

Giuseppe Franco FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*,
Giappichelli Ed., Torino, 2011, 359 pp.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: constitucionalismo, libertades, Derecho comparado
Keywords: constitutionalism, freedoms, comparative Law

Cuando hablamos de derechos y libertades nos encontramos con una complejidad que no es extraña para los juristas y en general para todos aquellos que se desenvuelven en el ámbito de las ciencias sociales. En efecto, en esos terrenos, trabajamos con conceptos muchas veces elaborados por la propia doctrina, por el discurso profesional, científico, ciudadano. Cuando hablamos de Derecho, democracia, Estado, derechos, libertades, estamos frente a conceptos esencialmente controvertidos. Y es ese carácter controvertido el que en muchas ocasiones está detrás de las disputas conceptuales. Los juristas somos bien conscientes de esto, instalados en una ciencia jurídica que ha hecho de la discusión en torno a la definición del Derecho una de sus referencias inconclusas. Las aproximaciones teóricas a los derechos y a las libertades están condicionadas por la anterior circunstancia.

Y esta circunstancia constituye un reto particular a la hora de proponer un repaso del desarrollo histórico de los derechos y de las libertades, ya que no se trata sólo de relatar la evolución de un concepto -ya construido o elaborado-, sino de identificar y analizar los procesos a través de los cuales se ha ido produciendo esa construcción. De manera que enfocar de una determinada manera la evolución de los derechos supone ya proponer una comprensión de los mismos.

El libro del profesor Giuseppe Franco Ferrari afronta ese desafío. En efecto, nos ofrece un recorrido por la historia de la construcción del discurso de las libertades. Es cierto que esta historia puede ser construida (o reconstruida) de muchas maneras. La perspectiva de un constitucionalista comparatista no

necesariamente debe coincidir con aquella en la que un filósofo del Derecho puede sentirse más cómodo pero, en todo caso, lo adecuado es reconocer que las aproximaciones se complementan. El discurso sobre la fundamentación de las libertades en su evolución histórica no consigue ofrecer una visión completa de las mismas si no se encuentra acompañado por la referencia a la evolución y transformación de las estrategias de reconocimiento de la titularidad de los derechos y de las correspondientes garantías. Creo que es difícil dudar de lo enriquecedor de la lectura de un libro que, en este sentido, complementa una visión de la historia de los derechos centrada en la evolución de su fundamentación. En todo caso, si algo nos demuestra en este libro el profesor de la Bocconi, es que es posible escribir la historia de los derechos y de las libertades de diferentes maneras, que se enriquecen mutuamente.

Así, estamos frente a una aportación que asume la relevancia de la perspectiva histórica en las ciencias sociales y jurídicas y en particular en la teoría de los derechos. El libro que comentamos se alinearía, por ello, con una comprensión de los derechos de acuerdo con la cual la ayuda de la perspectiva histórica es imprescindible a la hora de entender e interpretar su significado cultural. Pero, como sabemos, la reivindicación de la capacidad explicativa de la historia en el ámbito de los derechos puede ir más allá. Es el caso de la afirmación según la cual el de "derecho" es un concepto histórico; es decir, surge en un contexto histórico y se transforma en su sentido y significado con la evolución de las condiciones del contexto.

Así, de la lectura del libro de G. F. Ferrari surge una primera cuestión, referida al mismo título: ¿hubiéramos tenido que esperar una reflexión muy diferente si, en vez de proponernos un análisis de la evolución de "las libertades" se hubiera hablado de "los derechos"? Esta pregunta, que puede parecer irrelevante, no lo es, desde el momento en que en función de la respuesta que se ofrezca se estará respondiendo también a la cuestión de si la historia de la libertad, de las libertades y su institucionalización, coincide con la historia de los derechos. En este sentido, existen buenas razones para distinguir, de un lado, la prehistoria de los derechos y, de otro, la historia de los derechos. Para hablar de derechos fundamentales son necesarias dos exigencias: la existencia de un proyecto moral y la juridificación del mismo. Ese proyecto moral se encuentra situado en la historia, en el marco de la cual adquiere un determinado sentido y significado. Es un proyecto moral que se fragua con las aportaciones que cristalizan en la modernidad y que suponen entre otras cosas: una determinada idea de individuo, que se presenta como el protagonista y la referencia del discurso moral y político; la

afirmación de unos rasgos y pretensiones morales (reconducibles a las exigencias de dignidad, libertad e igualdad) y que van a fungir como elementos nucleares del fundamento de los derechos; y un determinado discurso respecto a la relación entre el individuo y el grupo, la comunidad y las instituciones, basado en el reconocimiento de la naturaleza artificial e instrumental del Estado (como modelo de organización política) y el Derecho.

Este esquema de comprensión de los derechos nos permite analizar alguna de las aportaciones que el Profesor Ferrari presenta en el libro. Es evidente que a la hora de escribir una historia de los derechos, o de las libertades, hay que adoptar determinadas decisiones en relación con aquellos episodios que se incluyen y aquellos que no. En el libro se contiene un esfuerzo importante al respecto, desde el momento en que nos ofrece un panorama general que abarca, en veintitrés capítulos, desde la antigüedad griega y romana hasta los últimos desarrollos en nuestros días debidos al desarrollo del constitucionalismo. Evidentemente, todo ello facilita el análisis crítico a la hora de valorar las presencias y las ausencias. Pongamos algunos ejemplos. Parece interesante una reflexión sobre el lugar de han de tener las alusiones a Grecia y Roma en una historia de las libertades entendida como una historia de los derechos. Sin duda, estamos ante las bases del proyecto cultural de la modernidad (occidental), pero cabe preguntarse si en esos contextos de puede hablar de derechos y libertades en el mismo sentido en el que lo hacemos desde el inicio de la modernidad. Por otra parte, hablar de derechos y libertades supone, como se ha señalado, hacer referencia a un proyecto moral fraguado en la historia. Proyecto que, necesariamente, va a incluir unos contenidos (que son los que le dotan de significado), con la consecuencia de que no va a ser compatible con cualquier propuesta sustantiva. Esta circunstancia es importante y debe ser tenida en cuenta a la hora de abordar el discurso sobre la universalidad de los derechos. En efecto los derechos no son compatibles con cualquier fundamento, y tampoco con cualquier contexto institucional. Por ello, las experiencias totalitarias a las que se alude en el capítulo XVI del libro, no serían tanto un episodio de la historia de los derechos y libertades (entendida como la historia de su reconocimiento), sino más bien un capítulo de la historia de su negación. Creo que ello es buena muestra de que, en realidad, la historia de los derechos y las libertades, por una parte, no es lineal o unidireccional; por otra, tiene poco de pacífica: hay en ella mucha conflicto, mucha sangre derramada. Junto a lo anterior hay que reconocer que la atención a determinados contextos, el europeo en particular (también el norteamericano, capt. XV), posiblemente no

es una razón suficiente a la hora de justificar una menor dedicación en relación con la historia del desarrollo de las libertades en el constitucionalismo que hoy se está desarrollando en determinadas partes del mundo: pienso en particular en Latinoamérica. Sin duda el cuadro ofrecido –que ofrece una muy completa información y análisis respecto a los procesos democratizadores en la Europa del Este– podría haber ganado en amplitud y expresividad.

En realidad, y directamente conectado con lo anterior, hay situaciones históricas en las que el progreso de los derechos (entendido como el conjunto de dinámicas favorables a su reconocimiento y protección) o se reduce o, en todo caso, se ralentiza. Por cierto, para identificar estas situaciones no hay que pensar sólo en experiencias totalitarias o dictaduras: la realidad que vivimos nos demuestra a las claras que las crisis económicas son, acaban siendo, crisis de derechos, y casi siempre crisis en las que sufren los más débiles. En todo caso, la viabilidad de los derechos dependen de la conexión conceptual y práctica entre tres conceptos: Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales. De manera que cada uno de ellos adquiere sentido en su vinculación con los demás. Así, nos referimos a un concepto sustantivo de Estado de Derecho, atento a los contenidos del Derecho y no sólo a la satisfacción de las exigencias formales del imperio de la ley; a un poder político capaz de vincularse –política y jurídicamente– con las exigencias de los derechos: el único poder capaz de ello es el poder democrático –que es limitado y participado–; y a una comprensión no formal de la democracia que vaya más allá de la mera consideración de la regla de las mayorías y de la participación, atendiendo a las exigencias de los contenidos de las decisiones colectivas, que en todo caso se deben conjugar con el límite infranqueable de los derechos.

Pues bien, esta relación conceptual entre Estado de Derecho, derechos fundamentales y democracia nos sirve como clave interpretativa de algunos episodios y situaciones y nos permite entender su mayor o menor potencialidad en relación con la profundización y perfeccionamiento del discurso de los derechos. Creo que un buen ejemplo al respecto es el que nos ofrece la institucionalización de los derechos en el contexto de la Unión Europea. En el capítulo XXI del libro, en el marco de las referencias a la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, el profesor Ferrari subraya las posibilidades de una interpretación evolutiva de la Carta, que acentuarían su fuerza expansiva “en el contexto de un proceso constituyente de naturaleza no instantánea” (p. 294). Me parece interesante esta alusión a un proceso constituyente en un escenario en el que no se dieron las condiciones para que la aventura

constitucional europea prosperara, aunque sea por ahora. Posiblemente, ese fracaso tuvo que ver con la ausencia de participación del demos, en el marco de un contexto en el que algunos países eran reacios a la convocatoria del correspondiente referéndum, excluyendo con ello la puesta en marcha de mecanismos de democracia directa en relación con una decisión jurídica y política de la que se predicaba naturaleza constitucional.

En todo caso, la historia de los derechos y de las libertades nos permite entender cómo hemos llegado hasta el momento presente, dónde estamos (las condiciones del contexto) y los retos futuros o posibles líneas de desarrollo y evolución. En este sentido, Ferrari nos ofrece un panorama de suma utilidad no sólo a la hora de conocer la historia, sino también a la de interpretar el presente y afrontar problemas futuros. Me gustaría, en este sentido, subrayar algunos extremos que sobresalen de la interesante lectura del libro. Así, por una parte, el desarrollo histórico de los derechos nos alerta sobre la necesidad de reformular determinadas categorías tradicionales, determinadas modos de pensamiento (en los que, por otra parte, los juristas hemos sido formados durante siglos). Creo que nadie se extrañará si aquí propongo como ejemplos el concepto de soberanía y la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía; y también la reformulación de los tradicionales marcos espaciales (Estado) y temporales (relaciones entre generaciones y reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras) que han constituido las referencias del discurso de los derechos.

Pero, en todo caso, creo que uno de los retos pendientes y que más esfuerzos argumentativos y desafíos jurídicos, políticos y morales nos va a exigir –nos está exigiendo ya– es el constituido por la idea de universalidad de los derechos. Y aquí es donde podemos encontrarnos con un cierto optimismo por parte del autor. Quisiera terminar esta reflexión sobre el libro de Giuseppe Franco Ferrari planteando alguna incertidumbre sobre las razones de ese optimismo. Creo que ese optimismo al que acabo de aludir se manifiesta de forma explícita en la afirmación de que el siglo XX nos ha llevado “a la completa universalización de los derechos del ciudadano y a la positividad de los del hombre, a la realización de sistemas político-constitucionales caracterizados por democracias extremadamente avanzadas” (p. 195). Ciertamente, hay datos sobre la mesa que no se pueden obviar. Es cierto que en nuestros días asistimos a un desarrollo de las garantías en el ámbito del Derecho internacional, a una implementación del Derecho internacional humanitario, o a una reivindicación de la responsabilidad penal internacional. De manera que alguien podría pensar que hemos atendido a la propuesta de

Bobbio: una vez que la cuestión del fundamento de los derechos ya se ha resuelto con la Declaración Universal de 1948, dediquémonos a concentrar los esfuerzos en lo referido a la garantía y la protección de los derechos.

Pues bien, creo que el discurso de los derechos nos muestra de manera muy evidente una distancia, si se quiere una contradicción, a la que los juristas debemos estar acostumbrados: la que en muchas ocasiones se produce entre la letra de la norma y la realidad. Esta tensión es especialmente trágica cuando afecta a los derechos y a las libertades. Y en todo caso no creo que sea un rasgo distintivo exclusivo de determinadas situaciones (por ejemplo, los países de Europa oriental, p. 260).

La constatación de que la universalidad de los derechos es algo real y efectivo, no limitado a la letra de la norma, debería suponer la satisfacción de algunas exigencias. Así, un determinado grado de institucionalización jurídica, es decir de reconocimiento de ciertas exigencias o pretensiones morales. Además, una efectiva traducción de los contenidos de esas exigencias a las condiciones de vida ordinarias de las personas. Y por último, una cierta comunidad, un cierto acuerdo, en lo que se refiere al fundamento de esas pretensiones. Pues bien, pienso que podemos tener razones suficientes para preguntarnos si en un mundo progresivamente más diverso y plural esa comunidad existe de manera indiscutida. Porque universalidad no significa que *unos* pensemos –con buenas razones, por cierto– que los derechos son universales, sino que *todos* estemos de acuerdo en que lo son (y además en cuáles lo son). Por ello, en momentos de crisis (social, política y económica) como los actuales, posiblemente sea un poco arriesgado hablar de una “victoria del modelo occidental” (p. 359). Y ello porque parece que ese es precisamente el modelo que está en crisis. Y no debemos olvidar que esta crisis es también, como señalé, una crisis de derechos. Por ello, no estoy muy seguro de que en todas las latitudes el “modelo occidental” se admita de manera indiscutida. Lo cual nos plantea el desafío de explorar alternativas que no traicionen el sentido de los derechos, que se ha ido materializando en la historia, tal y como nos muestra Giuseppe Franco Ferrari.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail:javofil@der-pu.uc3m.es