

## EL PROBLEMA DE LA INFLACIÓN DE LOS DERECHOS Y LAS INCONGRUENCIAS DE LAS TEORÍAS MINIMALISTAS

### THE PROBLEM OF THE INFLATION OF RIGHTS AND THE INCONGRUENCES OF MINIMALIST THEORIES

Michele Zezza\*

**RESUMEN:** El tema del artículo se sitúa dentro del contexto de las metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales contemporáneos – es decir, de aquellas democracias liberales de la segunda posguerra estructuradas en torno a un modelo de constitución escrita, rígida, extensa, con función de “proyecto” y “dirección”, asistida por el control jurisdiccional de legitimidad constitucional, con un amplio contenido ético sustantivo (un conjunto de principios, valores, intereses y bienes que implica la aparición de relevantes vínculos a las decisiones legítimamente perseguidas en sede legislativa). El análisis se concentra sobre el problema de la expansión anómica (la inflación o proliferación) de los derechos y sobre el debate relativo a la saturación de su espacio jurídico.

El objetivo principal es demostrar cómo estas imágenes carecen fundamentalmente de un valor reconstructivo-explicativo: es decir, que se trata de un planteamiento filosófico-moral y filosófico-político ajeno a cualquier dato jurídico-positivo, que no se puede aceptar como hipótesis de reconstrucción de los rasgos estructurales del Estado constitucional de derecho.

**ABSTRACT:** *The subject of this paper focuses on the changes in the “Fundamental Rights” system in today’s constitutional governments, namely those Liberal democracies that since WWII based their foundation on a written, rigid and extended constitution. Such constitution was intended to have a planning and directional function and was supervised by jurisdictional control provided by constitutional legitimacy. Also, such model has a wide and substantial ethical content: a set of values, principles, interests, assets and rights that implied relevant constraints to decisions lawfully taken by the legislative body the analysis concentrates on the issue of the anomic expansion (inflation, or proliferation) of rights and on the debate concerning the saturation of their juridical scope. The main goal of this article is to demonstrate how such frame fundamentally lacks a reconstructive-explanatory value: namely, this is an approach of moral and political philosophy unaware of any legal positive material; as such it can’t be accepted as a hypothesis of reconstruction of the structural features of the constitutional State of law. Considering this reformation of the Fundamental rights, it’s meant to argue the superiority of a pluralist and inclusive conception.*

**PALABRAS CLAVE:** derechos fundamentales, minimalismo, pluralismo, Estado constitucional, indeterminación

**KEYWORDS:** *fundamental rights, minimalism, pluralism, constitutional State, indeterminacy*

**Fecha de recepción:** 26/11/2015

**Fecha de aceptación:** 14/12/2015

---

\* Estudiante de doctorado en las Universidades de Pisa y Sevilla, michele.zezza@for.unipi.it

Al observar al conjunto de las transformaciones que han afectado a la estructura y producción del derecho en las últimas décadas, se puede evidenciar como las cartas constitucionales de los Estados democráticos contemporáneos – es decir de aquellos ordenamientos jurídicos provistos de Constitución escrita, larga, garantizada, rígida, extensa etc. – se caracterizan por la incorporación de un amplio ético sustantivo: la juridificación de un conjunto de principios, valores, intereses y bienes heterogéneos que implica la aparición de relevantes vínculos a las decisiones políticas colectivas legítimamente perseguidas en sede legislativa. Además, dichas Constituciones suelen incluir muchos y heterogéneos derechos fundamentales, formulados en términos genéricos, indeterminados, vagos, emotivos, situados en una posición de interdependencia (interferencia, intersección, coordinación, superposición) y a menudo de competitividad. Por efecto del proceso de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) de una cultura jurídica (post-positivista, sustancialista) permeada de ideales morales de justicia en el ordenamiento infra-constitucional, el espacio jurídico resulta saturado de derechos. Paralelamente a la multiplicación de las necesidades sociales, van constantemente aumentando los sujetos titulares de (nuevos) derechos, a veces aún no dotados de un claro estatuto normativo<sup>1</sup>: individuos, colectividades, animales, plantas, objetos inanimados, generaciones futuras etc. Todo derecho encuentra potenciales limitaciones en otros derechos, intereses, bienes, exigencias, finalidades sociales y políticas etc.; la formulación de cualquier derecho necesariamente se acompaña de la previsión de limitaciones normativas (en particular, reservas de ley).

De hecho, el panorama de las cartas constitucionales de los Países liberal-democráticos de la segunda posguerra, parece exhibir unos rasgos peculiares, de corte pluralista y conflictivista<sup>2</sup>. La práctica de la

<sup>1</sup> Con referencia al tema de la proliferación de los derechos (objetivos, exigencias, necesidades, pretensiones etc.) en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, véanse sobre todo: C. WELLMAN, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder (CO), Westview Press, 1999. En una perspectiva crítica: U. ALLEGRETTI, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina (En), Città aperta, 2002, pp. 121-197; C. DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart, 2000; C. GEARTY, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; R. FALK, *L'eclisse dei diritti umani*, en L. BIMBI (ed. a cargo de), *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003, pp. 72-86; ID., *The Great Terror War*, Gloucestershire, Arris Books 2003, pp. 147-172; G. PRETEROSSO, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004; D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, en M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, tr. it., Milano, Feltrinelli, 2003.

<sup>2</sup> Así, por ejemplo: N. BOBBIO, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", en ID., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution : ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965; C. PERELMAN, "Peut-on fonder les droits de l'homme?", en ID., *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, 1968. Dentro de la literatura "anti-fundacionalista" véanse también: E. RABOSSO, "La teoría de los derechos humanos naturalizada", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 159-175; R. RORTY, *Human rights, Rationality and Sentimentality*, en ID., *Truth and progress*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Sobre el carácter pluralista de las constituciones contemporáneas, véanse en particular: F. SCHAUER, "An Essay on Constitutional Language", *UCLA Law Review*, núm. 29, 1982, pp. 797-832; G. POSTEMA, *In Defense of "French Nonsense". Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, en N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (ed. a cargo de), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in*

interpretación y aplicación de los derechos por parte de las jurisprudencias constitucionales y ordinarias muestra que profundas tensiones laceran los valores sociales incorporados en las Constituciones.

A este respecto, tanto la teoría dworkiniana de los derechos como *trumps cards* ("cartas de triunfo" dotadas de una validez absoluta, incondicionada, capaz de prevalecer sobre todas las posibles valoraciones concurrentes) como la idea de Ferrajoli de la "esfera del indecible" (sobre la cual los órganos políticos no tienen ninguna discrecionalidad de acción), o la idea del "coto vedado" (un espacio excluido a la negociación parlamentaria que asegura el respeto a los derechos y principios que garantizan la autonomía de la persona), o incluso la idea de los derechos como "*excluded reasons*" (el legislador no puede interferir en el espacio protegido por un derecho, si no es para tutelar el propio interés que es objeto del mismo derecho), presentan algunos aspectos problemáticos: aun con notables diferencias teóricas, parecen converger en la idea de un "núcleo de certeza" integralmente sustraído a la intervención parlamentaria y a la comparación con otras exigencias sociales<sup>3</sup>. En todos estos casos – dicho de otra manera – está implícita una común orientación epistemológica, que se podría sintetizar en la que A. Marmor<sup>4</sup> (en polémica sobre todo con Nozick) llama la "concepción newtoniana" de los derechos, o sea la idea de que cada derecho se mueva en un espacio vacío, hasta que no encuentre el límite externo que deriva de la colisión con otro derecho. Sin embargo, el dato ineludible de la interdependencia multifuncional de los derechos tendría que solicitar un enfoque tendencialmente holístico, que los reconstruya como un contenido global.

Ahora bien, por efecto de la estructura nomodinámica que caracteriza el fenómeno jurídico (que regula su producción a través de la institución de poderes normativos), los derechos fundamentales siempre exigen poderes

---

*Legal and Social Philosophy*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1989, pp. 107-133; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, en particular pp. 16, 170-173; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, *passim*.

«[L]as Constituciones – escribe por ejemplo L. Prieto – suelen estimular las medidas de igualdad sustancial, pero garantizan también la igualdad jurídica o formal, y es absolutamente evidente que toda política orientada en favor de la primera ha de tropezar con el obstáculo que supone la segunda; se proclama la libertad de expresión, pero también el derecho al honor, y es, asimismo, obvio que pueden entrar en conflicto; la cláusula del Estado social, que comprende distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad y, desde luego, ha de interferir siempre con las antiguamente indiscutibles prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica. Y así sucesivamente; tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria» (L. PRIETO SANCHÍS, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *AFDUAM*, núm. 5, 2001, p. 209).

<sup>3</sup> R. DWORKIN, *Rights as Trumps*, en J. WALDRON (ed. a cargo de), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. 1, pp. 822, 848; vol. 2, pp. 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304; ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 19; E. GARZÓN VALDÉS, "Representación y democracia", *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 143-163; R. PILDES, "Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law", *Hastings Law Journal*, vol. 45, núm. 4, 1994, pp. 711-751.

<sup>4</sup> A. MARMOR, "On the Limits of Rights", *Law and Philosophy*, vol. 16, núm. 1, 1997, pp. 1-18.

de determinación que los regulen especificando su contenido. Un problema esencial, a este respecto, es el de individuar cual es el sujeto titular de la administración (especificación, integración, concretización, aplicación) de los derechos. Para que los derechos no acaben en un mero cumulo de "falacias anárquicas" o en una proyección de la imaginación como podrían ser los unicornios<sup>5</sup>, sino que se vuelvan efectivamente operativos, siempre es necesario aclarar a quien pertenezcan los poderes de determinación de los mismos.

A este propósito, en un ensayo del '61 Genaro Carrió<sup>6</sup>, al señalar cómo en materia de producción judicial sólo caben desacuerdos normativos, observaba que en definitiva inclinarse en favor del legalismo o del judicialismo corresponda a una opción ideológica.

Simplificando el debate teórico actual, por una parte, podríamos individuar los fautores del control jurisdiccional de las leyes respecto a su conformidad a los derechos constitucionales, que subrayan el rol de tutela y garantía que el poder judicial desarrolla dentro de la administración de los derechos<sup>7</sup>. En una posición diametralmente opuesta se situaría el así llamado "normative" o "ethical positivism", o sea aquel conjunto de teorías declaradamente críticas respecto al carácter antidemocrático y antimayoritario del *judicial review*, explícitamente contrarias a la idea de que los derechos que sean administrados por los jueces (ordinarios o constitucionales) en lugar del legislador democráticamente electo<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> J. BENTHAM, «Anarchical fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution», in J. Bowring (a cura di), *The works of Jeremy Bentham*, Thoemmes Press, Bristol 1995; A. MACINTYRE, *After Virtue*. Gerald Duckworth & Co, London, 1981, p. 67.

<sup>6</sup> G. Carrió, "Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)", en ID., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, pp. 79 ss.

<sup>7</sup> Véanse p. ej.: J.A. ACOSTA SANCHEZ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998; R. ALEXANDER, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, pp. 131 ss.; R. DWORKIN, *Freedom's law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996; J. RAZ, *On the Authority and Interpretation of Constitutions. Some Preliminaries*. En L. ALEXANDER (a cargo de), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge U.P., Cambridge, 2001, pp. 152-193. W. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*. Cambridge U.P., Cambridge, 2007; G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino, Einaudi, 2005.

<sup>8</sup> Cfr., entre otros: R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart, 2005; J. GRIFFITH, "The Political Constitution", *Modern Law Review*, num. 42, 1979, pp. 1-21; L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart, 2005; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999; ID., *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press 2008; J. WALDRON, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993, pp. 18-51; ID., *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press 1999; ID., "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.

Para algunas líneas de argumentación similar, declaradamente críticas en materia de *judicial review* y frente a su carácter antidemocrático (antimayoritario) véanse también: J. BAYÓN, "Diritti, democrazia, costituzione", *Ragion Pratica*, 10, 1998, pp. 41-64; A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, 1961; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge Harvard U.P., 2003; ID., "The New Constitutionalism and the Judicializa-

Aun aceptando la postura de Carrió, en términos de mero análisis descriptivo, sin comprometerse con ninguna de las dos orientaciones (es decir, reflexionando sobre el problema de "a quienes pertenecen los poderes de determinación" y no de "a quienes deberían pertenecer"), tendría que quedar espacio para afirmar que, en los Estados constitucionales la administración de los derechos resulta compartida, a través de una complicada división del trabajo, entre poder legislativo y judicial<sup>9</sup>.

Con una significativa transformación respecto a la imagen kelseniana de la justicia constitucional (el juez constitucional como legislador meramente negativo) y, aún más, con el asunto (neo)ilustrado del juez *bouche de la loi*, el rol preponderante atribuido a la Constitución en la jerarquía de las fuentes ha introducido el problema de enfrentarse con principios constitucionales genéricos, equiordenados (no jerarquizados), formulados en términos fuertemente valorativos, típicamente plurales y competitivos. En este contexto, el catálogo de los derechos, como siempre es idóneo para generar en sede argumentativa diferentes posiciones subjetivas hohfeldianas (grupos heterogéneos de derechos y deberes), no puede ser rígidamente predeterminado en un catálogo cerrado y precisamente definido. De hecho, en la mayoría de los casos los derechos fundamentales están concebidos como directivas derogables, principios genéricos susceptibles de entrar en conflicto en sede de aplicación judicial y destinados a ser concretizados en varios modos según las circunstancias relevantes. La explícita incorporación de cláusulas generales abiertas en las que no resultan expresamente fijadas las condiciones de aplicabilidad, y de exigencias que actúan como factores de limitación (en la Constitución italiana, p. ej., valores como "orden público", "seguridad", "libertad", "dignidad humana" etc.), contribuyen a aumentar los márgenes de indeterminación del derecho del Estado constitucional<sup>10</sup>, su carácter

---

tion of Pure Politics WorldWide", *Fordham Law Review*, 75, pp. 721-754; M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, Paris, 2001.

<sup>9</sup> Sobre el tema del sujeto institucional delegado a la obra de determinación de los derechos fundamentales, y más en general sobre el tema de la división del trabajo en la administración de los derechos, veáanse sobre todo: M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e Diritto. Ricerche di metagiurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 1-21; R. BIN, "Che cos'è la Costituzione?", *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2007, pp. 11 ss.; B. CELANO, "Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto", *Filosofia politica*, vol. 19, núm. 3, 2005, pp. 427 ss; G. PINO, "Il linguaggio dei diritti", *Ragion pratica*, núm. 31, 2008, pp. 393 ss.; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1986, p. 257; J. WALDRON, "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", *Supreme Court Law Review*, núm. 23, 2004, pp. 9 ss.; R. BURT, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1992.

<sup>10</sup> Véanse a este respecto: P. COMANDUCCI, «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», en P. NAVARRO, A. BOUZAT y L. ESANDI (ed. a cargo de), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999, en especial pp. 74 y ss.; J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 157 ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 119 y ss.

Sobre el tema de la discrecionalidad judicial en las operaciones interpretativas (con especial referencia a la ponderación): A. AARNIO, "The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification", *Noûs*, vol. 26, núm. 2, 1992, pp. 238-243; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*,

defectible, vago, incierto, aproximado.

Entonces, a raíz de la configuración que adquiere la disciplina constitucional de los derechos en los Estados democráticos contemporáneos (y en sintonía con las políticas económicas y administrativas de la mayoría de los Países occidentales), en las últimas décadas surgieron algunas teorías que conciben el fenómeno de la expansión anómica de los derechos como uno de los principales factores de la crisis del "Tiempo de los derechos"<sup>11</sup>, proponiendo al contrario una redefinición de su catálogo (y de sus garantías) en una dirección expresamente deflacionista. En particular, las así llamadas posturas "minimalistas" – inicialmente desarrolladas sobre todo por autores como C. Schmitt, R. Nozick, T. Nagel, H. Steiner y M. Ignatieff<sup>12</sup> – argumentan cómo la regulación constitucional de los derechos tendría que establecer un número muy limitado de auténticos derechos, recíprocamente compatibles, definidos de forma clara, precisa y unívoca, de tal modo que fueran relevantes, y aplicables, únicamente en los casos predefinidos en los que tales derechos hubiesen sido violados.

La postura minimalista se puede considerar una variante del planteamiento coherentista según el cual el derecho sería gobernado por pocos valores fundamentales fácilmente armonizables, o incluso por un único valor situado en una posición apical que fundamenta la entera jerarquía normativa. En ambos casos, de todas maneras, nos encontramos frente a estrategias de reducción, o negación, del ámbito del conflicto entre derechos: el objetivo que presentan es justo el de excluir preventivamente, por vía axiomática, colisiones e indeterminación.

Siguiendo en esto a Isaiah Berlin y a su principio liberal de la primacía de la libertad negativa respecto de la positiva<sup>13</sup>, los teóricos minimalistas suelen concebir los verdaderos derechos como obligaciones de abstenición, por parte de los poderes públicos, de ciertas tipologías de conducta

---

Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978; A. BARAK, "La natura della discrezionalità del giudice e il suo significato per l'amministrazione della giustizia", *Politica del diritto*, núm. 1, 2003; B. CELANO, "Justicia procedimental pura y teoría del derecho", *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 407-427; M. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; T. MAZZARESE, "Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas", *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 687-716.

<sup>11</sup> La expresión fue acuñada por Norberto Bobbio, para subrayar el particular relieve que, a pesar de todas las contradicciones y los retardos que la caracterizaron desde los inicios, la tutela nacional y sovranacional de los derechos del hombre cobró a partir de la segunda posguerra («*dal punto di vista della filosofia della storia, l'attuale dibattito sempre più ampio, sempre più intenso, sui diritti dell'uomo, tanto ampio da aver ormai coinvolto tutti i popoli della terra, tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali, può essere interpretato come un "segno premonitore" (signum prognosticum) del progresso morale dell'umanità*»; N. BOBBIO, "L'età dei diritti", en ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, p. 49).

<sup>12</sup> M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, ed. a cargo de A. GUTMANN, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2001; T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot 1928; H. STEINER, "The structure of a Set of Compossible Rights", *Journal of Philosophy*, núm. 74, 1977, pp. 767-775.

<sup>13</sup> I. BERLIN, *Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1958.

previamente definidas y taxativamente enumeradas, para concluir que el catálogo de los derechos tendría que circunscribirse a las libertades civiles clásicas (los tradicionales derechos públicos subjetivos), las que sólo definen y tutelan la capacidad de obrar de cada individuo (*"side-constraints"* según la definición de Nozick, o *"agency"*, en las palabras de Ignatieff, en ocasiones calificada como *free, basic* o *human*<sup>14</sup>). En esta perspectiva, los verdaderos derechos son entendidos como obligaciones de abstención, por parte de los poderes públicos, de ciertas modalidades de conducta previamente definidas y taxativamente enumeradas; paralelamente, los derechos sociales y los derechos de las siguientes generaciones se convierten en derechos en sentido derivado, "inauténticos".

En algunos de estos autores<sup>15</sup> está presente también el objetivo de evitar consecuencias teóricas y prácticas no deseadas que abundan en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, defectos precisamente derivados de la irradiación de los derechos constitucionalmente establecidos sobre el resto del ordenamiento jurídico: en particular, la dilatación del espacio interpretativo de los jueces constitucionales u ordinarios, que puede comportar algunos riesgos en términos de excesiva discrecionalidad, e incluso de omnipotencia judicial; la restricción de la latitud de la elección legislativa, lo que implica una compresión del principio democrático de la representatividad entendida como ejercicio de una política electoral respetuosa del principio de igualdad política; finalmente, algunos problemas epistemológicos de indeterminación del derecho y de crisis de su función nomofiláctica, es decir un *deficit* de certeza, una falta de calificación deóntica, en amplios sectores del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la disciplina de la interpretación y aplicación de los derechos por parte de las jurisprudencias constitucionales y ordinarias parece destacar una disconformidad a este respecto. La idea de un listado breve, cerrado, taxativo, de derechos compositibles; la misma pretensión de cristalizar el catálogo en un núcleo inmutable e inmodificable, aunque pueda te-

---

<sup>14</sup> «[H]uman rights is only a systematic agenda of "negative liberty", a tool kit against oppression, a tool kit that individual agents must be free to use as they see fit within the broader frame of cultural and religious beliefs that they live by» (M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, cit., p. 57).

<sup>15</sup> Emblemático en este sentido es el razonamiento desarrollado por L. Prieto: «[p]orque la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial. Esto no ocurriría si la Constitución tuviese como único objeto la regulación de las fuentes del Derecho o, a lo sumo, estableciese unos pocos y precisos derechos fundamentales, pues en tal caso la normativa constitucional y, por consiguiente, su garantía judicial sólo entrarían en juego cuando se violase alguna condición de la producción normativa o se restringiera alguna de las áreas de inmunidad garantizada. Pero, en la medida en que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida en que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía. No es cierto, ni siquiera en el neoconstitucionalismo, que la ley sea una mera ejecución del texto constitucional, pero sí es cierto que éste "impregna" cualquier materia de regulación legal, y entonces la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución» (L. PRIETO SANCHÍS, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", cit., p. 208).

ner un significado prescriptivo, carece de valor explicativo<sup>16</sup>: se trata de un planteamiento teórico abstracto, ajeno a cualquier dato jurídico-positivo, que no se puede aceptar como hipótesis de reconstrucción de los rasgos estructurales del Estado constitucional de derecho.

Además, al ser la Constitución de los Estados democráticos contemporáneos un documento extenso escrito con el propósito de conservarse por mucho tiempo, no parece posible especificar, determinar *ex ante* todos los casos en los que podrá ser relevante un determinado valor. Las disposiciones constitucionales se caracterizan por su "trama abierta" (*open texture*), por la imposibilidad de delimitar de antemano su campo de aplicación.

Un texto constitucional preciso y detallado sería condenado a una rápida obsolescencia, a raíz del mutar de las circunstancias económicas, sociales, tecnológicas etc. Solo a un nivel suficientemente abstracto y genérico de formulación de los principios, será posible obtener un acuerdo, inevitablemente incompleto y provisorio<sup>17</sup>, entre sujetos portadores de valores diferentes, a veces incluso inconmensurables. No cabe duda de que la irradiación de los principios en el ordenamiento jurídico contribuya a aumentar los márgenes de indeterminación del derecho (su carácter vago, incierto, aproximado), y en particular del razonamiento judicial, planteando serios problemas epistemológicos de incertidumbre, relativos a la incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones.

Se debe matizar que el conjunto de los derechos fundamentales proclamados por los *Bills of rights* no es indeterminado solo en razón de la pluralidad de los valores incorporados. Dicho conjunto seguiría siendo indeterminado incluso si se restringiera el catálogo de los derechos. En el constitucionalismo contemporáneo, de hecho, en la mayoría de los casos los jueces constitucionales ordinarios tratan los derechos en términos "dinámicos", como valores formulados por principios: no como un conjunto de posiciones hohfeldianas rígidamente predeterminado, sino como un principio de justificación racional de otros intereses mutables. Dicho de otra manera,

---

<sup>16</sup> Para una argumentación sobre la inverosimilitud de este modelo, cfr. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, cit., p. 429; B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, en S. POZZOLO (ed. a cargo de), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; ID., *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 53-74; P. COMANDUCCI, "Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali", en ID., R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., pp. 320, 326; A. MARMOR, "On the Limits of Rights", *Law and Philosophy*, núm. 16, 1997, pp. 1-18; T. MAZZARESE, "Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?", *Ragion Pratica*, núm. 1, 2006, pp. 179-208; G. PINO, "Il linguaggio dei diritti", *Ragion Pratica*, núm. 31, 2008, pp. 393-409; ID., "Crisi dell'età dei diritti?", *Etica & Politica*, vol. 15, núm. 1, 2013, pp. 87-119; ID., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 211-215; A. SCHIAVELLO, "La fine dell'età dei diritti", *Etica & Politica*, vol. 15, núm. 1, 2013, pp. 120-145; C. WELLMAN, "On Conflicts between Rights", *Law and Philosophy*, núm. 14, 1995, p. 273; ID., *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder Westview Press, 1999.

<sup>17</sup> Cfr. C. SUNSTEIN, "Incompletely Theorized Agreements", en ID., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 35-61.



según las circunstancias relevantes, los derechos resultarán idóneos a generar diferentes conjuntos de obligaciones y otras posiciones normativas.

En segundo lugar, hay que subrayar cómo las posturas minimalistas presupongan una posición ideológica: desde un punto de vista teórico, estas narraciones atribuyen a la sucesión histórica de las generaciones de los derechos una neta distinción estructural, de corte axiológico, entre derechos negativos, entendidos como "auto-ejecutivos", y derechos positivos a prestaciones públicas, de crédito hacia el Estado. Los primeros se caracterizarían por imponer abstenciones negativas para el Estado (p. ej., abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia etc.) mientras que los segundos requerirían obligaciones positivas (erogación de fondos públicos, de recursos estatales: por ejemplo, en el caso de los derechos sociales, dar prestaciones de salud, educación etc.). De esta manera, una aproximada escansión cronológica se convierte en una explícita jerarquía valorial.

Sin embargo, la práctica de la administración de los derechos evidencia cómo la justiciabilidad de cualquier derecho siempre requiere de la prestación de un servicio público y la activación de un conjunto de garantías jurisdiccionales o "secundarias"<sup>18</sup> aprontado por sujetos públicos. En realidad, todos los derechos, entendidos en un sentido jurídico (es decir, como situaciones jurídicas subjetivas atribuidas por normas de derecho positivo), como siempre implican gastos estatales (sea en el caso de la represión de sus vulneraciones como en el aquello de la preparación de las condiciones para su goce)<sup>19</sup>, prescriben tanto obligaciones negativas como positivas<sup>20</sup>. Que se trate de tutela de la integridad física o de la seguridad social, de debido proceso o de derecho al voto, siempre es necesaria la presencia de un aparato jurisdiccional de protección contra eventuales inejecuciones o violaciones, eso es, medidas de control, de reparación o de sanción que tutelen el ejercicio del propio derecho. También los derechos civiles más elementales exigen conductas positivas como la institución de aparatos burocráticos, la elaboración de normas y reglamentos, el ejercicio de una actividad administrativa y del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado, la eventual imposición de con-

---

<sup>18</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, en ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. a cargo de E. VITALE, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 26-33; ID., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 675-679.

<sup>19</sup>Sobre la copresencia de perfiles de tutela negativa y positiva en la disciplina constitucional de los derechos, véanse los análisis: de R. BIN, "Diritti e fraintendimenti", *Ragion pratica*, núm. 14, 2000, pp. 15-25; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà: l'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 87-92, 102-111; C. FABRE, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2000; S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999; G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, cit.; J. WALDRON, *Rights in Conflict*, cit. («one and the same right may generate both negative and positive duties [...] it is impossible to say definitively of a given right that it is purely negative (or purely positive) in character»); C. WELLMAN, "Solidarity, the Individual and Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 22, núm. 3, 2000, pp. 639-641.

<sup>20</sup> Cfr. S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, cit. («[a]n interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it», p. 17).

denas por parte del poder judicial en caso de vulneración, la institución de aparatos de pública seguridad y de infraestructuras etc. Incluso la libertad de expresión del propio pensamiento, tradicionalmente conceptualizada como dotada de una dimensión meramente negativa, implica un reflejo "positivo" en la petición frente al Estado de garantizar el más amplio acceso a los medios de comunicación. Paralelamente, ni siquiera los derechos económicos, sociales y culturales pueden agotarse en obligaciones positivas: cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos, el poder estatal sigue teniendo la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. Por lo tanto, la tesis según la cual los únicos derechos que comportan costos estatales para su cumplimiento son los derechos sociales constituye una falacia argumentativa. Del mismo modo, no se puede aceptar el argumento libertario según el cual el mercado puede constituir una entelequia que no requiere de ninguna intervención estatal: todos los derechos que garantiza el Estado implican un costo, financiado con recursos monetarios obtenidos a través de la recaudación de impuestos; si llegan a faltar las reservas en las arcas de la tesorería tampoco los derechos más elementares se pueden asegurar.

En consideración de estas razones, el planteamiento minimalista, al implicar una visión fragmentaria, parcial y reduccionista del sistema de los derechos fundamentales, no parece una hipótesis razonable de reconstrucción de los rasgos esenciales de los Estados constitucionales contemporáneos; aún más, incluso en sede normativa, como parece que la disciplina de los derechos no pueda estar libre de amplios márgenes de conflicto, dicha teoría defiende un ideal mal formado. El propio objetivo de un sistema unitario, coherente y precisamente delimitado de principios normativos resulta utópico: en sociedades abiertas, policéntricas, articuladas en una multiplicidad de agregados, de órganos y de competencias como las democracias constitucionales contemporáneas, las normas jurídicas atributivas de derechos siempre se configuran como el resultado de compromisos provisionales entre sujetos heterogéneos (grupos de interés, fuerzas sociopolíticas etc.), portadores de diferentes concepciones sustantivas del bien público (liberal, socialista, democrática etc.). Ahora bien, a raíz de su fundamento ético-político pluralista, las Constituciones contemporáneas incluyen un cuadro programáticamente incoherente de valores, principios, intereses, bienes. La manera más adecuada para codificar dichos valores – y es un aspecto lógicamente implicado por la propia rigidez constitucional – consiste precisamente en adoptar formulaciones amplias, genéricas, para que el significado sea especificado cada vez en sede de aplicación según las circunstancias relevantes, a través balances o valoraciones comparativas que necesariamente implican la referencia a formas de razonamiento sustancial<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Sobre la utilización de términos vagos e indeterminados en situaciones en las que no es posible determinar preventivamente con exactitud los casos en los que resulta relevante un bien protegido:

---

H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1961.  
Sobre la relación entre el lenguaje común y los valores ético-políticos, R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996; F. SCHAUER, "An Essay on Constitutional Language", *UCLA Law Review*, núm. 29, 1982, p. 827.  
Sobre la relación entre la redacción de la Constitución y la dimensión temporal: L. GIANFORMAGGIO, "Tempo della costituzione, tempo della consolidazione", *Politica del diritto*, núm. 4, 1997, pp. 527-551; A. KAVANAGH, The Idea of a Living Constitution, "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", núm. 16, 2003, pp. 55-89. Sobre la evolución de los valores incorporados en los textos constitucionales: J. WALDRON, Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues, "California Law Review", núm. 82, 1994, pp. 509-540; G. POSTEMA, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, en N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (ed. a cargo de), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen, Aberdeen U.P., 1989, pp. 107-133; G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, en ID, J. LUTHER, P. PORTINARO (ed. a cargo de), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 35-82.