Democracia y garantismo

Luigi Ferrajoli

Edición de Miguel Carbonell

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Primera edición: 2008
Segunda edición: 2010

© Editorial Trotta, S.A., 2008, 2010
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Luigi Ferrajoli, 2008

© Miguel Carbonell, para el prólogo, 2008

© Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgarejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Christian Courtis, Marina Gascón Abellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe, para sus respectivas traducciones, 2008

ISBN: 978-84-9879-005-4
Depósito legal: M-32.141-2010

Impresión
Gráficas De Diego

ÍNDICE

Prólogo: Luigi Ferrajoli. Teórico del derecho y de la democracia: *Miguel Carbonell* 13

PRIMERA PARTE
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL 25

1. Democracia plebiscitaria 25
2. La democracia constitucional: un nuevo paradigma 27
3. Qué es una constitución 32
4. El constitucionalismo del futuro 35

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 42

1. ¿Cuáles son los derechos fundamentales? 42
   1.1. Derechos fundamentales y paz. El derecho a la autodeterminación de los pueblos 44
   1.2. Derechos fundamentales e igualdad. Las diferencias culturales 49
   1.3. Los derechos fundamentales como leyes del más débil. Cinco falacias del relativismo cultural 51
2. Derechos fundamentales y globalización 57

GARANTÍAS 60

1. Garantías y garantismo 60
2. Garantías primarias y garantías secundarias. Garantismo y constitucionalismo 63
3. El garantismo clásico liberal. Las garantías penales y procesales 67
4. El futuro del garantismo 71

respecto a los elementos mínimos que deben existir en todo régimen jurídico democrático.

Se trata, por tanto, de una tarea compartida entre el autor y sus lectores. Un diálogo de ida y vuelta, de responsabilidades comunes y de perspectivas de futuro. Es por todo ello que ya se habla de Ferrajoli como de un «clásico vivo», uno de los autores imprescindibles para entender el presente y para avizorar el futuro.

cionalismo de la igualdad), así como dotarlos de las respectivas garantías; en esos tres ámbitos la discusión no solamente no está cerrada, sino que apenas comienza.

PRIMERA PARTE

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1. DEMOCRACIA PLEBISCITARIA

En el debate que en estos años ha dividido nuestro país en torno a la reforma de la Constitución se han confrontado dos concepciones de la democracia: una primera concepción, impulsada por la derecha aunque también compartida por un sector de la izquierda, que llamaré democracia mayoritaria o plebiscitaria, y una segunda concepción que llamaré democracia constitucional.

Según la imagen simplificada propuesta por la primera concepción, la democracia consistiría esencialmente en la omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular. De esta premisa se siguen una serie de corolarios: la descalificación de las reglas y de los límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar «democracia constitucional». De esta impostura se desprende, sobre todo, una connotación plebiscitaria y antiparlamentaria de la democracia, que encuentra su expresión más apropiada en el presidencialismo, es decir, en la delegación a un jefe asumido como expresión directa de la soberanía popular.

Se trata de una idea nueva en la cultura política italiana, afirmada en estos años junto a lo que podemos llamar «ideología de la mayoría». Y sin embargo representa una idea antiquísima en la historia del pensamiento político: es la idea del *gobierno de los hombres* contrapuesta

Traducción de Christian Courtis.

a la del *gobierno de las leyes*, criticada ya por Platón y Aristóteles. Una ilusión que siempre vuelve a proponerse en los momentos de crisis de la democracia. Baste recordar la polémica, al inicio de los años treinta, entre Hans Kelsen, el mayor jurista de nuestro siglo, y Carl Schmitt, que terminó adhiriéndose al nazismo. Ante las tesis antiparlamentarias y presidencialistas de Schmitt —que contraponía al «desmembramiento partidista» del cuerpo social expresado en el parlamento el carácter unitario y orgánico de la representación operada por un presidente electo por el pueblo— Kelsen replicaba que un órgano monocrático, por lo demás desvinculado de una relación permanente de confianza con su base electoral, no puede, por su naturaleza, representar del mismo modo que un parlamento la pluralidad de fuerzas y de intereses en conflicto en la sociedad, sino únicamente a la parte vencedora en las elecciones. Y agregaba: «La idea de democracia implica ausencia de jefes». En ese espíritu se enmarcan enteramente las palabras que Platón, en su *República* (III, 9), pone en boca de Sócrates, en respuesta a la pregunta acerca de cómo debería ser tratado en el Estado ideal un hombre de calidades superiores, un genio:

> [...] le rendiríamos homenaje como a un ser divino, maravilloso, encantador, pero le diríamos que no hay en nuestra ciudad ningún hombre como él y que no puede haberlo, y lo enviaríamos a otra después de haber ungido con perfumes y coronado con cintas de lana su cabeza.

Evidentemente, tal concepción de la democracia como omnipotencia de la mayoría es abiertamente inconstitucional, ya que la constitución es justamente un sistema de límites y de vínculos a todo poder. Esa concepción tiene una inevitable connotación absolutista que, por lo demás, está en línea con la concepción hoy dominante del *liberalismo* que, de modo similar, ha venido identificándose cada vez más para el sentido común con la ausencia de reglas y de límites a la libertad de empresa. De allí ha resultado un trastocamiento del sentido de la expresión «democracia liberal». Hasta hace pocos años «democracia liberal» era un término noble, que designaba un sistema democrático informado por la tutela de las libertades individuales, por el respeto del disenso y de las minorías, por la defensa del Estado de derecho y de la división de poderes, así como por la rígida separación entre la esfera pública del Estado y la esfera privada del mercado: el exacto opuesto, como puede verse, de la palabra «absolutismo». En el uso que desde entonces ha penetrado en el lenguaje corriente, «democracia liberal» ha terminado por significar la ausencia de límites tanto a la libertad de mercado como a los poderes de la

mayoría, y en consecuencia la convergencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado; la omnipotencia de la mayoría y la ausencia de límites a la libertad de empresa, el desdén por las reglas y por los controles tanto en la esfera pública como en la esfera económica.

Está claro que estas dos ideas de «democracia» y de «liberalismo» son incompatibles entre sí y con la idea misma de «constitución», y que designan en realidad dos absolutismos convergentes: el de los poderes políticos de la mayoría y el de los poderes económicos del mercado. La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado «democracia constitucional», reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales —derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia— que toda mayoría está obligada a satisfacer. Es ésta la sustancia de la democracia constitucional —el pacto de convivencia basado sobre la igualdad *en droits*, el Estado social, más que liberal, de derecho— garantizada por las constituciones: «la Declaración de derechos», disponía la Constitución francesa del año III, «contiene obligaciones para los legisladores» de cuya observancia depende su legitimación.

Pero es precisamente esta sustancia de la democracia constitucional como sistema complejo de reglas, de vínculos y de equilibrios —el parlamentarismo y juntamente con él el Estado social, la división de poderes y con ella las garantías de los derechos— la que está hoy en crisis en el imaginario colectivo. Y sobre este modelo, entonces, resulta necesario hablar.

2. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UN NUEVO PARADIGMA

La tesis que sostendré es que la democracia constitucional es un modelo de democracia fruto de un cambio radical de paradigma acerca del papel del derecho producido en estos últimos cincuenta años: un

cambio sobre el que aún hoy en día no hemos tomado suficiente conciencia y, sobre todo, cuyas formas y técnicas de garantía aún estamos lejos de haber elaborado y asegurado.

¿Cuándo se produjo este cambio de paradigma? Creo que los cambios epocales de tal alcance no son identificables a partir de fechas determinadas. Se trata en realidad de mudanzas que se producen en el imaginario colectivo y en la cultura jurídica y política más que en las estructuras institucionales. De todos modos, si quisiéramos fijar una fecha para ubicar este cambio, tanto en la estructura del derecho como en la naturaleza de la democracia, podríamos señalar ciertamente 1945 o, si se quiere, el quinquenio 1945-1949, período posterior a la derrota del nazismo y del fascismo.

Es entonces, en aquellos años cruciales, cuando nace el actual paradigma de la democracia constitucional. En las circunstancias culturales y políticas en las que nace el constitucionalismo actual —la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1948— se comprende que el consenso de masas sobre el cual estaban fundadas las dictaduras fascistas, aunque fuera mayoritario, no puede ser ya la única fuente de legitimación del poder. Y se redescubre, por ello, el significado de la «constitución» como límite y vínculo a los poderes públicos, estipulado dos siglos antes en el artículo 16 de la *Declaración de derechos del hombre* de 1789: «Toda sociedad en la que no están aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución». Se redescubre, en suma —a nivel no sólo estatal sino internacional—, el valor de la constitución como norma dirigida a garantizar la división de poderes y de derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios negados por el fascismo. Por esto es apropiado decir que el antifascismo es una nota genética no sólo de la democracia italiana, sino más en general de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la segunda guerra mundial, ya que la democracia ha sido redefinida y, por así decirlo, ha tomado nueva conciencia de sí misma a través de la negación del fascismo y de todo cuanto el fascismo había negado —el valor de la paz, la división de poderes, la igualdad de todos los hombres y las mujeres del planeta, la tutela de sus derechos fundamentales.

Pues bien, este cambio de paradigma, que ha hecho posible el papel de las constituciones como garantía de la división de poderes y de los derechos fundamentales, se produjo con aquella verdadera invención de este siglo, consistente en el carácter rígido de la constitución

—o, si se prefiere, en la garantía de esa rigidez—, y en consecuencia en la sujeción al derecho de todos los poderes, incluso el poder legislativo, en el plano del derecho interno y también el del derecho internacional: su sujeción, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva, y ante todo a los derechos fundamentales, establecidos tanto en las constituciones estatales como en ese embrión de constitución mundial constituido por la Carta de las Naciones Unidas y la *Declaración universal de los derechos humanos*.

¿Qué significa en realidad la «rigidez» de las constituciones? Significa el reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma y, por otro, de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales. Gracias a estas dos innovaciones se desvanece el principio de soberanía en el sentido clásico de *potestas legibus soluta ac superiorem non recognoscens*, dado que en presencia de constituciones no existen ya sujetos soberanos ni poderes *legibus soluti*. Ya no existe la soberanía interna, dado que todos los poderes públicos —incluso el legislativo y por ende el parlamento, y con él la llamada soberanía popular— están sujetos a la ley constitucional. Y tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los Estados se han sometido al *pactum subiectionis* —ya no simplemente a *associationis*— representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de las Naciones Unidas y con la prohibición de la guerra y la obligación de respeto de los derechos fundamentales establecidos por ella.

De allí se desprende un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia. En el paradigma paleopositivista del Estado liberal la ley, sea cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho.

Es cierto que en todos los ordenamientos evolucionados había constituciones y leyes. Pero las cartas constitucionales —más allá de lo que pensemos hoy de su «natural» rigidez— no eran consideradas, en la cultura de aquella época, como vínculos rígidos hacia el legislador, sino más bien eran concebidas como documentos políticos, o a lo sumo como simples leyes ordinarias. Basta recordar el juicio lapidario sobre la *Declaración* de 1789 formulado por Jeremy Bentham, quien en un panfleto titulado *Anarchical fallacies* («Falacias anárquicas») la descalificó como un conjunto de edificantes principios de justicia o de derecho natural que nada tenía que ver con el derecho positivo, sin darse cuenta de que el propio derecho positivo, gracias a esa *Declaración*, había cambiado su naturaleza y que los principios

de justicia incorporados en ella cesaban, una vez estipulados, de ser sólo principios ético-políticos para convertirse en normas de derecho positivo que obligaban al sistema político a su respeto y tutela. O bastaría recordar el Estatuto albertino del Reino de Italia, que fue considerado una simple ley —aun cuando particularmente solemne— y como tal pudo ser trastocada y despedazada en 1925, sin necesidad de un golpe de estado formal, por las *leggi fascistissime* de Mussolini.

Y ello dado que no existía en el imaginario de los juristas y en el sentido común, hasta hace cincuenta años, la idea de una ley por encima de las leyes, o bien de un derecho por encima del derecho. Era inconcebible que una ley pudiese limitar a la ley, siendo la ley —éste era el paradigma iuspositivista de la modernidad jurídica— la única fuente, y por ello omnipotente, del derecho: ya fuese concebida como producto de la voluntad del soberano, o legitimada como la expresión de la mayoría parlamentaria. De ahí que el legislador, o en la mejor de las hipótesis el parlamento, era a su vez concebido como omnipotente, y omnipotente era en consecuencia la política, cuyo producto e instrumento es el derecho. Con el ulterior resultado de una concepción formal y procedimental de la democracia, identificada únicamente con el poder del pueblo y en realidad con los procedimientos y mecanismos representativos dirigidos a asegurar el poder de la mayoría.

Todo esto cambia radicalmente con la afirmación, o si se quiere con el reconocimiento, de la constitución como norma suprema, a la cual todas las otras normas están rígidamente subordinadas. Gracias a la garantía ilustrada antes de la rigidez constitucional, la legalidad cambia de naturaleza: no es sólo condicionante y disciplinante, sino que ella misma es condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no sólo formales, sino también sustanciales; ya no es simplemente un producto del legislador, sino que también es proyección jurídica del derecho mismo y por ende límite y vínculo para el legislador. De ahí que el derecho resulta positivizado no sólo en su «ser», es decir, en su «existencia», sino también en su «deber ser», es decir, en sus condiciones de «validez»; ya no sólo el «quién» y el «cómo» de las decisiones, sino también el «qué»: qué no debe decidirse —es decir, la lesión de los derechos de libertad— y, por el contrario, qué debe decidirse —es decir, la satisfacción de los derechos sociales.

Podemos llamar a este derecho por encima del derecho «modelo», «sistema» o «paradigma garantista», en oposición a aquel paleopositivista del Estado liberal preconstitucional. Este modelo ya no se limita a programar sólo las *formas* de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes,

sino que además programa sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia —igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales— inscritos en las constituciones.

Precisamente en este derecho por encima del derecho, en este sistema de normas metalegales destinadas a los poderes públicos y ante todo al legislador, consiste la *constitución*: se trata de la *convención democrática* acerca de lo que es indecidible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser dicididas, y por qué otras no pueden no ser decididas. Esta convención —en la cual bien podemos reconocer la forma positiva concretamente asumida por el «contrato social», hipotetizado por las filosofías iusnaturalistas, de Hobbes a Locke y a Beccaria— no es otra cosa que la estipulación de aquellas normas que son «derechos fundamentales», es decir, de aquellos derechos elaborados por la tradición iusnaturalista, en el origen del Estado moderno, como «innatos» o «naturales», y convertidos, una vez incorporados a aquellos contratos sociales en forma escrita que son las modernas constituciones, en derechos positivos de rango constitucional.

Se trata de un cambio revolucionario del paradigma del derecho y, conjuntamente, de la jurisdicción, de la ciencia jurídica y de la misma democracia: de un cambio cuyo alcance considero que aún hoy no hemos medido suficientemente.

Cambian en primer lugar las condiciones de validez de las leyes, que dependen del respeto ya no sólo de normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia con los principios de justicia establecidos en la constitución.

Cambia en segundo lugar la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley, que ya no consiste, como en el viejo paradigma iuspositivista, en sujeción a la letra de la ley sin importar cuál fuera su significado, sino antes que nada en sujeción a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad.

Cambia en tercer lugar el papel de la ciencia jurídica, que en tal cambio resulta investida de una función ya no sólo descriptiva, como en el viejo paradigma paleopositivista, sino crítica y proyectual frente a su objeto: crítica de las antinomias y de las lagunas de la legislación vigente respecto a los imperativos constitucionales, y proyectual en orden a la introducción de técnicas de garantías que son necesarias para superar aquellas antinomias y lagunas.

Cambia, sobre todo, la naturaleza misma de la democracia. En efecto, la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales

—imponiendo obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos— ha insertado en la democracia una dimensión «sustancial», que se agrega a la tradicional dimensión «política», meramente «formal» o «procedimental». Si las normas formales de la constitución —aquellas que disciplinan la organización de los poderes públicos y que en la Constitución italiana están contenidas en la segunda parte— garantizan la dimensión formal de la «democracia política» que se refiere al *quién* y al *cómo* de las decisiones, sus normas sustanciales —aquellas que establecen los principios y derechos fundamentales y que, en la Constitución italiana, están contenidas en la primera parte— garantizan lo que bien podemos denominar la dimensión material de la «democracia sustancial», que se refiere a *qué* no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos por ella.

Cambia, finalmente, y como consecuencia de todo ello, la relación entre la política y el derecho, dado que ya no es el derecho el que se subordina a la política como instrumento, sino la política la que se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales: vínculos negativos, tales como los generados por los *derechos de libertad* que no pueden ser violados; vínculos positivos, tales como los generados por los *derechos sociales* que deben ser satisfechos. Política y mercado quedan configurados de tal manera como *la esfera de lo decidible*, rígidamente delimitada por los derechos fundamentales, los cuales, justamente por estar garantizados a todos y sustraídos de la disponibilidad del mercado y de la política, determinan la esfera de lo que debe o no debe ser decidido, sin que ninguna mayoría —ni siquiera la unanimidad— pueda decidir legítimamente violarlos o no satisfacerlos.

3. QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN

Aquello que llamamos constitución consiste precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene como destinatarios propios a los titulares del poder. Bajo este aspecto las constituciones no representan sólo el perfeccionamiento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, incluso al legislativo. Constituyen también un programa político para el futuro: la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como fuente para su legitimación, pero además —y diría

sobre todo— para su deslegitimación. Constituyen, por así decirlo, utopías de derecho positivo que, a pesar de no ser realizables perfectamente, establecen de todos modos, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales.

Bastaría esa función de límite y vínculo a la mayoría, como garantía de los derechos de todos, para excluir la posibilidad de que las constituciones estén a disposición de la misma mayoría y para reconocer su naturaleza de pacto fundante dirigido a asegurar la paz y la convivencia civil. Si es el conjunto de reglas del juego el que mantiene la corrección del juego, estos pactos no pueden dejar de establecer garantías para todos los jugadores —comenzando por los más débiles—. Si tienen por destinatarios a los poderes constituidos, no pueden ser modificados, o derogados, o debilitados por ellos mismos, sino sólo ampliados y reforzados. En fin, si las normas constitucionales sustanciales no son otra cosa que los derechos fundamentales, ellas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los derechos fundamentales. Es en esta titularidad común, según creo, donde reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular.

Esta naturaleza pactada es, al fin y al cabo, intrínseca a la noción misma de constitución, tanto en el plano filosófico como en el plano histórico. En el plano filosófico, se trata de un fruto de la idea contractualista —formulada por Hobbes y desarrollada posteriormente por el pensamiento jurídico ilustrado— según la cual el Estado y el derecho no son, como en la concepción clásica y premoderna, un hecho natural (de acuerdo con la clásica máxima *ubi societas, ubi ius*), sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para la tutela de sus necesidades y derechos naturales: el derecho a la vida según Hobbes, los derechos de libertad y propiedad según Locke, los derechos políticos y sociales tal cual se han venido agregando con el constitucionalismo moderno. Se trata de una idea moderna, que invierte la concepción aristotélica del derecho y de la comunidad política como entidades necesarias y naturales expresada por *ubi societas, ubi ius*: naturales no son el derecho y el Estado, sino la ausencia de derecho y el estado de naturaleza, es decir, los seres humanos de carne y hueso, con sus necesidades y derechos naturales, mientras que el Estado es un artificio que se justifica sólo en cuanto instrumento de tutela de las personas físicas y naturales. En este sentido, la idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia, en sus dos dimensiones: de la democracia política o formal, dado que la legitimación del poder público pasa a fundarse en el consenso de los contratantes; del Estado de derecho y de la de-

mocracia sustancial, dado que este consenso está condicionado por el respeto a los derechos naturales positivamente estipulados para la tutela de todos.

Las cartas constitucionales y las declaraciones de derechos no son otra cosa que estos pactos sociales, expresados en forma escrita, cuyas cláusulas son los principios y derechos fundamentales que de «naturales» se transforman, gracias a su estipulación, en «positivos» y «constitucionales»: los derechos de libertad, cuya negación y limitación queda prohibida, y los derechos sociales, cuya satisfacción es exigida. Bajo este aspecto el Estado de derecho precede a la democracia política no sólo históricamente, en el sentido de que nace con las monarquías constitucionales, mucho antes que la democracia representativa, sino también axiológicamente, en el sentido de que se trata de un conjunto de límites y vínculos a la misma democracia política. Lo que la democracia política no puede suprimir, aunque estuviera sostenida en la unanimidad del consenso, son precisamente los derechos fundamentales, que por ende son derechos contra la mayoría, siendo establecidos —como inalienables e inviolables— contra cualquier poder y en defensa de todos.

La génesis histórica de las constituciones también confirma su naturaleza de pacto, de contrato social escrito impuesto al soberano para limitar y vincular los poderes, que de otro modo serían absolutos. Todas las constituciones dignas de esa denominación han nacido como ruptura con el pasado y, simultáneamente, como convención programática sobre el futuro. La idea de contrato social no sólo es una categoría filosófica, sino que se identifica con la idea misma de la liberación revolucionaria y de la refundación sobre la base pactada de la convivencia civil, como obra de las convenciones constitucionales con las cuales los padres constituyentes del moderno Estado de derecho decretaron el fin del absolutismo real.

Bajo este aspecto fueron Cartas revolucionarias no sólo la estadounidense y la francesa, sino también la mayor parte de las europeas, reivindicadas por los movimientos a favor de los estatutos durante la primera mitad del siglo XIX. Ninguna de estas constituciones cayó espontáneamente del cielo, ni fue elaborada en los gabinetes de los juristas. Todas, no sólo las constituciones de los siglos XVIII y XIX, sino también las del siglo XX, fueron conquistadas con luchas sangrientas por movimientos populares que —sin preocuparse de su naturaleza jurídica— afirmaban con ella su voluntad constituyente: la Constitución italiana, nacida de la resistencia y de la guerra de liberación contra la dictadura fascista; la Ley Fundamental alemana, fruto del repudio del nazismo; las constituciones española y portuguesa, fruto de la ruptura de los regímenes de Franco y Salazar; la misma Carta de las Naciones Unidas y la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948, nacidas de la ruptura de aquel *ancien régime* internacional constituido por la anarquía de las relaciones entre Estados basada en la guerra y en la soberanía salvaje. Las constituciones son siempre el producto de rupturas revolucionarias y de pactos fundadores o refundadores de la convivencia civil. Y es en esta génesis y naturaleza donde radica su diferencia con las constituciones de papel, meras concesiones o simples copias de las europeas, como aquellas con las que cuentan muchos ordenamientos autoritarios o democracias frágiles.

4. EL CONSTITUCIONALISMO DEL FUTURO

Si todo esto es cierto, el constitucionalismo no sólo es una conquista y legado del pasado sino tal vez el legado más importante de nuestro siglo. Es también, y creo que ante todo, un programa para el futuro, en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y también en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.

Se trata de tres expansiones, todas igualmente indispensables, del paradigma garantista y constitucional legado de la tradición. Este paradigma, como sabemos, ha nacido en defensa de los derechos de libertad, ha sido conjugado sólo como sistema de límites a los poderes públicos y no a los poderes económicos y privados —que la tradición liberal ha confundido con los derechos de libertad— y ha permanecido dentro de los confines del Estado nación. El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, sólo quedará garantizado por esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, como complemento del consti-

tucionalismo liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, como complemento del constitucionalismo de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, como complemento del constitucionalismo estatal.

Creo que tal expansión reside en la lógica misma del constitucionalismo. La historia del constitucionalismo es la historia de un progresivo ensanchamiento de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones de derechos y en las constituciones del siglo XIX, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente sano y a la información hoy reivindicados y aún no totalmente constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que se trata de conquistas de movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales estadounidense y francesa, los movimientos del siglo XIX por los estatutos, las luchas obreras del siglo pasado y de este siglo. Puede decirse que todas las generaciones de derechos equivalen a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: liberales, socialistas, feministas, ecologistas, pacifistas.

Y no sólo eso. Los derechos fundamentales —desde el derecho a la vida, pasando por los derechos de libertad, hasta los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación y a la subsistencia— siempre se han afirmado como la *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte, que regía y regiría en su ausencia: de quien es más fuerte económicamente como en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente como en la comunidad internacional.

Y más aún. *Todo* el derecho es la ley del más débil, y como ley del más débil ha progresado. Es la ley del más débil el derecho penal, que protege al más débil, que es, dependiendo de la circunstancia, la víctima en el momento del delito, el imputado en el momento del proceso, el detenido en el momento de la ejecución penal. Es la ley del más débil el derecho del trabajo, que protege a los trabajadores contra las razones del lucro y de la empresa. Es la ley del más débil el derecho de familia, que protege a los hijos o a los padres o a los cónyuges contra los abusos y los incumplimientos de los padres más fuertes. Es la ley del más débil incluso el derecho civil, que protege la propiedad contra la apropiación violenta. Es la ley del más débil el derecho público, constitucional y administrativo, que protege a los ciudadanos contra el arbitrio de los poderes públicos. Es la ley del más débil —hoy mucho más que nunca antes— el derecho internacional, que protege a los individuos de la violencia de sus Estados, a

los Estados más débiles de aquellos más fuertes, a la humanidad entera de la amenaza de la guerra, de la lógica desenfrenada del mercado y de los atentados al medio ambiente.

Pues bien: siempre, en la historia, toda conquista de derechos, todo progreso de la igualdad y de las garantías de la persona, ha sido determinada por el desvelamiento de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o distintos, que se tornó en cierto punto intolerable: la persecución de los herejes y la lucha por la libertad de conciencia al inicio de la edad moderna, más tarde la de los disidentes políticos y las batallas por la libertad de prensa y de opinión; más tarde la explotación del trabajo obrero y las luchas sociales por los derechos del trabajador; más tarde, aún, la opresión y la discriminación contra las mujeres y las batallas por su emancipación y liberación. Siempre, en un determinado momento, el velo de «normalidad» que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desgarrando por sus luchas y reivindicaciones.

Hoy el gran desafío que se le plantea a la democracia es el generado por la desigualdad, creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres; entre nuestras opulentas sociedades democráticas y las cuatro quintas partes del mundo que viven en condiciones de miseria; entre nuestro alto nivel de vida y el de millones de seres humanos con hambre. Se trata además de una desigualdad agravada, con la aparente paradoja del reconocimiento y de la garantía de los derechos en nuestras democracias, cuyo efecto es el de hacer que nuestra cultura jurídica «superior» —la de nuestros derechos y nuestra democracia— se convierta en un factor ulterior de diferencia entre «nosotros» y los «otros», entre incluidos y excluidos de nuestras ricas ciudadanías democráticas, o, peor aún, de diferenciación racista de los excluidos como inferiores y, por ello, destinatarios de la exclusión. Y ello porque existe un nexo profundo entre la idea de democracia en un solo país, o sea, sólo en los países de Occidente —y en consecuencia de la desigualdad en los derechos—, y el racismo. Como la paridad de derechos genera un sentido de la igualdad y con él la tolerancia y el respecto del otro como igual, del mismo modo la desigualdad de derechos, sobre todo en sociedades fundadas sobre la igualdad interna, genera la imagen del otro como desigual, es decir, como inferior antropológicamente en cuanto inferior jurídicamente.

Es entonces un nuevo y gran salto —que todavía falta dar— el anunciado y prometido por la Carta de las Naciones Unidas y por los tratados internacionales de derechos humanos, tanto los referidos a derechos de libertad como aquellos que estipulan derechos económicos, sociales y culturales. Un salto del que depende no sólo el futuro

de la convivencia mundial, sino también la credibilidad de nuestras mismas democracias nacionales. Creo justamente que hoy no puede hablarse decentemente de democracia, de igualdad, de garantías y de universalidad de los derechos humanos si no tomamos finalmente «en serio» —según la feliz expresión de Ronald Dworkin— la *Declaración universal de los derechos humanos* de las Naciones Unidas de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966; si continuamos encerrándonos en los confines estatales de nuestras democracias, extendidos tal vez a los de la «fortaleza Europa»; si seguimos disociando derechos humanos y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Después de la caída de los muros y del fin de los bloques, no existen más pretextos para que la democracia —cuyos triunfos celebramos— no se torne finalmente una realidad. Tornar real la democracia en su dimensión transnacional, tomar en serio los derechos humanos solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales, significa esencialmente dos cosas.

Significa ante todo reconocer el carácter supraestatal de los derechos fundamentales y en consecuencia desarrollar, en sede internacional, garantías idóneas para tutelarlos y satisfacerlos aun contra o sin sus Estados: 1) la concreta institución de la Corte Penal Internacional para crímenes contra la humanidad, cuyo estatuto fue aprobado en Roma en julio de 1998; 2) la imposición de un sistema de obligaciones internacionales para la protección de los derechos sociales, aun en los países más pobres; 3) el progresivo desarme de los Estados miembros de las Naciones Unidas y en general la calificación de todas las armas como bienes ilícitos, a través de la prohibición de su producción y tenencia, y simultáneamente la instauración del monopolio de la fuerza legal al frente de los organismos internacionales democráticamente representativos.

En segundo lugar, tomar en serio los derechos fundamentales significa hoy tener el coraje de desvincularlos de la noción de ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de estatus, la última rémora premoderna de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación —en lugar de ser factor de inclusión e igualación, como lo fue en el origen del Estado moderno—, la última contradicción irresuelta con la universalidad de los derechos humanos proclamada en las constituciones estatales y en las convenciones internacionales. Y desvincular los derechos humanos de la ciudadanía significa no sólo reconocer su carácter supraestatal y protegerlos exclusivamente dentro sino también fuera y contra los Estados. Significa también poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su goce a la gran mayoría de la humanidad y condena al hambre a más de mil millones de seres humanos. Significa, en concreto, transformar en derechos de la persona los únicos dos derechos de libertad reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros países privilegiados.

Es cierto que la efectiva universalización de tales derechos, comenzando por la libertad de residencia y circulación, crearía enormes problemas para nuestros países, hoy asediados por la presión de la inmigración de todo el resto del mundo; y que el problema de la pobreza de los países subdesarrollados del sur del mundo se soluciona no tanto abriendo las fronteras, sino resolviendo en esos países el problema del desarrollo. Pero también es cierto que Occidente no afrontará jamás seriamente estos problemas si no los siente como propios. Y no los sentirá jamás como propios si no se siente amenazado directamente por la presión demográfica que proviene de esos países, y forzado a enfrentarse, después de haber invadido primero con la voracidad de su rapiña y luego con sus promesas el mundo entero, a la irrupción de las poblaciones hambrientas que hoy se agolpan en sus fronteras. Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, jamás caen de lo alto, sino que se consagran sólo cuando la presión de quien está excluido sobre las puertas de quien está incluido se hace irresistible. Esto significa admitir, en realidad, que no existe, a largo plazo, otra alternativa a las guerras y al terrorismo que no sea la efectiva universalización de los derechos fundamentales, de modo que jamás fue más actual e ineludible el nexo entre derechos fundamentales y paz consagrado en el preámbulo de la *Declaración universal* de 1948, y que en consecuencia la presión de los excluidos sobre nuestro mundo privilegiado no adoptará la forma de una violencia incontrolada sólo si nos vemos constreñidos a remover justamente las causas de la insostenibilidad de la ciudadanía en tanto que estatus privilegiado y a garantizar, tarde o temprano, a todos los mismos derechos, incluso las libertades de residencia y circulación.

Por una paradoja de la historia, estos mismos derechos —el de residencia y de circulación— fueron proclamados como universales justamente en el origen de la edad moderna, de nuestra propia cultura occidental. En 1539, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis*, que tuvieron lugar en la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitoria formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, proclamando como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el *ius communicationis*, el *ius migrandi*, el *ius pe-*

regrinandi in illas provincias et illic degendi, e incluso el de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*.

En ese entonces, cuando los hombres eran concretamente desiguales y asimétricos, siendo impensable la migración de los indígenas hacia Europa, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y posteriormente, durante cinco siglos, de la colonización y de la explotación del planeta entero, primero en nombre de la «misión de evangelización» y después de la «misión de civilización». Hoy, cuando la situación se ha invertido —son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países—, la reciprocidad y la universalidad de esos derechos es negada. Estos derechos han sido transformados en «derechos de ciudadanía» —exclusivos y privilegiados, ya que están reservados sólo a los ciudadanos— y ni siquiera se ha tratado de tomarlos en serio y de pagar su costo. Por ello, sobre su efectiva universalización se juega en el futuro próximo la credibilidad de los «valores de Occidente»; de la igualdad, de los derechos de la persona, de la propia ciudadanía.

Ciertamente, tal perspectiva de universalización puede hoy parecer poco realista y tener el sabor de una utopía jurídica. Pero la historia del derecho es también una historia de utopías bien o mal realizadas. No menos irreales ni menos ambiciosas debieron de parecer, por ejemplo, hace dos siglos, los desafíos a las desigualdades del *ancien régime* lanzadas por las primeras Declaraciones de derechos y la utopía que entonces animó a la Ilustración jurídica y, sucesivamente, a la historia entera del constitucionalismo y de la democracia. De modo que ésta es hoy, después de la caída de los muros y del fin de los bloques, la cuestión más importante que se le plantea a toda teoría de la democracia que pretenda ser consecuente con una teoría de los derechos fundamentales: constituir un «mundo de derecho» que niegue finalmente la ciudadanía, reconociendo a todos los hombres y las mujeres del mundo, simplemente en cuanto personas, los mismos derechos fundamentales.

Por otro lado, si queremos asumir un punto de vista «realista», creo que debemos distinguir entre realismo a corto plazo y realismo a largo plazo. Creo que la hipótesis menos realista es la de creer que la realidad puede permanecer tal como está: que podemos mantener nuestra «fortaleza Europa» y continuar basando nuestras ricas democracias y nuestro nivel de vida acomodado y despreocupado del hambre y la miseria del resto del mundo. Todo esto no puede durar. La presión de los excluidos, como se ha dicho, en un cierto momento resulta irresistible. Y sería seguramente una señal de realismo que

tomáramos por primera vez el derecho internacional en serio para no vernos arrollados por un futuro de guerras y violencia.

Y ello porque —podemos afirmarlo— no existen alternativas realistas frente al derecho y a su normatividad. También ésta es una de las duras lecciones de la historia, que nos ha enseñado que tal vez la razón del fracaso de aquella gran esperanza del pasado siglo constituida por el comunismo ha sido la ausencia de toda teoría del derecho y del Estado, y el total y ostentoso desprecio de la legalidad y el Estado de derecho. Por lo demás —y nuevamente la historia de la Edad Moderna nos lo recuerda—, el derecho y la democracia son construcciones humanas: dependen de la política y de la cultura, de la fuerza de los movimientos sociales y del empeño de cada uno de nosotros. Y de su presente y de su futuro todos nosotros tenemos parte de responsabilidad.