



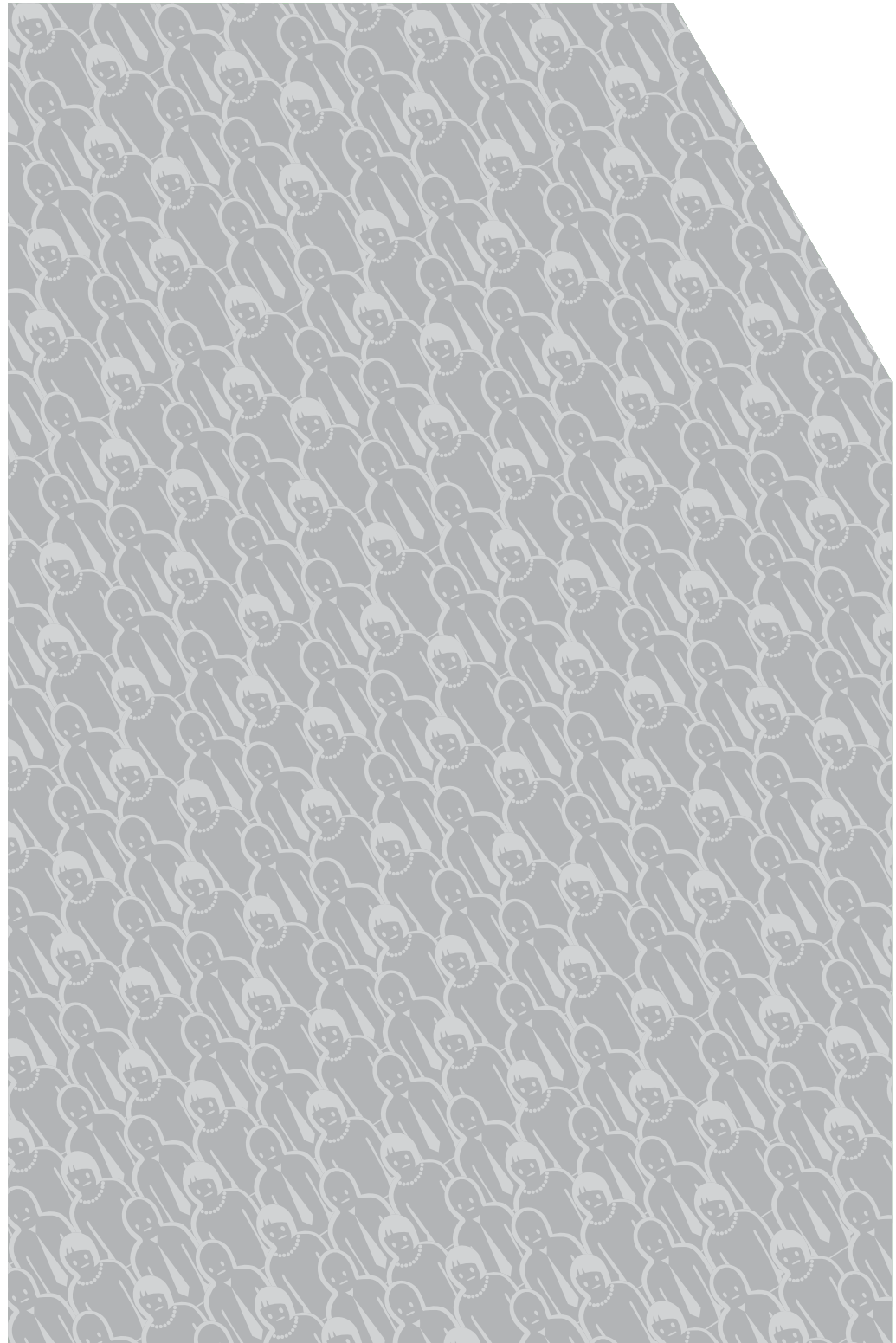
LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LOS

DERECHOS FUNDAMENTALES^{Y LA} CIUDADANÍA

19

Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral

Michelangelo Bovero



La protección supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía*

Michelangelo Bovero

Es doctor en Filosofía por la
Universidad de Turín, Italia.
Discípulo y sucesor de Norberto
Bobbio en la titularidad
de la cátedra de Filosofía Política
en dicha institución.

*Traducción del italiano de Lorenzo
Córdova Vianello y Paula Sofía Vásquez
Sánchez.



342.2
B253p

Bovero, Michelangelo.

La protección supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía / Michelangelo Bovero; traducción del italiano de Lorenzo Córdova Vianello y Paula Sofía Vásquez Sánchez. 1ª ed. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

38 p. -- (Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral; 19)

ISBN 978-607-708-156-2

1. Derechos fundamentales - Protección. 2. Garantías individuales. 3. Derecho constitucional. I. Córdova Vianello, Lorenzo, traductor. II. Vásquez Sánchez, Paula Sofía, traductor. III. Título. IV. Serie.

SERIE CUADERNOS DE DIVULGACIÓN DE LA JUSTICIA ELECTORAL

Primera edición 2013.

DR. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,
CP 04480, delegación Coyoacán, México, DF,
teléfonos 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinación: Centro de Capacitación Judicial Electoral.

Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad exclusiva de los autores.

ISBN 978-607-708-156-2

Impreso en México.

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Presidente

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Dr. Alejandro Martín García

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

Dra. Elisa Speckman Guerra

Secretarios Técnicos

Dr. Carlos Báez Silva

Lic. Ricardo Barraza Gómez

ÍNDICE

Presentación	9
Introducción	11
Derechos y garantías	13
Tipos de derechos y formas de defensa	17
Derechos fundamentales. Protección, garantía, tutela...	21
Breve <i>excursus</i> sobre el derecho de resistencia	25
El problema de la defensa supraestatal de los derechos fundamentales	27
Derechos del hombre y del ciudadano	34
Fuentes consultadas	37

PRESENTACIÓN

En *La protección supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía*, Michelangelo Bovero hace, en primera instancia, una revisión del concepto y los elementos de los derechos subjetivos, para de allí pasar al análisis del contenido básico que todo derecho fundamental debiera tener. Al estudiar las definiciones propuestas por autores como Riccardo Guastini y Luigi Ferrajoli, Bovero concluye que un derecho subjetivo, conferido mediante una norma jurídica positiva, será un derecho perfecto en la medida que esté acompañado de una garantía; esto es, de los mecanismos dirigidos a proteger al titular del derecho contra violaciones a éste, así como contra el incumplimiento del deber correlativo implicado en el propio derecho.

Lo anterior resulta aplicable a los derechos fundamentales o derechos subjetivos constitucionales. Bovero resalta la importancia no sólo de dotar de protección a los derechos fundamentales reconocidos en una Constitución nacional, sujetándolos a un procedimiento agravado de revisión constitucional y estableciendo un control de constitucionalidad de las normas secundarias, sino también de otorgarles las garantías adecuadas, es decir, enfatiza la importancia de que el ordenamiento establezca normas jurídicas que determinen a qué sujetos ha de imputarse el deber de respetar los derechos fundamentales, así como las reglas relativas a la reparación del daño ante una eventual violación de la obligación inherente a cada derecho.

Bovero sostiene que la secuencia ideal en el desarrollo de los derechos humanos parece ser, primeramente, la protección y, posteriormente, la garantía de los mismos, y propone una tercera fase: la tutela. La noción (o definición) de “tutela” que refiere el autor es el recurso a la fuerza en defensa de los titulares de los derechos violados, aludiendo a las nociones de “deber de resistencia” y “autotutela colectiva” desarrollados por Locke, para quien el uso de la fuerza contra el poder del Estado es válida cuando éste se vuelve tiránico, perdiendo legitimidad. Al respecto, Bovero señala que un derecho subjetivo estará debidamente garantizado si su titular tie-

ne la facultad de acudir a los poderes del Estado para exigir la tutela de tal derecho, incluso de forma coactiva, frente a la violación por parte de terceros; sin embargo, cuando la violación proviene de los propios poderes del Estado, ¿es posible garantizar el derecho subjetivo a la resistencia? ¿Es posible dotar de garantías positivas al derecho de resistencia? ¿Con qué recurso cuenta el titular de un derecho subjetivo si los poderes públicos del Estado no cumplen con su obligación de garantizar los derechos fundamentales, los violan o, más aún, no los reconocen?

Partiendo de estas preguntas es que Bovero aborda el aspecto de la defensa supraestatal de los derechos fundamentales, resaltando la validez universal que estos derechos demandan actualmente, ya no sólo en el sentido moral y racional, sino en el sentido positivo, a través de un ordenamiento jurídico que les otorgue fundamento y que, a la vez, establezca una defensa jurídica universal contra violaciones provenientes de los propios poderes políticos de los estados. Bovero resalta la necesidad de hacer más eficaz la protección y la garantía de los derechos fundamentales por medio de normas, instituciones, autoridades y tribunales supranacionales que tengan capacidad para emitir juicios más equitativos e imponer sanciones eficaces y practicables, reconduciendo la tutela internacional de los derechos humanos de forma que garantice a los individuos sus derechos, no en tanto ciudadanos de una comunidad política determinada, vinculados a un Estado en particular, sino en tanto personas, independientemente —y aun a pesar— de su ciudadanía.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

INTRODUCCIÓN

El argumento señalado en el título de este texto es muy complejo; los términos que se utilizaron para formularlo son muchos y las relaciones de cada uno de éstos entre sí forman una interrelación que es mejor desentrañar con atención. Esto se debe a que los términos y, en consecuencia, las relaciones entre ellos implican diferentes interpretaciones por sí mismos. Así las cosas, intentaré describir esta interrelación compleja, separando analíticamente cada elemento e identificando los principales problemas de significado que conlleva cada uno de ellos.

- a) *Derechos*. ¿Qué se entiende o se debe entender 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? ¿El significado es simplemente equivalente al de la expresión derechos humanos? Independientemente de lo que cada uno quiera entender, es oportuno tener bien diferenciadas tres cuestiones: ¿*qué son* los derechos fundamentales? ¿*cuáles son* los derechos fundamentales? ¿*cuáles deberían ser* los derechos fundamentales? (Ferrajoli 2007).¹
- c) *Tutela*. ¿Equivale a *garantía*, a *protección* o a ambas? Cuando usamos como sinónimos o cuasi-sinónimos los términos tutela, garantía y protección a propósito de derechos subjetivos, sean éstos fundamentales o no, nos referimos genéricamente a alguna forma de defensa. Pero con esta referencia genérica ¿indicamos una clase homogénea de fenómenos? Si es posible encontrar diferencias significativas dentro de esta clase —que comprende todas las

¹ Sobre esta distinción ha insistido en varias ocasiones Luigi Ferrajoli en el curso de un debate sobre los derechos iniciado por él mismo en las páginas de *Teoría política*. El debate entero fue compilado en L. Ferrajoli *et al.* (2001). Pero ahora remito a la sistematización general que Ferrajoli ha hecho sobre la materia en su obra mayor: *Principia juris* (2007).

formas de defensa de los derechos—, ¿no será también oportuno distinguir claramente tales formas en subgrupos y, eventualmente, indicar cada una de ellas con un término diverso asignando, entonces, significados distintos a los sustantivos garantía, protección y tutela? ¿Qué cosa quiere decir que un derecho, o un derecho fundamental, esté garantizado, protegido o tutelado? ¿En qué condiciones lo está?

- d) *Nacional y supranacional.* ¿Equivalen, sencillamente, a *estatal* y *supraestatal*? Sin querer resolver de manera definitiva los problemas que rodean a los conceptos de nación y Estado-nación, pregunto: ¿qué entendemos cuando nos referimos a un nivel de realidad o de fenómenos como los del Estado o del Estado-nación? ¿Indicamos normas, instituciones o poderes fácticos? ¿Cuándo (y en qué condiciones) se puede decir que un derecho, o un derecho fundamental, se encuentra garantizado, protegido o tutelado y a qué nivel?
- e) *Ciudadanía.* Quizá es hoy el término más ambiguo, al menos desde finales de la década de 1980, cuando se difundió con sorprendente facilidad (y, a mi parecer, con descuido) una concepción —quizás más bien una *koiné* lingüística— que tiende a asociar a los derechos, o a los derechos fundamentales, con la ciudadanía, mal entendida como pertenencia de un individuo a una *civitas* particular, a una comunidad política; como si un sujeto pudiese tener (ser titular de) derechos, o derechos fundamentales, sólo en cuanto “miembro” de un Estado, y sólo en cuanto tal pudiese tener la garantía de su goce efectivo. Pero, ¿los derechos fundamentales son (todos) derechos del ciudadano? Quien no es ciudadano, ¿no tiene derechos? Entonces, ¿qué es un ciudadano? ¿qué significa ser ciudadano? Más aún, ¿quién (qué persona) es, o no es, ciudadano?

He preparado un breve itinerario conceptual que atraviesa todos los términos aquí indicados anteriormente. Como he mencio-

nado, dichos términos corresponden a conceptos controversiales, en mayor o menor medida, y es oportuno que quien habla especifique, de entrada, sus propias definiciones de los mismos.

DERECHOS Y GARANTÍAS

Mientras la noción general y la definición formal de *derecho* (en sentido) *objetivo* como conjunto de reglas o normas no es particularmente controversial, la definición de *derecho subjetivo* tiene una gama bastante más amplia de opciones: un derecho reconocido y adscrito a un sujeto, que la literatura jurídica ha identificado con un interés protegido, una pretensión justificada, una libertad tutelada, una facultad de actuar, un poder de voluntad, etcétera. Entre éstas, me parece que la definición más convincente, por ser la más comprensiva, es aquélla acuñada y explicada por Riccardo Guastini, que define un derecho subjetivo como “una pretensión —o una expectativa— conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o una clase de sujetos)” (Guastini 1994, 164). Dicho derecho-pretensión, dice Guastini, es atribuido al primer sujeto o clase de sujetos por una norma 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 pertenezca—, una norma (jurídica o moral) atributiva también es inmediatamente imperativa, o bien constitutiva de un deber-obligación correspondiente con el derecho-pretensión. Obviamente, la correlación entre la pretensión de un sujeto y la obligación de otro —esto es, entre derecho y deber— subsiste sólo si y en la medida en que la pretensión esté, en cualquier sentido, justificada. Una pretensión injustificada o infundada (sin razones buenas o válidas) es una pretensión, pero no es un derecho. Y si no existe el derecho, tampoco el deber. El fundamento, la justificación, la razón buena o válida de la pretensión, sostiene Guastini, no puede sino ser buscada, subrayo, en una norma. 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 tal 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 las fuentes de justificación de la pretensión. Es verdad que la noción misma de derecho moral implica más de un problema. Por un lado, como sugiere Guastini, debe ser retomada porque es el simple correlativo de obligación moral, noción sin controversia; por otro lado, un derecho moral se presenta como un derecho en un sentido tan débil que la utilización del término derecho puede parecer impropia. Cuando ciertas pretensiones moralmente justificadas son reconocidas jurídicamente y, por tanto, acogidas dentro del derecho objetivo —considerado este último, tal como es, como un conjunto de normas no sólo morales, sino coactivas— se convierten en derechos positivos, y como tales parecen más propiamente o más puntualmente *derechos*, ya no *simples pretensiones*, que es como decir que los derechos no son, o tienden a no ser, pretensiones vanas o derrotables. En síntesis: los derechos morales son sólo pretensiones; los derechos positivos son pretensiones no vanas, es decir, son *verdaderos* derechos.

Se podría concluir que un derecho subjetivo es propia y plenamente un derecho, un *ius perfectum*, cuando a la pretensión justificada le acompaña una garantía, esto es, una aseveración jurídica objetiva contra la violación del derecho subjetivo mismo, o bien, contra el incumplimiento del deber implicado en la pretensión-derecho. Por el contrario, puede existir (más aún, es frecuente) el caso en que una pretensión moral se haya consagrado en documentos jurídicos positivos, convirtiéndose así en un derecho subjetivo positivo en cuanto reconocido, o mejor dicho, ubicado en una norma del derecho objetivo positivo, pero sin que el mismo derecho objetivo, esto es, el ordenamiento jurídico concreto disponga garantías específicas y adecuadas. En esta circunstancia, tal derecho subjetivo no será más un derecho moral y, por tanto, una simple (en tanto moralmente justificada) pretensión, incluso a pesar de ser una norma jurídica continuará siendo un *ius imperfectum*, en cuanto

derecho sin garantías (específicas). Pero, ¿un derecho sin garantías es propiamente un derecho, o será asimilable a una simple pretensión moral y, al igual que ésta, derrotable? Guastini parece inclinarse hacia esta segunda alternativa, al invitar a distinguir entre derechos verdaderos y derechos de papel, que no se encuentran garantizados y que, por tanto, no son justiciables, y concluye: “un jurista malicioso dirá que un derecho conferido pero no garantizado ‘no existe’, en el sentido de que es un derecho ‘ficticio’” (Guastini 1994, 168 y 173).

La propuesta de redefinición del concepto de derecho subjetivo realizada por Luigi Ferrajoli se mueve justo en la exigencia de superar un resultado negativo similar al de Guastini. Para esta redefinición Ferrajoli utiliza el término “expectativa” —ya indicado por Guastini como equivalente a “pretensión” en su definición, pero en la teoría combinada de Ferrajoli la noción tiene una acepción considerablemente más vasta— (Ferrajoli 1998). En su uso más común, expectativa es la previsión de que aquello que es verosímil pueda acontecer; en el uso que hace Ferrajoli de ella, relacionado con la redefinición de derecho subjetivo, el término adquiere una acepción normativa específica: en el ámbito y con base en un determinado ordenamiento normativo, el derecho de un sujeto no es otra cosa que una expectativa de no lesión o de prestación, de parte de otro sujeto, respecto del interés del primero. Naturalmente, la expectativa-derecho puede no coincidir con la expectativa-previsión; por lo tanto, que una descarte a la otra es un hecho casi inevitable. La amplitud en la divergencia entre los dos tipos de expectativa mide el grado de efectividad del derecho. Esto significa que tener derechos, conferidos por una norma jurídica positiva, no basta. Para que dicha distancia sea reducida al mínimo, los derechos exigen garantías idóneas, las cuales deben ser instituidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento normativo que atribuye los derechos. En otras palabras, las normas que confieren derechos subjetivos, por sí mismas, son insuficientes: deben ser complementadas con normas dirigidas a volver efectivos los derechos, estableciendo las garantías. Desde este punto de vista, la existencia de derechos sin garantía parece una especie de *aporía*

dentro del ordenamiento, que por un lado crea expectativas normativas y por el otro las banaliza (o no las satisface adecuadamente). Sin embargo, Ferrajoli insiste en que los derechos sin garantía no pueden considerarse inexistentes, existen en tanto supuestos o (presupuestos) de una norma positiva. En resumen, los *derechos de papel* no son *no-derechos*, son expectativas normativas generadas por una norma jurídica o, en la terminología preferida por Guastini, “pretensiones justificadas” por las normas que las han creado. Por ello, es tarea de la teoría identificar estas pretensiones justificadas y que permanecen sin contenido, es decir, son aún derrotables, y proponer la solución de las aporías en las que subsisten soluciones que coinciden, señalo, 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), se puede decir, para simplificar, que las garantías de los derechos, dentro de las cuales se puede distinguir entre garantías primarias y secundarias, no son otra cosa que el conjunto de las obligaciones que implican los derechos mismos (Ferrajoli 1999, 18).² Para decirlo de otra manera: estas obligaciones son garantías de sus correspondientes derechos si son obligaciones normativamente previstas y precisadas. Garantía primaria del derecho, adscrito al sujeto por una norma positiva será la determinación precisa, con base en una norma de la obligación de satisfacer la expectativa normativa en la que consiste el derecho del sujeto y, en conjunto, la identificación inequívoca del sujeto a quien tal obligación es imputable. Garantía secundaria del derecho subjetivo será la obligación de reparar el incumplimiento o violación de la obligación en los modos y las formas pre-

² Véase Ferrajoli (1999, 18): “Propongo comprender como *garantía* a cualquier obligación correspondiente a un derecho subjetivo”. En el mismo texto, Ferrajoli distingue las *garantías primarias o sustanciales*, que consisten precisamente en las obligaciones o prohibiciones correspondientes a los derechos garantizados, y las *garantías secundarias o jurisdiccionales*, que consisten en las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar sanciones a actos constatados como ilícitos, o de declarar la anulación de actos juzgados inválidos que violan derechos subjetivos y, con ello, a las relativas garantías primarias. El término, recuerda Ferrajoli (1999, 15), es “de origen germánico, derivado del antiguo alemán *waren*”, de donde las expresiones italianas (ya en desuso) “*guarentire*” y “*guarentigia*”.

vistas en una norma o un conjunto de normas establecidas por los órganos o instituciones y que establezcan los criterios y los procedimientos aptos para desahogar la obligación.

Paradójicamente, en la generalidad de los ordenamientos contemporáneos se pueden identificar como derechos sin garantías (idóneas) a algunos de los derechos que pertenecen a la clase más importante: la de los derechos fundamentales.

TIPOS DE DERECHOS Y FORMAS DE DEFENSA

Que *ciertos* derechos sean designados (o designables) como fundamentales puede (quiere) significar genéricamente que son “más importantes” que otros. Pero es necesario precisar en qué sentido lo son.

En primer lugar, se puede construir una clasificación y establecer una jerarquía de importancia de los derechos subjetivos basada en la jerarquía de las fuentes normativas de las que se confieren dichos derechos a determinados sujetos. Por decirlo de alguna manera, no todos los derechos tienen la misma “fuerza jurídica”. Guastini (2001, 167) sugiere distinguir tres *grados* de derechos subjetivos, según sean reconocidos por la constitución, por la ley ordinaria o producto de un acto privado de voluntad (como los contratos). Naturalmente, esta jerarquía de importancia o de fuerza de los derechos subjetivos lo es en todo rigor cuando nos referimos al caso de que exista una constitución rígida, es decir, en la que el Poder Legislativo ordinario no está autorizado a “tocar”, como dice Guastini, las normas constitucionales. Los derechos subjetivos constitucionales, en tanto son otorgados por constituciones rígidas y que por ello se encuentran arriba de las leyes (ordinarias), gozan, *precisamente por esto*, de una especie particular de defensa contra las mayorías parlamentarias simples y sus posibles abusos. De forma particular, esta especie de defensa es doble: en un primer nivel, ésta deriva del hecho de que una constitución rígida prevé un procedimiento agravado para la modificación constitucional, e incluso, en ciertos casos, elimina del todo el poder de revisión para determina-

das normas, por ejemplo, para algunas que atribuyen derechos. En un segundo nivel, dicha defensa consiste en el control de legitimidad constitucional de las leyes (ordinarias), por medio de un órgano competente facultado para esta tarea. Los dos niveles tienen una relación entre sí que corresponde, *grosso modo*, a la que existe entre las garantías primarias y las secundarias de los derechos subjetivos en general, considerada con base en la redefinición de Ferrajoli: cuando la primera línea de defensa constitucional (de forma intencional o no) se torne obsoleta o sea banalizada, por ejemplo, mediante una ley ordinaria contraria a una norma constitucional atributiva de derechos, se puede recurrir a la segunda, o bien, a la anulación de dicha ley por parte del órgano competente de jurisdicción constitucional. Sin embargo, en mi opinión, este tipo de defensa que sólo deriva a los derechos constitucionales del hecho de serlo, a la sustancia (al contenido) de la redefinición ferrajoliana de la noción de garantía (primaria y secundaria): de hecho, dicha defensa no consiste en la explicitación normativa de las obligaciones implicadas por los derechos —la obligación primaria de satisfacer la expectativa en la que consiste el (todo) derecho, y la secundaria de reparar la inoperancia de la obligación primaria—, que, entonces *no* debe ser considerada como una (forma de) garantía. La constitucionalización de los derechos subjetivos no le garantiza al sujeto el goce o el ejercicio de sus derechos; es decir, no le asegura la satisfacción de sus expectativas normativas, en cambio, protege a los derechos como tales —como normas— contra las lesiones que podrían provenir (esencialmente) del Poder Legislativo (ordinario); esto es, defiende la integridad y la permanencia en el ordenamiento de las normas constitucionales que atribuyen derechos (que Ferrajoli denomina “normas téticas”), y de esta manera contribuye sólo de forma indirecta a defender el goce de dichos derechos constitucionales por sus titulares. Aprovecho en este punto la oportunidad de delinear y hacer explícita esta diferencia respecto a las garantías —entendidas, repito, como el conjunto de las obligaciones de satisfacer dichas expectativas individuales que conforman los derechos subjetivos *in genere*— llamando *protección* a la forma de defensa particular que ciertos derechos subjetivos o, mejor dicho, las nor-

mas que las establecen, reciben del hecho de estar consagradas en una constitución rígida.

La diferenciación es explícita y muy oportuna, ya que permite entender que los derechos subjetivos constitucionales como tales están protegidos —por el procedimiento agravado de revisión constitucional, que podemos llamar por analogía “protección primaria”, así como por el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, que podemos llamar “protección secundaria—, pero (sobre todo, de facto, algunas clases de estos) a pesar de ello, encontrarse privados de “garantías” (idóneas), pudiendo en los hechos carecer, en la totalidad del ordenamiento, de la puntualización normativa de las obligaciones correspondientes a dichos derechos; esto es, de las obligaciones de satisfacer las pretensiones normativas o expectativas en las que consisten, así como de la determinación de los sujetos a los cuales imputar tales obligaciones (garantías primarias), o bien de varios tipos de normas relativas a la reparación de la eventual violación de las obligaciones mismas (garantías secundarias).³ En este caso, mientras la norma constitucional que otorga los derechos está efectivamente protegida contra los poderes ordinarios, el goce o el ejercicio efectivo del propio

³ Se puede sostener que la protección primaria de los derechos constitucionales equivale también a una obligación específica: la obligación para el legislador ordinario de no crear leyes en contraste con, y de hacer leyes aplicativas de, normas constitucionales atributivas de derechos; y de la misma manera, que la protección secundaria equivale a la obligación de la Corte constitucional de anular las leyes ordinarias que están en contraste con las normas constitucionales (no alcanzo a ver cómo la Corte, o quién en su lugar, además de ejercer esta acción negativa podría obligar positivamente al legislador a crear leyes aplicativas de normas constitucionales). De esta manera, la misma (noción de) protección reinterpretada como una clase específica de obligaciones, con base en el uso ferrajoliano que vincula obligación con garantía, no resultaría incorrecto designar como garantía (constitucional) la que yo he llamado protección. Sin embargo, quiero recalcar no sólo que entre *protección* (o “garantía constitucional”) y *garantía* (o aseguramiento jurídico de la satisfacción) de los derechos subsiste una brecha y una discontinuidad, ya que la una no implica para nada a la otra; sino también subrayar que las dos categorías de obligaciones a las cuales una y otra están respectivamente conectadas presentan una clara diferencia estructural: las obligaciones (para el legislador y para el juez constitucional) que derivan de la protección (primaria y secundaria) de los derechos no están implicadas por los derechos como tales, o bien por el contenido determinado de las normas que los atribuyen, como, por el contrario, lo son las obligaciones específicas (dirigidas a varios sujetos) en las cuales consisten las garantías, sino más bien, simple y genéricamente por el rango constitucional de las mismas normas que son atributivas de derechos. Por lo tanto, me parece oportuno mantener incluso la distinción lexical entre protección y garantía.

derecho constitucional por parte de sus titulares, es decir, la satisfacción de las expectativas o pretensiones legítimas de éste, no se encuentra garantizada.

En todo caso, una vez redefinida la figura de la “protección”, aplicable específicamente (y siempre) a los derechos constitucionales que se encuentran reconocidos por una constitución rígida, y diferenciada de la figura de la garantía, aplicable genéricamente (aunque no siempre) a los derechos subjetivos de diversa especie, una y otra parecen, por ahora, figuras internas del ordenamiento estatal, y no es fácil encontrar sus equivalentes a nivel supraestatal, al menos no mientras se pretenda hablar propiamente de constitución o de legislación (ordinaria) supranacional o cosmopolita. Justo esta ausencia, o debilidad al menos, en este nivel supraestatal de defensa de los derechos fundamentales es la que coincide (como se verá) con los límites más evidentes de la efectividad de los derechos mismos.

Tal vez sería posible diferenciar ulteriormente de los términos garantía y protección la figura de la tutela,⁴ redefiniéndola como una especie de defensa de los titulares de derechos subjetivos, fundamentales o no —o bien, que es la misma cosa, como defensa del goce de los derechos subjetivos por parte de los individuos a quienes se les otorgan—, que consiste en recurrir a cualquier forma de coacción contra sujetos e instituciones que atentan contra ese derecho o contra la integridad misma de sus titulares. Es cierto que la eventualidad de dicho recurso a la fuerza está vinculada con la garantía secundaria de un derecho, sin embargo, considero oportuno proponer su aislamiento como un aspecto distinto. El ejercicio de la fuerza de tutela de sujetos cuyos derechos han sido violados es un aspecto distinto de ésta. El ejercicio directo de la fuerza de tutela de sujetos privados de sus derechos es un aspecto que no sólo debe considerarse como analíticamente distinto, sino también puede manifestarse en los hechos como descontextualizado de toda garantía en sentido estricto, o sea como un conjunto

⁴ La expresión pertenece a una familia de términos que reenvían, en algunas de las acepciones más recurrentes, a la idea de un sostén, de un refuerzo o de un baluarte, y también a la de un “socorro” físico.

de técnicas de aseguramiento jurídico de los derechos establecidas como tales dentro de un ordenamiento positivo; en cambio, una tutela sin garantía puede incluso (tratar de) justificarse a través de la existencia de un estado de necesidad: algo muy similar a un apoyo legítimo, figura análoga a la poco controversial legítima defensa. De hecho, en 1999, en la guerra de Kosovo, el mundo vivió el fenómeno de una (pretendida) tutela supranacional —o, en ese caso, propiamente internacional— de los derechos fundamentales de ciertas poblaciones oprimidas, excluidas de un verdadero y propio sistema de garantías: una tutela extrajurídica, arbitraria, sin ninguna referencia legitimadora de juicios imparciales acerca de la violación de los mismos derechos y a las normas de reparación de los mismos.

DERECHOS FUNDAMENTALES. PROTECCIÓN, GARANTÍA, TUTELA...

Sin que se haya considerado como implícitamente equivalentes el significado de las expresiones *derechos constitucionales* y el de *derechos fundamentales* —se ha derivado el segundo del primero— es posible sostener que aunque entre ambos significados existe una correlación estrecha, no son perfectamente coincidentes. En primer lugar, es posible y oportuno señalar como fundamentales a ciertos derechos subjetivos incluso si no se encuentran consagrados en una constitución (y que por ende no se encuentran “protegidos”, en el significado que he propuesto), en la medida que constituyen, para decirlo con Guastini (2001), el “contenido típico” de las constituciones, o bien porque forman parte de una materia comúnmente considerada constitucional, como es el caso de la relación entre los individuos y los poderes públicos. Pero, en segundo lugar, parece oportuno calificar como fundamentales a ciertos derechos en el sentido en que éstos han sido establecidos por la constitución en tanto norma fundamental (o como el conjunto de normas fundamentales) de un ordenamiento. En otras palabras, los derechos fundamentales no son (oportunamente) establecidos

como) tales en tanto constitucionales, sino, sobre todo, los derechos constitucionales son o deben ser considerados como tales en tanto fundamentales. Para decirlo de otra manera, ciertos derechos, en tanto son (considerados) materialmente fundamentales, deberán estar contenidos en normas formalmente constitucionales: deberán encontrarse escritos en una constitución. Desde esta perspectiva, una vez invertida la relación de derivación del concepto de derechos fundamentales respecto del de derechos constitucionales, el problema será, ¿qué valor consideramos oportuno asignar al atributo fundamental cuando sea adjetivo del sustantivo derechos (y de manera análoga del sustantivo normas)? (Ferrajoli *et al.* 2001).⁵ La respuesta más inmediata e intuitiva es la siguiente: ciertos derechos se establecen como fundamentales en tanto (en el sentido que) son aquellos que “dan fundamento” a la totalidad de un sistema de convivencia; si se extraen o se lesionan, una cierta forma de convivencia entra en crisis, en casos extremos la sociedad se disgrega (se disocia), y será necesario instituir, más bien *constituir*, nuevos vínculos sociales. Como ha sostenido Ferrajoli, las constituciones modernas son contratos sociales escritos, pactos acerca de los principales fines de la convivencia y sobre los medios aptos para obtenerla. En este sentido, una constitución (moderna) se puede redefinir como aquella norma fundamental que en primer lugar otorga derechos fundamentales, universales e inviolables, y en segundo lugar instituye poderes vinculando el ejercicio de éstos al respeto y a la verificación de la efectividad de los derechos. En este tenor, los derechos se presentan como las condiciones sustanciales de legitimidad de los propios poderes.

Estos derechos por antonomasia, que caracterizan a las constituciones modernas y se afirman en lo que Bobbio ha llamado “la edad de los derechos”, han sido definidos por el propio Bobbio como “derechos anteriores a los deberes” (Bobbio 1999). Son aquellos

⁵ En este texto prescindo casi del todo de la propuesta de definición de “derechos fundamentales” que hace Ferrajoli, que comparto y que asumo en su sustancia, y también de la discusión que he sostenido con él sobre este tema (Veáse Ferrajoli *et al.* 2001); me concentro más bien en el punto de disenso parcial que ha perdurado entre nuestras posiciones, que tiene que ver precisamente con el significado que debe asignársele al adjetivo “fundamentales” como predicado del sustantivo “derechos”.

derechos que *no* son consecuencia de la existencia de determinados deberes lógicamente antecedentes de los mismos, sino, al contrario, han sido concebidos (y estipulados) como originarios y, por tanto, son creadores de una cierta clase de deberes que les son lógicamente consecutivos. Sabemos que toda norma, al tiempo que impone una obligación a un sujeto, le otorga un derecho a otro sujeto. Pero, ¿cuál es el *prius* lógico y cuál es *posterius*? En general, las concepciones jurídico-políticas premodernas consideran como prevalente la dimensión imperativa de la norma y, por ende, le asignan prioridad lógica al deber sobre el derecho; las concepciones modernas, en cambio, son las que consideran anterior la dimensión atributiva y, por ello, le otorgan prioridad lógica al derecho sobre el deber, o, mejor dicho, a *ciertos* derechos sobre ciertos deberes —aunque también se podría añadir: sobre la *totalidad del catálogo* de deberes—. ¿Cómo definir a esta clase de derechos? ¿En qué consisten? Desde la perspectiva trazada por Bobbio, los derechos fundamentales “anteriores a los deberes” son aquellos que el individuo como tal puede reivindicar *frente* o *contra* o incluso *de frente a* la colectividad y al poder que la gobierna. De acuerdo con la visión individualista y artificial de la convivencia, que es la visión propiamente moderna, son los derechos que representan las condiciones con las que un individuo acepta (idealmente) asumir la obligación política de obedecer las decisiones colectivas. La “edad de los derechos” es aquella en la que *ciertas* pretensiones del individuo como tal (o mejor dicho, impulsadas en nombre, por cuenta y para ventaja del individuo por movimientos políticos y corrientes de pensamiento político), precisamente aquellas pretensiones que reivindican la validez moral universal —derechos del hombre— y que, por tanto, se presentan como derechos naturales o morales, se convierten o tienden a convertirse en derechos positivos, jurídicamente reconocidos por el derecho objetivo y que por ello se inscriben *per primi* en aquellas formas fundamentales —fundadas y constitutivas de la convivencia y de sus construcciones jurídicas y políticas— que son justamente las constituciones (modernas), y que con ello se encuentran *protegidos* contra los poderes constituidos como derechos inviolables. Pero esto no es

lo único: su positivización y constitucionalización equivalen inmediatamente a la institución de la obligación, para los poderes públicos, de instituir *garantías* idóneas para estos derechos, o bien de establecer y precisar normativamente los deberes correspondientes a estos derechos.

En la edad de los derechos, la secuencia correcta ideal parece ser la siguiente: primero viene la *protección* de los derechos fundamentales, después la *garantía*.⁶ Posteriormente, *extrema ratio*, la *tutela*, en el sentido propuesto por mí como recurso a la fuerza en defensa de los (titulares de) derechos violados o menoscabados. En el modelo delineado por John Locke, prototipo iusnaturalista de un sistema de democracia constitucional,⁷ cuando el *gobierno civil* se convierte en tiránico, violando los derechos naturales de los individuos, éstos ya no tienen frente al mismo ningún deber de obediencia, en cambio, este deber se sustituye por el *deber de resistencia*. Para Locke, este derecho se presenta como un principio natural de *autotutela* colectiva, que permite el uso de la fuerza (por "legítima defensa", énfasis) contra el poder estatal cuando éste se vuelve tiránico y pierde legitimidad por ello. Este, me parece, es un caso clarísimo de tutela de derechos no identificable con un sistema de garantías en sentido estricto. A partir de este caso creo que vale la pena desarrollar una reflexión. Un derecho subjetivo se encuentra completa y propiamente garantizado (en el significado de garantía que he usado en estas páginas, modificando el establecido por Ferrajoli) si además de la garantía primaria se establece también una garantía secundaria, es decir, si su titular puede recurrir a un poder constituido autorizado y con facultades para tutelarlos (también) de forma coactiva frente a una violación del

⁶ Hablo de secuencia *ideal* porque el reconocimiento de los derechos fundamentales en normas constitucionales positivas equivale propiamente a su protección, en el sentido que he propuesto, solamente si la constitución es rígida. Pero *históricamente*, las constituciones rígidas son una invención del siglo xx.

⁷ El proyecto ideal de Locke prevé un gobierno *representativo*, cuya legitimidad no deriva solamente de la designación por *consenso* de los subordinados (de acuerdo con el principio *democrático* del poder ascendente, aunque 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: la vida, la libertad y la seguridad de los bienes.

propio derecho. Pero es imposible una garantía completa, comprensiva, de la “tutela” de un derecho cuando el sujeto que lo viola es el propio poder constituido (el poder político que detenta el monopolio de la coacción) y no existe ningún otro poder que pueda enfrentarse al primero. En esta situación es obvio que: a) ningún poder constituido puede tutelar, ejerciendo la coacción contra sí mismo, a favor de un sujeto al que se le han violado sus derechos; entonces b) la tutela coactiva de un sujeto contra el poder constituido que ha violado los derechos no puede ser prevista a partir de una garantía secundaria, sino mediante la institución de un aparato que articule a los poderes (¿división, separación, jerarquía? (Guastini 1998)⁸) en virtud del cual —se podría decir, parafraseando a Montesquieu— “el poder tutela los derechos contra el poder”; en todo caso, c) la autotutela de los titulares de derechos contra el poder constituido que los ha violado (el “derecho de resistencia” de Locke) no puede constituirse como garantía secundaria de los derechos establecida por un ordenamiento jurídico positivo, ya que ésta (la autotutela) representa, sobre todo, la destrucción de dicho ordenamiento y el regreso al “estado de naturaleza”.

BREVE *EXCURSUS* SOBRE EL DERECHO DE RESISTENCIA

Puede resultar interesante profundizar en este espacio en la reflexión sobre el derecho de resistencia, recordando que éste ha sido incluido en declaraciones históricas, como la de la Revolución francesa, y que con ello se convirtió, dentro de ese contexto, al menos *prima facie* y en sentido literal, en derecho positivo. Si un sistema de garantías de los derechos subjetivos, basado en las definiciones antes propuestas, no es más que el conjunto de las obligaciones primarias y secundarias, precisadas normativamente por el derecho objetivo,

⁸ Obviamente, no es posible entrar en esta ocasión en el meollo del problema teórico de la (así llamada) división de los poderes. La sistematización conceptual de la que, a mi juicio, es oportuno partir es la de Guastini (1998).

correspondientes a los derechos mismos, debemos preguntarnos (ya que es absurdo) cuál es la obligación primaria correspondiente al derecho de resistencia. ¿Acaso la obligación de no intervenir contra los movimientos revolucionarios? ¿O incluso de mantenerlos y de conducirlos a la victoria si en realidad los derechos fundamentales de los individuos han sido violados por el poder constituido? ¿A quién se le podría adjudicar semejante obligación, y quién podría ejecutarla (más allá de Dios, supremo legislador natural, y también supremo garante y juez. Incluso Locke habla de “apelación al cielo”)? Y si esta obligación (misteriosa) fuera violada, ¿quién podría tener la obligación (secundaria) de tutelarla? Y así sucesivamente... En virtud de que estas preguntas no tienen respuestas sensatas, se puede concluir que el derecho de resistencia no puede *ser* (como ya se había señalado en el inciso c) una especie de garantía secundaria o un principio de tutela *positiva* de los derechos, ya que no puede *existir* ninguna garantía *positiva*; es un derecho que no es posible garantizar positivamente. Pero ¿un derecho sin garantías positivas posibles puede considerarse un derecho positivo?

La reflexión (por absurdo que esto sea) sobre el caso límite del derecho de resistencia me parece que permite, si bien no corregir, al menos sí evidenciar la oposición entre las tesis generales acerca de la relación entre derechos y garantías postuladas por Guastini y Ferrajoli respectivamente, y para hacerlas converger en un punto de acuerdo sustantivo posible, aunque parcial. Como se ha visto, Guastini afirma que los derechos sin garantía son jurídicamente inexistentes. No son verdaderos derechos positivos, sino que equivalen a simples pretensiones morales; en cambio, Ferrajoli afirma que los derechos normativamente establecidos existen incluso si sus garantías son inexistentes, aunque también sostiene que la atribución de derechos por parte de una norma jurídica equivale a la obligación para los poderes públicos de establecerles garantías positivas. Pero si es (lógicamente) imposible introducir en el ordenamiento garantías positivas (completas e idóneas) para un cierto derecho, como en el caso límite del derecho de resistencia, la expectativa normativa creada por la norma atributiva de dicho derecho es insustancial o, mejor dicho, contradictoria debido a que no

puede ser satisfecha por el ordenamiento positivo. En este sentido, me parece, a Guastini es posible objetarle que no todos los derechos que no se encuentran garantizados (de facto) y que, por tanto no son justiciables, deben considerarse por ello *inexistentes*; existen como pretensiones justificadas por la norma que las ha creado, con la condición de que sea posible (no imposible) introducir otras normas que puedan satisfacerla, haciéndola justiciable, y que estas normas de garantía tengan factibilidad de existir, lo que justifica la pretensión por parte de los titulares de derechos de que éstas sean introducidas. A Ferrajoli se le puede objetar que no todos los derechos no garantizados (de hecho) y que, por tanto, no son justiciables; son *existentes* sólo porque están establecidos por una norma introducida en el ordenamiento de modo formalmente válido. No existen si la expectativa en la que consiste dicho derecho es (lógicamente) imposible de garantizar y que por ello *no puede* ser satisfecha.

Quizá podría plantearse de la siguiente manera: la introducción de una norma atributiva de derechos en un ordenamiento positivo equivale a una promesa, por parte del propio ordenamiento, de introducir garantías adecuadas para dichos derechos; si la promesa no se mantiene, no por eso se desvirtúa. Para decirlo con otras palabras, un derecho sin garantía es en realidad un derecho de papel, pero no es un no-derecho; sin embargo, si la promesa no es sostenible, entonces ésta no debe realizarse. Un derecho imposible de garantizar no es un derecho positivo, y no debería ser proclamado como tal por una norma jurídica, como el derecho de resistencia, que no puede tener garantías positivas y que, por eso (posiblemente), no debería inscribirse en ningún documento constitucional.

EL PROBLEMA DE LA DEFENSA SUPRAESTATAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Retomando el eje principal del análisis, me pregunto: ¿no es posible transformar la autotutela, forma extrema de defensa de los derechos fundamentales cuando éstos han sido violados por el

poder constituido, en heterotutela, o sea en una forma de tutela jurídica verdadera y propia, vinculada con un sistema de garantías positivas? De forma general, y simplemente, ¿qué hacer si los poderes públicos, el *Estado*, no cumplen con la obligación constitucional de garantizar los derechos fundamentales, o incluso los violan, o bien, ni siquiera los reconocen? Es justo en este punto en que abre la perspectiva, altamente problemática, de la *defensa supraestatal* de los derechos.

Los términos en los que se establece hoy esta cuestión pueden ser brevemente reconstruidos como sigue. El tipo de derechos designados por el lenguaje común como “derechos humanos” corresponde genéricamente —también, aunque no siempre de acuerdo con la especificación del contenido— a los derechos que el iusnaturalismo político moderno, fundamento filosófico originario del constitucionalismo, llamaba naturales. Como en un tiempo los derechos naturales, hoy los derechos humanos también reivindican una validez universal; pero, a diferencia de la de los derechos naturales, la validez universal de los segundos pretende ya no ser *sólo* moral —además de una (presunta) moral racional, fuertísima en tanto cognitiva, sobre la que se fundaba la construcción del iusnaturalismo—, sino también (a su modo) propiamente jurídica, fundamentada en el derecho positivo, al menos a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Pero, una validez jurídica universal necesita (implica lógicamente la necesidad de) una defensa jurídica igualmente universal, o bien —a falta de y en la víspera (utópica) de la venida de una verdadera cosmópolis— internacional o supraestatal, igualmente vigente y paralela al entramado defensivo de los derechos establecido (cuando éste existe) por las constituciones y las legislaciones estatales en lo individual: esto es una defensa superior a aquella de los estados, con capacidad de oponerse eficazmente y remediar las violaciones de los derechos humanos, que en la mayoría de los casos se les imputan a los propios estados (o más bien), a los regímenes políticos, a los detentores concretos de los monopolios territoriales de la fuerza. Como ha escrito Bobbio:

Los derechos del hombre pueden ser verdaderamente garantizados sólo en tanto han sido creado por instrumentos aptos para garantizarlos, no sólo al interior del estado, sino también contra el Estado al que pertenece el individuo, en la medida en la que se le reconozca al individuo en particular el derecho a recurrir a instancias superiores a las del estado, en última instancia, más precisamente, a organismos internacionales, y si se reviste a estas instancias internacionales del poder suficiente para que sus propias decisiones gocen de respeto (Bobbio 1982, 95).

El problema es que la defensa supranacional de los derechos fundamentales se encuentra llena de lagunas y, en consecuencia, es débil.

Con un razonamiento hipotético y a partir de una analogía, intentaré darle seguimiento, en el ámbito supraestatal, a la articulación de las tres formas de defensa de los derechos fundamentales que he sugerido distinguir dentro del modelo de ordenamiento estatal con una constitución rígida.

- I) El equivalente supraestatal de la protección (en el sentido que he propuesto) de los derechos fundamentales, que debe tener validez frente a las disposiciones normativas internas de los estados, podría encontrarse únicamente en una constitución rígida planetaria, que sería en teoría la constitución de una *Respublica universalis*, similar a la cosmopolita y federal añorada por Kant. Luigi Ferrajoli sostiene desde hace tiempo que la Carta de la ONU y la Declaración Universal de 1948 (que pueden contener a los pactos y sucesivas convenciones internacionales de derechos) deben considerarse como “el embrión de una constitución mundial”. Incluso admitiendo la plausibilidad de esta tesis, la protección que esta constitución embrionaria logra para los derechos fundamentales resulta muy débil. Si por un lado reconocemos el hecho de que las disposiciones sobre derechos humanos se consideran *ius cogens* en la comunidad internacional como una cierta línea de

defensa, análoga a una (parcial) protección primaria, por otro lado no me parece que exista alguna institución comparable a una corte constitucional cosmopolita (que representaría el símil de una “protección secundaria”), ni sabría decir a cuál órgano podríamos, hipotéticamente, atribuirle funciones de jurisdicción planetaria supraconstitucionales respecto de las normativas constitucionales y ordinarias de todos los estados del mundo. Y aunque admito que se podría individualizar, si no crear, un organismo similar, ¿hoy con qué autoridad ejercitaría dichas funciones? Y más aún, ¿con qué eficacia?

- II) Un sistema supraestatal de garantías —en el sentido preciso de garantía que he modificado del propuesto por Ferrajoli, pero delimitándolo respecto del de protección— de los derechos fundamentales podría, sobre todo, consistir, en un primer nivel (garantía primaria), en la promulgación y aceptación de una normativa universal vinculante de los “deberes de los estados”, como los ha llamado, de forma simple y rigurosa, Luigi Bonanate (1994): estos deberes, implicados en la existencia de los derechos, y de explicitarse en normas de garantía para los derechos mismos, son imputables de vez en vez a los titulares de los poderes públicos en el ordenamiento estatal, y consisten no sólo en la obligación de reconocer los derechos fundamentales, o derechos humanos, dentro de las propias constituciones (o en el dotarse de constituciones rígidas que los reconozcan), sino también en la obligación de establecer 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 las cortes internacionales (¿mundiales?) de justicia (¿cosmopolita?) en la que los propios individuos pudiesen apelar las eventuales violaciones a sus derechos fundamentales por parte de los propios estados que tienen el deber de garantizarlos en primera instancia. Cualquier parecido con una (meta) garantía primaria supraestatal, en

tanto explicitación normativa de las obligaciones correspondientes a los derechos humanos e individualización de los sujetos imputables, es identificable en la *Declaration of Human Duties and Reponsabilities*, cuyo proyecto se asignó al director general de la Unesco en abril de 1999. Sin embargo, es evidente que dicho documento, a pesar de haber sido aprobado por la asamblea general de una institución autorizada como es la Unesco, tiene por sí misma pocas posibilidades de concebirse como una normatividad vinculante para la mayoría de los estados actuales del mundo.

Podemos observar algo similar a una “(meta) garantía secundaria” supraestatal para los derechos fundamentales en la institucionalización y el funcionamiento actual de la Corte Europea de Justicia, con acceso directo a las instancias de forma individual, con independencia de la nacionalidad o ciudadanía de los individuos que se presenten ante ella;⁹ pero es necesario anotar que se trata únicamente de una aproximación, aunque notable, hacia el horizonte ideal, en tanto la validez de los actos de esta Corte se encuentran obviamente circunscritos al territorio de la Unión Europea, siendo así una institución supraestatal parcial (o regional), no universal, cuya naturaleza jurídica-política continúa siendo incierta, si no es que indefinible (Bovero 2001).¹⁰

- III) El equivalente supraestatal de la tutela —en el sentido ya adelantado, de intervención coactiva para la defensa de los individuos cuyos derechos fundamentales han sido violados— no podría consistir en otra cosa que en una operación de policía internacional (¿o cosmopolita?). Pero no sólo la legitimidad, incluso la misma posibilidad de calificar una intervención coactiva como operación policiaca depende de su configuración como ejecución de (o vinculado de alguna manera a) decisiones jurisdiccionales. Al ámbito del ordenamiento estatal, al menos en la mayoría de los estados de derecho contemporáneos, la eventualidad de

⁹ Como se desprende de los artículos 194 y 230 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

¹⁰ Como he sostenido en Bovero (2001).

la coacción está relacionada con la garantía secundaria de un derecho, en el sentido en que ésta está prevista y establecida en normas de garantía que establecen quién es el que puede autorizar el ejercicio de la fuerza, cuándo, cómo, en qué medida y por quiénes puede ser ejercida. En el ámbito supraestatal, esta conexión falta, o es muy débil, si no es que se encuentra incluso completamente ausente, especialmente en el caso de ciertas intervenciones que la comunidad internacional declara emprender —aunque se pueden poner en marcha por medio de alianzas entre estados o gracias a un estado determinado— contra regímenes acusados de violaciones de derechos humanos o en defensa de poblaciones oprimidas. Muchas de estas acciones (en especial las más escandalosas) no pueden sino ser de algún modo como operaciones de policía internacionales. En ese sentido, Bobbio ha defendido, con intachable autoridad, al menos en vía de principio, la legitimidad de dichas intervenciones, con una argumentación articulada: “Reconociendo a todos los individuos personalmente considerados [...] algunos derechos fundamentales que deberían estar en la base de toda futura constitución, la Declaración [universal de 1948] ha convertido a los individuos, potencialmente, en sujetos de derecho internacional, al tiempo que ha reconocido a los estados como sujetos fundadores y legítimos” (Bobbio 1999b, 89). De esta manera, sugiere Bobbio, los derechos de los individuos se han reconocidos como superiores a los derechos de los estados, sirviendo los segundos a los primeros y no viceversa. Esto permite evidenciar la importancia crucial de la “defensa de estos derechos en primer lugar en el ámbito del estado del que el individuo forma parte. En el momento en el que el derecho del individuo se hace más fuerte que el derecho del estado, y se le impone al estado la tutela,¹¹ se termina necesariamente la existencia del deber, por parte

¹¹ Aquí Bobbio utiliza el término de acuerdo con el uso común, en sentido genérico, como un sinónimo de protección y garantía.

de los otros estados y de la comunidad internacional, de no intervenir en los asuntos internos de un estado. Teniendo en cuenta esta inversión en la relación entre los derechos del individuo y los derechos de los estados, la defensa de los derechos del hombre comienza a parecer una nueva causa justificadora del uso de la fuerza por parte de la comunidad internacional" (Bobbio 1999b, 89). En consecuencia, "además de las tradicionales *iustae causae* de guerra, aparece por primera vez en la historia de la relación entre estados, como causas justas, la defensa de los derechos del hombre que hayan sido violados por un estado autoritario y despótico" (Bobbio 1999b, 89).

Se puede observar que, aunque los términos son nuevos, el problema no lo es. La cuarta y última de las cuestiones sobre las que se encuentra articulado el discurso de las *Vindiciae contra tyrannos*, célebre pasquín de los "monarcómacos" publicado en 1579, se adelanta la pregunta sobre "si los principados vecinos pueden o están facultados por el derecho a prestar ayuda a los súbditos de otros principados, cuando estos súbditos sean perseguidos por creer en la religión verdadera o bien que se encuentra oprimida por una tiranía evidente" (Testoni y Torino 1994, 175).

De acuerdo con la doctrina tradicional, el tirano, cuando no es usurpador, es aquel que gobierna *contra leges*; se diría, que lesiona los derechos humanos fundamentales. Hoy como ayer, la respuesta a estas cuestiones no es fácil. Si ésta es afirmativa, es al menos peligrosa, y en muchos casos sospechosa. ¿Quién establece que cierto régimen es tiránico? ¿A quién le corresponde juzgar acerca de las violaciones a los derechos? ¿Quién es el encargado de sancionarlas? Como ya he sostenido en otras ocasiones, el ideal regulativo de un orden mundial fundado en la validez y la defensa universal de los derechos fundamentales no justifica de hecho que cualquier sujeto se arrogue de manera arbitraria el derecho-poder de decidir dónde, cuándo y cómo intervenir en la defensa de los derechos violados. Más aún, el problema que existe hoy, en la perspectiva de encontrar las modalidades y las formas que hagan más

eficaz la defensa de los derechos, es, sobre todo, el de construir normas e instituciones supranacionales de protección y de garantía, procurando colmar gradualmente las lagunas que ya se han señalado (incisos I y II), y especialmente autoridades y tribunales (más) imparciales, con capacidad para emitir juicios (más) equitativos y, cuando sea necesario, de imponer sanciones practicables y eficaces y, con ello, reconducir la *tutela* internacional de los derechos en el lecho de *garantías* jurídicas rigurosas en el ámbito supraestatal. La falta o la debilidad de estas garantías hace que los derechos fundamentales sean frágiles, como derechos de papel, expuestos al riesgo de ser desgarrados por personas que desean atacarlos e incluso por quienes pretenden defenderlos.

En la actualidad, las sanciones económicas o militares tomadas por la comunidad internacional contra regímenes autoritarios se convierten, las más de las veces, en un agravamiento de las condiciones de vida de sus subordinados, cuando no en la lesión directa de los derechos vitales de muchos individuos inocentes.

DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Observando los derechos fundamentales desde la perspectiva del difícil problema, de su defensa supraestatal, parece natural establecer una equivalencia entre los derechos fundamentales y los así llamados derechos humanos. Por esta razón, al inicio del apartado anterior utilicé las dos expresiones como intercambiables. Pero, dado que la fórmula “derechos humanos” es vaga y retórica, se enfrenta a un doble orden de cuestiones: por un lado, no es posible descuidar la clásica (en realidad moderna, en tanto fundadora de la modernidad) distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano; por otro lado, se debe tomar en consideración que hoy existe una verdadera doctrina largamente acordada entre los politólogos, los sociólogos y gran parte de los filósofos políticos, en la que todos los derechos fundamentales se consideran dere-

chos del ciudadano.¹² De acuerdo con la doctrina clásico-moderna, derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía son dos clases de derechos fundamentales. A esta clasificación, basada en el criterio del sujeto (es decir, respondiendo a la pregunta: *¿derechos de quién?*), se añade usualmente la clasificación basada en el criterio de los objetos o contenidos (esto es, aquella que se construye respondiendo a la pregunta: *¿derechos a qué cosa?*), que distingue, de acuerdo con las fórmulas más consensuadas, entre derechos civiles, políticos y sociales; sin embargo, estas fórmulas deberían revisarse, al igual que la clasificación misma, adoptando la muy rigurosa propuesta de Luigi Ferrajoli (2001, 282-8). Si se intenta mezclar ambas tipologías, se tendrá que *en su mayoría* los derechos políticos corresponden a los ciudadanos, mientras que los derechos de libertad y los derechos sociales son adjudicados a las personas. Más aún, de acuerdo con ciertas constituciones, algunos derechos de libertad y algunos derechos sociales se encuentran constreñidos solamente a los ciudadanos. ¿Por qué? ¿Es racionalmente justificable? Pero sobre todo, *¿quién es ciudadano?* ¿*Qué cosa es un ciudadano?* ¿Cuál es la relación entre la figura (el estatus) del ciudadano y los derechos fundamentales? Se trata de un problema complejo, y no es éste el espacio para reconsiderarlo en sus diversas articulaciones. Aquí interesa, sobre todo, examinar brevemente la tesis, muy difundida, que vincula en general los derechos subjetivos de los individuos a la pertenencia de los mismos individuos a una comunidad política determinada, haciendo así depender a aquellos de ésta, como si los individuos pudiesen tener derechos en general en tanto ciudadanos, en el sentido (también ambiguo) de ser miembros de una comunidad.

Para decirlo de manera extremadamente sintética, dichas tesis están fundadas sobre un garrafal error de apreciación. Se trata del error que considera al individuo sujeto de derechos (al problema de la definición del o de sus estatus) desde el punto de vista de las instituciones que, a partir de las grandes revoluciones modernas, han reconocido derechos (fundamentales) al individuo, y

¹² Me he ocupado del tema en el capítulo 6 (*¿Ciudadanía?*), en Bovero (2000). Algunas de las consideraciones que siguen en el presente texto se retoman de ese capítulo.

que refleja la (afirmada) particularidad de estas instituciones, por ejemplo, su carácter estatal-nacional sobre el sujeto de derechos, haciéndolo parecer como necesariamente particular, esto es, como un sujeto que tiene derecho en tanto se encuentra vinculado a una pertenencia específica, al ser un ciudadano de una comunidad política particular que le ha conferido los derechos (fundamentales). Pero se trata de una confusión evidente, también si se quisiera admitir —hecho que no pretendo conceder en general— que las instituciones de las que dependen (o de las que originariamente dependían) el reconocimiento y la afirmación jurídica de los derechos fundamentales sean particulares; como los estados-nación, de esto no se deriva que los sujetos a los que se les otorgan dichos derechos puedan o deban ser necesariamente los miembros de dicho estado en particular, sus ciudadanos. Un estado nacional (o una institución plurinacional, aunque parcial y particular, como la Unión Europea) puede e incluso debe —con base en los principios del constitucionalismo moderno— otorgar y asegurar ciertos derechos fundamentales también a los extranjeros, a los no-ciudadanos, o bien, a todas las personas en cuanto tales. ¿Es posible que la libertad personal o la de opinión, por ejemplo, sean derechos de ciudadanía, derechos *sólo* del ciudadano? En ese caso se deduce que un extranjero —un “extracomunitario”— puede ser arrestado arbitrariamente o imponérsele censura y otras medidas de restricción a los derechos de libertad individual, a las que los ciudadanos son inmunes.

Desafortunadamente, se debe admitir que no sólo muchos grupos y movimientos políticos piensan que las cosas están bien de esta manera, sino que actualmente las cosas son verdaderamente así, al menos en parte, a pesar de que en todas las constituciones *modernas*, como tales, la mayoría de los derechos individuales son derechos de la *persona*, o bien, de acuerdo con el léxico clásico-moderno, derechos *del hombre*, no sólo del ciudadano. En todo caso, cada vez que se adscribe cualquier clase de derechos al “ciudadano”, al miembro de una comunidad determinada, la (seu)do teoría contemporánea de la ciudadanía parece bloquear la posibilidad de ver el problema de los derechos de la persona y su

relevancia específica y actual importancia en un mundo atravesado por enormes migraciones de masas de personas desesperadas.

Especialmente y de manera más general, concebir los derechos fundamentales como derechos de ciudadanía impide atacar correctamente el problema de su defensa, cuyo nivel crucial, como espero haber demostrado en las páginas precedentes, es justamente el supraestatal (supranacional). Los derechos fundamentales podrían estar (mejor) asegurados y tornarse efectivos en los límites de la imperfección de los actos humanos, siempre y cuando sean considerados simplemente como derechos de las personas: de toda persona que tenga necesidad de encontrar una posibilidad de defensa y también, en muchísimos casos antes que todo, contra su ciudadanía, contra el destino político particular que le ha tocado por azar.

FUENTES CONSULTADAS

- Bobbio, Norberto. 1982. "I diritti dell'uomo e la pace", AA.VV., En *La pace*. Milán: Edizioni Cens.
- . 1999a. Il primato dei diritti sui doveri. En *Teoria generale della politica*, ed. M. Bovero, 334. Turín: Einaudi.
- . 1999b. *Una nuova stagione della politica internazionale*. Lettera internazionale.
- Bonanate, Luigi. 1994. *I doveri degli stati*. Roma-Bari: Laterza.
- Bovero, Michelangelo. 2000. *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.
- . 2001. Europa 2001. Tra unità e divisioni. En *Teoria politica* 2, XVI, 59-74. Italia: Universidad de Turín.
- Guastini, Riccardo. 1994. Derechos. En *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Turín: G. Giappichelli.
- . 1998. "Separazione dei poteri o divisione del potere?". *Teoria politica* 3, XIV, 25. Italia: Universidad de Turín.
- . 2001. *Lezioni di teoria costituzionale*. Roma: Giappichelli.
- Ferrajoli, Luigi. 1998. Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatica del diritto. En *Logos dell'essere, lo-*

- gos della norma*, ed. L. Lombardi Vallauri, 76-87. Roma-Bari: Adriatica Editrice.
- . 1999. "Garanzie". *Parolechiave* 19 (abril): 15-32.
- . 2007. *Principia juris*, 3 vols. Roma-Bari: Laterza.
- *et al.* 2001. Diritti fondamentali. En *Un dibattito teorico*, ed. E. Vitale, 12-8. Roma-Bari: Laterza.
- Testoni Binetti, Saffo y S. Torino, trad. 1994. *Vindiciae contra tyrannos* (1579). Turín: La Rosa.
- UN. United Nations. "The Universal Declaration of Human Rights". Disponible en <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml> (consultada el 28 de febrero de 2013).

*La protección supranacional de los derechos
fundamentales y la ciudadanía*

es el número 19 de la Serie Cuadernos de Divulgación
de la Justicia Electoral. Se terminó de imprimir en agosto de 2013
en Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA),
Calzada San Lorenzo 244, Paraje San Juan,
CP 09830, México, DF.

Su tiraje fue de 2,500 ejemplares.