, es tarea de la teoría identificar esas pretensiones justifica-

das pero carentes de medios jurídicos para su satisfacción, y proponer la solución de las aporías en que consisten —solución que coincide, por cierto, con la introducción de garantías idóneas para los derechos «de papel».

Pero ¿en qué consisten las «garantías»? Retomando la teoría de Ferrajoli (y reformulándola libremente), puede decirse antes que nada, para simplificar, que las garantías de los derechos, que pueden distinguirse en «garantías primarias» y «garantías secundarias», no son sino el conjunto de las obligaciones implicadas por los propios derechos.⁵ O mejor; tales obligaciones son «garantías» de los correspondientes derechos si son obligaciones normativamente previstas y precisadas. Garantía «primaria» del derecho (D), adscrito al sujeto (S₁) por una norma positiva (N₁), será la definición precisa, con base en una norma (N₂), de la obligación (O₁) correspondiente al derecho (D), y al mismo tiempo la identificación inequívoca del sujeto (S₂) al que se le puede imputar tal obligación (O₁). Garantía «secundaria» del derecho subjetivo (D) será la obligación (O₂) de reparar el incumplimiento o violación de la obligación (O₁), en los modos y en las formas previstas por una norma (N₃) o un conjunto de normas (N_n) que establezcan los órganos o los aparatos (S₃) y definan los criterios y los procedimientos aptos para cumplir la obligación (O₂).

Paradójicamente, en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos pueden identificarse como derechos sin garantías (idóneas) algunos de los derechos que pertenecen a la clase más importantes: la de los derechos fundamentales.

3. Tipos de derecho y formas de defensa

Que ciertos derechos sean (designados o designables como) *fundamentales* puede (querer) significar en general que son «más importantes» que otros. Sin embargo, es necesario precisar en qué sentido lo son.

Ante todo, puede construirse una clasificación y establecer una gradación de «importancia» de los derechos subjetivos con base en la jerarquía de las fuentes normativas a partir de las cuales se confieren tales derechos a determinados sujetos. No todos los derechos tienen, por así decirlo, igual «fuerza de derecho». Guastini sugiere⁶ distinguir tres *grados* de derechos subjetivos, según sean conferidos por la constitución, atribuidos por la ley ordinaria, o sean consecuencias de actos de autonomía privada (como los contratos). Naturalmente, esta gradación de importancia, o de «fuerza», de los derechos subjetivos en rigor sólo es tal en el caso de una constitución rígida, es decir, ahí donde el poder legislativo ordinario no está autorizado a «tocar», como dice Guastini, las normas constitucionales. Los derechos subjetivos constitucionales, en cuanto que son conferidos por constituciones rígidas, y por tanto supraordenados a la ley (ordinaria), gozan *por eso mismo* de una especie de «defensa» particular contra las mayorías parlamentarias simples y sus posibles abusos. Más precisa-

mente, esta especie de «defensa» es doble: en un primer nivel, se deriva del hecho de que una constitución rígida prevé un procedimiento «agravado» por la revisión constitucional, y en ciertos casos le sustrae totalmente al propio poder de revisión la posibilidad de modificar determinadas normas; por ejemplo, algunas de las que atribuyen derechos. En un segundo nivel, consiste en el control de legitimidad constitucional de las leyes (ordinarias), siempre y cuando haya sido instituido un órgano competente al respecto. Los dos niveles mantienen entre sí una relación que corresponde *grosso modo* a la que tiene lugar entre las «garantías primarias» y las «garantías secundarias» de los derechos subjetivos en general, ya examinadas antes la base a las redefiniciones de Ferrajoli: cuando la primera línea de defensa constitucional sea (intencionalmente o no) rebasada —por ejemplo, por una ley ordinaria en contraste con una norma de la constitución atributiva de derechos— puede recurrirse a la segunda, es decir, a la anulación de esa ley por parte del órgano competente de jurisdicción constitucional. Pero, esta especie de defensa de la que gozan los derechos constitucionales por el sólo hecho de ser tales, no corresponde —me parece— a la sustancia (al contenido) de las redefiniciones de Ferrajoli de las nociones de garantía (primaria y secundaria); dicha defensa, de hecho, no consiste en hacer explícitas de manera normativa las obligaciones implicadas por los derechos, y por tanto, no debería ser considerada como una (forma de) «garantía». La constitucionalización de los derechos subjetivos no le «garantiza» al sujeto el gozo o el ejercicio de sus derechos, sino que «protege» los derechos como tales —como normas— contra las lesiones que podrían derivarse (esencialmente) del poder legislativo (ordinario), es decir, defiende la integridad y la permanencia en el ordenamiento de las normas constitucionales atributivas de los derechos (que Ferrajoli caracteriza como «normas téticas»), y sólo de manera indirecta, al hacerlo así, contribuye a defender el gozo de tales derechos constitucionales por parte de sus titulares. Sugiero la conveniencia de subrayar y hacer explícita esta diferencia con respecto a las «garantías» —entendidas como conjunto de las obligaciones de satisfacer esas expectativas individuales en las que consisten los derechos subjetivos en general— llamando «protección» a la forma particular de defensa que reciben ciertos derechos subjetivos, o mejor las normas que los ponen, por el hecho de estar establecidos por una constitución rígida. La diferenciación explícita es tanto más pertinente, cuanto que permite comprender que los derechos subjetivos constitucionales (de hecho, sobre todo algunas clases) como tales se encuentran sin más «protegidos» —por el procedimiento agravado de revisión constitucional, que por analogía podríamos llamar «protección primaria», y por el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, que podríamos llamar «protección secundaria»—, y sin embargo pueden, a pesar de todo, estar privados de «garantías» (idóneas), pudiendo de hecho faltar, en el ordenamiento total, la precisión normativa de las obligaciones correspondientes a tales derechos y de los sujetos a los que se les deben imputar tales obligaciones

(«garantías primarias»), así como los distintos tipos de normas relativas a la reparación de la eventual violación de las mismas obligaciones («garantías secundarias»). En tal caso, mientras que la norma constitucional atributiva de derechos resulta efectivamente «protegida» contra los poderes ordinarios, no está «garantizado» el gozo o el ejercicio efectivo de los mismos derechos constitucionales por parte de sus titulares.

En todo caso, redefinida la figura de la «protección», aplicable específicamente (y siempre) a los derechos constitucionales cuando son conferidos por una constitución rígida, y diferenciada de la figura de la «garantía», aplicable en general (pero no siempre) a los derechos subjetivos de los varios tipos, la una y la otra aparecen, hasta aquí, como figuras internas del ordenamiento estatal, al menos hasta que no se pueda hablar propiamente de constitución y de legislación (ordinaria) supranacional, o bien cosmopolita. Pero, justamente, la ausencia, o por lo menos, la debilidad, de este nivel supraestatal de defensa de los derechos fundamentales coincide (como veremos) con los límites más graves de efectividad de los mismos.

Quizás podría diferenciarse ulteriormente la figura de la «tutela»,⁷ frente a las de «garantía» y «protección», redefiniéndola como una especie de defensa de los *titulares* de derechos subjetivos, fundamentales o no —o bien, lo que es lo mismo, como defensa del gozo de los derechos subjetivos por parte de los individuos a los que les son atribuidos—, consistente en el ejercicio de alguna forma de coacción en contra de los sujetos o instituciones que violan derechos o la integridad de sus titulares. Es cierto que el eventual recurso a la fuerza se encuentra vinculado con la «garantía secundaria» de un derecho pero, con todo, sostengo que es pertinente la propuesta de «aislarlo» como un aspecto distinto de ésta. El ejercicio directo de la fuerza para la «tutela» de los sujetos lesionados en sus derechos es un aspecto que no sólo puede ser considerado analíticamente distinto, sino que también puede manifestarse en los hechos separado de toda «garantía» en sentido estricto, o sea no anclado a un complejo de técnicas de aseguración jurídica de los derechos predispuesto de antemano por un ordenamiento jurídico; es más, incluso se puede (tratar de) justificar semejante «tutela sin garantía» como algo impuesto por un estado de necesidad: algo similar a un «legítimo auxilio», figura análoga a aquella no controvertida de «legítima defensa». Y, de hecho, en 1999, con la guerra de Kossovo, apareció en la escena del mundo el fenómeno de una (supuesta) tutela supraestatal —o en realidad, en ese caso, internacional— de los derechos fundamentales de ciertos pueblos oprimidos, más allá de un verdadero y adecuado sistema de garantías: una tutela fuera de toda ley, arbitraria, sin ninguna referencia legitimante a juicios imparciales sobre la violación de los derechos y a normas para su rectificación.

4. Derechos fundamentales: protección, garantía, tutela

Hasta aquí hemos considerado implícitamente equivalentes el significado de la expresión «derechos constitucionales» y el de la expresión «derechos fundamentales»; mejor aún, hemos obtenido el segundo del primero. Puede sostenerse que entre los dos significados hay una correlación estrecha, pero no una coincidencia perfecta. En primer lugar, y por un lado, es posible y pertinente designar como fundamentales ciertos derechos subjetivos aun si no fueron declarados por una constitución (y, por tanto, no están «protegidos», en el significado que propuse), en la medida en que involucran el «contenido típico» de las constituciones, como dice Guastini,⁸ o bien se refieren a un asunto que normalmente se considera constitucional, como la relación entre los individuos y los poderes públicos. Pero en segundo lugar, y por otro lado, parece pertinente calificar como fundamentales ciertos derechos en el mismo sentido en que se designa a la constitución como «norma fundamental» (o el conjunto de las normas fundamentales) de un ordenamiento: en otras palabras, los derechos fundamentales no son (correctamente caracterizados como) tales porque sean constitucionales, sino más bien los derechos constitucionales son o deberían ser considerados como tales porque son fundamentales. Es decir, ciertos derechos, en tanto que son (considerados) materialmente fundamentales, deberían estar contenidos en normas formalmente constitucionales: deberían estar «escritos» en la constitución. Desde esta perspectiva, invertida la relación de derivación del concepto de derechos fundamentales con respecto del de derechos constitucionales, el problema puede replantearse como sigue: ¿qué valor consideramos que es pertinente asignarle al atributo «fundamentales» cuando es predicado del sustantivo «derechos» (y de manera análoga, del sustantivo «normas»)??⁹ La respuesta más inmediata e intuitiva es la siguiente: ciertos derechos pueden ser considerados fundamentales en cuanto que (en el sentido en que) son los que «dan fundamento» a un sistema total de convivencia: si son removidos, o lesionados, una cierta forma de convivencia entra en crisis; en el extremo, la sociedad se disgrega (se «disocia»), y será necesario instituir, más bien *constituir*, nuevos vínculos sociales. Las constituciones modernas, sostiene Ferrajoli, son contratos sociales en forma escrita, pactos sobre fines primarios de la convivencia y sobre los medios adecuados para perseguirlos: en este sentido, una constitución (moderna) puede redefinirse como aquella norma fundamental que, en primer lugar, atribuye derechos fundamentales, universales e inviolables, y en segundo lugar, instituye poderes vinculando su ejercicio al respeto y a la garantía de la efectividad de esos mismos derechos. En este sentido, los derechos fundamentales aparecen como las condiciones sustanciales de legitimidad de los poderes públicos.

Estos derechos por antonomasia, que caracterizan a las constituciones modernas y que se afirman en lo que Bobbio ha llamado «el tiempo de los derechos», son definidos por el propio Bobbio como «derechos anteriores a los

deberes».¹⁰ Se trata de esos derechos que *no* se siguen de la existencia de determinados deberes lógicamente antecedentes a ellos, sino que por el contrario, son concebidos (y estipulados) como originarios y, por tanto, son ellos mismos fundantes respecto de cierta clase de deberes que se derivan lógicamente de ellos. Sabemos que toda norma, en cuanto que impone un deber a un sujeto, le atribuye un derecho a otro. Pero, ¿cuál es el *prius* lógico, cuál el *posterius*? Las concepciones jurídico-políticas premodernas, en general, consideran predominante la dimensión imperativa de la norma, y por tanto, le asignan prioridad lógica al deber sobre el derecho; las concepciones modernas son aquéllas que consideran como predominante la dimensión atributiva, y por ello le asignan prioridad lógica al derecho sobre el deber, o mejor, a *ciertos* derechos sobre ciertos deberes —pero podría decirse sin más: sobre *todo el código* de los deberes. ¿Cómo definir a esta clase de derechos? ¿En qué consisten? Desde la perspectiva esbozada por Bobbio, los derechos fundamentales, «anteriores a los deberes», son aquellos que el individuo como tal puede reivindicar *hacia* o *contra* o *frente a* la colectividad y el poder que la gobierna: según la visión individualista y artificialista de la convivencia, que es la visión estrictamente moderna, son los derechos que representan las condiciones en base a las cuales el individuo acepta (idealmente) asumir la obligación política de obedecer a las decisiones colectivas. El «tiempo de los derechos» es aquél en el que *ciertas* pretensiones del individuo como tal (o mejor, avanzadas por movimientos políticos y corrientes de pensamiento filosófico en nombre, por cuenta y en beneficio del individuo), precisamente esas pretensiones que reivindican una validez moral universal —«derechos del hombre»— y por lo mismo se presentan ante todo como derechos «naturales» o «morales», se convierten o tienden a convertirse en derechos positivos, jurídicamente reconocidos por el derecho objetivo, más bien, quedan inscritos en la primera parte de esas normas fundamentales —constitutivas de la convivencia y de su estructura jurídica y política— que son justamente las constituciones (modernas), y con ello mismo son *protegidos* contra los poderes constituidos en tanto derechos «inviolables». No sólo eso: su positivización y constitucionalización equivale inmediatamente a la institución de la obligación, para los poderes públicos, de disponer *garantías* idóneas de los derechos, o bien de instituir y precisar normativamente los deberes correspondientes a los derechos.

En el tiempo de los derechos, la secuencia ideal correcta parece ser, por tanto, la siguiente: primero, tiene lugar la *protección* de los derechos fundamentales, después la *garantía*.¹¹ Más tarde, *extrema ratio*, la *tutela*, en el sentido que propuse, como recurso a la fuerza en defensa de los (titulares de) derechos violados o amenazados. En el modelo esbozado por John Locke, prototipo ius-naturalista de un sistema de democracia constitucional,¹² cuando el *civil government* se vuelve tiránico, violando los derechos naturales de los individuos, éstos ya no tienen frente a él ningún deber de obediencia, sino que, más bien, este

deber es sustituido por el *derecho a la resistencia*: este derecho se presenta en Locke como un principio natural de *autotutela* colectiva, que vuelve lícito el recurso a la fuerza (justamente, en «legítima defensa») contra el poder estatal cuando éste se vuelve tiránico y por ello pierde legitimidad. He aquí un caso muy claro, me parece, de tutela de los derechos que no puede vincularse a un sistema de garantías en sentido estricto, a partir del cual vale la pena desarrollar la reflexión. Un derecho subjetivo está estricta y completamente garantizado (en el significado de «garantía» que he usado en estas páginas, tomándolo prestado de Ferrajoli) si además de la garantía «primaria» se predispone la garantía «secundaria», o sea si su titular puede recurrir a un poder constituido autorizado a, y capaz de, tutelarlos (incluso) de manera coactiva frente a una violación del mismo derecho. Sin embargo, no es posible contar con una garantía completa, esto es, comprensiva de la «tutela» de un derecho, cuando el sujeto que viola ese derecho es el propio poder constituido (el poder político, monopolista de la coacción), y no exista otro poder al cual apelar contra el primero. De hecho, es obvio que: *a*) ningún poder constituido puede tutelar, ejerciendo la coacción contra sí mismo, a un sujeto cuyos derechos él mismo ha violado; por tanto, *b*) la tutela coactiva de un sujeto contra el poder constituido que ha violado sus derechos no puede ser prevista por una garantía «secundaria», si no es a través de la institución de un mecanismo de articulación de los poderes (¿división?, ¿separación?, ¿jerarquía?)¹³ en virtud del cual —podría decirse, parafraseando a Montesquieu— «el poder tutela los derechos contra el poder»; en todo caso, *c*) la autotutela de los titulares de los derechos contra el poder constituido que los violó (el «derecho de resistencia» de Locke) no puede incluirse en la garantía secundaria de esos derechos, predispuesta por un ordenamiento jurídico positivo, ya que tal autotutela conlleva más bien la destrucción de ese ordenamiento y el regreso al «estado de naturaleza».

5. Breve *excursus* sobre el derecho de resistencia

Puede ser interesante profundizar todavía más en la reflexión sobre el derecho de resistencia, recordando que fue incorporado en declaraciones históricas de la Revolución francesa, y por lo mismo se convirtió en esos contextos, al menos *prima facie* y en sentido literal, en un derecho positivo. Si un sistema de garantías de los derechos subjetivos, con base en las definiciones propuestas, no es sino el conjunto de las obligaciones, primarias y secundarias, precisadas normativamente por el derecho objetivo, que corresponden a los derechos mismos, puede preguntarse (por absurdo) cuál es la obligación primaria que corresponde al derecho de resistencia. ¿Será tal vez la obligación de no intervenir contra los revolucionarios? ¿O directamente de sostenerlos y de «hacerlos vencer», siempre que los derechos fundamentales de los individuos hayan sido en verdad

violados por el poder constituido? ¿A quién se le podría imputar semejante obligación, y quién podría cumplir con ella (además de Dios, supremo legislador natural, pero también garante y juez supremo: y, en efecto, Locke habla de «súplica al cielo»)? Y si esta obligación (misteriosa) fuera violada, ¿quién podría absolver la obligación (secundaria) de tutelarlos? Y así sucesivamente... Puesto que estas preguntas no tienen respuestas sensatas, puede concluirse que el derecho de resistencia, además de no poder *ser* —como vimos antes, en c)— una especie de garantía secundaria o un principio de tutela *positiva* de los derechos, de la misma manera no puede *tener* una garantía *positiva*: es un derecho que no es posible garantizar de manera positiva. Pero ¿un derecho sin una posible garantía positiva sigue siendo un derecho positivo?

Me parece que la reflexión sobre el caso límite del derecho de resistencia (por absurdo) permite, si no corregir, por lo menos precisar las tesis generales opuestas sobre la relación entre derecho y garantía sostenidas por Guastini y Ferrajoli, y hacerlas converger en un punto de posible acuerdo sustancial, si bien parcial. Guastini, como hemos visto, afirma que los derechos sin garantías son jurídicamente «inexistentes»: esto es, no son derechos positivos «verdaderos», sino que equivalen a simples pretensiones morales; Ferrajoli afirma, a su vez, que los derechos puestos normativamente «existen» aunque sus garantías sean inexistentes, pero también afirma que el otorgamiento de derechos por parte de una norma jurídica equivale a la obligación para los poderes públicos de predisponer las garantías positivas. Pero si es (lógica o materialmente) imposible introducir en el ordenamiento garantías positivas (adecuadas y completas) para un determinado derecho, como en el caso límite del derecho de resistencia, la expectativa normativa creada por la norma atributiva de ese derecho es vana, o mejor, autocontradictoria, porque *no puede ser satisfecha* por el ordenamiento positivo. Por tanto, me parece que a Guastini se le puede objetar que no todos los derechos no garantizados (de hecho) y por tanto no justiciables deben, por ello, considerarse *inexistentes*: existen como pretensiones justificadas por la norma que los suscitó, con la condición de que sea posible (no imposible) introducir otras normas capaces de satisfacerlos, volviéndolos justiciables, y si estas normas de garantía, si bien posibles, no existen de hecho, ello justifica la pretensión de los titulares de los derechos de que sean introducidas. A Ferrajoli se le puede objetar que no todos los derechos no garantizados (de hecho) y por tanto no justiciables son *existentes* sólo porque fueron puestos por una norma introducida en el ordenamiento de modo formalmente válido: no existen si la expectativa en la que consiste el derecho es (lógicamente) imposible de garantizar y por ello *no puede ser satisfecha*.

Puede tal vez decirse así: la introducción de una norma atributiva de derechos en un ordenamiento positivo equivale a una promesa, del propio ordenamiento, de introducir garantías adecuadas para esos derechos; si la promesa no es cumplida, no por ello cae en la nada, es decir, un derecho sin garantías es por

cierto un derecho «de papel», pero no es un no derecho; sin embargo, si la promesa no puede cumplirse, entonces no debía haberse hecho, un derecho imposible de garantizar no es un derecho positivo y no debía haberse proclamado como tal por una norma jurídica. Al igual que el derecho de resistencia, que no podía tener garantías positivas, y por ello, no debía, tal vez, haberse escrito en un documento constitucional.

6. El problema de la defensa supraestatal de los derechos fundamentales

Retomando el hilo principal del análisis, me pregunto: ¿no es posible transformar la autotutela, forma extrema de defensa de los derechos fundamentales cuando son violados por el poder constituido, en heterotutela, o sea en una forma de tutela jurídica verdadera y adecuada, vinculada a un sistema de garantías positivas? De manera más general y simple: ¿qué hacer si los poderes públicos, *el estado*, no cumplen con la obligación constitucional de garantizar los derechos fundamentales, o directamente los violan, o bien ni siquiera los reconocen? Y es en este punto donde se abre la posibilidad, muy problemática, de la *defensa supra-estatal* de los derechos.

Los términos en que se plantea la cuestión en la actualidad pueden reconstruirse brevemente como sigue. El tipo de derechos designados por el lenguaje ordinario como «derechos humanos» corresponde generalmente —aun si no siempre en la especificación de su contenido— al de los derechos que el iusnaturalismo político moderno, fundamento filosófico originario del constitucionalismo, llamaba «naturales». Así como en un tiempo lo hicieron los derechos naturales, también hoy los derechos humanos reivindican una validez universal; sin embargo, a diferencia de la de los derechos naturales, la validez universal de los derechos humanos pretende ser no sólo moral, aun si de una (presunta) moral racional, muy fuerte por ser cognitiva —como era aquélla sobre la que se basaban las construcciones de los iusnaturalistas—, sino también (a su manera) propiamente jurídica, es decir, fundada sobre el derecho positivo, al menos a partir de la *Declaración universal* de 1948. Pues, una validez jurídica universal requiere (implica lógicamente el requisito de) una defensa jurídica igualmente universal, o bien —en ausencia y en espera (utópica) del advenimiento de una verdadera cosmópolis— internacional y/o supraestatal, vigente más allá de los instrumentos defensivos de los derechos predispuestos (cuando lo son) por las constituciones y legislaciones estatales: esto es, una defensa «superior» a la de los estados, capaz de oponerse de manera eficaz y/o de enmendar las violaciones de los derechos humanos, que cada vez con más frecuencia se les imputa justamente a los estados, o (mejor) a los regímenes políticos, a los detentadores concretos de monopolios territoriales de la fuerza. Bobbio escribió: «Los derechos del hombre pueden estar verdaderamente garantizados sólo cuando sean

creados los instrumentos capaces de garantizarlos no sólo en el interior del estado, sino también contra el estado al que pertenece el individuo, esto es, sólo cuando se le reconozca al individuo el derecho de recurrir a instancias superiores a las del estado, en última instancia, precisamente, a órganos internacionales, y se les proporcione a estos órganos internacionales el poder suficiente para obtener el respeto de sus propias decisiones». ¹⁴ Por desgracia, la defensa supraestatal de los derechos fundamentales se presenta con muchas lagunas y, en consecuencia, es débil.

Tratemos de ubicar en el ámbito supraestatal, razonando de modo hipotético y por analogía, la articulación de las tres formas de defensa de los derechos fundamentales cuya distinción sugerí en referencia a un modelo de ordenamiento estatal con constitución rígida.

I) El equivalente supraestatal de la «protección» (en el sentido que propuse) de los derechos fundamentales, que debería valer contra las disposiciones normativas internas de los estados, podría encontrarse sólo en una constitución rígida planetaria, como sería en hipótesis la constitución de una *Respublica universalis*, similar a aquélla cosmopolita y federal anhelada por Kant. Luigi Ferrajoli sostiene desde hace tiempo que la Carta de la ONU y la *Declaración universal* de 1948 (aquí podrían agregarse los ulteriores pactos y convenciones internacionales sobre los derechos) deben considerarse como «el embrión de una constitución del mundo». Incluso admitiendo la plausibilidad de esta tesis, la protección de los derechos fundamentales que se sigue de esta constitución embrionaria resulta muy débil. Si, por un lado, puede reconocerse una línea de defensa, análoga a una «protección primaria» (parcial), en el hecho de que las disposiciones sobre los derechos humanos se consideran *ius cogens* en la comunidad internacional, por otro lado, no me parece que exista nada comparable a una Corte constitucional cosmopolita (la cual representaría el correlato de una «protección secundaria»), y no sabría decir a qué órgano, como hipótesis, se le podrían atribuir funciones de jurisdicción planetaria (supra)constitucional sobre las producciones normativas constitucionales y ordinarias de los estados del mundo. Y aun si se admite que es posible determinar, si no crear, un órgano semejante, ¿con qué autoridad, hoy, ejercería tales funciones? Y, sobre todo, ¿con qué eficacia?

II) Un sistema supraestatal de garantías —en el sentido preciso de «garantía» que tomé de Ferrajoli, pero delimitándolo con respecto al de «protección»— para los derechos fundamentales podría consistir, antes que nada, en un primer nivel («garantía primaria»), en la promulgación y aceptación, de una regulación universal vinculante sobre «los deberes de los estados», como los llamó de manera simple y rigurosa Luigi Bonanate: ¹⁵ estos deberes, implicados por la existencia de esos derechos, y que deben explicitarse en normas de garantía para los propios derechos, son imputables a los titulares de los poderes públicos de los ordenamientos estatales, y consisten no sólo en la obligación de

incluir los derechos fundamentales, o derechos humanos, en el interior de las propias constituciones (o en el dotarse de constituciones rígidas que los reciban), sino también en la obligación de predisponer garantías idóneas y adecuadas. En un segundo nivel («garantía secundaria»), el sistema supraestatal de garantías debería prever la institución y reestructuración, ampliación y reforzamiento de cortes internacionales (¿o mundiales?) de justicia (¿cosmopolita?) a las que los individuos particulares pudieran apelar contra la eventual violación de sus propios derechos fundamentales por los mismos estados que, por el contrario, tendrían el deber de garantizar esos derechos en primera instancia. Algo semejante a una «(meta)garantía primaria» supraestatal, en cuanto explicitación normativa de las obligaciones correspondientes a los derechos humanos y determinación de los sujetos a los que se les debe imputar, puede reconocerse en la *Declaration of Human Duties and Responsibilities*, cuyo proyecto fue remitido al director general de la UNESCO en abril de 1999. Pero es fácil darse cuenta de que semejante documento, aunque fuese aprobado por la asamblea general de una institución prestigiosa como la UNESCO, tiene por sí solo pocas probabilidades de ser recibido como una regulación vinculante por la generalidad de los actuales estados del mundo. Algo semejante a una «(meta)garantía secundaria» supraestatal para los derechos fundamentales puede verse en la institución y en el funcionamiento actual de la Corte europea de justicia, accesible de manera directa a las demandas individuales, independientemente de la nacionalidad o ciudadanía de los individuos que las promueven:¹⁶ pero se trata únicamente de una aproximación, si bien notable, a la meta ideal, puesto que la validez de los actos de esta Corte se limita, obviamente, al territorio de la Unión Europea, esto es, de una institución supraestatal parcial, no universal, cuya naturaleza jurídico-política es, por otra parte, incierta, si no es que indefinible.¹⁷

III) El equivalente supraestatal de la «tutela» —en el sentido que propuse, de intervención coactiva para la defensa de los individuos lesionados en sus derechos fundamentales— no podría consistir más que en operaciones de policía internacional (¿o cosmopolita?). Pero no sólo la legitimidad, sino la misma posibilidad de calificar una intervención coactiva como «operación policíaca» depende de su configuración como ejecución de (o por lo menos vinculada a) decisiones judiciales. En el nivel del ordenamiento estatal, por lo menos en la mayoría de los estados de derecho contemporáneos, la posibilidad de la coacción está vinculada a la «garantía secundaria» de un derecho, en el sentido de que está prevista y predisuelta por normas de garantía que establecen quién puede autorizar el ejercicio de la fuerza, y cuándo, cómo, cuánto y por quién puede ser ejercida. Con frecuencia, esta conexión falta o es demasiado débil, si no es que está completamente ausente, en el nivel supraestatal, sobre todo y precisamente en el caso de ciertas intervenciones que la comunidad internacional declara emprender —aun si después actúan, en su lugar, determinados estados o alianzas entre estados— contra regímenes acusados de violación de los derechos huma-

nos y/o en defensa de grupos oprimidos. Muchas de estas acciones (es más, las de mayor resonancia) no pueden, por ello, presentarse como operaciones de policía internacional. No obstante, Bobbio ha defendido de manera eficaz, por lo menos en vía de principio, la legitimidad de tales intervenciones con una argumentación articulada: «Reconociendo —sostiene Bobbio— a todos los individuos, considerados de manera individual, [...] algunos derechos fundamentales que deberían estar en la base de toda futura constitución, la *Declaración [universal de 1848]* convirtió a los individuos, potencialmente, en sujetos del derecho internacional, el cual hasta ahora había reconocido como sujetos fundantes y legítimos sólo a los estados particulares». Es más, sugiere Bobbio, los derechos de los individuos fueron reconocidos como superiores a los derechos de los estados, de modo que los estados tienen la obligación de asegurar su defensa: esto viene a ser como decir que los derechos de los individuos son los deberes de los estados, y los individuos están antes que los estados, éstos le sirven a aquéllos, y no al revés. Ello permite comprender de inmediato la importancia crucial de la «defensa de estos derechos, en primer lugar, con respecto al estado del cual forma parte el individuo. En el momento en que el derecho del individuo se vuelve más fuerte que el derecho del estado, y al estado se le impone su tutela [que es el término usado por Bobbio, según el uso común, en sentido general, como sinónimo de protección y garantía], termina necesariamente la existencia del deber, por parte de los otros estados y de la comunidad internacional, de no intervenir en los asuntos internos del estado particular. Teniendo en cuenta esta inversión de relaciones entre los derechos del individuo y los derechos del estado, la defensa de los derechos del hombre ha comenzado a aparecer como una nueva causa de justificación del uso de la fuerza por parte de la comunidad internacional». En consecuencia: «Además de las tradicionales *iustae causae* de guerra aparece por primera vez en la historia de las relaciones entre los estados, como causa justa, la defensa de los derechos del hombre violados por un estado autoritario y despótico».¹⁸

Hago notar, ante todo, que si los términos son nuevos, el problema no es de ninguna manera nuevo. La cuarta y última de las «Cuestiones» a través de las cuales se articula el discurso argumentativo de las *Vindiciae contra tyrannos*, el célebre libelo de los «monarcomacos» publicado en 1579, plantea la pregunta de «si los príncipes vecinos pueden ser o están obligados por derecho a auxiliar a los súbditos de los otros príncipes, cuando esos súbditos sean perseguidos a causa de la verdadera religión, o bien cuando estén oprimidos por una tiranía manifiesta».¹⁹ Según la doctrina tradicional, el tirano, cuando no es un usurpador, es el que gobierna *contra leges*: nosotros diríamos, agravia los derechos humanos fundamentales. Hoy como ayer, la respuesta a esta cuestión no es de ningún modo fácil. Si es afirmativa, por lo menos es peligrosa y, con frecuencia, sospechosa: ¿quién establece que ese régimen es tiránico?, ¿a quién

le corresponde juzgar sobre la violación de los derechos? Como ya he sostenido en otras ocasiones, el ideal regulativo de un orden mundial basado en la validez y la defensa universal de los derechos fundamentales no justifica de ningún modo que cualquier sujeto se arrogue arbitrariamente el derecho-poder de decidir si es necesario intervenir, dónde, cuándo y cómo en defensa de los derechos violados. Más bien, el problema que hoy se plantea, en la perspectiva de encontrar los modos y las formas para una defensa más eficaz de los derechos, consiste sobre todo en construir normas e instituciones supranacionales de protección y de garantía, intentando de manera gradual colmar las lagunas que hemos encontrado (incisos I y II), y sobre todo autoridades y tribunales (más) imparciales, capaces de emitir juicios (más) equitativos, y cuando sea el caso llegar a sanciones practicables y eficaces: reconduciendo efectivamente, con ello, la *tutela* internacional de los derechos al cauce de *garantías* jurídicas rigurosas de nivel supraestatal. La falta o la debilidad de estas garantías ocasiona que los derechos fundamentales sean frágiles: como «derechos de papel», expuestos al riesgo de ser pisoteados por los que buscan atacarlos, y también por los que pretenden defenderlos. Hasta ahora, las sanciones económicas o militares decididas por la comunidad internacional contra los regímenes autoritarios, la mayoría de las veces han resultado en un deterioro de las condiciones de vida de sus subordinados, cuando no en la lesión directa de los derechos vitales de muchos individuos inocentes.

7. Derechos del hombre y del ciudadano

A partir de la consideración de los derechos fundamentales desde la perspectiva del problema, difícil, de su defensa supraestatal, parece natural establecer una equivalencia entre los derechos fundamentales y los llamados derechos humanos. Por ello, al principio del párrafo anterior, utilicé las dos expresiones como intercambiables. Pero, aparte del hecho de que la fórmula «derechos humanos» es vaga y retórica, nos topamos con cuestiones de dos órdenes: por un lado, no puede desatenderse la clásica (pero en realidad moderna, aún más, instauradora de la modernidad) distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano; por otro lado, se debe advertir que existe hoy una doctrina específica, ampliamente compartida entre los politólogos, los sociólogos y gran parte de los filósofos políticos, según la cual todos los derechos fundamentales deberían considerarse derechos del ciudadano.²⁰ Según la doctrina clásico-moderna, los derechos de la personalidad y los derechos de ciudadanía son dos clases de derechos fundamentales. A esta clasificación, basada en el criterio de los sujetos (esto es, construida respondiendo a la pregunta: *¿derechos de quién?*), usualmente se agrega otra clasificación, basada en el criterio de los objetos o contenidos (es decir, construida respondiendo a la pregunta: *¿derechos a qué cosa?*), que distingue, según las

fórmulas más habituales, derechos civiles, políticos y sociales; pero estas fórmulas tendrían que revisarse, junto con la clasificación misma, adoptando la más rigurosa propuesta por Luigi Ferrajoli.²¹ Si intentamos entrecruzar las dos tipologías, tendríamos que en general los derechos políticos pertenecen a los ciudadanos, los de libertad y los sociales pertenecen a las personas. Sin embargo, según algunas constituciones, algunos derechos de libertad y ciertos derechos sociales resultan estar limitados a los ciudadanos. ¿Por qué? ¿Es racionalmente justificable? Pero, sobre todo, ¿quién es ciudadano? ¿Qué es un ciudadano? ¿Cuál es la relación entre la figura (el *status*) del ciudadano y los derechos fundamentales? Se trata de un problema complejo, y éste no es el lugar para reconsiderarlo en sus distintas articulaciones. Aquí interesa, más bien, examinar brevemente la tesis, muy difundida, que vincula en general los derechos subjetivos de los individuos a la «pertenencia» de los mismo individuos a una comunidad política determinada, y, así, hace depender éstos de aquélla, como si los individuos pudieran «tener derechos» en general sólo en cuanto «ciudadanos», en el sentido (además ambiguo) de «miembros de una comunidad».

Para decirlo de manera extremadamente sintetizada, dicha tesis se basa en un error de perspectiva monumental. Se trata del error que considera al individuo sujeto de derechos (al problema de la definición de su o de sus *status*) desde el punto de vista de las instituciones que, a partir de las grandes revoluciones modernas, le han reconocido derechos (fundamentales) al individuo, y proyecta la particularidad (supuesta) de estas instituciones —por ejemplo, su carácter estatal-nacional— sobre el sujeto de los derechos, haciéndolo aparecer como necesariamente particular él también, es decir, como un sujeto que tiene derechos en tanto que esté vinculado a una pertenencia específica, en tanto que sea un «ciudadano» de esa comunidad política particular que le ha otorgado derechos (fundamentales). Sin embargo, se trata de una confusión evidente: incluso si se quisiera admitir —y no pretendo de ninguna manera conceder en general— que las instituciones de las que depende (o dependió en el origen) el reconocimiento y la seguridad jurídica de los derechos fundamentales sean «particulares», como los estados-nación, de ahí no se seguiría que los sujetos a los que se les otorga tales derechos puedan o deban ser necesaria y únicamente los miembros de ese estado particular, sus «ciudadanos». Un estado nacional (o una institución plurinacional, parcial y particular, como la Unión Europea) puede y, es más, debe —con base en los principios del constitucionalismo moderno— otorgar y asegurar ciertos derechos fundamentales también a los no-(co)nacionales, a los no-ciudadanos: esto es, a todas las personas en cuanto tales. ¿Acaso la libertad personal o la libertad de opinión, por ejemplo, son «derechos de ciudadanía», derechos sólo del ciudadano? Se seguiría que un «extranjero» —un «extracomunitario»— podría ser arrestado de manera arbitraria y sometido a la censura, y en general a medidas restrictivas de los derechos de libertad individual, de las cuales el «ciudadano» es inmune.

Desgraciadamente, debemos admitir que no sólo muchos grupos y movimientos políticos piensan que las cosas tendrían que ser de esta manera, sino que las cosas actualmente en verdad son de este modo, al menos en parte, no obstante que en todas las constituciones *modernas*, como tales, la mayoría de los derechos individuales son derechos de la *persona*: o sea, según el léxico clásico-moderno, derechos *del hombre*, no sólo del ciudadano. En todo caso, en la medida en que le adscribe toda especie de derechos al «ciudadano», al miembro de una comunidad determinada, la (pseudo)teoría contemporánea de la ciudadanía parece cerrarse a la posibilidad de «ver» el problema de los derechos de la persona y su específica relevancia y gravedad actuales en un mundo atravesado por grandes migraciones de masas de desesperados.

Sobre todo, y de manera más general, concebir los derechos fundamentales como derechos de ciudadanía impide plantear correctamente el problema de su defensa, cuyo nivel crucial, como espero haberlo mostrado en las páginas anteriores, es justamente el supraestatal (supranacional). Los derechos fundamentales podrán quedar (mejor) asegurados y volverse efectivos, dentro de los límites de la imperfección de los asuntos humanos, siempre y cuando sean considerados todos simplemente como derechos de la persona: de toda persona, que tiene necesidad de encontrar una posibilidad de defensa incluso, en muchos casos antes que nada, contra «su» propia ciudadanía, contra el destino político particular que le ha tocado en suerte.

NOTAS

1. Luigi Ferrajoli ha insistido varias veces en esta distinción a lo largo de un debate sobre los derechos que él mismo inició en las páginas de *Teoría Política*. Todo el debate se encuentra ahora reunido en L. Ferrajoli *et al.*, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (ed. de E. Vitale), Roma/Bari, Laterza, 2001 (*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001).

2. R. Guastini, «Diritti», *Analisi e Diritto* (1994), p. 164.

3. *Ibid.*, pp. 168 y 173.

4. Cfr. L. Ferrajoli, «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomaticizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, Bari, Adriatica Editrice, 1998.

5. Cfr. L. Ferrajoli, «Garanzie», *Parolechiave*, 19 (1999), p. 18: «Propongo entender por *garantía*, cualquier obligación correspondiente a un derecho subjetivo». En el mismo lugar, Ferrajoli distingue las *garantías primarias* o *sustanciales*, que consisten justamente en las obligaciones o prohibiciones correspondientes a los derechos garantizados, y las *garantías secundarias* o *jurisdiccionales*, que consisten en las obligaciones adscritas a los órganos judiciales de aplicar la sanción a actos señalados como ilícitos, o de declarar la nulidad de actos considerados inválidos que violan los derechos subjetivos y con ellos las correspondientes garantías primarias. El término, recuerda Ferrajoli (*ibid.*, p. 15, n. 1), es «de origen germánico, derivado del alemán antiguo *waren*», de donde las (desacostumbradas) expresiones italianas «*guarentire*» y «*guarentigia*».

6. Cfr. R. Guastini, «Diritti», *op. cit.*, p. 167.

7. La expresión pertenece a una familia de términos que apuntan, en alguna de las acepcio-

nes más comunes, a la idea de un «soporte», de un «refuerzo» o de un «baluarte», y también a aquélla de un «auxilio» físico.

8. Cfr. Guastini, art. cit., p. 169.

9. En el presente artículo prescindiendo casi por completo de la propuesta de definición de «derechos fundamentales» sugerida por Ferrajoli, que comparto y acepto en principio, así como de la discusión que sostuve con él sobre ese argumento (cfr. L. Ferrajoli *et al.*, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* [Los fundamentos de los derechos fundamentales]...); me concentro más bien en el punto de disenso parcial entre nuestras posiciones, que concierne precisamente al significado del adjetivo «fundamentales» como predicado del sustantivo «derechos».

10. Cfr. N. Bobbio, «Il primato dei diritti sui doveri», en *id.*, *Teoria generale della politica* (ed. de M. Bovero), Turín, Einaudi, 1999.

11. Hablo de secuencia ideal, porque la recepción de los derechos fundamentales en normas positivas constitucionales equivale propiamente a su protección, en el sentido que propuse, sólo si la constitución es rígida. *Históricamente*, las constituciones rígidas son una invención del siglo XX.

12. El proyecto ideal lockeano prevé un gobierno *representativo*, cuya legitimidad no deriva sólo de la designación *por consenso* de los subordinados (según el principio *democrático* del poder ascendente, sin embargo limitado por el hecho de que sólo los propietarios tienen el derecho-poder de designar a los gobernantes), sino que está vinculada al respeto y a la promoción de la *garantía* de los *derechos naturales* fundamentales: a la vida, a la libertad y a la seguridad de los bienes.

13. Obviamente, no es posible analizar aquí debidamente el problema teórico de la (llamada) división de los poderes. La sistematización conceptual de la cual, según yo, es conveniente partir, es la de R. Guastini, «Separación de los poderes o división del poder?», *Teoria Politica*, XIV, 3 (1998).

14. N. Bobbio, «I diritti dell'uomo e la pace», en *Id.*, *Il terzo assente*, Turín, Sonda, 1989, p. 95.

15. L. Bonanate, *I doveri degli stati*, Roma/Bari, Laterza, 1994.

16. Como consta en los artículos 194 y 230 del TCE.

17. Como sostuve en el ensayo «Europa 2001. Tra unità e divisioni», *Teoria Politica*, XVII, 2 (2001).

18. N. Bobbio, «Una nuova stagione della politica internazionale», *Lettera Internazionale*, 62 (1999), p. 8.

19. Cfr. *Vindiciae contra tyrannos* (ed. de S. Testoni Binetti), Turín, La Rosa, 1994, p. 175.

20. Me he ocupado de esta cuestión en el cap. 6, «Cittadinanza?», de mi *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma/Bari, Laterza, 2000. Algunas de las consideraciones que siguen en el presente texto son retomadas de ese capítulo.

21. Se encuentra ahora expuesta brevemente en L. Ferrajoli *et al.*, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, pp. 282-288 (Los fundamentos de los derechos fundamentales, pp. 291-300).

Michelangelo Bovero. Profesor de Filosofía Política en la Universidad de Turín. En los últimos años se ha dedicado a la interpretación y reconstrucción sistemática del pensamiento de N. Bobbio, editando dos obras: «Del fascismo alla democrazia» (Milán, 1997) y «Teoria generale della politica» (Turín, 1999).