

LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS *

por Laura Álvarez **

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo el desarrollo y las críticas que ha recibido la tesis de la distinción entre los derechos y sus garantías, perteneciente a Luigi Ferrajoli. El núcleo central de esta tesis consiste en sostener la distinción conceptual entre los derechos y sus garantías, y señalar que el nexo que liga al derecho con su garantía no es óntico sino deóntico. En este sentido, se examinan tanto los principales aportes generados en torno a estas discusiones, como la relevancia que ellos adquieren dentro de la teoría del derecho.

ABSTRACT

This work aims at the development and the criticism the thesis of the distinction between rights and their guarantees, belonging to Luigi Ferrajoli, has received. The core of this thesis is to support the conceptual distinction between rights and their guarantees, and note that the nexus linking the right with its guarantees, is not ontic but deontic. In this regard, this essays examines both the main contributions generated on these discussions, as the importance they have within the theory of law.

PALABRAS CLAVE

Derechos, garantías, lagunas, funciones de la teoría del derecho, ciencia jurídica.

KEY WORDS

Rights, guarantees, loopholes, theory of law's functions, legal science.

I. La tesis de la distinción entre los derechos y sus garantías

Uno de los artículos publicados por el profesor italiano Luigi Ferrajoli que más polémica y debate ha provocado es el ensayo titulado «Derechos Fundamentales».

Allí Ferrajoli se propone definir formal y teóricamente el concepto de derechos fundamentales, del cual se vale luego para elaborar cuatro tesis, conocidas como la tesis de la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, la tesis de la dimensión sustancial de la democracia, la tesis de la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales y la tesis de la distinción entre los derechos y sus garantías. El presente trabajo tiene como objetivo el desarrollo y las críticas que ha recibido la última de ellas.

El núcleo central de esta tesis consiste en sostener la distinción conceptual entre los derechos y sus garantías y, consecuentemente,

* Fecha de recepción: 11 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 10 de julio de 2010. Agradezco al Dr. Jorge Rodríguez, quien leyó versiones preliminares de este trabajo y efectuó sugerencias y observaciones que me fueron de gran utilidad. Desde luego, los errores que aún persisten son de mi exclusiva responsabilidad.

** Abogada. Becaria de investigación de la Universidad Nacional de Mar del Plata (categoría iniciación). Auxiliar docente de la cátedra de Teoría General del Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Estudiante de la Maestría en Ciencias Sociales y Humanidades, con orientación en Filosofía social y política en la Universidad Nacional de Quilmes (Argentina).

dilucidar cuál es la naturaleza del nexo que liga a los unos con las otras en el marco de la definición sobre derechos fundamentales proclamada por el autor.

En esa línea, Ferrajoli define a los derechos subjetivos como las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica a la que le corresponde una obligación. Y, al mismo tiempo, define a las garantías como los deberes o prohibiciones correspondientes a los derechos (garantías primarias), como también, a las obligaciones de aplicar sanciones o de declarar la nulidad de las violaciones a las garantías primarias (garantías secundarias).¹

A partir de esta definición, Ferrajoli sostiene que el carácter del nexo que liga al derecho con su garantía no es óntico sino deóntico. Es decir, no pertenece al *ser* del derecho, sino a su *deber ser*, por lo que la definición que lo enuncia tiene carácter normativo, en el sentido de que bien puede ser violada o infringida.²

Por consiguiente, siguiendo esta línea de pensamiento ferrajoliana, podría decirse que la elaboración de una norma jurídica que contenga los deberes o prohibiciones correspondientes al derecho no sería una condición necesaria para la existencia de la prerrogativa que intenta proteger. Sin embargo, la existencia en el ordenamiento jurídico de tales garantías es necesaria para la efectivización de los derechos subjetivos. Así dice Ferrajoli:

“(...) Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. (...)”.³

Por lo tanto, en palabras del propio autor, los derechos existen con total independencia de las garantías que les corresponden. Sin embargo, para Ferrajoli, cuando mediante una norma jurídica se establece un derecho y se omite crear la correspondiente garantía necesaria para su aplicación coactiva, se configurarían una o más lagunas en el ordenamiento en cuestión.⁴ De modo que la falta de garantías afecta la protección de los derechos, su operatividad, y genera un vacío legal o laguna.

La principal razón que ofrece Ferrajoli para sostener esta tesis radica en la naturaleza positiva y nomodinámica del derecho. En los sistemas nomoestáticos -como lo son para Ferrajoli la moral o un

¹ Ferrajoli (1999:59).

² Cf. Ferrajoli (2001:180).

³ Ferrajoli (1999:25).

⁴ Cf. Jori (2001: 107).

sistema de derecho natural basado en principios de razón-, las relaciones entre figuras deónticas serían puramente lógicas, en el sentido de que valdrían las equivalencias entre permitido y no prohibido. En estos sistemas, la existencia o inexistencia de cada figura deóntica estaría implicada en la otra, de modo que resultarían deducibles a partir de ellas. En consecuencia, en este tipo de sistemas no podría hablarse de vacíos legales ni de contradicciones y, si eventualmente dos normas fueran contradictorias, una de ellas debería ser excluida como inexistente. En cambio, en los sistemas nomodinámicos de derecho positivo, la existencia o inexistencia de derechos dependería de normas positivas que los prevean expresamente, no siendo deducibles de otras categorías ya existentes sino inducibles como hechos empíricos de sus actos de producción. Es por eso que en estos sistemas sí serían posibles los vacíos legales o contradicciones, porque podría ocurrir que dado un cierto derecho subjetivo no exista la obligación o prohibición correspondiente (aún cuando así debería ser).⁵

Es en esos casos donde se configurarían *lagunas primarias*, por defecto de estipulación de las obligaciones que forman las garantías primarias, y *lagunas secundarias*, por defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o invalidar sus violaciones, esto es, a aplicar garantías secundarias. No obstante, Ferrajoli reitera que, aún así, tampoco sería posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica.⁶

Dos son las consecuencias principales implicadas por la aceptación de esta tesis. La primera, dentro del plano teórico, consiste en la posibilidad de explicar la existencia de lagunas y contradicciones dentro de los sistemas jurídicos, que los poderes públicos tendrían la obligación de colmar y resolver. La segunda, dentro del plano metateórico, consiste en la función crítica y normativa que la ciencia jurídica debería asumir, crítica con relación a las lagunas y contradicciones que debe poner de relieve, y normativa respecto de jueces y legisladores, en tanto les impondría el deber de cubrir los vacíos legales y reparar las antinomias.⁷

II. Las inconsistencias en la definición de derecho subjetivo. Los diferentes niveles de análisis posibles

Una de las críticas más interesantes que se han dirigido a las tesis defendidas por Ferrajoli es la elaborada por Riccardo Guastini en su ensayo titulado "Tres Problemas para Luigi Ferrajoli".⁸ Allí Guastini cuestiona la definición de derecho subjetivo de Ferrajoli, de acuerdo con la cual un derecho subjetivo sería *una expectativa a la que corresponde*

⁵ Cf. Ferrajoli (1999:60).

⁶ Cf. Ferrajoli (1999:62).

⁷ Cf. Ferrajoli (1999:63).

⁸ Guastini (1999:57-62).

una obligación. Frente a ella, se pregunta cuál es el sentido que debería asignarse a la frase <corresponde> y en qué consistiría tal correspondencia.

Guastini estima que, en realidad, en tal definición se enuncian simultáneamente dos tesis, las cuales resultarían opuestas. En una de ellas, la obligación correspondiente a un derecho estaría lógicamente implícita en el propio derecho. Es decir, no existiría derecho sin la obligación correspondiente. En la otra, la obligación correspondiente al derecho podría no existir, cuando no haya una norma positiva que la establezca. En esos casos el derecho seguiría existiendo, no obstante lo cual sería ineficaz por ausencia de una norma que lo garantice.

Considera que afirmar ambas cosas sería inconsistente ya que la primera de las tesis enunciadas afirma que todo derecho subjetivo implica lógicamente una obligación y, consecuentemente, uno no existe sin el otro; mientras que de acuerdo con la segunda tesis el derecho existiría sin su respectiva obligación. Guastini precisa el alcance de dicha implicación lógica sosteniendo que ella se verifica cuando en la definición de derecho subjetivo se implica el concepto de obligación correspondiente. En ese sentido, el concepto de obligación es definitorio del de derecho subjetivo, de modo que no podría existir derecho sin obligación.⁹

Del mismo modo, traduciendo esta conclusión a un razonamiento deductivo –del tipo *modus tollens*– se seguiría:

Si P, entonces Q.

*Si -Q, entonces -P.*¹⁰

(Donde P sería el derecho subjetivo y Q la obligación).

De acuerdo con la segunda tesis, en cambio, se haría referencia al comportamiento de los legisladores cuando, al sancionar normas, estatuyen un derecho subjetivo y omiten dictar la norma que garantice tal prerrogativa. Por consiguiente, para Guastini o bien debe rechazarse la definición de derecho subjetivo propuesta por Ferrajoli, o bien se debe admitir que un derecho subjetivo sin su correspondiente garantía es, en realidad, un derecho inexistente. Lo que no se podría hacer es sostener ambas cosas. Guastini resuelve este dilema descartando la segunda de las tesis comentadas, y ello porque considera que pertenece a otro nivel de análisis –el comportamiento de los legisladores–. Por ello, estima que la implicación lógica del concepto de obligación en la definición del concepto de derecho subjetivo es la más acertada, de acuerdo a la definición propuesta por Ferrajoli.

⁹ Cf. Guastini (2001:58).

¹⁰ Cf. Guastini (2001:58).

Estas observaciones fueron replicadas por Ferrajoli. En primer lugar, diferencia las funciones de la teoría del derecho de las de la dogmática jurídica, afirmando que cada una pertenece a distintos niveles de discurso. Según Ferrajoli, la teoría del derecho, por un lado, tendría un carácter normativo y, por otro lado, la dogmática tendría un carácter descriptivo. En segundo lugar, bajo esa misma intelección, considera a su tesis sobre la distinción entre los derechos y sus garantías dentro del plano de la teoría del derecho.

Además, siguiendo esa misma línea de pensamiento, según Ferrajoli la consistencia y la completitud no serían características empíricas de los sistemas jurídicos, sino que serían requisitos lógicos y teóricos –y por tanto normativos– que sería deseable satisfacer en el nivel del lenguaje del derecho (aunque no siempre así suceda). Por eso, no existiría contradicción alguna en afirmar, por un lado, que en un nivel dogmático, ante la ausencia de la norma que establezca los deberes correspondientes a los derechos, se configuran una o más lagunas o vacíos legales y, por otro lado, que en un nivel teórico normativo los derechos implican las obligaciones correspondientes. Claro que, en tales casos, esta última afirmación resultaría en esos casos infringida.

Si bien Ferrajoli comparte parcialmente la solución a la que arriba Guastini –esto es, admitir la implicación lógica entre los conceptos de obligación y de derecho subjetivo, aceptando que por la sola existencia del derecho, existe implícitamente su obligación–, realiza una observación relevante. Dice que este argumento valdría para los derechos absolutos a los que a menudo corresponde, no una obligación, sino una prohibición (ya sea que se trate de derechos patrimoniales, de propiedad o derechos reales). En tales casos no habría siquiera necesidad de recurrir a la idea de normas implícitas, porque los derechos y las correlativas obligaciones serían producidos, simultánea y contextualmente, como efectos del negocio jurídico.¹¹

En cambio, disiente con Guastini en el caso de las obligaciones correspondientes a derechos fundamentales, ya que para que sea posible afirmar la existencia de las obligaciones correspondientes a los derechos, es necesario que los individuos titulares de tales deberes sean determinados de alguna manera, lo que no sucede en los casos de los derechos de este tipo, respecto de los cuales las normas se limitan a enunciarlos sin especificar la identidad de aquellos individuos responsables. En situaciones como las descritas, Ferrajoli afirma que se estaría en presencia de una laguna, en virtud de la ausencia de la norma que instituya la obligación.

Con la definición de derecho subjetivo como expectativa que *implica* una obligación, Ferrajoli intenta fundamentar el rol que, a su

¹¹ Cf. Ferrajoli (2001:184).

criterio, le corresponde asumir al teórico del derecho, disociándolo en dos funciones: una meramente descriptiva (que él llama dogmática) y otra normativa (que él llama teoría del derecho).

El derecho –objeto de investigación de la teoría del derecho– tendría naturaleza lingüística, sería un conjunto de normas expresadas por enunciados lingüísticos que bien podrían ser contradictorios entre sí. Dichas contradicciones, prácticamente inevitables, serían explicadas por la teoría del derecho, interpretándolas no como defectos, sino más bien como efectos de una violación a las reglas lógicas. En esto consistiría la función explicativa y descriptiva de la teoría del derecho. No obstante, detectadas que sean esas violaciones, se emprendería una función normativa, en el sentido de denunciarlas y de prescribir el deber de enmendar tales infracciones.

La asunción de una concepción descriptiva como aquella en la que se enrola Guastini sería, para el autor, insuficiente en el sentido de que sólo explicaría el funcionamiento del sistema, sin comprometerse con las soluciones que éste necesita.

Ahora bien, si Ferrajoli define al derecho subjetivo como las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica a la que le corresponde una obligación, no puede aceptarse que luego sostenga que tal implicación sólo se verifica en el nivel normativo del *deber ser*. Si derecho subjetivo se define de este modo, la implicación entre derecho y obligación es conceptual o analítica, no normativa.

Por otro lado, más allá de estar o no de acuerdo con la distinción entre niveles discursivos a la que alude Ferrajoli, lo cierto es que la atribución de funciones críticas y normativas a la ciencia jurídica tendrían como presupuesto la adhesión a un modelo *neoconstitucional de derecho* y a una *ideología constitucional* particular. Así también lo han entendido algunos iusfilósofos, quienes al momento de elaborar sus críticas hacia el modelo garantista ferrajoliano han puesto esta misma idea de manifiesto. Es decir que el fin – supuestamente explicativo – de la teoría de Ferrajoli es la *“herramienta perfecta”* para introducir el rol normativo de la ciencia del derecho, con el cual se puede o no compartir, pero que sin dudas trasvasaría el cometido que ha tenido la teoría del derecho.

III. Las confrontaciones con el concepto de derecho subjetivo kelseniano

Como claramente apunta Mario Jori, la tesis de Ferrajoli comportaría un perfeccionamiento crítico del paradigma de la teoría kelseniana¹² –algo que el propio Ferrajoli acepta, al sostener que su

¹² Cf. Jori (2001:106).

teoría es concebida dentro de la propuesta que Kelsen ofrece-. No obstante, el objetivo que se plantea Ferrajoli es contradecir la *tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías*, que se habría originado, según el autor, a partir del análisis kelseniano del concepto de derecho subjetivo.¹³

Es tradicional sostener que, al examinar la noción de derecho subjetivo, Kelsen propone diferenciar varios sentidos de esta expresión. Un primer sentido posible de derecho subjetivo es como equivalente a *permiso o a no prohibición*. En esta acepción, la conducta permitida es consecuencia de la ausencia en el sistema de una norma jurídica que establezca una sanción para dicha acción. Un segundo sentido de esta misma expresión es el de derecho subjetivo como equivalente a *autorización*. Con él se alude a la existencia de una norma que permite o autoriza expresamente cierto comportamiento. Su existencia depende de un acto positivo de un órgano por el cual se otorga el permiso a un particular para desarrollar cierta actividad. Otra posible acepción de la expresión es la que toma al derecho subjetivo como *correlato de una obligación*. Así, si alguien tiene un deber jurídico de realizar cierta conducta –porque hay una norma jurídica que dispone una sanción en caso de que se la omita–, correlativamente esa conducta obligatoria tiene como destinatario a una o más personas. Lo mismo sucede en el caso de existir un deber jurídico de abstenerse de realizar cierta acción. Por lo tanto, ese deber que tiene un sujeto se traduce en el derecho que otro tiene a que se realice o no la conducta en cuestión. Kelsen lo ha ejemplificado con el derecho de propiedad, según el cual una persona tendría el dominio sobre una cosa y, correlativamente, todos los demás tendrían el deber de no interferir en el uso o goce de ella. No obstante, este sentido de derecho subjetivo no se configura de manera tan clara en algunos supuestos. Así, si bien esta acepción supone que “si A tiene un derecho contra B para que éste realice X, entonces B tiene un deber hacia A de hacer X”, puede objetarse –tal como lo hace Zimmerman– que una persona tenga un deber respecto a alguien sin que éste último tenga un derecho respecto del primero. Por ejemplo, si el locatario de un predio asume la obligación ante el locador de regar sus plantas, él tendrá una obligación *hacia* éste de hacerlo, quien además tendrá un derecho *contra* el locatario. Pero si el locatario se compromete ante el encargado del predio a regar las plantas del locador, él asume esa obligación aunque ella no sea *hacia* el locador sino *hacia* el encargado. En tal situación, no tendría sentido decir que el locador tiene un derecho *contra* el locatario a que riegue sus plantas, porque en realidad el locador no tiene una obligación *hacia* él. Al respecto, Zimmerman distingue entre las *simples obligaciones* y las *obligaciones hacia* alguien, siendo éstas últimas correlatos de *derechos contra* alguien, mientras que con relación a las primeras no valdría la tesis de la correlatividad entre los derechos y las obligaciones.¹⁴

¹³ Cf. Ferrajoli (1999:43).

¹⁴ Cf. Zimmerman (1996:5-10,177-179).

Si además se distingue entre *simples derechos* y *derechos contra* alguien –ya que nada obstaría a que alguien tenga un derecho aunque no sea exigible contra nadie en particular (en el ejemplo dado, el derecho del locador a que se rieguen sus plantas)–, entonces este sentido de derecho subjetivo como correlato de una obligación debería redefinirse, siendo posibles dos versiones distintas de la tesis de la correlatividad, ya que, según una de ellas, existiría correlatividad entre *derechos contra* alguien y *obligaciones hacia* alguien y, según la otra, habría correlación entre los *simples derechos* y las *simples obligaciones*.

Como es evidente, estas disquisiciones sobre la correlatividad entre derechos y obligaciones explican la posibilidad de que a un *simple derecho* pueda no corresponderle una *obligación hacia* alguien, y que a una *simple obligación* pueda no corresponderle un *derecho contra* alguien. No parece controvertible que se puedan diferenciar estas dos versiones de la tesis de la correlatividad.

Siguiendo con las acepciones sobre derecho subjetivo, Kelsen también distingue el derecho como acción procesal. Con él se indica la posibilidad que una persona recurra a un órgano jurisdiccional para solicitar el cumplimiento de la obligación que otra persona tiene a su respecto. Kelsen califica a esta acepción como sentido técnico de derecho subjetivo. De esa manera se otorga el derecho a participar en la creación de una norma jurídica individual mediante la cual se atribuirá una sanción por el incumplimiento de la obligación denunciada.

Kelsen también examina el sentido que se acuerda a la expresión derecho subjetivo cuando se lo identifica con un derecho político, esto es, el derecho de los ciudadanos a participar en la creación de normas jurídicas, ya sea de manera directa (sancionando ellos mismos tales normas, como miembros del Poder Legislativo de un Estado) o indirectamente (eligiendo a quienes sancionarán tales normas).

Finalmente, distingue la acepción de derecho subjetivo como derecho o libertad reconocida constitucionalmente. Ésta no sería más que la especificación del derecho subjetivo en el sentido anterior, ya que consistiría en la posibilidad de un ciudadano de petitionar al órgano judicial competente la anulación de una norma jurídica que sea lesiva de garantías protegidas constitucionalmente, por lo equivaldría a la posibilidad de participar en el procedimiento de supresión o derogación de esa norma jurídica.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto, Ferrajoli considera que Kelsen reduce la noción de derecho subjetivo a dos sentidos básicos. Ellos serían el derecho subjetivo como correlato del deber concerniente a otro sujeto, es decir, lo que él llama *garantía primaria*, y el derecho subjetivo como correlato del deber que incumbe al juez de aplicar una sanción en

caso de violación de una norma jurídica, es decir, lo que él llama *garantía secundaria*.¹⁵

Pero lo cierto es que al momento de justificar esta reducción Ferrajoli no menciona las razones que lo habrían llevado a tal conclusión

Ferrajoli califica como tesis teóricas a las desarrolladas por Kelsen, que sólo harían referencia a la situación normativa de los derechos patrimoniales. En otras palabras, para Ferrajoli la tesis de la correlatividad kelseniana solo funcionaría en el caso de este tipo de derechos, por cuanto ellos serían generados por normas hipotéticas – caracterizadas por Ferrajoli como aquellas que no conciben ni imponen inmediatamente nada, sino que simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas–, descartándolo para el caso de los derechos fundamentales dispuestos por normas téticas –caracterizadas por Ferrajoli como aquellas que adscriben derechos fundamentales–, respecto de los cuales la existencia de garantías dependería de su estipulación expresa por normas de derecho positivo.¹⁶

Hasta aquí habría dos observaciones que parece pertinente formular acerca de la objeción de Ferrajoli a la concepción kelseniana de los derechos subjetivos. En primer lugar, a lo largo de la exposición de la tesis de la distinción entre los derechos y sus garantías no se encuentra una detallada fundamentación de las reducciones que Ferrajoli atribuye a Kelsen respecto de la noción de derecho subjetivo. Si bien estas reducciones a las que alude Ferrajoli fueron, a su criterio, lo que habría permitido un posterior desarrollo de la tesis de la correlatividad entre los derechos y sus garantías, lo cierto es que las identificaciones del derecho subjetivo como correlato de una obligación y del derecho subjetivo como correlato del deber del juez de aplicar una sanción para el caso de la violación de éste, resultarían parcialmente acertadas, ya que Kelsen con el objetivo de especificar los diferentes usos que en las ramas del derecho se le otorga a esta expresión, ha reconstruido ampliamente esta noción, de modo que resulta, por un lado, correcto asignarle aquellas definiciones pero, por otro lado, incorrecto atribuirle únicamente estas dos que Ferrajoli enuncia.

En segundo lugar, si se tomara la definición propuesta por Ferrajoli sobre derecho subjetivo y, a su vez, se aceptaran las acepciones a las que –según este mismo autor– se reduciría el concepto de derecho subjetivo kelseniano, se podría decir entonces que ellas serían equivalentes, por cuanto en ambas subyace la idea de un derecho protegido con su garantía. La única diferencia residiría en las funciones que a cada concepción se le adjudica. Así, mientras que por un lado Kelsen ha examinado los diferentes sentidos de derecho

¹⁵ Cf. Ferrajoli (1999:61).

¹⁶ Cf. Ferrajoli (1999:49).

subjetivo al advertir que con dicha expresión se designaban circunstancias muy diferentes entre sí, tales acepciones perseguirían – tal como lo afirma Ferrajoli– un fin descriptivo y explicativo. En cambio, Ferrajoli asigna a su definición también un fin explicativo, como es el de advertir sobre las ausencias de obligaciones correspondientes a los derechos estipulados normativamente, pero además con un componente normativo, como es el de prescribir el deber que corresponde a los poderes públicos de cubrir cada uno de esos vacíos legales.

Sin embargo, en contra de lo que propone Ferrajoli, no habría razones para abandonar la llamada *tesis de la confusión o de la correlatividad entre los derechos y sus garantías*. De hecho, Ferrajoli – utilizando los mismos argumentos que cuando intentó replicar las críticas de Guastini– acepta que ésta tesis funciona para los derechos patrimoniales. Con respecto a los derechos fundamentales la desecha, ya que considera que si una constitución consagra, por caso, el derecho a un seguro social obligatorio para cada persona y, no obstante, no existe una norma que imponga a alguien en particular la obligación de satisfacer ese derecho y que precise su contenido, entonces habría una laguna por ausencia de dicha obligación. Y eso es correcto, pero ello puede aceptarse sin necesidad de presuponer que existen derechos sin obligaciones correlativas, porque si bien la ausencia de normas que especifiquen quién esta a cargo de ese deber configura una laguna, ello no permite negar la existencia de un deber para satisfacer ese derecho: en tal caso lo que habría es un *simple derecho* correlativo a una *simple obligación*, la cual debería ser especificada por otra u otras normas jurídicas.

En consecuencia, tanto las críticas de Guastini como las distinciones de Zimmerman junto a las consecuencias que ésta conlleva, permiten sostener que la tesis de la correlatividad –aceptando esta versión refinada– implica que no puede distinguirse con sentido entre derechos y garantías primarias; sin embargo, ello no obsta a distinguir entre derechos y garantías secundarias –teniendo en cuenta que éstas son independientes a las garantías primarias–, ya que para mantener tal distinción, contrariamente a lo que sostiene Ferrajoli, no es necesario abandonar la tesis de la correlatividad.

IV. Algunas consideraciones sobre los derechos sociales y sus garantías. La crítica de Danilo Zolo

Más allá de las dificultades examinadas respecto de la tesis de Ferrajoli acerca de la distinción entre los derechos y sus garantías, puede decirse que ella posee un objeto accesorio: tomar en consideración la particular situación de los *derechos sociales*.

Las razones que habilitan a postular tal objetivo particular radican en que el autor afirma enfáticamente en varios pasajes de sus obras que la enunciación constitucional de los derechos sociales a

prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías sociales positivas adecuadas, es decir, como él las llamó, de técnicas de defensa y de justiciabilidad comparables a las que sí tienen las garantías liberales o negativas dirigidas a la tutela de los derechos de libertad.

Ello posiblemente derive de uno de los aspectos de la crisis por la que, a criterio de Ferrajoli estaría pasando el derecho, que es la crisis del Estado social, manifestada en problemas tales como la inflación legislativa provocada por presiones de grupos sectoriales, la pérdida de generalidad de las leyes y la falta de certeza a causa de las incoherencias.

De hecho, la inexistencia de garantías se verifica con mayor intensidad respecto de los derechos sociales. Piénsese en el caso del derecho a la salud, el derecho a la educación o al trabajo. En estos casos, la eficacia de tales derechos requiere una actividad positiva estatal.

No obstante, este segundo objetivo de Ferrajoli también ha sido confrontado. En particular, Danilo Zolo considera que la ausencia de tutela de los derechos sociales no podría ser imputada a una laguna normativa ni a la insuficiente elaboración técnica de las garantías jurídicas. Por el contrario, Zolo atribuye como causa a la desprotección de los derechos sociales la incompatibilidad existente entre el sistema jurídico y el económico. En ese sentido, el problema que padecería este tipo de derechos no se debería a una disfunción normativa sino a una imposibilidad funcional de prestarlos, generada por la coexistencia de sistemas inconsistentes. Así, el derecho al trabajo, dice Zolo, no está garantizado por el hecho de que sea proclamado en las constituciones de los Estados, porque más allá de la enunciación constitucional de tal derecho, en la realidad ninguna autoridad judicial podría ordenar a nadie a que ofrezca un puesto de trabajo.¹⁷ Aún más, comparte la opinión de Norberto Bobbio, a quien cita en el siguiente fragmento:

“El derecho al trabajo no basta con fundamentarlo, ni con proclamarlo. Pero tampoco basta con protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema jurídico. Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica”.¹⁸

Tales consideraciones fueron receptadas por Ferrajoli, quien le otorgó asidero a parte de ellas en su modelo filosófico, desechando

¹⁷ Cf. Zolo (2001:94).

¹⁸ Bobbio, N.(1990): *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino. Traducción al español de R. de Asís Roig (1991): *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, página 82. Citado por Zolo (2001:95).

otras. Ferrajoli manifiesta compartir con Zolo su opinión acerca de que las divergencias entre ambos provienen de una diferente perspectiva en la cuestión. Por un lado, la *aproximación normativista* de Ferrajoli, según la cual un derecho existe tan sólo por el hecho de su estipulación normativa. Por otro lado, la *aproximación iusrealista* –como Ferrajoli la califica– de Zolo, según la cual un derecho privado de garantía no es un verdadero derecho. Esta última posición diría que, por ejemplo, en el caso de la libertad de expresión consagrada constitucionalmente, cuando determinadas manifestaciones de expresión se castigan menoscabando la prerrogativa constitucional, en realidad ese derecho no existe o, al menos, es como si no existiese.

Por ello Ferrajoli insiste en que estos diferentes enfoques no son opuestos sino diversos, porque el *iusrealista* refleja un punto de vista descriptivo de tipo sociológico o politológico, legítimo y correcto para una teoría sociológica y útil para la ciencia jurídica, siempre que no se abandone el punto de vista normativo que es, a criterio de Ferrajoli, el propio de la teoría del derecho.

Por otro lado, Ferrajoli no desconoce que los problemas que plantean los derechos sociales serían económicos y no jurídicos. Pero esto no significaría que la teoría del derecho deba ignorar tales cuestiones, sino que las debería reconocer, aclarar y explicar. Es por eso que distingue claramente dos cuestiones: la enunciación de los derechos y garantías desde el plano normativo, y la realización en concreto de tales derechos. La primera de ellas es a lo que se habría referido en el desarrollo de su modelo, en tanto se ha criticado que la enunciación constitucional de los derechos sociales no se ha visto acompañada de la elaboración de las garantías sociales adecuadas, lo que significaría un vacío que debe ser cubierto.

Ahora bien, dentro de la segunda cuestión también es posible distinguir dos ámbitos: la realización técnica y la realización política de tales derechos. En cuanto a la primera, los actos que se requieren para su satisfacción son discrecionales, tales como prestaciones gratuitas y obligatorias. Además, Ferrajoli estima que no habría inconveniente en que, por ejemplo, se establezcan en las constituciones cláusulas que incluyan las cuotas mínimas de presupuesto asignado a gastos sociales.

En cuanto a la realización política de tales garantías, es inobjetable que la satisfacción de estos derechos es costosa, exige recursos y es en definitiva incompatible con la lógica de un mercado como el capitalista.

Pero entonces, concluye el autor, si bien los obstáculos son de naturaleza política y no es cometido de la teoría del derecho resolverlos, sí le corresponde llamar la atención sobre tales problemas y colocarlos en su justo lugar. En este sentido, el rol del teórico del derecho

consistiría en reconocer, aclarar, y explicar tales cuestiones, sugiriendo para cada derecho subjetivo una técnica de garantía posible.

V. Conclusión

En las líneas precedentes se ha reproducido, del modo más fiel posible, la tesis de Luigi Ferrajoli acerca de las relaciones entre derechos y garantías, y algunas de las críticas que ella ha recibido. Así, se han repasado algunos de los argumentos que cuestionaban esos postulados, como los de Riccardo Guastini y Danilo Zolo, así como también la réplica que ellos propiciaron por parte del autor.

A la hora de examinar los principales aportes de esta discusión, creo que ellos podrían sintetizarse del siguiente modo. En primer lugar, la tesis sobre la distinción entre los derechos y sus garantías, si bien resulta atractiva por la posibilidad que ofrece de aceptar la existencia de lagunas y contradicciones en los sistemas jurídicos, no sería satisfactoria al menos en lo que importa a la distinción entre derecho subjetivo y garantía primaria. Esto por cuanto la conexión conceptual entre derechos y obligaciones parece muy difícil de abandonar; de hecho ni siquiera la abandona el propio Ferrajoli.

En cambio, tendría perfecto sentido distinguir entre derecho subjetivo y garantía secundaria, ya que en dicho caso la sola enunciación de un derecho subjetivo no precisa el modo de acceder a su protección judicial. Es decir, si se consagra en la constitución, por ejemplo, el derecho a la salud, deberá entenderse que existe una correlativa obligación a satisfacerlo –haya o no una norma que así lo indique–, pero si esa obligación por algún motivo no es satisfecha, entonces efectivamente se necesitará de una vía institucional para hacer efectivo el derecho y lograr que se ordene la prestación. Ello sólo se satisface con la creación de una norma distinta que así lo imponga, en cuya ausencia se configurará una laguna.

En segundo lugar, la posibilidad de distinguir entre niveles de discurso en la ciencia jurídica, que Ferrajoli remarca, tendría como principal objetivo fundamentar una cierta ideología constitucional más que una teoría del derecho, lo que visto de ese modo atendería con la tarea objetiva del propio teórico del derecho. Claro que con ello no descarto la posibilidad de que existan funciones normativas en la ciencia del derecho, pero cuestión distinta es con qué alcance ellas han de llevarse a cabo.

Bibliografía

Ferrajoli, Luigi (1989): *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, Roma-Bari, Laterza, traducción castellana de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío

Cantarero: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.

— (1993): "Il Diritto Come Sistema de Garanzie", en *Ragion Practica 1*, páginas 143 ss, traducción castellana de Andrés Ibañez y Andrea Greppi: "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más fuerte*, Madrid, Trotta, 1999, páginas 15-35.

— (1998): "Diritti Fondamentali", en *Teoria Politica XIV/2*, páginas 3-33, traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello: "Derechos fundamentales", en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 19-56.

— (1999): "I Diritti Fondamentali nella Teoria dei Diritto" en *Teoría Política, XV/1*, pp. 49-92, traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello: "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 139-196.

— (2002): "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Isonomía*, 16, traducción castellana de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar.

Guastini, Riccardo (1998): "Tre problema para Luigi Ferrajoli", en *Teoría Política, XIV/2*, pp. 35-39, traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello: "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 57-62.

Jori, Mario, (1999): "Ferrajoli sui diritti", en *Teoría Política, XV/1*, pp. 25-48, traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello: "Ferrajoli: sobre los derechos", en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 105-137

Kelsen, Hans, (1960): *Reine Rechtslehre*, Wien, Traducción al español, *Teoría Pura del Derecho*, de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.

Nino, Carlos Santiago (1984): *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.

Zimmerman, Michael (1996): *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge, Cambridge University Press.

Zolo, Danilo, (1999): "Liberta, propieta, ed eguaglianza nella teoria dei <diritti fondamentali>", traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello: "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los <derechos fundamentales>", en *La Fundamentación de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 75-104.