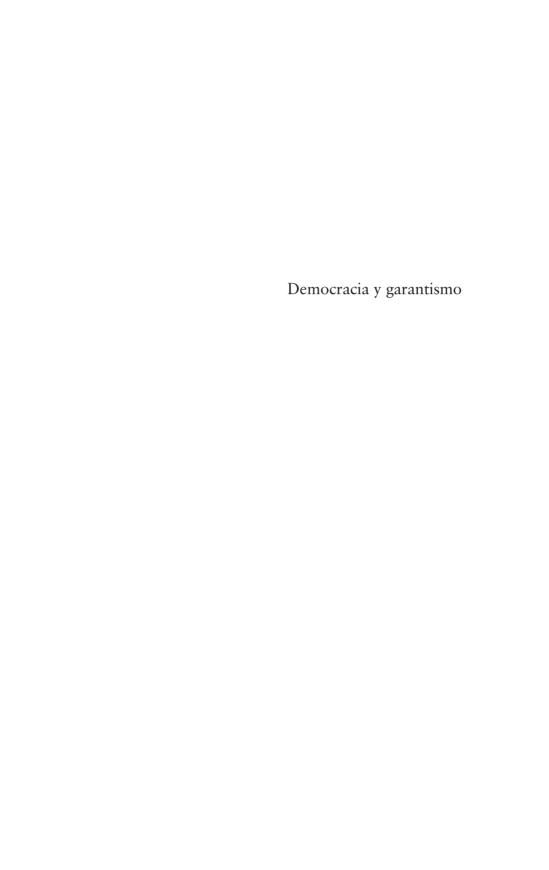
democracia y garantismo

EDICIÓN DE MIGUEL CARBONELL

F D I T O R I A I T R O T T A



Democracia y garantismo Luigi Ferrajoli Edición de Miguel Carbonell

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS Serie Derecho

© Editorial Trotta, S.A., 2008, 2013
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 (edición electrónica pdf): 978-84-9879-419-9

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
Democracia plebiscitaria	25 27 32 35
SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	42
 ¿Cuáles son los derechos fundamentales? Derechos fundamentales y paz. El derecho a la autodeter- 	42
minación de los pueblos	44 49
1.3. Los derechos fundamentales como leyes del más débil. Cinco falacias del relativismo cultural	51
Derechos fundamentales y globalización	57
Garantías	60
Garantías y garantismo Garantías primarias y garantías secundarias. Garantismo y	60
constitucionalismo	63
sales4. El futuro del garantismo	67 71

DEMOCRACIA Y GARANTISMO

Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelan-	
gelo Bovero	77
La democracia como método. Dos aporías	77 80 82
4. Sintaxis, semántica y pragmática de la democracia	85
Razón, derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio	90
I	90 91 95 97
La esfera de lo indecidible y la división de poderes	102
 La esfera de lo indecidible La división de poderes Funciones de gobierno y legitimación representativa. Funcio- 	102 104
runciones de gobierno y legitimación representativa. Funciones de garantía y legitimación legal Constitución, esfera constitucional de lo indecidible y división	106
de poderes	108
Las libertades en el tiempo del neoliberalismo	110
 Palabras y significados	110 111 113 113 116
DERECHO Y DOLOR	123
 Dolor infligido y dolor sufrido Iusnaturalismo, iuspositivismo, iusconstitucionalismo La crisis actual del paradigma constitucional 	123 125 129
Laicidad del derecho y laicidad de la moral	132
 Laicidad y democracia La separación entre derecho y moral Dos oposiciones: cognitivismo y anticognitivismo ético. Hete- 	132 134
ronomía y autonomía de la moral	137
Universalidad de los debechos elixidamental es y militiculturalismo	143

ÍNDICE

La cuestión del embrión entre derecho y moral	153
 ¿Separación o confusión entre derecho y moral? La cuestión moral. El significado de «persona» y el papel performativo de la autodeterminación de la maternidad. Las cuestiones jurídicas 3.1. El problema del aborto 3.2. El problema de la procreación asistida 3.3. El problema de la experimentación con embriones 4. El papel del derecho en las cuestiones bioéticas. Ley y juicio 	153 156 160 160 165 167 171
Segunda Parte Garantismo, derecho penal Y Jurisdicción	
La legalidad violenta	175
La legalidad penal Policía y «orden público» Espacios de la vida cotidiana	177 180 187
GARANTÍAS Y DERECHO PENAL	192
 Garantismo y derecho penal mínimo	192 193 196
 Cuestión criminal y cuestión penal en la actualidad Qué castigar: la despenalización Cómo castigar: la desprisionalización 	200 202 203
JURISDICCIÓN Y DEMOCRACIA	208
 Jurisdicción y Estado de derecho Jurisdicción y democracia	208 212 213 216
Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal	220
 Descodificación civil y descodificación penal. Las formas de la descodificación penal. Una crisis de la razón jurídica 	220 221
 Los costos de la descodificación penal	224 226 228

DEMOCRACIA Y GARANTISMO

El «derecho penal del enemigo» y la disolución del derecho penal	234
 Dos significados de la fórmula «derecho penal del enemigo» El terrorismo penal. El derecho penal como guerra, la guerra 	234
como sanción penal	237241
4. La ineficacia del derecho penal del enemigo. Medios y fines penales	243
la razón	247
CRISIS DE LA LEGALIDAD Y DERECHO PENAL MÍNIMO	251
 ¿Qué es el derecho penal mínimo? Una política de derecho penal máximo. La cuestión «seguri- 	251
dad»	252 257
digo	260
Tercera Parte Tres desarrollos del paradigma garantista	
Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica	267
 Derecho de información y mercado Libertad de información y propiedad de los medios de infor- 	267
mación	269271273
El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada	278
 Un nuevo bloque social Una alternativa racional a <i>Tangentopoli</i> Pacto constitucional y democracia 	278 279 282
EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: UN CAMBIO DE PARADIGMA EN SENTI- DO PUBLICISTA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	285
CONTRA LOS PODERES SALVAJES DEL MERCADO. A FAVOR DE UN CONSTITU- CIONALISMO DE DERECHO PRIVADO	293
Un modelo dividido de Estado de derecho Derechos de libertad y derechos-poder de autonomía Para un constitucionalismo de derecho privado	293 295 297

ÍNDICE

Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo	
GLOBAL	303
1. Dos conquistas del siglo XX	303
2. Un cambio de paradigma. Constitucionalismo y derechos vi-	
tales	305 309
Crisis del paradignia y ponticas de inderte El racismo institucional	314
5. Aporías y paradojas de la democracia	316
6. Una esfera pública internacional. Instituciones de gobierno e instituciones de garantía	318
7. Democracia y economía. Los costos de los derechos y los cos-	
tos de las violaciones de los derechos	322
Por una esfera pública del mundo	327
1. Los estragos del terrorismo del 11 de septiembre de 2001. El	
derecho a la guerra	327
2. Democracia y Estado de derecho en la era de la globalización	333
3. Dos puntos de vista sobre la crisis: desintegración o integra-	220
ción supranacional	339 345
4. Ona estera publica internacional	343
De la Carta de derechos a la formación de una esfera pública	
EUROPEA	350
Escepticismo constitucional	350
2. Constitución y pueblo. Una cuestión de hecho	352
3. Constitución y esfera pública. Una cuestión axiológica	354
Viejos y nuevos derechos en la Carta europea Carta europea y sistema de fuentes	357 360
5. Carta europea y sistema de fuentes	300
El derecho a la paz como norma constitutiva del derecho interna-	
CIONAL	363
1. El derecho a la paz	363
2. Los fundamentos axiológicos de la prohibición de la guerra	364
3. La prohibición de la guerra como norma constitutiva del orde-	260
namiento internacional	368 369
T. Dos ensenanzas dei macaso de la guerra de mak	309
Fuentas	371

Prólogo

LUIGI FERRAJOLI. TEÓRICO DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA

Miguel Carbonell Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM

Hay dos momentos que podríamos calificar como estelares, culminantes, en la carrera científica de Luigi Ferrajoli. El primero se produce en 1989, cuando aparece la primera edición italiana de su celebrado libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*¹; el segundo momento se ubica a finales del 2007, cuando aparece también en Italia su monumental trabajo *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*². En los casi veinte años que median entre uno y otro esfuerzo intelectual, Ferrajoli ha participado en un sinnúmero de debates y ha ofrecido conferencias en docenas de países, afinando sus tesis, refutando a los críticos, ampliando ciertas explicaciones y matizando algunos puntos de vista. Gracias a su reconocida diligencia, cada intervención ha sido cuidadosamente redactada, revisada y, en ocasiones, publicada. De esos textos se nutre el presente libro.

De hecho, *Democracia y garantismo* quiere ser una especie de «inventario selectivo» para orientar al lector en la producción científica de Ferrajoli durante el tiempo que va de la aparición de *Derecho y razón* hasta la de *Principia iuris*. Para tal efecto se han reunido una veintena larga de ensayos procurando recoger sobre todo textos que no figuran todavía en ninguno de los libros previos del autor.

La selección que ahora presentamos demuestra una vez más que el itinerario intelectual de Ferrajoli se nutre de una sólida formación teórica, pero a la vez está animado por un activismo cívico que es ejemplar —y probablemente único, dados sus alcances— dentro del

- 1. Con prólogo de Norberto Bobbio, Trotta, Madrid, 82007.
- 2. En tres volúmenes, Laterza, Roma-Bari, 2007. Trad. castellana, *Principia iuris. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2009 (en prensa).

mundo universitario. Perfecto Andrés Ibáñez lo ha descrito con las siguientes palabras: «Luigi Ferrajoli ocupa hoy un lugar central en la reflexión teórica sobre el derecho; y lo hace de manera muy singular, de un modo del que —diría— no existen precedentes en tal ámbito disciplinar. Porque en este autor se da la más afortunada combinación de rigor lógico-formal y riqueza de contenidos, de formación filosófica y conocimiento jurídico (experiencia práctica incluida), de empeño cultural y compromiso civil»³.

La arquitectura del edificio conceptual y analítico ferrajoliano se basa toda ella en una sola noción, que el autor concibe como nadie lo había hecho hasta ahora: la de democracia constitucional. Este concepto es el punto de llegada que desarrolla con brillantez y rigor en *Principia iuris*. Pero es también algo que ya estaba anunciado en *Derecho y razón*, particularmente en sus capítulos 13 y 14.

Los ensayos contenidos en las páginas del presente libro nos permiten comprender el tránsito desde el garantismo penal hasta la construcción de un paradigma completamente nuevo de teoría del derecho y de teoría de la democracia; o, lo que es lo mismo, de un paradigma nuevo de la democracia constitucional: democracia sí, pero con derechos fundamentales y con división de poderes, o sea, democracia sustancial.

Es de nuevo Perfecto Andrés quien ha advertido que son tres vectores, tres líneas de fuerzas o tres *almas* las que recorren la obra que Ferrajoli ha venido construyendo en los últimos cuarenta años:

- *a*) La primera es la del estudioso «con infinita capacidad para interrogar e interrogarse, dispuesto a llegar hasta donde la razón le lleve»⁴; esta vena analítica de Ferrajoli ya estaba presente desde sus primeros trabajos, publicados en la década de los años sesenta del siglo pasado, en los que se pueden rastrear sus esfuerzos iniciales para
- 3. P. Andrés Ibáñez, «Luigi Ferrajoli: los derechos rigurosamente en serio», Nexos (México), 366 (2008), p. 39. José Juan Moreso y Pablo Navarro han señalado que «una discusión filosófica fructífera exige una buena presentación de doctrinas alternativas, un conocimiento sólido de los contextos en que han surgido sus principales ideas y una considerable dosis de talento para detectar sus novedosas consecuencias [...] Estas tres virtudes asociadas al desarrollo y progreso en filosofía, imparcialidad en la reconstrucción de alternativas teóricas, dominio de los acontecimientos culturales asociados al surgimiento y consolidación de propuestas teóricas o diseños institucionales, y creatividad en el análisis crítico, están presentes de manera sobresaliente en los diferentes trabajos que Luigi Ferrajoli ha publicado a lo largo de casi cuatro décadas de investigación en teoría del derecho, lógica deóntica, filosofía política y teoría moral»: J. J. Moreso y P. E. Navarro, «Introducción» en L. Ferrajoli, Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004, p. 9.
 - 4. P. Andrés Ibáñez, «Luigi Ferrajoli...», cit., p. 40.

construir una teoría axiomatizada del derecho. La influencia inicial de Norberto Bobbio y los posteriores diálogos de Ferrajoli con la escuela analítica italiana, inspirada por Giovanni Tarello pero llevada a su más alta expresión por Riccardo Guastini y Paolo Comanducci, han marcado en gran parte su esfuerzo en esta primera línea de fuerza. De hecho, el rigor analítico de nuestro autor queda de manifiesto en el uso de la lógica simbólica a lo largo del tomo I de *Principia iuris* y sobre todo en el tomo III de la misma obra, dedicado por entero a la «demostración» de las fórmulas con las que axiomatiza su teoría del derecho y de la democracia.

b) La segunda es la del jurista práctico, ocupado en dar soluciones concretas a problemas igualmente concretos y, en particular. inmerso en la tarea de configuración en clave constitucional del papel de los jueces en el Estado constitucional de derecho. A Ferrajoli le han interesado desde hace muchos años las relaciones entre los jueces y la democracia, entre los jueces y la política, entre los jueces y los derechos fundamentales. Sus construcciones teóricas reposan en buena medida en el concepto de «garantía», entendida como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo⁵. Una parte importante de la puesta en práctica de las garantías propias del Estado constitucional corresponde a los órganos judiciales, guardianes en última instancia de los derechos fundamentales y de todo el edificio diseñado por las constituciones de nuestros días. Ese papel crucial de los jueces, defendido por Ferrajoli y por muchos de sus seguidores, ha sido criticado con frecuencia por quienes ven en él no un resorte que asegura la pervivencia y la fortaleza del régimen democrático y constitucional, sino una de sus más claras amenazas⁶.

Son muy conocidas las soflamas lanzadas contra la «judicialización» de la vida pública y contra el «excesivo» protagonismo de los jueces, cuyas decisiones, a veces, inciden de manera *perturbadora* en

- 5. Ver el ensayo titulado «Garantías», infra.
- 6. Las críticas contra el excesivo «judicialismo» de la teoría de Ferrajoli han aparecido a propósito de varios de sus postulados; por ejemplo, en el trabajo de Anna Pintore, «Derechos insaciables» en L. Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, ³2007, pp. 243-265. La respuesta de Ferrajoli puede verse en el mismo volumen, pp. 322-329. Otras observaciones críticas sobre el mismo punto se encuentran en los ensayos de Pablo de Lora, «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», y de José Luis Martí Mármol, «El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», ambos en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2005, pp. 251-265 y 365-401, respectivamente. Ferrajoli ha contestado a estas dos críticas en su libro Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Trotta, Madrid, 2006.

las distintas realidades estatales. Y no han faltado insinuaciones de que la concepción de Ferrajoli podría representar un indiscriminado aval legitimador de cualquier tipo de intervenciones de esa procedencia, en lo que hay un olvido y un error, seguramente nada inocentes. Lo primero, porque se prescinde del dato de que, en general, esa clase de actuaciones han sido rigurosamente debidas por razón de legalidad, y legalidad penal, en vista de las frecuentes derivas criminales de la política, que el principio democrático nunca podría cubrir y menos aún justificar. Y, lo segundo, porque del modelo de Estado adoptado por Ferrajoli forma parte la más exigente concepción de la jurisdicción como instancia de garantía. También, y diría que antes que nada, frente a los propios jueces, normativamente vinculados en términos estrictos, tanto en el plano del tratamiento de la quaestio facti como en el de la lectura y aplicación de la legalidad, y constreñidos a legitimar constitucionalmente su proceder acto por acto. Se trata de exigencias que no suelen verificarse, ni en la teoría ni mucho menos en la práctica, en el quehacer de otros poderes.

Podrá objetarse —y será cuestión de ver con qué fundamento— el modelo en su conjunto, pero no es válido apuntar sólo contra uno de sus cimientos, que es el papel central de la jurisdicción; a la que la misma Constitución impone en ocasiones cierto *activismo*, que desde luego nada tiene que ver con el aventurerismo, justamente denostado, propio de ciertas recusables modalidades de la actuación judicial⁷, que encuentran, sin duda, en Ferrajoli un crítico inmisericorde y en sus planteamientos un claro referente deslegitimador⁸.

- 7. Tal sería el caso de una experiencia histórica bien conocida, la de la oposición de las cortes estatales norteamericanas a la legislación social, en los albores del siglo XX, estudiado por E. Lambert en su ya clásica obra (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'experience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard & Cie, Paris, 1921) y retomado después por los especialistas en la historia judicial de los Estados Unidos (G. E. White, *The constitution and the new deal*, Harvard University Press, Cambridge, 2001). Y, en estos años, el de algunas actuaciones *estelares*, por fortuna ocasionales, expresión de cierto *justicialismo* de oportunidad, deficitario en materia de garantías y, por eso, de más que cuestionable cobertura legal. Ambas clases de supuestos se hallan claramente fuera del paradigma constitucional en la materia y en las antípodas del modelo de juez postulado por Ferrajoli.
- 8. Un análisis del concepto de «activismo judicial» y de sus alcances, realizado además por quien ha vivido el ejercicio judicial durante décadas y de forma por demás brillante, puede verse en A. Barak, *The judge in a democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2006. Desde luego, el activismo que es propio del modelo del Estado constitucional no es el «activismo cuantitativo» que Gustavo Zagrebelsky ha denunciado en una de sus elocuentes reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales; el activismo cuantitativo es la «mera productividad» del tribunal, en cuya

El nuevo papel de los jueces ha permitido avanzar hacia una «juridificación» del sistema democrático, sometiendo la política a la lógica de la legalidad (al menos en el nivel del discurso, otra cosa es lo que sucede en la realidad de todos los días, sobre todo en países, como muchos de América Latina, en los que la imposición de las reglas jurídicas a la vida política todavía deja mucho que desear). No se trata de defender una posición «invasiva» de la jurisdicción sobre la política. Todo lo contrario; se trata de asegurar ámbitos claramente diferenciados para una y otra: la política puede llegar hasta donde le señala la Constitución, entendida como la norma encargada de delimitar el perímetro de la ferrajoliana esfera de lo indecidible; la jurisdicción, por su parte, debe actuar de tal manera que no asfixie a la democracia por exceso, ni por defecto, lo cual se puede dar casi por descontado si los jueces se ajustan aunque sea mínimamente a las normas que los rigen¹⁰.

Ahora bien, situemos la discusión en sus justos alcances. No se ha verificado nunca en la historia un desbordamiento de las funciones de los jueces por exceso de activismo. Tomemos el ejemplo más conocido sobre un Tribunal activista: la Suprema Corte de los Estados Unidos mientras fue presidida por Earl Warren, entre 1953 y 1969¹¹.

consecución se ponen todas las energías de sus miembros, como si su tarea fuese la de sacar el mayor número de asuntos para poder presentar, a final de año, una estadística satisfactoria para quienes no entienden para qué puede servir la jurisdicción constitucional. Zagrebeslky apunta que hay que resistir siempre esta tentación por los números gruesos. Tiene razón, ya que las grandes épocas de la jurisdicción constitucional no son recordadas precisamente por el número de sentencias dictadas, sino por su impacto en la sociedad. La Suprema Corte de los Estados Unidos, que como quiera es un ejemplo del que mucho se puede y se debe aprender, no emite más de setenta u ochenta sentencias al año. Pero el impacto de cada una de ellas no tiene parangón en casi ningún otro país del mundo. Ver sobre el «activismo cuantitativo» el apunte de G. Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, p. 43.

- 9. Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional constitucionalmente correcta pueden verse las reflexiones de P. Andrés Ibáñez, «El juez» en L. M. Díez Picazo (ed.), El oficio de jurista, Siglo XXI, Madrid, 2006, pp. 149-169, y especialmente páginas 152-155, en las que explica el modelo de juez dentro de «la alternativa neoconstitucional». Del mismo autor, En torno a la jurisdicción, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 110-115.
- 10. La idea del espacio de oxígeno que necesita la política y que no puede ser ocupado por la Constitución ha sido defendida, como un elemento de la «ductilidad» del derecho, por el propio G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 82008.
- 11. Sobre la Corte Warren y sus más destacadas sentencias, así como sobre sus integrantes, existen centenares de libros y quizá miles de artículos publicados. Ha sido una de las etapas de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha merecido una mayor atención de los especialistas. Para una primera aproximación puede ser de utilidad

¿Qué fue lo que hicieron ese grupo de jueces que no fuera estrictamente apegado al paradigma irrenunciable del Estado constitucional? Si revisamos sus más conocidas sentencias veremos que, lejos de asumir funciones que no les correspondían, los justices de la Corte Warren se limitaron a aplicar, pero con todas sus consecuencias, lo que con claridad se podía deducir del texto constitucional vigente. En ese entonces se generaron importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso Brown versus Board of Education de 1954)¹², de supremacía judicial en la interpretación de la Constitución (Cooper versus Aaron de 1958), de cateos y revisiones policíacas (caso Mapp versus Ohio de 1961)13, de libertad religiosa (caso Engel versus Vitale de 1962)¹⁴, de asistencia letrada gratuita (caso Gideon versus Wainwrigth de 1963)15, de libertad de prensa (New York Times versus Sullivan de 1964)16, de derechos de los detenidos (Miranda versus Arizona de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres (Griswold versus Connecticut de 1965, en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos)¹⁷.

revisar el libro de M. Tushnet (ed.), *The Warren court in historical and political perspective*, Virginia University Press, Charlottesville, London, 1993. Una muy completa biografía del propio Earl Warren puede verse en J. Newton, *Justice for all. Earl Warren and the nation he made*, Riverhead Books, New York, 2006.

- 12. J. Patterson, Brown versus Board of education. A civil rights milestone and its troubled legacy, Oxford University Press, New York, 2001; R. Kluger, Simple justice. The history of Brown v. Board of Education and black america's struggle for equality, Vintage Books, New York, 2004; R. J. Cottrol y otros, Brown v. Board of Education. Caste, culture and the Constitution, Kansas University Press, Lawrence, 2003.
- 13. C. N. Long, Mapp v. Ohio. Guarding against unreasonable searches and seizures, Kansas University Press, Lawrence, 2006.
- 14. B. J. Dierenfield, *The battle over school prayer. How Engel v. Vitale changed america*, Kansas University Press, Lawrence, 2007.
 - 15. A. Lewis, Gideon's trumpet, Vintage Books, New York, 1989.
- 16. A. Lewis, Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda, SIP, Miami, 2000.
- 17. J. W. Johnson, Griswold v. Connecticut. Birth control and the constitutional right of privacy, Kansas University Press, Lawrence, 2005; L. Tribe, Abortion. The clash of absolutes, Norton and Company, New York, London, 1992. Con independencia de su valor e interés intrínseco, la sentencia Griswold es recordada sobre todo porque fue el precedente invocado por la Corte al resolver el caso más importante en materia de interrupción voluntaria del embarazo: Roe versus Wade de 1973. En Griswold la Corte dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un «derecho a la intimidad» derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el Bill of rights. Para la Corte los derechos establecidos por el Bill of rights tienen zonas de «penumbra», de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En Griswold se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley

¿Quién se atrevería a sostener que la igualdad racial en las escuelas, la posibilidad de realizar críticas vehementes a los funcionarios públicos o el derecho a la asistencia letrada gratuita en materia penal no forman parte del corazón mismo del modelo del Estado constitucional de derecho? ¿dónde está, por tanto, el exceso de la que se reconoce como la Corte más activista del mundo? No hay tal exceso ni mucho menos una situación de riesgo para los valores y derechos tutelados constitucionalmente, salvo en la imaginación de aquellos que objetan las tareas judiciales como una forma (poco) encubierta de denostar el modelo mismo, que es en realidad lo que les molesta, dadas las muchas exigencias y controles que de él derivan.

c) El tercer vector que está presente en la obra de Ferrajoli es la del ciudadano cosmopolita militante, profundamente implicado en diversas articulaciones de una sociedad civil sin fronteras, nos indica Perfecto Andrés¹⁸. Además de su destacable participación en el Tribunal Permanente de los Pueblos, Ferrajoli ha trasladado a su quehacer teórico y a sus ocupaciones prácticas su talante cosmopolita.

Respecto de las aportaciones teóricas cabe hacer referencia a sus ideas en torno al constitucionalismo cosmopolita y a favor de la integración de una esfera pública de alcance mundial, en la línea de lo que han propuesto Habermas y otros¹9. En efecto, si aceptamos que muchos de los retos contemporáneos son de alcance supra-nacional, resulta difícil no ser congruentes y aceptar también que las respuestas para tales retos deben ser capaces de ir más allá de las fronteras territoriales. Ahora bien, la forma concreta que tome la democracia global y el constitucionalismo cosmopolita es algo que todavía está por discutir, sobre todo en la época posterior a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, que han venido a cambiar radicalmente el discurso sobre derechos fundamentales en muchos países del mundo.

El reto terrorista no puede ser ignorado y su influencia ha estado presente no sólo en las reflexiones de Ferrajoli, sino sobre todo en el ámbito de buena parte del debate anglosajón, cuya influencia es notable en muchos espacios de pensamiento²⁰. Lamentablemente, la

violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: «¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial».

- 18. «Luigi Ferrajoli...», cit., p. 40.
- 19. Ver los ensayos sobre el constitucionalismo global, la esfera pública del mundo y la guerra, incluidos en el presente volumen.
- 20. Para la comprensión de las tesis de Ferrajoli sobre el terrorismo y, aun antes, sobre la guerra, puede verse su libro *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.

amenaza terrorista ha venido a cambiar no sólo nuestra comprensión común sobre la guerra, sino también el debate en torno a la posibilidad de torturar a «combatientes enemigos» (para recordar la perniciosa nomenclatura utilizada por las fuerzas armadas de los Estados Unidos). Lo más preocupante es que este debate, por primera vez en muchos años, no se ha circunscrito a la ultra-derecha militarista, sino que ha alcanzado a medios de comunicación serios y tradicionalmente centrados y objetivos en sus análisis²¹.

La amplia difusión de la ideología anti-garantista hace imprescindible llevar a la arena del debate los mejores argumentos, muchos de los cuales han sido construidos por Ferrajoli, para denunciar las mistificaciones del lenguaje político y la confusión que con ellas se induce en la opinión pública. Se califica de «guerra» la que, dados los términos en que hoy se produce, no es tal ni podría serlo. Se habla de «daños colaterales» para referirse en realidad a masacres de víctimas inocentes. Se utiliza el sintagma «intervención humanitaria» para denotar una pura y simple invasión arrasadora. Y así sucesivamente. En estos tiempos, frente a estas prácticas, y en semejante contexto discursivo falseador y perverso, la vena del jurista cosmopolita firme en la línea de principios que Ferrajoli encarna de manera ejemplar es más necesaria que nunca.

Sin embargo, el cosmopolitismo ferrajoliano no se limita a sus aportaciones teóricas, sino que va más allá y comprende también una implicación personal, diría incluso que física, en la construcción del garantismo global. Esto se demuestra a través de la constante presencia de Ferrajoli a todo lo largo y ancho del mundo de habla hispana. Sus viajes a España y América Latina, que suman ya varias decenas, son esperados con ansía por estudiantes y profesionales del derecho y de otros ámbitos del quehacer social. Se le recibe con homenajes, con premios, con cientos de libros para los cuales se solicita una dedicatoria del autor, pero sobre todo con preguntas y con ganas de debatir con el líder de un movimiento que ha hecho de las garantías, de los derechos fundamentales y de la paz una bandera en la que militan mi-

Sobre la discusión en Estados Unidos, desde diversos enfoques y con distintos grados de compromiso garantista, pueden verse los trabajos de M. Tushnet (ed.), *The constitution in wartime. Beyond alarmism and complacency*, Duke University Press, Durham, 2005; M. Ignatieff, *El mal menor*, Taurus, Madrid, 2005; R. Posner, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Oxford University Press, New York, 2006

21. K. J. Greenberg (ed.), *The torture debate in America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; S. Levinson (ed.), *Torture. A collection*, Oxford University Press, New York, 2004.

les de ciudadanos. Ése es el orden global que Ferrajoli ha contribuido personalmente a construir.

Estas tres son las principales vertientes que nos ayudan a comprender el enorme esfuerzo de Ferrajoli en sus cuatro décadas de trabajo teórico y de militancia cívica. A fin de cuentas, sin embargo, creo que todas confluyen en una sola: su visión de la ciencia jurídica y su entendimiento del papel del jurista. Se trata de dos temas que se repiten una y otra vez a lo largo de su obra y que quizá queden como una de sus aportaciones más significativas, ya que exceden con creces el campo de estudio de los constitucionalistas o de los penalistas, para abarcar a cualquier interesado en los fenómenos jurídicos.

Ferrajoli ha destacado que la ciencia jurídica es, en el paradigma del Estado constitucional, una especie de meta-garantía, dado que no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo.

La ciencia jurídica, dice nuestro autor, puede concebirse hoy en día como «una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto»²². No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados. Tomada en serio, la tarea de la ciencia jurídica contenida en el pensamiento de Ferrajoli puede servir para revolucionar los estudios de derecho y el papel del jurista frente a la construcción del ordenamiento jurídico.

Todos los elementos que se han señalado están presentes en el libro que el lector tiene entre las manos. Se trata de un eslabón más de un enorme edificio que Ferrajoli se ha dedicado a construir, con infinita dedicación y paciencia, a lo largo de más de cuarenta años. El resultado es verdaderamente apabullante, por original, completo y sugerente.

La tarea del lector de Ferrajoli no termina cuando cierra la última página. Como sucede con la lectura de los autores clásicos, la obra de Ferrajoli nos incita a seguir pensando y a llevar sus postulados más allá de la mera contemplación: hacia nuevos y más altos paradigmas y discusiones (dado que, como el mismo autor reconoce, el modelo del Estado constitucional todavía tiene forma embrionaria en muchos sentidos)²³, pero sobre todo hacia la realidad, claramente deficitaria

^{22.} Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 52006, p. 33.

^{23.} Hace falta construir un constitucionalismo de derecho privado, un constitucionalismo cosmopolita y un constitucionalismo para los derechos sociales (o constitu-

MIGUEL CARBONELL

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 leves, criticada va 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 v 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, va 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 va 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*.

¿Oué 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, va que los Estados se han sometido al pactum subjectionis —va no simplemente a associationis— representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de las Naciones Unidas v con la prohibición de la guerra v 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 v 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 democracia 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. cuvas 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 portu-

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

guesa, 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 iurídica «superior» —la de nuestros derechos v 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. Sig-

nifica 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 v 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

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

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.

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

A esta pregunta se pueden dar tres respuestas distintas.

La primera respuesta es la que ofrece la teoría del derecho. En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los derechos fundamentales es, desde mi punto de vista, la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. Esta respuesta no nos dice «cuáles son», sino solamente «qué son» los derechos fundamentales. De hecho no es más que la definición de un concepto teórico que, en cuanto tal, no puede decirnos nada sobre los contenidos de tales derechos, es decir, sobre las necesidades y sobre las inmunidades que están o deberían estar establecidas como fundamentales, sino que puede identificar la forma o estructura lógica de esos derechos que convenimos en llamar «fundamentales». Nos dice, lo cual no es poco, que si queremos garantizar un derecho como «fundamental» debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general y por tanto confiriéndolo igualmente a «todos»¹.

La segunda respuesta es la que ofrece el derecho positivo, es decir, la dogmática constitucional o internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano

Traducción de Miguel Carbonell.

1. Remito, para esta noción de «derechos fundamentales» y sobre las implicaciones teóricas que de ellas derivan, a «Derechos fundamentales» y «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», ambos incluidos en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, ³2007.

o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948, en los Pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.

La tercera respuesta, que intentaré formular en las páginas que siguen, es la que ofrece la filosofía política, y se refiere a la pregunta de «qué derechos *deben ser* garantizados como fundamentales». Se trata de una respuesta de tipo no asertivo sino normativo. Por esto, para fundarla racionalmente, debemos formular los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para identificarlos. Sumariamente, me parece, pueden ser indicados tres criterios axiológicos, sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional.

El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e *igualdad*. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales —de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales, como dice el artículo 3 párrafo primero de la Constitución italiana— que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y es, en segundo lugar, igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales².

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es

^{2.} Sobre este nexo entre igualdad y derechos fundamentales, cf. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, *2006, pp. 905-918.

más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.

1.1. Derechos fundamentales y paz. El derecho a la autodeterminación de los pueblos

Comencemos por el primer criterio, el del nexo entre derechos fundamentales y paz. La paz interna es asegurada por la garantía de todos los derechos cuya violación sistemática justifica no el disenso sino el conflicto, hasta el ejercicio, como proclamaban muchas constituciones del siglo XVIII, del derecho de resistencia. Estos derechos son sobre todo, según el paradigma hobbesiano y paleoliberal, los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal, contra la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza. Pero son también los derechos sociales a la supervivencia —a la salud, a la educación, a la subsistencia y a la previsión social— de cuya satisfacción dependen, en las sociedades contemporáneas, los mínimos vitales. Existe una relación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantismo que sostiene todos estos derechos: la paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más están extendidas y son efectivas las garantías de los derechos vitales.

Un discurso similar puede hacerse sobre la paz internacional. Es obvio que la paz entre Estados requiere antes que nada reformas y garantías de tipo institucional: el desarme al menos tendencial de los Estados, el correlativo monopolio de la fuerza por una ONU debidamente reformada en sentido democrático, la efectiva operatividad, en fin, del Tribunal Penal Internacional en cuya competencia entran, de acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de Roma, además de las violaciones más graves a los derechos humanos, también las guerras de agresión.

Pero la paz, como advierte el preámbulo ya recordado de la *Declaración universal* de 1948, tiene como «fundamento» la garantía de los derechos humanos «de todos los miembros de la familia humana». Y este fundamento, debemos reconocerlo, es de hecho negado por el anclaje de tales derechos a las fronteras estatales de la ciudadanía y por los límites que les imponen las leyes contra la inmigración. Aludo solamente a este problema, al que me he referido en otros trabajos³,

^{3. «}Derechos fundamentales» y «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, ⁵2006, pp. 40-44 y 172-180, respectivamente.

de la antinomia entre derechos universales y ciudadanía, destinada a convertirse en explosiva con el crecimiento de la globalización y de las presiones migratorias y a constituir, si no se supera, una fuente permanente de peligros para la paz y para la credibilidad misma del derecho internacional. Hoy es el problema más grave de la humanidad y del que la política y la filosofía deben hacerse cargo tomándose en serio—antes de que lo hagan con riesgo para la paz las masas interminables de los excluidos— las promesas universalistas formuladas en todas las cartas constitucionales, tanto estatales como internacionales.

Hay además otro aspecto del nexo entre derechos humanos y paz que debe ser tenido en cuenta, aspecto que dramáticamente ha sido puesto de manifiesto en la guerra de Kosovo. Se trata de la naturaleza y de los límites de ese específico derecho que es el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

¿Qué significa y cuál es el alcance normativo de este derecho a la autodeterminación? La Carta de las Naciones Unidas no lo define, pero lo menciona dos veces como presupuesto de la paz: las «relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones», dice el artículo 55, repitiendo el inciso 2 del artículo 1, están «basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos». Una verdadera definición ofrece, en cambio, el artículo 1 de los dos Pactos de 16 de diciembre de 1966: «Todos los pueblos», afirma el primer inciso, «tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural». «Para el logro de sus fines», agrega el segundo inciso, «todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia». Se trata, pues, de un derecho compleio de «autonomía», articulado en dos dimensiones: a) la «autodeterminación interna», que consiste en el derecho de los pueblos a «decidir libremente su estatuto político» en el plano del derecho interno; b) la «autodeterminación externa», que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así como en el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disposición de las propias riquezas y recursos.

De estas dos dimensiones, la más sencilla e inequívoca es la de la «autodeterminación interna», que equivale al derecho fundamental de los pueblos a darse un ordenamiento democrático a través del ejercicio de los derechos políticos o, si se quiere, de la «soberanía popular». Bastante más complejo y problemático es, en cambio, el

derecho de los pueblos a la autodeterminación externa. Si bien el artículo 1 de los Pactos de 1966 fue concebido en apoyo al proceso de descolonización que desembocó en la creación de nuevos Estados independientes, nada en esta norma autoriza a entenderlos como un derecho a convertirse en Estado; al menos si por «Estado» se entiende la forma política soberana nacida en Europa hace cuatro siglos, legitimada sobre la base de la autodeterminación nacional, pero hoy en crisis. No me detendré en analizar la naturaleza y las razones de esta crisis en el actual tiempo de globalización. Sólo diré que las funciones primarias del Estado, que han justificado históricamente su nacimiento y que en Europa se han realizado en gran parte, han sido principalmente dos: la unificación nacional y la pacificación interna.

Pues bien, en la era de la globalización ambas funciones no sólo han dejado de realizarse, sino que se han vuelto irrealizables a través de la constitución de nuevos Estados. El Estado no sólo ha dejado de ser un instrumento de unificación y pacificación interna, sino que se ha convertido en un obstáculo tanto para una como para otra. La globalización está haciendo surgir, precisamente a causa de la creciente integración mundial, el valor tanto de las diferencias como de las identidades. Y está poniendo de manifiesto, a veces de manera explosiva y dramática, el carácter artificial de los Estados, sobre todo de aquéllos de formación reciente, la arbitrariedad de sus confines territoriales y lo insostenible de su pretensión de subsumir pueblos y naciones dentro de unidades forzadas que niegan las diferencias y las identidades comunes. Es así como la forma del Estado -en cuanto factor de inclusión forzada y de indebida exclusión, de unidad ficticia y a la vez de división— ha entrado en conflicto con la de «pueblo», convirtiéndose en una fuente permanente de guerra y de amenaza a la paz y al mismo derecho de autodeterminación de los pueblos.

Por eso, la pretensión de los pueblos de constituirse en Estados —dentro de una sociedad mundial cada vez más integrada y en sociedades civiles caracterizadas por la mezcla de culturas y nacionalidades— es una pretensión insostenible, no sólo no implicada sino incluso en contradicción con el derecho a la autodeterminación que el artículo 1, inciso 2, de la Carta de las Naciones Unidas supedita a la «paz universal», y que el artículo 55 coloca como fundamento de «relaciones pacíficas entre las naciones». Se puede por tanto afirmar que el último legado envenenado de la colonización, contra la cual ese derecho fue reconocido, es precisamente la exportación a todo el mundo de la idea del Estado como única forma de organización política. En los años siguientes a la segunda guerra mundial, la autodeterminación producida

por la descolonización ha estado subordinada a la geografía colonial. En África y Asia, los nuevos Estados nacidos de la autodeterminación han terminado, casi siempre, reproduciendo las viejas divisiones coloniales. Y la idea de rediseñar los límites de esta geografía estableciendo o reivindicando, en nombre de la autodeterminación, Estados nacionales correspondientes a otros tantos pueblos, está resolviéndose, como muestra la tragedia de la ex Yugoslavia, en la construcción todavía más nefasta de Estados étnicos o tribales, basados en la exaltación de las identidades nacionales y en la mutua intolerancia, hasta alcanzar incluso las formas atroces de «limpieza étnica».

El derecho de los pueblos a la autodeterminación externa no quiere por tanto decir derecho a convertirse en Estado, ni mucho menos derecho a la secesión. Es más: incluso es inconcebible un «derecho al Estado», ya que es autodestructivo. Siempre habrá en la minoría que lleva a cabo la secesión otra minoría que querrá a su vez implantarla contra la antigua minoría que se ha convertido en mayoría. Y esto vale hoy más que nunca, siendo bastante mayor que en el pasado la mezcla de pueblos y culturas que conviven en un mismo territorio. Lo que hace imposible la configuración como «derecho fundamental» del derecho a constituir un Estado es su no universabilidad, es decir, la imposibilidad, en contraste con la noción teórica de este tipo de derechos, de que sean reconocidos por igual todos los pueblos. Admitiendo que sepamos qué sea un «pueblo» o una «minoría» —al margen de lo que entendamos por estas expresiones— es de hecho imposible generalizar este derecho en favor de todos los pueblos, ya que el mismo criterio de identificación de un pueblo será aplicable a minorías que conviven con él en el mismo territorio y que no podrán gozar del mismo derecho sin contradecir el que fue reivindicado por el pueblo de la mayoría. De nuevo, la tragedia de la ex Yugoslavia debería servirnos de lección.

Por tanto, si no es el derecho a constituir un Estado, el derecho a la autodeterminación externa no es sino el derecho a la «autonomía», en el sentido jurídico comúnmente asociado a esta expresión: como autonomía local en el máximo número de funciones públicas, integrada por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser «privados de los propios medios de subsistencia». Es claro que este tipo de autonomía externa presupone la autodeterminación interna y por tanto la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad. Son de hecho los derechos de libertad los que aseguran, junto a la igual afirmación y valoración de las diferentes identidades, su recíproca tolerancia y pacífica convivencia. Y es la tutela de tales derechos la principal garantía de la paz, en virtud del

principio kantiano que funda la convivencia civil en los límites que la libertad de cada uno encuentra en la libertad de los demás y en la exclusión de la libertad salvaje del más fuerte.

Desde esta perspectiva, la mejor forma de autodeterminación externa coherente con los principios de la Carta de las Naciones Unidas parece sin duda la ofrecida por el modelo federal: no, por tanto, mediante el nacimiento de nuevos Estados sino, por el contrario, mediante la reducción de los existentes a través de formas de organización federal o confederal, como está ocurriendo en la Unión Europea, que por un lado descentralicen cuanto sea posible las funciones administrativas y de gobierno local hoy día centralizadas en los Estados nacionales y, por otro lado, asocien a tales Estados en formaciones políticas más amplias a las que se atribuyan las funciones públicas —legislativas, judiciales, administrativas— que son comunes para todos: en cuestiones de garantía de los derechos de libertad, de política económica y monetaria, de regulación del mercado, de defensa del medio ambiente, de redistribución de los recursos y de seguridad frente a la criminalidad.

Esta interpretación del derecho a la autodeterminación externa en el plano internacional resulta esencial en dos aspectos: en positivo, dado que en la tutela y satisfacción del derecho así configurado se fundan la democracia, el desarrollo económico y la garantía de la paz; en negativo, dado que la interpretación alternativa de tal derecho como pretensión de constituir un Estado contradice el principio de la paz y el de la igual tutela de las diferencias. Contra esta interpretación alternativa es necesario afirmar la clara distinción entre pueblos como entidades culturales, tutelados por el derecho a la autodeterminación, y Estados como entidades territoriales artificiales dentro de cuvos límites, gracias al propio derecho de autodeterminación, pueden convivir diversos pueblos. Si frente a la crisis yugoslava Europa, en lugar de favorecer la creación de nuevos Estados tendencialmente étnicos, como Croacia, Bosnia, Serbia y finalmente Kosovo, hubiera abierto sus puertas para acoger en la Unión a todos los pueblos hoy divididos y hostiles, tal vez se habrían evitado las guerras y las miles de atrocidades generadas por la intolerancia étnica. Más aún, si hipotéticamente todos los Estados se disolvieran en una comunidad mundial informada por el paradigma federal del Estado constitucional de derecho y con la igual garantía de los derechos humanos de todos, los conflictos entre etnias perderían gran parte de su razón de ser y el problema de la autodeterminación sería bastante menos dramático.

1.2. Derechos fundamentales e igualdad. Las diferencias culturales

Llego así al nexo entre derechos fundamentales e igualdad —en el doble sentido de tutela de las diferencias personales y de reducción de las desigualdades materiales— indicado por el segundo criterio de identificación axiológica de los derechos fundamentales.

Justamente sobre el tema de la relación entre constitución y diferencias culturales muchos han manifestado reservas, no digamos respecto a la perspectiva de un constitucionalismo mundial, sino incluso respecto a la idea de una Constitución europea. Una de las objeciones que se han formulado a ese proyecto —por ejemplo, por Dieter Grimm⁴ y por Massimo Luciani⁵— es que no se dan los presupuestos sociales: que no existe todavía un pueblo europeo, o al menos una unidad y una homogeneidad cultural de los diversos países europeos, y que esta homogeneidad es una precondición de la unificación política y, todavía más, de la estipulación de una constitución. Danilo Zolo, a su vez, en referencia al debate abierto en Alemania por Jürgen Habermas y retomando una tesis de Samuel Huntington, ha observado que el proyecto de «una democracia más allá de los confines de un Estado nacional» no es realista por causa de la falta de «cohesión», de «vínculos pre-políticos» y de una «identidad colectiva»⁶. Incluso la misma perspectiva ya diseñada por la Carta de las Naciones Unidas de «un ordenamiento internacional superior, dirigido a asegurar de modo permanente e institucional la paz y la seguridad entre las naciones», le parece a Antonio Baldassarre «un ejercicio de filosofía abstracta», dado que falta la «adhesión por parte de todos los pueblos a los valores supremos a los cuales referir el sentido efectivo de la paz y de la seguridad internacional»⁷.

A estas tesis escépticas opondré dos consideraciones, una de hecho y otra de carácter teórico. No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo XIX (e incluso en la de hoy) existieran vínculos

- 4. D. Grimm, «Una Costituzione per l'Europa», en G. Zagrebelsky et al. (eds.), Il futuro della Costituzione, Einaudi, Torino, 1996, pp. 339-367.
- 5. M. Luciani, «La costruzione giuridica della citadinanza europea», en G. M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, ETS, Pisa, 1999, pp. 87-88.
- 6. D. Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 103.
- 7. A. Baldassarre, «La sovranità dal cielo alla terra», en G. M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità*, cit., p. 80.

pre-políticos e identidades colectivas —de lengua, de cultura, de lealtades políticas comunes— idóneas para unir campos y ciudades, campesinos y burgueses, masas analfabetas emigradas desde los campos y gentileshombres de las empresas capitalistas; que, en suma, existiera, a nivel social, una homogeneidad social mayor de la hoy existente entre los diversos países europeos o incluso entre los distintos continentes. Las naciones europeas y sus tradiciones, como sabemos, han sido una invención del siglo XIX, como la de sus Estados nacionales y sus instituciones jurídicas. Y no se entiende por qué la construcción de un sentido común de pertenencia al género humano, o al menos a un área unida por una tradición milenaria como es Europa, sea hoy más difícil e improbable, en presencia entre otras cosas de modelos de democracia y de estructuras constitucionales ya largamente experimentadas y al menos en parte realizadas, y no deba más bien exigir la responsabilidad civil y política de la cultura jurídica y política.

Existe por otro lado una interacción, experimentada también durante la formación histórica del Estado moderno, entre sentido común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad. Si es verdad que «cohesión», «vínculos pre-políticos» e «identidades colectivas» de la comunidad internacional conforman los presupuestos del proyecto de una democracia internacional, es todavía más cierto lo contrario: es sobre la igualdad en derechos humanos, como garantía de todas las diferencias de identidad personal, donde se funda la percepción de los otros como iguales v como asociados; v es la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales lo que hace madurar el sentido de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política. Es más: igualdad y garantía de los derechos no son solamente condiciones necesarias, sino lo único que se requiere para la formación de las identidades colectivas que se quieran fundar sobre el valor de la tolerancia, en vez de sobre recíprocas exclusiones de las diferencias étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas.

Hay además una consideración de carácter más propiamente teórico que quiero oponer al escepticismo sobre un constitucionalismo mundial y sobre todo a una Constitución europea. La tesis sustancial comunitaria que está detrás del escepticismo de quien asocia constitución y homogeneidad social es desde mi punto de vista equivocada: las constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictivas sean las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar. Al mismo tiempo debemos abandonar, cuando pensamos en entidades supranacionales, el viejo paradigma de la democracia dirigido a

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

la supremacía o peor aún a la omnipotencia de la mayoría. Cuanto más extendida está la unidad política y mayores son sus diferenciaciones internas de orden histórico y cultural, tanto más secundaria es la representatividad de los órganos de gobierno, y tanto más importante resulta la garantía de la paz v de los derechos fundamentales a través de la estipulación de límites negativos y de vínculos positivos impuestos a la esfera de la política; tanto más restringida, en otras palabras, debe ser la que he llamado «esfera de lo decidible» propia de la política, y tanto más amplia debe ser la de lo que es «indecidible (que sí o que no)», es decir, los vínculos de la paz v del conjunto de los derechos, de libertad y sociales, que deben ser garantizados para todos los hombres y mujeres del mundo. Esto equivale a decir que cada vez debe ser más reducida la esfera de las decisiones que competen a la democracia política o formal, o sea, a los órganos representativos, y cada vez más articulado y desarrollado debe ser el paradigma del Estado de derecho, o sea, la dimensión de la democracia que, referida al «qué cosa» es legítimo decidir o no decidir, puede ser llamada «sustancial».

Constitucionalismo y universalismo de los derechos, en vez de oponerse al multiculturalismo, son su principal garantía. Los clásicos derechos de libertad equivalen a otros tantos derechos a la propia identidad y a las propias diferencias también culturales. No olvidemos que el primer derecho a la libertad que se afirmó históricamente fue el de la libertad de conciencia, dirigida a garantizar la convivencia de culturas y religiones diversas. Por lo que hace a los derechos sociales —a la subsistencia, a la salud y a la educación—, equivalen a otros tantos derechos a niveles mínimos de igualdad sustancial, también necesarios para la convivencia civil.

1.3. Los derechos fundamentales como leyes del más débil. Cinco falacias del relativismo cultural

El tercer criterio meta-ético idóneo para señalar el carácter «fundamental» de necesidades y expectativas vitales es desde mi punto de vista el que los identifica como leyes del más débil. Se puede afirmar que, históricamente, todos los derechos fundamentales han sido establecidos, en las distintas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que en cada ocasión han roto el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión o discriminación: de los derechos de libertad a los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Siempre estos derechos han sido conquistados como limitaciones de correlativos poderes y en defensa de sujetos más débiles contra la ley

del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empresarios, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia. Y han correspondido siempre a un «nunca más» estipulado contra la violencia o la prevaricación generadas por la ausencia, en relación a una y otra, de límites y reglas. Naturalmente, esta coincidencia entre fundamento axiológico y fundamento histórico de los derechos fundamentales es del todo contingente en el plano lógico y teórico. Pero no lo es en el plano histórico y político. No ha sido casualidad que los derechos humanos, y con ellos cada progreso de la igualdad, hayan nacido siempre al desvelarse una violación de la persona que se ha convertido en intolerable.

Creo que este criterio axiológico de identificación de los derechos fundamentales como leyes del más débil permite resolver dos aporías lamentables en la teoría de los derechos humanos como son las teorías antropológicas del relativismo cultural y las sociológicas y vagamente comunitarias de la ciudadanía: la idea de que el paradigma universalista de los derechos fundamentales, producido indudablemente por la cultura occidental, estaría viciado por la paradoja de su contradicción con el respeto debido a pueblos y sujetos de otra cultura al que queremos imponérselo; y la idea de que, por el contrario, la validez de los derechos fundamentales supondría un cierto grado de consenso social, que solamente puede revelarse a través del sentido de pertenencia expresado por la ciudadanía en nuestros ordenamientos occidentales y no también en culturas distintas de la nuestra.

Estas dos ideas corresponden, me parece, a otras tantas falacias. La primera falacia, de tipo *lógico* y *meta-ético*, es la que contiene la crítica realizada al universalismo de los derechos por el relativismo cultural. Esta crítica es desde luego contradictoria, dado que se realiza en nombre del mismo universalismo que pretende contestar: su significado normativo es el igual valor no sólo de las personas y de sus identidades culturales sino también de sus éticas y de sus culturas; no sólo de su ser sino también de su hacer. Paradójicamente el relativismo cultural está viciado de un exceso extremista de universalismo: cualquier cultura, cualquier ética, cualquier acción éticamente motivada debería respetarse en cuanto dotada de igual valor.

Pero es precisamente este extremismo universalista el que señala la grave falacia meta-ética del relativismo cultural: la presentación de la tesis meta-ética y asertiva de la pluralidad y diversidad de las culturas como una tesis ética y normativa sobre su igual valor, que se resuelve en la negación o disolución de todas las éticas y de sus correlativas culturas. El relativismo cultural traslada a un nivel meta-lingüístico el formalismo jurídico y el universalismo ético de los

derechos humanos, cuya base es necesariamente individualista refiriéndose, según el paradigma kantiano, únicamente a las personas individuales. Lo traslada, precisamente, al nivel de la valoración de las culturas, o si se quiere de las éticas relativas. Se entiende que en este sentido el relativismo cultural es el equivalente antropológico del relativismo moral, es decir, de una doctrina ética inconsistente lógicamente antes incluso que éticamente, equivalente a la indiferencia y a la aceptación de cualquier moral —incluidas las morales fundadas sobre la desigualdad y la opresión— y por tanto a la negación de cualquier moral. Su resultado miserable, expresado eficazmente por las tesis de Lévi-Strauss según las cuales implica la justificación o la tolerancia del nazismo, es idéntico al del indiferentismo moral: por un lado la aceptación de las culturas criminales, como las nazis o las mafiosas, por otro la separación-segregación de las demás culturas.

Hay un segundo orden de falacias, de tipo jurídico o mejor dicho meta-jurídico, que vicia la crítica del universalismo de los derechos en cuanto que no son universalmente compartidos. El universalismo del principio de igualdad y de los derechos fundamentales es dos cosas a la vez: una doctrina ética y una convención jurídica. Como doctrina ética es una doctrina formal que puede ser expresada por medio del imperativo kantiano «actúa como si la máxima de tu actuación tuviera el valor de una máxima universal», o mediante la regla de oro de Hare sobre la universabilidad de los juicios morales. Como convención jurídica es una norma creada para tutelar a los individuos contra la ley del más fuerte, por lo que la he llamado la ley del más débil. Pues bien, la falacia en la que incurren el relativismo cultural y las doctrinas que justifican el anclaje de los derechos humanos a las ciudadanías de los ordenamientos en los cuales están radicados culturalmente consiste en la confusión entre el universalismo de los derechos como teoría y convención jurídica y el mismo universalismo como doctrina moral, o sea, en la suposición de que el primero implique v/o deba implicar la aceptación del segundo. Desde luego la teoría y la convención jurídica de la universalidad de los derechos fundamentales son un producto histórico de la correspondiente doctrina moral. Pero no implican su aceptación: no la suponen de hecho, v ni siquiera imponen que se compartan los valores morales que sostienen los derechos y el principio de igualdad.

Que las normas sobre los derechos fundamentales supongan de hecho su co-participación moral es una tesis empíricamente falsa no solamente respecto a los pueblos y a los sujetos de otras culturas, sino también respecto a quienes pertenecen a nuestra cultura. Como ya he recordado, el primer derecho de libertad conquistado por el liberalismo fue el de la libertad religiosa o de conciencia, que nace como respeto a las demás culturas, es decir, a las herejías y a las religiones diferentes de la dominante. Pero eso no era compartido por la cultura vulgar, que era justamente católica, y que más bien se oponía con fuerza. El liberalismo, comenzando por la libertad de conciencia, estuvo en el *Índice* de la Iglesia católica hasta el siglo XX. Más en general, es del todo ilusoria la idea de que los derechos humanos expresen una ética compartida, dentro de nuestra cultura, no digamos por todos sino ni siquiera por la mayoría. Si en los tiempos de Beccaria su *De los delitos y de las penas* hubiera sido objeto de votación, o si en 1789 se hubiera convocado un referéndum sobre la *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, pienso que la adhesión no hubiera superado el uno por mil. Y todavía hoy, creo, sería de temer el resultado de un referéndum sobre gran parte de las garantías penales y procesales.

Por otro lado, la idea de que todos o al menos la mayoría deban compartir los valores contenidos en los derechos fundamentales es una tesis axiológica que apunta, me parece, una incomprensión de la doctrina liberal del Estado de derecho. Esta incomprensión quiere decir tres cosas, que corresponden a otras tantas falacias meta-jurídicas: que tal co-participación sea debida a razones morales; que sea debida porque de ella depende la capacidad efectiva del Estado de derecho; que sea debida porque de su carácter mayoritario depende la legitimidad de los derechos fundamentales.

La primera falacia consiste en la confusión ya señalada entre la convención jurídica y la doctrina ética de los derechos fundamentales, y por tanto entre derecho y moral, entre punto de vista normativo interno al derecho positivo y punto de vista axiológico y externo al mismo. Por el contrario, la teoría garantista del Estado constitucional de derecho —justamente porque está basada en la separación laica entre derecho y moral— no sólo no supone sino que ni siquiera requiere, ni debe requerir, la adhesión a los valores ético-políticos que incorpora jurídicamente. No solamente no la impone, sino que impone no imponerla. Hasta el punto de que, en mi opinión, la principal razón de la adhesión a la ética que subyace al Estado constitucional de derecho, incluyendo el valor de los derechos fundamentales, reside en el hecho de que no requiere ninguna adhesión.

La segunda falacia consiste en la confusión entre la convención jurídica y sus condiciones de efectividad, o sea, entre el punto de vista jurídico interno, referido a la normatividad del derecho, y el punto de vista sociológico externo, que se refiere a su efectividad. Acabo de decir que la convención jurídica no solamente no requiere,

sino que excluve su confusión con la correspondiente doctrina moral, es decir, el deber de una adhesión moral a los valores expresados en los derechos fundamentales. Ahora bien, está claro que una adhesión de este tipo representa una condición pragmática indispensable para la efectividad de tales derechos. El derecho es un universo simbólico. o sea, un mundo de signos y significados, cuya efectividad y cuyo funcionamiento dependen de la formación en torno suyo de un «sentido común», es decir, de lo que llamamos «sentido cívico». Esto vale para todo el derecho. Es más, vale para cualquier sistema normativo: cuando veo una fila delante de una ventanilla me pongo a la cola porque entiendo y comparto su sentido normativo. Y vale todavía más para los derechos fundamentales, y en general para la democracia, que es una construcción social cuyo alcance depende, más allá de las garantías jurídicas, de un cierto grado de consenso en torno a los valores que le dan soporte. Sin embargo, la formación de este sentido común cívico y moral es justamente un hecho que interesa a la sociología pero que no puede ser pretendido por las convenciones constitucionales, las cuales, justamente por su fundamento liberal que requiere el respeto de todas las identidades, no imponen ningún credo ideológico, ni siquiera liberal. El paradigma del Estado de derecho liberal no puede imponer las condiciones pragmáticas de su propia efectividad.

La tercera falacia meta-jurídica que distingue a las tesis que, como las del relativismo cultural, suponen que la consagración jurídica de los derechos fundamentales requiere como condición de legitimidad que todos o cuando menos la mavoría deban compartir los valores por ella expresados, consiste en una tercera confusión: la que existe entre el paradigma del Estado de derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría. De forma distinta a las cuestiones pertenecientes a la que he llamado «esfera de lo decidible», los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado «esfera de lo no decidible (qué sí o qué no)». Ésta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción.

Éste es un punto esencial, que a menudo se suele confundir. Solemos confundir, a causa de una larga tradición politológica, la democracia con la voluntad de la mayoría. A la mayoría, o si se quiere al pueblo soberano, todo le estaría permitido. Existiría una suerte de presunción apriorística de legitimidad de la voluntad popular. A este equívoco ha contribuido también la concepción del proceso constituyente inducida, directa o indirectamente, por las doctrinas contractualistas. Se supone que el contrato social, es decir, el pacto constituyente, es un contrato suscrito por la mayoría, o cuando menos que expresa su voluntad profunda y auténtica, interpretada por los padres constituyentes. Y se advierten sus límites —piénsese en algunas tesis del pensamiento feminista⁸— siempre que de los contrayentes, o si se quiere de la mayoría que ha estipulado el contrato, hayan quedado o hayan sido excluidos sectores relevantes de la sociedad.

Por el contrario, el fundamento axiológico del pacto constitucional está no en el hecho de que ninguno quede excluido de su estipulación —lo que sería imposible y generaría constituciones minimalistas e incluso tal vez regresivas— sino en que se pacte la no exclusión. La no exclusión, en suma, no se refiere a la esfera de los contrayentes, inevitablemente limitados a una asamblea o peor aún a un número restringido de constituyentes más o menos iluminados, sino que se refiere a las cláusulas del pacto. No se refiere a la forma del contrato, sino a su contenido o a su significado.

Se manifiesta, sobre estas bases, la fecundidad de nuestro tercer criterio, no solamente para identificar cuáles son los derechos fundamentales y cuál es su papel, sino también para resolver los conflictos entre derechos fundamentales y multiculturalismo y para trazar las fronteras entre el derecho de la democracia constitucional y el respeto debido a las distintas culturas. Los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil contra la ley del más fuerte. Y esto es válido para cualquier cultura, incluida la nuestra. Son derechos de los individuos que sirven para protegerlos también —y diría que sobre todo— contra sus culturas e incluso contra sus familias: que protegen a la mujer contra el padre o el marido, al menor contra los padres, en general a los oprimidos contra sus culturas opresivas. Tómese el ejemplo de la clitoritomía o de las prácticas de segregación impuestas por los talibanes. Está claro que en estos casos se producen lesiones graves en perjuicio de las mujeres que ningún respeto hacia otra cultura puede justificar; por la misma e idéntica razón por la que no es justificable el código de honor mafioso o el homicidio «por causa de honor» o el duelo.

^{8.} Véase, por ejemplo, C. Pateman, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pero más allá de este límite vale el principio de tolerancia, o sea, la tutela de las libertades y con ella el respeto de las diferencias culturales que gracias a ellas se expresan. Ya he recordado cómo la primera libertad garantizada en los orígenes del Estado de derecho fue la libertad de conciencia, que equivale a la libertad y al respeto de todas las diferencias de identidad —religiosa, política, ideológica, étnica y por tanto cultural—. Y he caracterizado la igualdad jurídica como el derecho a la diferencia, es decir, como el principio del igual respeto y valoración de todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás y de cada individuo una persona como las otras.

Se confirma así la tesis avanzada con anterioridad de que el constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales, los primeros de entre todos los relativos a la libertad, son la única garantía del multiculturalismo, dado que solamente ellos garantizan el igual respeto a todas las diferentes identidades culturales. Y se aclara de esta forma cómo la convivencia entre culturas diversas postula el recíproco conocimiento; y cómo es un signo de nuestro inveterado imperialismo cultural la idea de que sólo los «otros» —los inmigrantes y los pueblos no occidentales— deban integrarse y aprender nuestra cultura. También nosotros, más allá de la defensa del principio de igualdad y de los derechos fundamentales puestos en defensa del multiculturalismo, debemos aprender a conocer las culturas distintas y superar nuestros prejuicios y nuestro presuntuoso analfabetismo cultural.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y GLOBALIZACIÓN

Los tres criterios que he propuesto —paz, igualdad, tutela del más débil— para identificar en el plano axiológico cuáles deben ser los derechos fundamentales merecedores de tutela no están en conflicto entre ellos, como ha sugerido Elisabetta Galeotti⁹, sino que son convergentes y complementarios. La paz no solamente se funda, como dice el Preámbulo de la *Declaración universal* de 1948, en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales, sino que también está amenazada por el crecimiento de las asimetrías, que corresponde a otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles. Por otro lado, los tres criterios axiológicos expuestos sirven para demostrar cómo el fundamento de los derechos humanos reside no ya en una cierta ontología o en una abstracta racionalidad,

9. A. E. Galeotti, «I diritti collettivi», en E. Vitale (comp.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosemberg & Sellier, Torino, 2000, pp. 30-46.

sino más bien, por una convergencia contingente en el plano lógico y teórico pero no ciertamente sobre el político, en los procesos históricos, marcados por luchas y revoluciones, en el curso de los cuales han sido afirmados como otras tantas conquistas.

La historia del Estado de derecho, del constitucionalismo democrático y de los derechos humanos puede ser leída como la historia de una larga lucha contra el absolutismo del poder, es decir, de esa «libertad salvaje» —fuente de guerras internas y externas, de desigualdades y de omnipotencia de la ley del más fuerte— de la que habla Kant como propia del estado de naturaleza. En este proceso de limitación y regulación de los poderes ha sido derrotado en primer lugar el absolutismo de los poderes públicos: de los poderes políticos, a través de la división de poderes, la representación, la responsabilidad política y el principio de legalidad, primero ordinaria y luego constitucional; del poder judicial, a través de su sujeción a la ley y por el desarrollo de las garantías penales y procesales; de los poderes administrativos y policiales, a través de la afirmación del principio de legalidad y del control jurisdiccional que opera sobre ellos. Se ha ido luego progresivamente reduciendo el absolutismo de los poderes económicos y empresariales a través de la legislación sobre el trabajo, las garantías de los derechos de los trabajadores y las reglas de tutela de la concurrencia y de la transparencia de los negocios. Y ha disminuido el absolutismo del poder doméstico a través de las reformas del derecho de familia y de la afirmación de la igualdad entre hombres y muieres. En todos estos casos los derechos fundamentales se han configurado al mismo tiempo como leves del más débil y como contrapoderes, límites y vínculos a poderes de otro modo absolutos.

Hoy día el desafío del futuro es el generado por un lado por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los Estados, y por el otro por el nuevo absolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales. El primero de estos absolutismos se manifiesta en las guerras, en las violaciones masivas de los derechos humanos a cargo de los Estados y en su impunidad. Y es el resultado de la total ausencia de garantías, que hace de las Cartas de las Naciones Unidas y de las diversas declaraciones y convenciones sobre los derechos humanos constituciones de papel, privadas de cualquier efectividad. El segundo absolutismo es un neoabsolutismo regresivo que se manifiesta, dentro de nuestras democracias, en la crisis del Welfare y de las garantías tanto de los derechos sociales como de las relativas al derecho del trabajo y, en el plano tanto interno como internacional, en la ausencia de reglas que ha sido asumida, por el actual anarco-capitalismo globalizado, como la propia regla funda-

mental, una suerte de nueva *Grundnorm* de las relaciones económicas e industriales.

La globalización de la economía en ausencia de reglas ha producido de esta manera un crecimiento exponencial de las designaldades: de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, del hambre y de la explotación. Menos de trescientos multimillonarios poseen tanta riqueza como la mitad de la población mundial, es decir, tres mil millones de personas. Esta desigualdad ha sido legitimada por las ideologías neoliberales, que han conseguido acreditar la idea de que la autonomía empresarial no es un poder, en cuanto tal sujeto de regulación jurídica, sino una libertad, y que el mercado no solamente no tiene necesidad de reglas sino que tiene necesidad, para producir riqueza y empleo, de no encontrar ningún límite. Son ideas contrarias a la lógica del Estado de derecho y del constitucionalismo, que no admiten poderes legibus soluti, y a la vez infundadas en el plano económico, ya que ningún mercado puede sobrevivir sin reglas y sin intervenciones públicas reguladoras. Todavía hoy, por lo demás, estas intervenciones abundan; sólo que se producen sistemáticamente a favor de los países más ricos y de las grandes empresas. Baste pensar en las políticas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional en materia de deuda externa, responsables del hambre, de la miseria y de enfermedades de las que son víctimas en todo el mundo millones de seres humanos.

Contra esta regresión de la economía y de las relaciones de trabajo al modelo paleocapitalista y contra la rehabilitación de la guerra como medio de solución de las controversias internacionales, no existen otras alternativas más que el derecho y la garantía de los derechos así como, obviamente, una política que se los tome en serio. Ciertamente hoy estamos asistiendo a una crisis del constitucionalismo y más en general de la legalidad y de los derechos humanos, tanto dentro de nuestros ordenamientos como en las relaciones internacionales. Y, sin embargo, iustamente la globalización y el crecimiento de la interdependencia y de las comunicaciones hacen posible —incluso inevitable, si queremos impedir un futuro de guerras, de violencias, de devastaciones humanas y ambientales, de fundamentalismos y de conflictos inter-étnicos— la perspectiva de un constitucionalismo mundial para el que suministran el cuadro y las coordenadas, ya que excluyen por ilusoria la idea de la democracia en un solo país, aunque sea ampliada a todo el Occidente capitalista, y nos obligan a plantearnos el derecho y la política a la altura de los problemas. Y aunque nada nos autoriza a ser optimistas. es cierto que de esta perspectiva depende no sólo la legitimación sino también la supervivencia de nuestras ricas pero frágiles democracias.

GARANTÍAS

1. GARANTÍAS Y GARANTISMO

«Garantía» es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. El sentido originario del término es, sin embargo, más restringido. Por garantía se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano¹, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales². Justamente en relación con estos derechos, se distinguen dos clases de garantías: las garantías reales, como son la prenda o la hipoteca, mediante las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien —mueble, en el primer caso, inmueble, en el segundo— con el que resarcirse en caso de incumplimiento; y las

Traducción de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo.

- 1. Aunque el concepto general de «garantía» resulte extraño al pensamiento y al léxico jurídico romanista, el derecho romano conocía casi todas las principales formas negociales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones: tanto las garantías reales de pignus y de la hypotheca, como las personales de la sponsio, la fideipromissio y la fideiussio. El término, por su parte, tiene origen germánico, proviene del alemán antiguo waren o waeren, del que se deriva la expresión alemana warentare y, de ésta, la italiana guarentire y guarentigia [«garantizar» y «garantía», N. de los T.]. La elaboración de la categoría dogmática de las garantías, a su vez, es fruto de la pandectística alemana del siglo pasado. Para todos estos asuntos, véase M. Fragali, «Garanzia. Premessa», en Enciclopedia del diritto XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 446-447.
- 2. Las obligaciones civiles que son objeto de garantía son de lo más heterogéneas: desde la garantía por evicción o por vicios ocultos de la cosa vendida en la compraventa (arts. 1483 y 1490 del Código civil) a la de la validez del contrato o la de la existencia del crédito en la cesión de uno u otro (arts. 1410 y 1266 del Código civil), hasta las garantías de la solvencia del deudor (art. 1267 del Código civil) o las del cumplimiento contractual (art. 1410 del Código civil).

garantías personales, como la fianza y el aval, a través de las cuales un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación, a satisfacerla en el lugar del deudor.

La ampliación del significado del término «garantías» y la introducción del neologismo «garantismo» para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales³ son, en cambio, relativamente recientes. Entiendo por «derechos fundamentales» —en oposición a los «derechos patrimoniales», como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás— aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar⁴: ya se trate de derechos negativos, como los *derechos de libertad*, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los *derechos sociales*, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.

Esta ampliación del significado de «garantías» se ha producido en el terreno del derecho penal. Más concretamente, la expresión «garantismo», en su sentido estricto de «garantismo penal», surgió, en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales. En este sentido, el garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad

- 3. Se habla, en este sentido, de «garantías constitucionales» para referirse a la tutela reforzada de los derechos resultante de su estipulación en una constitución rígida. Debe, sin embargo, señalarse que con «garantía constitucional» se entienden, también, como consecuencia del empleo de esta expresión en la rúbrica del título VI de la Constitución italiana, las garantías de las que dispone la propia constitución como consecuencia de su rigidez, que se expresan en la previsión de un procedimiento especial para su reforma, garantizada, a su vez, mediante el control de constitucionalidad.
- 4. Remito, para esta noción de «derechos fundamentales» y para las diferencias estructurales entre estos derechos y los derechos patrimoniales, a «Derechos fundamentales», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, ⁵2006, pp. 37-73, y a «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, ³2007, pp. 139-196. Sobre este mismo tema, véanse también mis trabajos *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, ⁸2006, y «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e Ragione'», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 508-412.

y a la libertad personales, frente a ese «terrible poder» que es el poder punitivo, en expresión de Montesquieu⁵.

Por otro lado, a mi juicio, una concepción de este tipo del garantismo resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, va sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados, estatales o internacionales. En efecto, todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituve su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder. En este sentido, «garantismo» se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas como de las políticas, tanto de las de derecho privado como de las de derecho público, fundada en la ilusión de un «poder bueno» o, en todo caso, de una observancia espontánea del derecho y los derechos. Hablaré así de diversos tipos de garantismo, según el tipo de derechos para cuya protección se predispongan o prevean las garantías como técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción. De garantismo patrimonial, para designar el sistema de garantías destinado a tutelar la propiedad y los demás derechos patrimoniales; de garantismo liberal y, específicamente, penal, para designar las técnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial; de garantismo social, para designar el conjunto de garantías, en buena medida aún ausentes o imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes; de garantismo internacional, para designar las garantías adecuadas para tutelar los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales, por el momento casi inexistentes. En general, se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional— mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la lev v. en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.

^{5.} Ch. Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1748), en Œuvres complètes, Gallimard, Paris, 1951, vol. II, XI, 6, p. 398 [ed. castellana *Del Espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972].

Hay que añadir que actualmente, en Italia, la opción entre usos restringidos y un uso ampliado de «garantismo» no es, en absoluto, políticamente neutral. En efecto, la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos exclusivamente a la jurisdicción penal se combina, en sectores relevantes de la actual cultura política liberista. con la intolerancia frente a cualquier tipo de límites jurídicos y, especialmente, judiciales, al poder político y, más aún, al económico. Significa, por tanto, lo opuesto a «garantismo» como paradigma teórico general, que implica, en cambio, sujeción al derecho de todos los poderes v garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados. Éste es el paradigma que pretendo ilustrar aquí sucintamente y que, como trataré de demostrar, es uno y el mismo que el del actual Estado constitucional de derecho. Con tal finalidad, resultará útil redefinir preliminarmente el concepto de «garantía» como categoría general de la teoría del derecho.

2. GARANTÍAS PRIMARIAS Y GARANTÍAS SECUNDARIAS. GARANTISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Propongo llamar *garantía* a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por «derecho subjetivo» toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)⁶. Distinguiré, por tanto, entre garantías positivas y garantías negativas, según que resulte positiva o negativa la expectativa garantizada. Las *garantías positivas* consistirán en la obligación de la comisión, las *garantías negativas*, en la obligación de la omisión —es decir, en la prohibición— del comportamiento que es contenido de la expectativa.

Son, por tanto, garantías, respectivamente, positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación,

6. Para una expresión más analítica de estas nociones de «derecho subjetivo» y de «garantía», así como de las que más adelante se utilizan de garantías (y normas) «primarias» y «secundarias», remito a «Derechos fundamentales», cit., pp. 37 ss.; «Los derechos fondamentales en la teoría del derechos», pp. 139 ss.; «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto», en *Logos dell'essere*, *logos della norma*, ed. de L. Lombardi Vallauri, Adriatica, Bari, 1999, pp. 920-926 y 945-949 [ed. castellana, «Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho», trad. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, en *Doxa* 20 (1997)].

mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos), que se generan con la violación de los derechos subjetivos. De esta forma, entra en juego una segunda y muy importante distinción. Llamaré *garantías primarias* o *sustanciales* a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Llamaré *garantías secundarias* o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias.

Correlativamente, se puede llamar *normas primarias* a las que disponen obligaciones y prohibiciones, incluidas por tanto las garantías primarias, y *normas secundarias* a las que predisponen las garantías secundarias de la anulación o de la sanción, en el caso de que hayan resultado violadas las normas y garantías primarias. Por ejemplo, la garantía primaria del derecho de propiedad es la prohibición del hurto establecida por la norma primaria que crea el delito de hurto; la garantía secundaria es la obligación de aplicar la sanción prevista por las normas secundarias que castigan el hurto y que disciplinan las formas de su persecución. La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen; su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes, prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad.

Es evidente que mientras la observancia de las garantías (v de las normas) primarias equivale a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas, la de las garantías (y de las normas) secundarias opera, sólo eventualmente, como remedio previsto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o los actos inválidos. Por ello, hablaré, además, de efectividad e inefectividad primaria, de primer grado o sustancial a propósito de la observancia o inobservancia de las normas (y garantías) primarias, y de efectividad e inefectividad secundaria o de segundo grado o jurisdiccional a propósito de la observancia o inobservancia de las secundarias. Tangentopoli, por ejemplo, constituve un ejemplo clamoroso de inefectividad de las normas primarias en el tema de la corrupción. Mientras que las causas de Mani Pulite han supuesto un notable ejemplo de efectividad secundaria de las correspondientes normas secundarias. Los crímenes contra la humanidad cometidos impunemente en todo el mundo, con mucha frecuencia por los Estados y sus gobernantes, constituyen una indicación de la inefectividad, tanto primaria como secundaria, de los derechos humanos consagrados en la *Declaración universal* de 1948 y en otras cartas y convenciones posteriores.

Se evidencia, de esta forma, que el garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara, por decir así, del constitucionalismo, a cuva historia, teórica y práctica, aparece estrechamente vinculado su desarrollo. Aunque es cierto que las garantías consisten en un sistema de obligaciones y prohibiciones, no es menos evidente que su capacidad de vincular a los poderes supremos, comenzando por el poder legislativo, depende de su rígido fundamento positivo en normas superiores a éstos, como son, justamente, las normas constitucionales. En el Estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles⁷, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente. Existían, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos antigarantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la ilegitimidad de los segundos sólo podía valorarse en el plano ético-político de la justicia, y no en el plano jurídico de la legalidad. No obstante su solemnidad, las constituciones eran siempre consideradas, al menos en los ordenamientos de la Europa continental, como leyes formalmente iguales a las demás, al ser inconcebible la idea de una limitación del poder de la lev por parte de otra lev.

Esta omnipotencia de la legislación, y a través de ella de la mayoría política, cesa en el Estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual las leyes ordinarias, al aparecer situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad. Las constituciones y los principios y derechos fundamentales establecidos en las mismas

7. Naturalmente, puede compartirse la tesis teórica de la «rigidez natural» de las constituciones escritas, sostenida por A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996 [ed. castellana en J. Varela Suanzes y A. Pace, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995], según el cual incluso el Estatuto Albertino del Reino de Italia sería, en realidad, una constitución rígida, más aún, rigidísima en cuanto inmodificable, y que sólo por «responsabilidad de los políticos y de la doctrina» se transformó, aunque subrepticiamente, en una constitución flexible. En todo caso, la defensa de esta tesis se produce solamente ahora, y no en los años veinte, cuando el Estatuto fue aniquilado por Mussolini, sin que ningún jurista protestase contra el golpe de Estado; de forma que bien puede afirmarse que las constituciones no fueron rígidas hasta que no se les dio tal consideración, gracias, por otra parte, a la introducción de un procedimiento especial de reforma constitucional y de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

pasan así a configurarse como pactos sociales en forma escrita que circunscriben la *esfera de lo indecidible*, esto es, aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales.

Se trata de una profunda transformación del paradigma original del positivismo jurídico, con el que alcanza su culminación el principio, característico del Estado de derecho, de la sujeción a la ley de todo poder, incluido, por tanto, al propio poder legislativo⁸. Gracias a esta transformación, cambia la naturaleza de la validez de las leyes, que deja de coincidir con su mera existencia determinada por el simple respeto a las formas y procedimientos establecidos por las normas formales sobre su producción, y que exige, además, la coherencia de sus significados con los principios constitucionales. En segundo lugar, cambia la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, a las que ya no corresponde únicamente la aplicación y el conocimiento de unas normas legales cualesquiera, sino que asumen, además, un papel crítico de su invalidez siempre posible.

Cambia, sobre todo, con la transformación de las condiciones de validez de las leyes, la propia naturaleza de la democracia y la política. En efecto, el garantismo constitucional introduce, en la democracia, una dimensión sustancial, ajena al viejo paradigma del Estado legislativo de derecho y generada, precisamente, por las prohibiciones y obligaciones impuestas a las opciones políticas, tanto legislativas como de gobierno, por parte de las garantías primarias de los derechos fundamentales sancionados en las constituciones. De ese modo, en el Estado constitucional de derecho la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder ya no está sólo condicionada por las reglas que disciplinan las formas mayoritarias de su ejercicio —el quién y el cómo de las decisiones—, sino también por las reglas que condicionan su sustancia —es decir, *qué* es lícito u obligatorio decir, por cualquier mayoría— y que son, justamente, las garantías impuestas a sus contenidos por la constitucionalización de los derechos fundamentales: las garantías primarias negativas en forma de límites o prohibiciones

^{8.} He ilustrado esta transformación del paradigma en «Il diritto come sistema di garanzie», en *Ragion Pratica* I/1 (1993), pp. 143-161 (ed. castellana en *Derechos y garantías*, cit.); *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, ²1997, pp. 33 y 39 ss. [ed. castellana en *Derechos y garantías*, cit.]; «La democrazia costituzionale», en P. Vulpiani (ed.), *L'acceso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Armando Editore, Roma, 1998, pp. 53-66 (ahora incluido en el presente volumen); *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 53-56 y 105-113.

impuestas por los derechos de libertad; las garantías primarias positivas en forma de vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales; las garantías secundarias del control de constitucionalidad de las leyes y de la accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, comenzando, obviamente, por los derechos fundamentales.

3. EL GARANTISMO CLÁSICO LIBERAL. LAS GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES

El paradigma garantista y constitucional que aparece aquí sucintamente esbozado es un paradigma teórico y normativo, ciertamente no realizado y acaso, como sucede con todos los paradigmas normativos, nunca realizable de manera perfecta. Las garantías, como se ha dicho, tanto primarias como secundarias, son normas primarias y secundarias, respectivamente. Aunque implicadas por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, en la realidad pueden faltar cuando no hayan sido, a su vez, expresamente establecidas. Incluso, de hecho, aunque se hayan establecido, pueden ser violadas por sus destinatarios que, como se ha visto, son los poderes públicos. Ello explica por qué el paradigma garantista sea siempre un paradigma en gran medida carente de desarrollo, aunque venga impuesto por las cartas constitucionales, quedando vacío de contenido por defecto de actuación, tanto por la ausencia como por la inefectividad, ya de las normas primarias de garantías o de las secundarias.

Se puede hablar de carencia o inefectividad de las garantías, ante todo, en relación con el garantismo penal, que, en efecto, ha supuesto, desde la Ilustración, el terreno sobre el que se ha edificado el modelo del Estado liberal de derecho. Las garantías penales y procesales, como se ha señalado, son esencialmente garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales. Esta misma idea se ha identificado, con frecuencia, con el provecto de un «derecho penal mínimo»: es decir, con un sistema penal capaz de someter la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su constatación judicial— a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona. En lo que se refiere al delito, estos límites no son otros que las garantías penales sustanciales: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los comportamientos punibles a los de lesividad, materialidad y culpabilidad. En lo relativo al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: el principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural⁹.

Estas mismas garantías, por otra parte, sirven para limitar y minimizar el poder punitivo, en la medida en que todas ellas pueden configurarse como técnicas normativas destinadas a vincularlo al papel de averiguación de la verdad procesal. Por ello, cabe caracterizar las garantías penales, empezando por la formulación clara y precisa de las figuras penales impuesta por el principio de estricta legalidad (por ejemplo, «Ticio ha causado voluntariamente la muerte a un hombre»), como aquellas que, en el plano legal, aseguran en grado máximo la averiguación de la verdad jurídica, es decir, la verificabilidad y refutabilidad, en abstracto, de las hipótesis de la acusación, dado que no podría verificarse ni refutarse una acusación vaga e indeterminada (por ejemplo, «Ticio es enemigo del pueblo» o «es un sujeto peligroso»). En cambio, es posible caracterizar las garantías procesales de la carga de la prueba al principio de contradicción o al derecho a la defensa, como las que aseguran en grado máximo, en el plano jurisdiccional, la averiguación de la verdad fáctica, es decir, que exigen, en concreto, la verificación por las hipótesis acusatorias de la acusación y permiten su refutación por parte de la defensa.

Es esta fundación sobre la verdad —aunque sea en un sentido inevitablemente relativo, por el carácter opinable de la interpretación judicial y, por tanto, de la verdad jurídica, y, en cualquier caso, por el carácter probabilista de la inducción probatoria de la *verdad fáctica* la fuente de legitimación específica de la jurisdicción, que justifica su independencia en un Estado de derecho. A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en el Estado de derecho es una actividad cognoscitiva además de práctica o prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva. Las leves, los reglamentos, los actos administrativos y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuva validez iurídica depende del respeto a las normas de producción y cuya legitimidad política depende de su oportunidad, de su fidelidad a los intereses representados, de la representatividad o de la autonomía de sus autores, v no de ciertas premisas, de hecho o de derecho, argumentadas como «verdaderas». Las sentencias, por el contrario, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos sobre los hechos y recognos-

^{9.} Sobre el modelo normativo de «derecho penal mínimo» y sobre el sistema de garantías penales y procesales como garantías de verdad, además de como inmunidad contra la arbitrariedad, cf. *Derecho y razón*, cit.

citivos sobre el derecho, de cuya aceptación como «verdaderos» depende tanto la *validez* o legitimación jurídica interna o formal como la *justicia* o legitimación política, externa o sustancial de las mismas.

A esto se debe que, a diferencia de cualquier otro poder público. el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal. Veritas, non auctoritas facit iudicium, podríamos decir a propósito del fundamento de la jurisdicción, invirtiendo, así, el principio hobbesiano auctoritas, non veritas facit legem, que, en cambio, es válido para la legislación¹⁰. No se puede castigar a un ciudadano sólo porque ello corresponda a la voluntad o a los intereses de la mayoría. Ninguna mayoría, por muy aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político —del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública— puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad, pueden convertir en verdadero lo que es falso, o viceversa.

Existe, por tanto, un nexo no sólo entre derecho penal mínimo y garantismo, sino entre derecho penal mínimo, efectividad y legitimación del sistema penal. Sólo un derecho penal concebido únicamente en función de la tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales puede asegurar, junto a la certeza y al resto de garantías penales, también la eficacia de la jurisdicción frente a las formas, cada vez más poderosas y amenazadoras, de la criminalidad organizada. Y sólo un derecho procesal depurado del legado de la emergencia —de la disparidad entre acusación y defensa a la excesiva discrecionalidad en la prisión preventiva— puede ofrecer un fundamento robusto y creíble a la independencia del poder judicial y a su papel de control de la ilegalidad de los poderes. Defensa social y garantismo, tutela de los bienes primarios y garantía de los derechos de los encausados, seguridad frente a los delitos y frente a las penas arbitrarias se configuran, así, como las dos vertientes, no sólo esenciales sino relacionadas

^{10. «}Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas facit legem» (Th. Hobbes, *Leviathan* [1651], trad. latina [1670] en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, ed. de W. Molesworth [1839-1845], reimpr., Scientia, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202; trad. castellana, *Leviatán*, trad. y prólogo de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989). Sobre la oposición entre las dos máximas que expresan las fuentes de legitimación, respectivamente, de la jurisdicción y de la legislación, cf. *Derecho y razón*, cit., pp. 59 ss.

entre sí, que legitiman la potestad punitiva. El derecho penal mínimo se caracteriza, de este modo, como la *ley del más débil*, que, en el momento del delito es el agraviado, en el del proceso, el imputado, y en el de la pena, el condenado.

Desafortunadamente, hay que reconocer que el modelo de jurisdicción como actividad cognoscitiva de aplicación de la lev que aquí se ilustra es un modelo teórico (y normativo), desmentido (y violado), de hecho, por los amplios espacios de discrecionalidad generados por el déficit de garantías de nuestro sistema judicial: por la ausencia de garantías penales, como consecuencia de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos delictivos, que han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la intervención penal, en contradicción con el principio de estricta legalidad; por la debilidad de las garantías procesales, como consecuencia de la quiebra de nuestro proceso acusatorio tras las reformas de emergencia de 1992, que desequilibraron el proceso, reforzando enormemente el papel de la acusación en perjuicio de la defensa, y el de la instrucción frente al juicio. De ahí se derivan injerencias y conflictos entre poderes que, desde hace años, dividen en nuestro país a la opinión pública siguiendo lógicas facciosas, que envenenan el debate sobre la justicia, impiden la confrontación racional y corren el riesgo de provocar un descrédito general de nuestras instituciones.

Esta quiebra de la legalidad, por tanto, se resuelve, principalmente, en una descalificación de todo el sistema penal —de su certeza, su cognoscibilidad y su eficacia— constatada oficialmente por la declaración de bancarrota que supuso, hace diez años, la sentencia de la Corte constitucional núm. 364 de 1988, que archivó, por poco realista, el clásico principio penal de la no excusabilidad por desconocimiento de la ley penal. Al mismo tiempo, ello repercute sobre la jurisdicción ampliando sus espacios de arbitrariedad, comprometiendo la obligatoriedad de la acción penal y debilitando la naturaleza cognoscitiva de los juicios y, con ella, la fuente de la legitimidad misma del poder judicial y de su independencia.

Una crisis de la justicia penal de esta magnitud reclama la responsabilidad tanto de la legislación como de la jurisdicción, unidas desde hace veinte años —más allá de polémicas entre políticos y magistrados— en una insensibilidad general al valor de las garantías y en la correspondiente sumisión a las razones de la excepción y la emergencia: primero, terrorista, después, mafiosa o camorrista. Esta insensibilidad constituye, sobre todo, un síntoma de miopía y de falta de previsión. Los magistrados, en primer lugar, deberían reivindicar el refuerzo y el respeto de las garantías penales y proce-

sales, de las que dependen exclusivamente la jurisdicción penal v su independencia. Por otro lado, sólo una política no covuntural de la justicia, que asuma como primer y urgente objetivo la refundación garantista de la legalidad penal, podrá rehabilitar, hoy, el primado de la función legislativa y limitar el poder de los jueces, anclándolo a la sujeción a la lev v a su función cognoscitiva. Para ello, no basta con las numerosas leves de despenalización proyectadas o aprobadas durante años, ni siquiera con una reforma del viejo Código penal fascista. Sería necesaria una reforma de toda la legislación penal fundamentada en una mejora del lenguaje de las leves informada en los principios garantistas de taxatividad y lesividad y, además, en el refuerzo del tradicional principio de legalidad penal. No basta la simple reserva de ley, hace falta una reserva de código, es decir, el principio de que ninguna norma penal o procesal pueda dictarse si no es mediante una modificación o una integración de los códigos, aprobada, quizá, con procedimientos agravados. Sólo una reforma de este tipo podría poner fin al caos normativo, restablecer los límites entre jurisdicción y legislación, entre justicia y política, y restituir la credibilidad tanto a una como a otra¹¹.

4. EL FUTURO DEL GARANTISMO

Todavía más débiles y faltas de actuación que las garantías penales y procesales de los derechos de libertad se encuentran las garantías del resto de los derechos fundamentales, a pesar de haber sido sancionados por las constituciones estatales y las declaraciones internacionales de derechos humanos.

Un argumento teórico con el que suele refutarse la tesis del carácter jurídicamente vinculante de los derechos sociales y, por otro lado, de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales es que tales derechos no son propiamente «derechos», ya que (o en la medida en que) carecen de garantías. Si es cierto —se objeta— que los derechos fundamentales, según la propia definición aquí defendida, consisten en expectativas o pretensiones, a las que corresponden obligaciones o prohibiciones por parte de otros sujetos y sanciones

11. He defendido, últimamente, el principio de reserva de código penal y procesal penal en «La giustizia penale nella crisi del sistema politico», en *Governo dei giudici*. *La magistratura tra diritto e politica*, ed. de E. Bruti Liberati, A. Ceretti y A. Gisanti, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 81-82; «La pena in una società democratica»: *Questione giustizia* 3-4 (1996), pp. 537-538; «Giurisdizione e democrazia»: *Democrazia e diritto* 1 (1997), pp. 302-303 (los dos últimos trabajos están incluidos en el presente volumen).

o reparaciones en caso de violación, un derecho no garantizado no sería, en realidad, un derecho sino un *flatus vocis* del legislador¹².

Este planteamiento confunde indebidamente los derechos con sus garantías: las cuales, sean primarias o secundarias, cuando se refieren a derechos fundamentales, requieren siempre, para su existencia, ser introducidas mediante normas distintas de las que sancionan los derechos que garantizan¹³: las normas penales sustanciales, garantía primaria de los derechos a la vida, la libertad y la propiedad y del resto de los derechos violados por los delitos; las normas procesales penales como garantía secundaria de los mismos derechos v como garantía primaria de la inmunidad del imputado frente a la arbitrariedad policial o judicial; las normas sobre asistencia sanitaria o instrucción obligatoria, o sobre los límites de los poderes del empleador o similares, como garantía primaria de los derechos sociales y los derechos del trabajador, así como las relativas a la justicia administrativa y al proceso laboral como garantía secundaria de estos mismos derechos; finalmente, las normas —todavía carentes de vigencia por falta de ratificación por parte de un número suficiente de Estados, pero sí sancionadas, relativas al estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma en julio de 1998— que prevén una larga

- 12. «Un derecho formalmente reconocido pero no justiciable —y, por tanto, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos— es tout court», afirma, por ejemplo, Danilo Zolo, «un derecho inexistente» (D. Zolo, «La strategia della cittadinanza», en La Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 33). Una tesis semejante sostiene R. Guastini en «Diritti», en Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica, Giapichelli, Torino, 1994, pp. 168 y 173 [ed. castellana en Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, trad. de J. Ferrer i Beltran, Gedisa, Barcelona, 1999]; id., «Tre problemi per Luigi Ferrajoli»: Teoria Politica 2 (1998), pp. 35-37 [ed. castellana en Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit., pp. 57-62]. Esta tesis reproduce la sostenida por Hans Kelsen, según el cual el derecho subjetivo «es simplemente la obligación del otro o de los otros», o «el reflejo de un deber jurídico» y, por otra parte, «la capacidad jurídica de participar» en la imposición de una «sanción», ya que, en último término, «consiste en [su] protección jurídica» (H. Kelsen, Reine Rechtslehre [1960] [ed. castellana, Teoría pura del Derecho, trad. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1986]; íd., General Theory of Law and State [1945] [ed. castellana Teoría general del Derecho y del Estado, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1979]). Para una profundización en la crítica de estas teorías, remito a mi «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», cit.
- 13. El equívoco se debe, probablemente, al hecho de que Kelsen asume como figuras paradigmáticas del derecho subjetivo sólo los derechos patrimoniales (*Teoría*, cit., p. 82): éstos —al contrario que los derechos fundamentales, directamente producidos por las normas— resultan de sus correspondientes actos singulares de adquisición, junto con los deberes que les corresponden; de forma que no sólo de hecho, sino también de derecho, tales derechos no existen sin sus obligaciones correspondientes, cuyas violaciones resultan siempre, por su parte, justificables.

serie de crímenes contra la humanidad como garantía primaria de los derechos humanos establecidos en las convenciones internacionales y, con garantía secundaria, su justiciabilidad ante la futura Corte, en caso de inercia de las jurisdicciones nacionales.

Ahora bien, una confusión de ese tipo entre derechos y garantías. además de anular una buena parte de las más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo XX, contradice, a mi juicio, la tesis de la naturaleza positiva —o nomodinámica, en el léxico kelseniano— del derecho moderno. Al contrario de los sistemas que Hans Kelsen llama nomoestáticos, como la moral y el derecho natural, en los sistemas nomodinámicos o positivos la existencia o inexistencia de las normas que disponen obligaciones, prohibiciones o derechos subjetivos no se deducen de la existencia o inexistencia de otras normas, sino que son «puestas» o producidas o, si se prefiere, introducidas por los correspondientes actos de sus producción. Resulta, por tanto, perfectamente posible que, dado un derecho subjetivo como consecuencia de una norma que lo prevé, no existan hasta tanto no se produzcan —aunque debieran existir y, por tanto, ser producidas— ni las normas primarias que establecen la obligación o la prohibición correspondientes (por ejemplo, los órganos encargados de la satisfacción de los derechos sociales o los códigos penales internacionales sobre crímenes contra la humanidad), ni las normas secundarias que disciplinan la persecución de las violaciones de unos y otros (por ejemplo, la accionabilidad en juicio de los derechos sociales o la competencia de una corte penal internacional). Esta ausencia de garantías no autoriza a sostener la tesis, bien poco iuspositivista, de que los derechos no garantizados no existen aunque existan las normas que los establecen, mientras que, en cambio, impone reconocer en la ausencia de las correspondientes normas garantistas un indebido incumplimiento —la violación de la obligación de emanarlas— que constituye una indebida laguna. Concretamente, una laguna primaria cuando falte la estipulación de la obligación y de las prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y una laguna secundaria cuando no se hayan instituido los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, es decir, a aplicar las garantías secundarias. En estos casos, en resumen, no cabe negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por la norma jurídica: se podrá, tan sólo, lamentar la laguna que lo vuelve un «derecho de papel»¹⁴ y afirmar, con ello, la obligación de colmarla por parte del legislador.

^{14.} Esta expresión de Guastini aparece en «Diritti», cit., pp. 168, 170 y 173. Guastini, igualmente, denomina a los derechos no garantizados «derechos ficticios»,

Las consecuencias de esta distinción entre derechos y garantías. impuesta por la naturaleza positiva del derecho moderno, resulta de enorme importancia no sólo en el plano teórico, sino también en el metateórico. En el plano teórico comporta que el nexo entre derechos y garantías no es un nexo empírico sino un nexo normativo. que puede ser (no va contradicho, sino) violado por la existencia de las primeras y por la inexistencia, es decir, por una laguna, de las segundas; al igual que sucede, por lo demás, con el principio de no contradicción, que igualmente puede ser (no ya contradicho, sino) violado por la existencia de antinomias, es decir, de normas entre sí contradictorias. En el plano metateórico supone un papel no puramente descriptivo, sino crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto: crítico frente a sus lagunas y antinomias que debe poner de relieve, y normativo en relación con la legislación y la jurisdicción, a las que impone el deber de colmarlas o repararlas.

Cuestión totalmente diferente es la de la viabilidad concreta de las garantías en las tres direcciones antes indicadas. Ciertamente, el desarrollo del Welfare State en el presente siglo se ha producido, en buena medida, mediante el crecimiento de los aparatos administrativos y la mediación burocrática y discrecional, y no a través de la institución de garantías positivas, es decir, de técnicas de satisfacción y de accionabilidad de los derechos sociales parangonables a las de las garantías negativas previstas por la tradición liberal para la tutela de los derechos de libertad y de propiedad. Menos aún se han desarrollado las garantías de los derechos humanos estipulados en las cartas internacionales, los cuales se caracterizan por una casi absoluta inefectividad. En lo relativo a las garantías frente al mercado y a los poderes empresariales, asistimos, en realidad, a un proceso involutivo, pues no sólo no se han elaborado nuevas técnicas de limitación y control de los poderes cada vez más invasivos y mundiales de las grandes empresas multinacionales, sino que, al contrario, se han reducido, bajo la consigna del actual credo liberal, muchas de las viejas reglas y garantías en materia de derecho laboral, de tutela de los consumidores y de protección del entorno.

Todo esto no quiere decir que tales garantías no resulten técnicamente realizables, que los derechos sociales, al menos en sus mínimos

en oposición a los «verdaderos derechos», los «susceptibles de tutela jurisdiccional» y reivindicables «frente a un sujeto determinado», al que, a su vez, corresponde una «obligación de conducta» (en otras palabras, un derecho asistido de lo que he denominado «garantías secundarias» y «garantías primarias»).

vitales, no puedan quedar satisfechos ex lege, mediante prestaciones gratuitas v obligatorias en materia de salud, de educación v de subsistencia, antes que con la mediación burocrática y clientelar, y que no puedan, por tanto, resultar accionables en juicio, como impone el artículo 24 de la Constitución italiana. Que los presupuestos estatales no puedan quedar vinculados, incluso constitucionalmente, a cuotas mínimas de gasto social y sometidos, así, al control de constitucionalidad. Que el mercado y las relaciones laborales no estén sometidos, por normas estatales y por convenciones internacionales, a los límites y vínculos exigidos por los derechos fundamentales virtualmente lesionados por aquéllos. Que el Estatuto de la Corte Penal Internacional para Crímenes contra la Humanidad no resulte finalmente ratificado por todos los Estados o, al menos, por el número mínimo exigido para su entrada en funcionamiento. Que, por último, las instituciones financieras internacionales, del Fondo Monetario al Banco Mundial, no se vean obligadas a orientar sus intervenciones a la ayuda en lugar de a la asfixia de las economías de los países más pobres. Se trata, ciertamente, de expectativas a largo plazo, destinadas, probablemente, a no verse nunca satisfechas. Pero es igualmente cierto que la divergencia abismal entre norma y realidad, entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes —cualesquiera que sean— a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles.

Todas las garantías, en efecto, tienen un coste: mínimo en el caso de las garantías liberales y penales negativas, que exigen simplemente límites negativos, plazos amplios y procedimientos complejos para la definición, la averiguación y la sanción de los delitos que violan los derechos negativos de libertad y de propiedad; máximo tratándose de las garantías sociales positivas, que exigen la asignación y la redistribución de recursos fuera y contra la lógica del mercado; algo en parte va experimentado en nuestros Estados de derecho; totalmente nuevo, en cambio, en el plano internacional, en el que exigiría la renuncia a la lógica de la fuerza y la prepotencia de los Estados y la puesta en cuestión de nuestros desenfadados niveles de vida que hacen posible para Occidente el bienestar y la democracia a expensas del resto del mundo. Pero se trata, como siempre, de los costes del derecho y de la democracia frente a los costes de la ley desregulada y salvaje del más fuerte que, en perspectiva, resultan infinitamente superiores. El propio preámbulo de la Declaración universal de 1948 establece un nexo indisociable entre las garantías de los derechos fundamentales de todos los seres humanos y la paz en el mundo; y, por tanto, nos advierte, con realismo, que es de esas garantías de las que depende la convivencia futura en un mundo no devastado por nuevas guerras, violencias y terrorismos, y la propia supervivencia, a largo plazo, de nuestras ricas democracias.

SOBRE LA DEFINICIÓN DE «DEMOCRACIA». Una discusión con Michelangelo Bovero

1. LA DEMOCRACIA COMO MÉTODO. DOS APORÍAS

Según la concepción seguramente dominante, la democracia consiste únicamente en un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por tanto a la mayoría de sus miembros, el poder —directo o a través de representantes— de asumir decisiones. Ésta no es sólo la acepción etimológica de «democracia», sino también la concepción unánimemente compartida —desde Kelsen a Bobbio, desde Schumpeter a Dahl— de la teoría y de la filosofía política.

Podemos llamar formal o procedimental a esta definición de la democracia. De hecho, ella identifica a la democracia únicamente sobre la base de las formas y de los procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular: en otras palabras, sobre la base del «quién» (el pueblo o sus representantes) y del «cómo» (la regla de la mayoria) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sean. Incluso un sistema en el cual se decidiese por mayoría la supresión de una minoría sería, a la luz de este criterio, «democrático».

La pregunta que entonces pretendo proponer es la siguiente. ¿Esta caracterización solamente formal de la democracia es suficiente además de necesaria para sugerir una definición adecuada?, ¿o no requiere, en cambio, ser integrada con la indicación de algún vínculo de carácter *sustancial* o de *contenido*? Es ésta la cuestión que pretendo discutir aquí con Michelangelo Bovero, quien repetidamente ha defendido la noción sólo formal de «democracia» manifestando, respec-

Traducción de Nicolás Guzmán.

to a mi propuesta de revisión, un «acuerdo global (y, por así decir, sustancial)» y «una discrepancia concreta y (por así decir) formal»¹.

Que la dimensión formal de la democracia, como poder fundado sobre la voluntad popular, exprese —como justamente lo ha aclarado Bovero²— un rasgo necesario es indudable: se trata de una *conditio sine qua non*, en ausencia de la cual no se puede hablar de «democracia». Sin embargo, la definición de un término, como sabemos, debe indicar las condiciones no sólo necesarias sino también suficientes en presencia de las cuales él es predicable de un argumento dado. ¿Es suficiente una concepción puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es calificable como «democrático»? A mí me parece que no, a causa de dos aporías que creo que la afligen.

La primera aporía está generada por la inidoneidad de tal concepción para dar cuenta de las actuales democracias constitucionales. En efecto, en estas democracias no es verdadero que el respeto de las formas y de los procedimientos democráticos sea suficiente para legitimar cualquier decisión. No es verdadero que en ellas el poder del pueblo, o sea de la mayoría, sea la única fuente de legitimación de las decisiones y que por ello sea ilimitado. Al contrario, este poder es un poder jurídicamente limitado no sólo respecto de las formas sino también de los contenidos de su ejercicio: está, en suma, sujeto al derecho según el paradigma del Estado de derecho, el cual no admite la existencia de poderes absolutos. Precisamente, él está sometido a aquellas particulares normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales. ¿Deberíamos concluir, a la luz de la definición puramente formal de la democracia simplemente como «poder del pueblo», que estos sistemas no son democráticos?, ¿que los derechos fundamentales sancionados en constituciones rígidas, como también se ha afirmado, siendo un límite a la democracia

^{1.} M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, ³2007, pp. 215-242. Recuerdo también, sobre el mismo tema, las críticas que me ha dirigido M. Bovero, «La filosofia politica di Ferrajoli», en *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, ed. de L. Gianformaggio, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 399-406. Las tesis sostenidas por mí—tanto las criticadas por Bovero como aquellas con las que respondo a sus críticas— se encuentran en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), trad. de P. Andrés lbáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], Trotta, Madrid, ⁸2006, pp. 864 ss.; *Le ragioni del garantismo*, cit., pp. 505-508; *Los fundamentos...*, cit., pp. 35-40, 167-172 y 339-355.

^{2. «}Derechos fundamentales y democracia...», cit., pp. 236-239.

política son, por tanto, un límite a la democracia *tout court*, al punto de transformarse, si se los considera como «insaciables», en una negación de ella?³, ¿o no debemos afirmar, al contrario, que justamente en ausencia de tales límites no podemos hablar —si no de «democracia»— de «democracia constitucional»?

La segunda aporía se refiere a las garantías de supervivencia de la democracia política misma. En ausencia de límites de carácter sustancial, o sea, de límites a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede —o, al menos, puede no— sobrevivir: siempre es posible, en principio, que con métodos democráticos se supriman los mismos métodos democráticos. Siempre es posible, en formas democráticas, o sea, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación; en breve, todo el sistema de reglas en el cual consiste la democracia política. No son hipótesis de escuela: se trata de las terribles experiencias del nazismo y del fascismo del siglo pasado, que conquistaron el poder en formas democráticas y luego lo entregaron «democráticamente» a un jefe que suprimió la democracia.

Si esto es verdadero, el rasgo formal y procedimental de la decisión por mayoría no es suficiente ni en el plano empírico, o sea, con referencia a las actuales democracias constitucionales, ni en el plano teórico, es decir, con referencia a la misma democracia política, para definir la democracia. Para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría. Pero éste es un rasgo sustancial, que tiene que ver con el contenido de las decisiones y que por tanto contradice la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, o sea, en las reglas procedimentales que aseguran, a través del sufragio universal y del principio de mayoría, la representatividad popular de las decisiones mismas. Rasgos sustanciales, como garantía de las mismas formas y del mismo método democrático y de sus variados y complejos presupuestos, se requieren entonces como necesarios para toda definición teórica de «democracia» dotada de adecuada capacidad explicativa. Es así como se obtiene un paradigma complejo —la democracia constitucional— que incluye, junto a la dimensión política o «formal», también una dimensión que bien podemos llamar «sustancial», dado que se refiere a los contenidos o a la sustancia de las decisiones: aquello que a cualquier mayoría le está, por un lado, prohibido y, por otro, le es obligatorio decidir.

^{3.} Cf. A. Pintore, «Derechos insaciables», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos...*, cit., pp. 243-265.

2. UN MODELO PLURIDIMENSIONAL DE «DEMOCRACIA»: LA DIMENSIÓN FORMAL Y LA DIMENSIÓN SUSTANCIAL

Naturalmente, no pretendo en el breve espacio de esta intervención analizar adecuadamente este paradigma que ya he tenido ocasión de ilustrar en otras oportunidades, conectándolo a la revisión por mí propuesta de la teoría jurídica de la *validez* —*sustancial* además de *formal*— de las leyes⁴. Me limitaré a proponer una redefinición jurídica de «democracia» en función de la cual el carácter representativo de un sistema político, asegurado por el sufragio universal y por el principio de la mayoría, es sólo un rasgo de la democracia. Este carácter designa la *dimensión política* o *formal* de la democracia, determinada precisamente por las reglas que disciplinan las *formas* de las decisiones y que por tanto bien podemos llamar *normas formales sobre la producción*. Basándose en estas reglas, la legitimidad democrática de cada decisión se funda, directa o indirectamente, en procedimientos idóneos para garantizar su conformidad con la voluntad de la mayoría de los ciudadanos.

Y aun en las democracias avanzadas, dotadas de constitución rígida, el respeto a estas reglas sobre la forma de las decisiones, comenzando por las leves, es suficiente, además de necesario, para asegurar la vigencia y la validez formal pero no así la validez sustancial de las decisiones mismas. Para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustanciales sobre la producción, dado que invisten, precisamente, los contenidos y por tanto la sustancia de las decisiones. Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de la paz y similares. Además expresan la que podemos llamar dimensión sustancial de la democracia, dado que equivalen a otros tantos límites o vínculos de contenido con los poderes de la mayoría. Precisamente, los derechos fundamentales consistentes en expectativas negativas -como los derechos de libertad y de autonomía, tanto civil como política— son derechos que imponen límites, o sea, prohibiciones de lesión, cuya violación genera antinomias; los derechos fundamentales consistentes en expectativas positivas —como lo son

^{4.} Me remito a *Derecho y razón*, cit., pp. 855-868, 875, 883-884; «El derecho como sistema de garantías», trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, en *Derechos y garantías*. *La ley del más débil*, Trotta, Madrid, ⁵2006, pp. 15-36; *Los fundamentos...*, cit., pp. 35-40, 167-172 y 339-355.

todos los derechos sociales— son, en cambio, derechos que imponen vínculos, o sea, obligaciones de prestación cuya inobservancia genera *lagunas*.

En todos los casos, los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son normas sustanciales sobre la producción legislativa. En primer lugar, son «normas», o sea, «normas téticas», como he preferido llamarlas, ya que ponen directamente los derechos por ellas expresados en oposición a las «normas hipotéticas» que, en cambio, predisponen situaciones, como por ejemplo los derechos patrimoniales y las correlativas obligaciones, como efectos de los actos negociales por ellas previstos. El derecho de la libre manifestación del pensamiento, por ejemplo —a diferencia de un derecho patrimonial, que jamás es él mismo una norma sino que es siempre predispuesto por una norma como efecto de los hipotéticos actos por ella previstos—, no es otra cosa más que (el significado de) la norma constitucional que enuncia tal derecho. En segundo lugar, los derechos fundamentales son normas «sustanciales» sobre la producción de normas porque disciplinan ya no la forma sino el significado, o sea, la sustancia de las normas producidas, condicionando la validez a su coherencia con las expectativas formuladas a través de ellos.

De esta manera, el conjunto de estas normas sustanciales circunscribe aquella que tantas veces he denominado esfera de lo indecidible: la esfera de lo indecidible que, determinada por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo indecidible que no, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos. Sólo aquello que está fuera de esta esfera es la esfera de lo decidible, en cuyo interior es legítimo el eiercicio de los derechos de autonomía: la autonomía política, mediada por la representación, en la producción de las decisiones públicas; la autonomía privada, según las reglas del mercado, en la producción de las decisiones privadas. Principio de mayoría y libertad de emprendimiento, discrecionalidad pública y disponibilidad privada, autodeterminación política y autodeterminación privada son, en suma, las reglas que presiden la esfera de lo decidible, pero encuentran límites y vínculos insuperables en la esfera de lo indecidible.

Es así como resulta un modelo tetra-dimensional de democracia, o sea, articulado en cuatro dimensiones, correspondientes respectivamente a los cuatro tipos de derechos que tantas veces he distinguido: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. Los primeros dos tipos de derechos

—los derechos políticos y los derechos civiles, que he llamado «secundarios» o «formales» o «instrumentales»—, refiriéndose a otras tantas esferas de autonomía (la autonomía política y la autonomía privada), sirven para fundar la legitimidad de la forma de las decisiones en la esfera de la política y en la de la economía, respectivamente, y por tanto la dimensión formal, política y civil respectivamente, de la democracia. Los otros dos tipos de derechos —los derechos de libertad y los derechos sociales, que he llamado «primarios» o «sustanciales» o «finales»— refiriéndose a aquello que a la autonomía tanto política como económica está prohibido o es obligatorio hacer, sirven para fundar la legitimidad de la sustancia de las decisiones y, por tanto la dimensión sustancial, en negativo y en positivo, de la democracia.

Naturalmente —es éste el punto en el cual tiene razón Bovero, cuya precisión a él le debo— estas cuatro dimensiones no son homogéneas. De ellas, aquella que de todos modos es necesaria, aunque por sí sola insuficiente, es la dimensión política. Las otras tres dimensiones —la civil, la liberal y la social— presuponen de todas maneras la dimensión política, en ausencia de la cual no puede hablarse de «democracia» en ningún sentido de este término. Las cuatro dimensiones, en cambio, son todas necesarias y conjuntamente suficientes para definir el paradigma de la actual democracia constitucional, basándose en la cual se sustrae a cualquier poder decisional, tanto público como privado, la disponibilidad no sólo de los derechos políticos v del método democrático en la formación de las decisiones, sino del entero conjunto de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionales, como la división de poderes, la independencia de la jurisdicción —tanto ordinaria como constitucional— y las varias figuras de incompatibilidad dirigidas a impedir excesos de poder y conflictos de intereses.

3. CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO Y GARANTÍAS DE LA DEMOCRACIA

Se entiende cómo esta concepción compleja y multidimensional de la democracia está capacitada para superar las dos aporías generadas por su noción puramente política o formal. Sólo la imposición de límites y vínculos a los poderes de la mayoría por obra de normas constitucionales sobre-ordenadas a ellos es capaz, en efecto, no sólo de dar cuenta de la dimensión sustancial de las actuales democracias constitucionales, sino también de poner al reparo de ella misma, o sea, de los excesos de un poder de mayoría ilimitado, la democracia

política o formal misma⁵. Del resto, ¿acaso el paradigma de la democracia constitucional, protegido por la rigidez de las constituciones, no se ha impuesto y se ha generalizado después de la segunda guerra mundial, después de las terribles experiencias del nazismo y del fascismo? Se descubrió entonces que el poder de la mayoría, que incluso había permitido la llegada de las dictaduras, no garantiza la calidad sustancial del sistema político y ni siquiera la supervivencia del mismo poder de la mayoría. Y se convino, por tanto, estipular en el pacto constitucional la indisponibilidad del pacto mismo y de sus cláusulas, comenzando por los derechos de libertad y los derechos sociales.

Creo también que el paradigma de la democracia constitucional, justamente gracias a su dimensión sustancial, está en grado de integrar y, por así decir, de reforzar la noción misma de «democracia política» y a la vez la noción, que está detrás suyo, de «soberanía popular». Ya he sostenido esta tesis, respondiendo a Bovero en nuestra discusión sobre los derechos fundamentales, con el argumento de que los derechos de libertad y los derechos sociales, a la par de los políticos y civiles, se encuentran en la base de la igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits* y aluden por tanto al «pueblo» entero, refiriéndose a poderes y a expectativas de *todos*, todavía más que el mismo principio de mayoría⁶. Agrego ahora, en sostén de mi re-definición, dos nuevos argumentos ligados ambos a la caracterización arriba expuesta de los derechos fundamentales como «normas sustanciales sobre la producción» de normas.

¿Qué comportan, de hecho, las dos tesis que aquí he sostenido: a) que los derechos fundamentales no son predispuestos por normas sino que ellos mismos son *normas*, que he llamado «téticas» en oposición a las «hipotéticas», que predisponen situaciones como efectos de los actos previstos por ellas, y b) que tales normas, en las democracias constitucionales, están incluidas en las constituciones como otras tantas normas *sustanciales* sobre la producción, de grado sobre-ordenado a cualquier otra? Comportan, me parece, dos implicaciones, ambas de enorme alcance a los fines de una teoría normativa no sólo de la democracia constitucional, sino de la misma democracia política.

^{5.} El mismo discurso puede repetirse para la dimensión económica de la democracia, fundada sobre aquellos específicos «derechos-poderes» que son los derechos civiles. Sólo la limitación de estos poderes a través de su sujeción al derecho, y en particular a los derechos fundamentales, está en grado de poner al reparo de sí mismos, o sea, de los excesos de un poder económico ilimitado, tanto el mercado mismo como la democracia civil misma.

^{6.} Los fundamentos..., cit., pp. 345-347.

La primera implicación es que de la parte sustancial de las constituciones son titulares — «titulares» y no simplemente «destinatarios», porque son titulares de los derechos fundamentales conferidos por ella los mismos ciudadanos: es más, todas las personas a las cuales los diversos tipos de derechos fundamentales son constitucionalmente adscritos. La constitución, en suma, en su parte sustancial, resulta por mi primera tesis «imputada», en el sentido técnico-jurídico del término, a todos y a cada uno, al pueblo entero y a cada persona que lo compone. De aquí su «natural» rigidez⁷: los derechos fundamentales y, por tanto, las normas constitucionales en que ellos consisten, precisamente porque son derechos de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles por la mayoría. En efecto, la mayoría no puede disponer de aquello que no le pertenece. Si todos y cada uno somos titulares de la constitución porque somos titulares de los derechos fundamentales adscritos a ella, la constitución es patrimonio de todos y de cada uno, razón por la cual ninguna mayoría puede meterle mano sino con un golpe de Estado y una ruptura ilegítima del pacto de convivencia. Por esto, una vez estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no son una cuestión de mayoría y deberían estar sustraídos también al poder de revisión: o mejor, debería admitirse sólo su ampliación y nunca su restricción, ni mucho menos su supresión.

La segunda implicación no es menos importante en el plano teórico. La constitucionalización de los derechos fundamentales, elevando tales derechos a normas del ordenamiento sobre-ordenadas a cualquier otra, confiere a sus titulares —o sea, a todos los ciudadanos y a todas las personas de carne y hueso— una colocación a su vez sobre-ordenada al conjunto de los poderes, públicos y privados, que están vinculados y son funcionales al respeto y a la garantía de los mismos derechos. Es en esta común titularidad de la constitución, consiguiente a la titularidad de los derechos fundamentales, donde reside, a mi parecer, la «soberanía», en el único sentido en el cual es aún lícito hacer uso de esta vieja palabra. Así, resulta ampliada y reforzada la misma noción política corriente de «democracia», defendida por Michelangelo Bovero: la democracia consiste en el «poder del pueblo», va no simplemente en el sentido de que al pueblo y por

^{7.} La expresión es de A. Pace, «La 'naturale' rigidità delle costituzioni scritte», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, pp. 4085 ss., según la cual una constitución no rígida sino flexible, o sea, derogable por la ley ordinaria, no es en realidad una constitución. Véase también, de A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996.

tanto a los ciudadanos les corresponden sólo los derechos políticos y, por ello, el autogobierno a través de la mediación representativa, sino también en el sentido ulterior de que al pueblo y a todas las personas que lo componen les corresponde el conjunto de aquellos «contra-poderes» que son los derechos fundamentales —civiles, de libertad y sociales— a los cuales todos los poderes, incluidos aquellos de la mayoría, están sometidos. Les corresponden, en una palabra, las situaciones jurídicas supremas, en relación con las cuales todas las otras son funcionales y les están subordinadas, razón por la que no pueden ser vencidas por ninguna de las demás.

Sólo en este modo, a través de su articulación y funcionalidad a la tutela y satisfacción de los diversos tipos de derechos fundamentales, el Estado democrático, o sea, el conjunto de los poderes públicos, viene a configurarse, según el paradigma contractualista, como «Estado instrumento» para fines no suvos. Son las garantías de los derechos fundamentales —desde el derecho a la vida a los derechos de libertad y a los derechos sociales— los «fines» externos o, si se quiere, los «valores» y, por así decir, la «razón social» de estos artificios que son el Estado y toda otra institución política. Y es en esta relación entre medios institucionales y fines sociales y en la consiguiente primacía del punto de vista externo sobre el punto de vista interno, de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas de carne y hueso sobre las máquinas políticas y sobre los aparatos administrativos, donde está el significado profundo de la democracia. En tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista de la democracia la que debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritarias y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus perversiones videocráticas: o, dicho en una palabra, contra la kakistocracia de la que habla Michelangelo Bovero.

4. SINTAXIS, SEMÁNTICA Y PRAGMÁTICA DE LA DEMOCRACIA

A mí me gusta mucho la metáfora de la «gramática» con la cual Boyero ha representado las reglas de la democracia y, con fecunda ambivalencia, del lenguaje en el cual son formulados los discursos sobre la democracia. Pienso, sin embargo, que la metáfora debería ser convenientemente desarrollada. La democracia no tiene sólo una *gramática*, o sea, un conjunto de reglas morfológicas, ortográficas y sintácticas acerca de las fuentes del poder y de las formas correctas de su ejercicio. Estas reglas, repito, son esenciales, de manera tal que

su ausencia o violación no permite hablar correctamente de democracia. Pero la democracia, o al menos esa específica forma de democracia que es la democracia constitucional, tiene además una *sintaxis*, una *semántica* y una *pragmática*.

Tiene en primer lugar una semántica, o sea, un conjunto de reglas que disciplinan va no las formas sino los significados normativos que en las formas admitidas no pueden ser expresados: que se refieren. como se ha dicho, no al «quién» y al «cómo», sino al «qué cosa» es lícito o ilícito decir o no decir en formas democráticas. Son precisamente éstas las reglas que aseguran la isonomía, justamente conectada por Bovero a la idea de democracia: en efecto, la igualdad frente a la ley, o establecida por la ley, consiste esencialmente, según las palabras del artículo 1 de la Déclaration des droits del año 1789, en la égalité en droits, que es precisamente la igualdad en los derechos fundamentales (y no ciertamente en los patrimoniales). Naturalmente, no todos los derechos fundamentales son esenciales a la democracia. Lo son ciertamente los derechos políticos, a través de cuyo ejercicio se articulan las formas de la democracia política. Pero lo son también, como admite el mismo Bovero cuando habla de «condiciones externas» o de «precondiciones» de la democracia, los clásicos derechos de libertad y los derechos sociales a la supervivencia. Lo que es cierto, más allá de las diversas opiniones que se puedan tener acerca de cuáles son derechos indispensables al funcionamiento y a la supervivencia de una democracia, es que algún límite de sustancia —al menos la prohibición de suprimir democráticamente el método democrático mismo— es esencial a la democracia. ¿Por qué ignorarlo, entonces, en la definición teórica del correspondiente concepto?

Es cierto que, literalmente, «democracia» quiere decir «poder del pueblo», pero es precisamente la semántica de la palabra democracia la que nos impone el análisis del significado de estas palabras. Ante todo, ¿de qué «poder» estamos hablando?, ¿de un poder *legibus solutus* o, más bien, de un poder jurídico, o sea, sujeto al derecho? Me parece que Bovero oscila, sobre la cuestión, entre dos tesis opuestas. Cuando afirma, sin ulteriores precisiones, que la democracia es únicamente «un método para tomar decisiones colectivas», parece aludir a un poder ilimitado. Pero obviamente no es así. Es Bovero mismo quien afirma que sin derechos fundamentales una democracia no nace, o no sobrevive o es pura apariencia (es una democracia «de plástico», como eficazmente la ha llamado), aludiendo así a un poder del pueblo no absoluto sino jurídico, o sea, sometido al (y limitado por el) derecho, según el modelo del gobierno ya no «de los hombres» sino «de las leyes».

Y todavía más: ¿qué significa «pueblo»?, ¿es posible, en concreto, un poder del pueblo entero? Afortunadamente no. Sabemos bien que si un pueblo fuese unánime, ello sería la señal más elocuente de la degeneración totalitaria de la democracia y que hablar de «poder del pueblo» sirve para ocultar el pluralismo político y los conflictos de clase que atraviesan las sociedades8. Entonces, «poder del pueblo» o «democracia» quiere decir en realidad el poder de una parte del pueblo, que sea también mayoritaria, sobre el pueblo entero y, por tanto, también sobre esa parte que no es la mayoría y que, incluso, se encuentra en oposición y en conflicto con respecto a ella. Y es justamente para impedir que este poder sea absoluto por lo que la democracia política, para no contradecirse a sí misma, debe incorporar «contra-poderes» de todos, incluso de la minoría, orientados a limitar los poderes de la mayoría. Estos contra-poderes, que no se advierte por qué no deban ser configurados también ellos como «poderes del pueblo» (o «democráticos»), son precisamente los derechos fundamentales, gracias a los cuales todos y cada uno están tutelados de las invasiones y de los arbitrios de una parte del pueblo sobre las otras.

En segundo lugar, la democracia tiene también una *pragmática*, o sea, un conjunto de reglas compartidas y por ello idóneas para asegurar un cierto grado de efectividad. Y tienen también una pragmática los discursos sobre la democracia y las teorías de la democracia, cuyo efecto no secundario es el de crear y valorar, en la cultura política y en el sentido común, las imágenes y por ende el sentido mismo de la democracia. Pretendo decir, teniendo en cuenta el carácter convencional de nuestras definiciones, que no es irrelevante el tipo de imaginario que ellas sugieren y alimentan. Pero entonces —si con Bovero estamos de acuerdo sobre la sustancia de la teoría de la democracia y, por tanto, sobre el valor de los límites y de los vínculos de contenido impuestos por las constituciones al método democrático en garantía

8. Se adaptan plenamente a esta expresión las palabras con que Hans Kelsen polemizó contra la idea, sostenida por Carl Schmitt, del carácter unitario de la representación por obra de un presidente elegido por el pueblo: «El verdadero significado de la doctrina del *pouvoir neutre* del monarca que Schmitt adapta al jefe de Estado republicano es, en efecto, éste, o sea, que debe enmascarar el contraste de intereses, efectivo y radical, que se expresa en la realidad de los partidos políticos y en la realidad, todavía más importante, del conflicto de clase que está detrás de ellos. En términos pseudo-democráticos, la fórmula de esta función suena más o menos así: el pueblo que forma el Estado es un colectivo unitario homogéneo y tiene por tanto un interés colectivo unitario que se expresa en una voluntad colectiva unitaria» (H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung Sein*? (1930-1931), trad. italiana de C. Geraci, «Chi deve essere il custode della costituzione?», en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 275).

de su misma supervivencia— me pregunto, y pregunto a Bovero, si no es oportuno hoy, más que nunca, incluir aquellos límites y aquellos vínculos en la definición teórica de «democracia». Me pregunto si la *kakistocracia* que Bovero ha ilustrado⁹ no depende precisamente de la (inevitable) degeneración, en ausencia de adecuados límites y controles, de la democracia política por él identificada con la democracia *tout court*: si, en otras palabras, el constante empeoramiento del «gobierno de los peores» al cual estamos asistiendo en tantos de nuestros países no sea un efecto perverso propio del deterioro en el sentido común —aun antes que en mutaciones institucionales concretas— del valor de la constitución y de las garantías impuestas por ella a los poderes democráticos de la mayoría.

Es también verdad, como afirma Bovero, que la noción puramente formal de «democracia» tiene a sus espaldas una tradición milenaria, desde la Grecia antigua hasta hoy, y que es compartida por el pensamiento político dominante. Pero precisamente en este sentido puramente formal, se podría objetar, la democracia raramente ha existido y casi nunca ha sobrevivido. No ha existido en la Grecia antigua, en la cual no existía el sufragio universal y en la que ciertamente no todo el pueblo participaba en el gobierno de la ciudad. No ha existido en el viejo Estado liberal, en el cual el sufragio universal estaba limitado a escasas oligarquías. Y cuando ha existido, como en Italia y en Alemania a comienzos del siglo XX después de la introducción del sufragio universal masculino, justamente por la ausencia de límites ella cayó bajo los golpes del fascismo y del nazismo. ¿No son acaso suficientes estas terribles lecciones de la historia para hacernos modificar el sentido puramente formal de la democracia?, ¿no es tal vez verdad que a continuación de ellas la democracia tomó, por así decir, nueva consciencia de sí misma y de los propios límites, elaborando —con la proclamación de un solemne «nunca más», en las constituciones de la posguerra— las garantías, propias de la actual democracia constitucional, de la rígida sujeción de los poderes públicos a los derechos fundamentales?

Es en esta perspectiva en la que, invirtiendo provocativamente los significados tradicionalmente asociados a «democracia formal» y a «democracia sustancial», he llamado «democracia sustancial» —porque se refiere a la sustancia de las decisiones— al conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia

^{9.} M. Bovero, Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores, Trotta, Madrid, 2002.

política. En el léxico tradicional, en efecto, el adietivo «formal» ha sido generalmente asociado a las reglas del Estado de derecho y de la democracia parlamentaria, mientras «sustancial» lo ha sido a la «verdadera» democracia, o al menos a la máxima participación popular. Sobre la base de las definiciones propuestas por mí, en cambio, también la democracia directa, teniendo que ver con la forma de las decisiones, es «formal», mientras es «sustancial» —al consistir en límites y vínculos sustanciales, o sea, de contenido— el paradigma del Estado constitucional de derecho y de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, incluidos en las constituciones. En este sentido, con aparente paradoja, los máximos factores de la democracia formal fueron Rousseau y Lenin, que fundaron la legitimidad política el uno sobre la voluntad general y el otro sobre la dictadura del proletariado. Por lo demás, también se han invertido, en los últimos cincuenta años, los valores políticos y sociales de la democracia política y del Estado de derecho. Hasta la mitad del siglo pasado el Estado de derecho, a causa de su carácter sólo liberal, parecía reflejar, prevalentemente, los intereses de conservación propios de los restringidos grupos dominantes, mientras era a la democracia política a la que se le confiaban a través de la participación de las grandes masas en los poderes públicos las perspectivas de progreso y de tutela de los sujetos más débiles. Hoy, en nuestras sociedades así llamadas «de los dos tercios», en las cuales las mayorías son tendencialmente conservadoras, es en cambio el Estado constitucional de derecho extendido a los derechos sociales el que se configura —contra las formas mavoritarias de la democracia política— como la principal fuente de tutela de los sujetos débiles y, al mismo tiempo, como la dimensión más progresiva de los sistemas políticos, no acaso constante y pesadamente amenazada por la actual kakistocracia.

RAZÓN, DERECHO Y DEMOCRACIA EN EL PENSAMIENTO DE NORBERTO BOBBIO

I

Quiero, en primer lugar, dar a Norberto Bobbio la bienvenida — o más bien el «buen retorno»— a su vieja Universidad de Camerino, en la que inició su dedicación a la enseñanza, hace ya más de sesenta años. En esta antigua, pequeña y apartada universidad, Bobbio enseñó Filosofía del derecho durante tres años, de 1935 a 1938, y precisamente en nuestra hermosa «Aula Scialoja», como él mismo recuerda en la *Autobiografia* aparecida en estos días, dio — «tenso y lleno de ansiedad»— la primera clase de su vida¹. Y es para todos un gran honor y una gran satisfacción tenerle hoy aquí entre nosotros, para rendirle este pequeño homenaje que su vieja Facultad quiere tributarle.

En la carta con que dio respuesta hace algunos meses a nuestra invitación, Bobbio nos hacía un reproche por haberle caracterizado como «el intelectual italiano más ilustre e influyente de la segunda mitad de este siglo». «¿No os parece —escribía— haber exagerado un poco en la motivación? El primero en no creerlo —proseguía la carta— soy yo. Cierto que he iniciado muchos caminos, pero no he recorrido ninguno hasta el final».

Pues bien, yo pienso que justamente éste ha sido el mayor mérito de Norberto Bobbio y la razón principal de la extraordinaria influencia que ha ejercido —más que ningún otro, hay que decirlo— sobre tantas generaciones de estudiosos y en tantas disciplinas. El hecho de

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

1. N. Bobbio, *Autobiografia*, ed. de A. Papussi, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 36; trad. castellana de E. Benítez, Taurus, Madrid, 1998.

haber «iniciado», es decir, abierto muchos caminos a la cultura italiana —a la filosofía y a la teoría general del derecho, a la metodología de la ciencia jurídica y a la lógica deóntica, a la filosofía política y a la sociología del derecho— sin haber cerrado ninguno.

No es fácil ilustrar todos estos horizontes, tantos y tan diversos, abiertos por Bobbio a la cultura filosófica, jurídica y política de nuestro país en su larga e intensa vida de estudioso. No pienso siquiera intentarlo. De esta tarea se ocupará el encuentro sobre la obra de Bobbio que hemos organizado para hoy y mañana.

Me limitaré a señalar las que, a mi juicio, son las principales razones del papel innovador desarrollado por Bobbio en la cultura italiana de posguerra y, al mismo tiempo, de la fascinación que su figura ejerció sobre mí desde el momento en que le conocí, hace treinta y cuatro años, en el ya lejano 1963. Estas razones son dos —una de método y la otra de fondo— y ambas justifican la caracterización de su magisterio como «neoilustrado»: sobre todo, el estilo intelectual por él acuñado; y, en segundo término, y en consecuencia, el nexo que él estableció entre razón, derecho y democracia.

П

Ciertamente, la primera importante lección de Bobbio es la impartida con su «estilo de pensamiento»², dictado por una concepción laica, anti-ideológica y anti-retórica y, al mismo tiempo, civil y comprometida de la cultura. Una concepción de la cultura proveniente a su vez, por usar palabras del propio Bobbio, de un doble rechazo: del rechazo del «apoliticismo propio de la filosofía académica», pero también de la «politización que reduce la filosofía a servicio público»³; de

- 2. D. Zolo, «Habeas mentem. Oltre il privatismo e contro i vecchi padroni»: Rivista di Filosofia LXXXVIII/1 (1997), p. 147. Sobre Bobbio como neoilustrado puede verse el excelente libro de A. Ruiz Miguel Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio, CEC, Madrid, 1983, en particular el capítulo I. Cf. también, más reciente, La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio, ed. de A. Llamas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, con escritos de N. Bobbio, G. Peces-Barba, G. Einaudi, A. Ruiz Miguel, R. Guastini, L. Prieto Sanchís, A. Calsamiglia, E. Pattaro, A. E. Pérez Luño, R. de Asís, M. Bovero, E. Fernández, E. Díaz, L. Hierro, J. de Lucas, A. Squella.
- 3. N. Bobbio, «L'impegno dell'intellettuale ieri e oggi»: Rivista di Filosofia LXXXVIII/1 (1997), p. 13, donde Bobbio vuelve sobre estas tesis, ya expuestas en su intervención en el seminario organizado en Turín los días 3 y 4 de junio de 1953 por Nicola Abbagnano, y que a su vez son reelaboración y desarrollo del artículo «Politica culturale e politica della cultura» (1952), en Politica e cultura, Einaudi, Torino, 1995, pp. 32 ss.

la «evasión académica o retórica de las ideas», pero también del modelo sartriano, como del gramsciano o más aún del zdanoviano del intelectual orgánico o de partido o de cualquier modo integrado en un frente ideológico al servicio de una parte política⁴. Escribía Bobbio en 1955, en la conclusión de su famosa polémica con Togliatti:

Pocas cosas hemos aprendido de la historia, maestra de vida, fuera de ésta: que las revoluciones se institucionalizan y al enfriarse se transforman en una costra maciza, que las ideas se condensan en un sistema de ortodoxia, los poderes en una forma jerárquica, y que lo único que puede dar vida al cuerpo social osificado es el hálito de la libertad, por lo que entiendo la inquietud del espíritu, la intolerancia frente a lo establecido, la aversión hacia todo conformismo, que exige una mente sin prejucios y energía de carácter⁵.

Durante más de medio siglo, Norberto Bobbio ha personificado meior que nadie este papel del hombre de cultura, transmitiéndonos eso que el mismo ha llamado el «equipaje» de los «frutos más sanos de la tradición intelectual europea: la inquietud de la búsqueda, el aguijón de la duda, la voluntad de diálogo, el espíritu crítico, la mesura en el juicio, el escrúpulo filológico, el sentido de la complejidad de las cosas»⁶. En el clima de enfrentamiento de posiciones ideológicas propio de la posguerra, este modelo intelectual comportaba una invitación y un compromiso de diálogo, y a la vez un esfuerzo de mediación: donde «mediación —son también palabras de Bobbio— no quiere decir síntesis abstracta, mirada olímpica, desapego mágico, sino mirarlo todo con el interés del más ferviente de los espectadores y al mismo tiempo con el desinterés del más riguroso de los críticos»⁷; en suma, no significa distanciamiento o indiferencia, sino confrontación racional, basada en la independencia de juicio y en la honestidad intelectual, sin certezas apriorísticas o soluciones preconstituidas.

Esta concepción de la cultura y este método de pensamiento —explícitamente elaborados y proyectados en la inmediata posguerra en

- 4. «L'impegno dell'intellettuale», cit., pp. 11-12.
- 5. N. Bobbio, «Libertà e potere» (1955), en *Politica e cultura*, cit., p. 280. «El deber de los hombres de cultura —había escrito Bobbio al comienzo de su *Invito al colloquio* de 1951— es hoy más que nunca sembrar dudas, y no recoger certezas [...] Cultura significa medida, ponderación, circunspección: valorar todos los argumentos antes de pronunciarse, controlar todos los testimonios antes de decidir, y no pronunciarse y no decidir nunca a guisa de oráculo del que dependa, de manera irrevocable, una opción perentoria y definitiva» (*Politica e cultura*, cit., p. 15).
 - 6. N. Bobbio, «Libertà e potere», cit., p. 281.
 - 7. Ibid.

una serie de intervenciones recogidas en ese ensavo de pedagogía civil que fue Politica e cultura (1955)— representaban una novedad en la cultura filosófica italiana. Si comparamos a Norberto Bobbio con el que fue el máximo intelectual italiano de la primera mitad de este siglo, Benedetto Croce, descubriremos, sin duda, muchos rasgos comunes: la autoridad intelectual, una cultura y una erudición extraordinarias en los más diversos campos del saber, una ilimitada producción filosófica, la misma conciencia de la responsabilidad cívica del hombre de cultura8, el papel de «maestros de vida moral», como el propio Bobbio ha llamado a Benedetto Croce⁹. Pero las diferencias son todavía más numerosas: no sólo en el plano filosófico —Croce idealista, Bobbio anti-idealista, crecido en el ambiente positivista de Turín—, sino sobre todo en lo relativo a lo opuesto del papel ejercido por cada uno de ellos en la cultura italiana. Croce, junto a Gentile, fue responsable de un largo proteccionismo cultural, por haber excomulgado totalmente algunos planteamientos filosóficos y descalificado por completo algunas disciplinas. Por el contrario, Bobbio ha tenido el mérito de desprovincializar la cultura italiana, importando nuevas corrientes filosóficas, promoviendo el desarrollo de disciplinas nuevas o abandonadas —desde la lógica a la filosofía

- 8. Se puede perfectamente repetir para Bobbio lo que él escribió en 1953 a propósito de Benedetto Croce: «Entre todos los problemas relativos a la política que se asomaron a la mente de Croce en su larga vida [...] el problema de la política de la cultura fue el que sintió con más profundidad, con toda su conciencia de docto que es docto antes de ser hombre práctico o político, pero que al mismo tiempo tiene un altísimo sentido de la responsabilidad cívica del docto, cuando no sea un árido erudito, de la función rescatadora de la filosofía, cuando no sea academicismo, verbalismo o virtuosismo de las ideas abstractas. Y sintió este problema de manera tan profunda que no sólo se detuvo en él para teorizarlo, sino que las distintas actitudes políticas que asumió estuvieron constantemente acompañadas o sostenidas por una consideración general de la función política de los intelectuales y son reconducibles y fueron por él conscientemente reconducidas a actitudes de política de la cultura más que de política militante» («Croce e la politica della cultura» [1955], en Politica e cultura, cit., p. 101). En Profilo ideologico del Novecento italiano (1968), Einaudi, Torino, 1986, p. 172, Bobbio señala, no obstante, una diferencia entre la concepción crociana de la relación entre política y cultura y la que informó la «renovación cultural» de la segunda posguerra: «La máxima en la que, en los primeros años del siglo, se había inspirado Croce, para quien el único modo de hacer cultura un intelectual es hacer cultura, fue sustituida por esta otra: el único modo de hacer cultura es hacer política, contribuyendo a transformar la sociedad, desde el momento en que o la cultura sirve para transformar la sociedad, es también ella misma un instrumento revolucionario, o bien es un pasatiempo inútil».
- 9. N. Bobbio, De senectute e altri scritti autobiografici, Einaudi, Torino, 1996, p. 63; De senectute y otros escritos autobiográficos, trad. de E. Benítez, Taurus, Madrid, 1997.

de la ciencia, de la sociología a la ciencia política— restableciendo los contactos interrumpidos con la cultura europea. Y opuestos son también los dos modelos de intelectual que personifican: el crociano v gentiliano del intelectual depositario de la verdad v «mentor de la nación»¹⁰, el bobbiano del intelectual aguijoneado por la duda, consciente de los propios límites v más aún de los límites de la filosofía. animado por la voluntad de diálogo y la ética de la búsqueda. «Estamos necesitados de positividad. Estamos cansados de retórica», escribía Bobbio en su primer ensayo escrito tras la liberación, Filosofia e cultura: «Sólo una actitud de aceptada mortificación frente a las tareas desmesuradas de una investigación positiva, nos puede devolver a la vía del pensamiento constructivo»; o sea, de «un saber riguroso y libre de prejuicios que no permita el revoloteo de los ideólogos, las zancadillas de los metafísicos, ni las mentiras de los retóricos; a una filosofía que no tenga prisa, que no se invente lo que no puede conocer, que, sobre todo, reconozca sus propias limitaciones, retorne a la experiencia y no se zambulla de cabeza en la tradición por miedo a lo que pueda encontrarse»¹¹.

Se comprenderá, así, cómo el estilo de pensamiento promovido por Bobbio no fue sólo fruto de esa «agitación del espíritu», del «aborrecimiento de todo conformismo», del rechazo de cualquier dogmatismo, de la inagotable curiosidad intelectual que siempre ha sostenido su opción neoilustrada por el diálogo y la discusión. Fue todo uno con la búsqueda de nuevos caminos —de esos «tantos caminos» de los que habla en la carta que he citado al comienzo— que para el joven Bobbio era la tarea más urgente de los intelectuales tras la catástrofe de la guerra y el largo silencio de la cultura durante el fascismo. Desde este punto de vista, muy bien podemos decir que Norberto Bobbio ha sido el «filósofo de la reconstrucción» quiere decir, como el propio Bobbio ha escrito en

^{10.} Bobbio usa esta expresión para referirse sólo a Gentile («Libertà e potere», cit., pp. 65-66).

^{11.} En Rassegna d'Italia I/8 (1946), pp. 117-125 (cit. por el propio Bobbio en «Prefazione», Una filosofia militante. Studi su Carlo Cattaneo, Einaudi, Torino, 1971, p. viii). En el mismo ensayo Bobbio expresaba «la aspiración a un saber riguroso y libre de prejuicios, que no permita el revoloteo de los ideólogos, las zancadillas de los metafísicos, ni las mentiras de los retóricos; a una filosofía que no tenga prisa, que no se invente lo que no puede conocer, que, sobre todo, reconozca sus propias limitaciones, retorne a la experiencia, y no se zambulla de cabeza en la tradición por miedo a lo que pueda encontrarse» (ibid.).

^{12.} Como «pensamiento que optaba por la 'reconstrucción'» define Andrea Greppi el pensamiento de Bobbio en los momentos posteriores a la liberación, en *Pensamiento político de Norberto Bobbio*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 73.

su *Profilo ideologico del Novecento italiano*, «la ampliación de los horizontes mucho más allá de las fronteras nacionales» y «una nueva conciencia del papel del intelectual en nuestra sociedad»¹³.

Norberto Bobbio, con su ilimitada producción¹⁴, ha sido uno de los máximos, y quizás el máximo, protagonistas de esta obra de reconstrucción, puesta al día y desprovincialización. Gracias a él y a otros filósofos de su generación, como Ludovico Geymonat, Nicola Abbagnano, Antonio Banfi, Giulio Preti, Enzo Paci, Cesare Luporini, Galvano Della Volpe, Renato Treves y Uberto Scarpelli, se importaron a Italia el existencialismo, la fenomenología, la filosofía analítica, la filosofía de la ciencia, el neopositivismo lógico, el pragmatismo y los marxismos heterodoxos (comenzando por el del joven Marx), así como materias enteras hasta entonces casi ignoradas, como la lógica, la metodología de las ciencias empíricas, la antropología y la sociología.

Ш

Pero Bobbio ha sido siempre y sobre todo un filósofo del derecho: un estudioso de esa filosofía menor —mejor, de esa pseudofilosofía en torno a un «pseudoconcepto», según la conocida descalificación de Benedetto Croce— que es la reflexión teórica y filosófica sobre el derecho. Por eso, la tarea de la reconstrucción iba de la mano del esfuerzo reconstructivo y de refundación de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho asignado a la razón en el momento del nacimiento de la democracia italiana. Y para Bobbio, tras una época marcada por el dominio de las metafísicas idealistas y espiritualistas y en años de confrontaciones ideológicas y de fugas irracionalistas, la filosofía analítica, la lógica, la filosofía de la ciencia, el neoempirismo y el utilitarismo ingleses, y, en el plano teórico, el normativismo kelseniano, fueron instrumentos de la razón.

Así, en su escuela, a partir del clásico ensayo de 1950 Scienza giuridica e analisi del linguaggio, verdadero manifiesto programático, se formó una nueva corriente de la filosofía del derecho, que fue a romper con la tradición metafísica que hasta entonces había separado a la filosofía jurídica de la ciencia del derecho y de la práctica judicial, orientando su esfuerzo de estudio al análisis teórico de los conceptos jurídicos en los usos de los jueces y de los juristas, a los

^{13.} Profilo ideologico del Novecento italiano, cit., p. 166.

^{14.} Véase la última bibliografía de los escritos de Bobbio, que recoge unos dos mil títulos, *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993*, ed. de C. Violi, Laterza, Roma-Bari, 1993, 489 páginas.

métodos de construcción y de control, a la lógica de los razonamientos jurídicos, al papel pragmático, es decir, cívico y político, además de explicativo, de la teoría del derecho. Y aquí el recuerdo no puede dejar de llevarme hasta dos extraordinarios alumnos de Bobbio, a la vez maestros de todos nosotros, prematuramente desaparecidos, que, tan distintos uno del otro, nos han enseñado no sólo la fecundidad metodológica del análisis lingüístico sino también la dimensión política de la ciencia jurídica y del papel del jurista. Me refiero a Uberto Scarpelli, que junto a Bobbio llevó a cabo los primeros estudios de análisis del lenguaje jurídico, semántica del lenguaje normativo y metodología de la ciencia jurídica; y a Giovanni Tarello, a quien se debe la crítica más lúcida y corrosiva de las operaciones ideológicas y políticas realizadas por la doctrina jurídica tras el manto de la cientificidad y la neutralidad valorativa.

De este modo, la filosofía analítica italiana del derecho nació y creció en torno a Bobbio, en los años cincuenta y sesenta, y se dio a conocer en Italia y en Europa esencialmente como «la escuela de Bobbio». Todos los años —como recordarán muchos de los colegas menos jóvenes aquí presentes— nos reuníamos quince o veinte personas en el Instituto de Filosofía del Derecho de Turín, en los que llamábamos «los seminarios de San José», porque tenían lugar en la festividad del 19 de marzo. Y me gusta recordar el último de ellos, celebrado, precisamente, aquí en Camerino, el 19 de marzo de 1971, por iniciativa de Sandro Baratta y mía, y la animada discusión con Bobbio durante tres días en torno a la tesis de Giovanni Tarello, que entonces sonó a provocación, de que las normas jurídicas «no existen», por no ser ellas el «objeto» sino el «producto» de la interpretación y de las manipulaciones de los juristas, y, por otro lado, aquella otra no menos viva sobre la *vexata quaestio* de la posible o imposible neutralidad valorativa de la ciencia iurídica.

Pero, más allá de los disensos, era el estilo de pensamiento que Bobbio nos había enseñado lo que constituía, y espero que seguirá constituyendo, el rasgo común de nuestra pequeña comunidad ius-analítica, junto a un segundo y asimismo importante factor: el programa —señalado por Bobbio como tarea de la filosofía jurídica. de la reflexión sobre el método de la ciencia jurídica, el

^{15.} Teoria della scienza giuridica, Giappicchelli, Torino, pp. 7-8, donde la investigación sobre el método jurídico viene indicada como la segunda tarea de la filosofía del derecho, después de la reflexión sobre la justicia. Sobre Bobbio teórico y metateórico del derecho, cf. R. Guastini, «Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto, I, 1949-1960»: Materiali per una storia della cultura giuridica 8/I

análisis clarificador de ese particular universo lingüístico que es el derecho positivo, la denuncia y la superación de las antinomias y las lagunas del derecho sobre la base del derecho mismo y las promesas incorporadas en sus principios constitucionales, del control racional, en fin, de las operaciones metalingüísticas realizadas sobre él por los juristas y los operadores jurídicos, ya sean legisladores, jueces o funcionarios administrativos.

IV

Así, llego a la segunda y no menos importante lección de Norberto Bobbio: el nexo que siempre ha ligado, en su pensamiento, razón, derecho y democracia.

Ha sido frecuente dividir la vida intelectual de Bobbio en dos fases: la de la filosofía jurídica y la teoría general del derecho y la de la filosofía política y la teoría de la democracia. Esta interpretación es ciertamente veraz si se considera la biografía académica e intelectual de Bobbio, que en 1972 dejó la enseñanza de la filosofía del derecho por la de la filosofía política y se dedicó desde entonces a los estudios politológicos más que a los filosófico-jurídicos. Pero, a mi juicio, se trata de una división extrínseca, dado el estrecho vínculo que siempre ha ligado, en el pensamiento de Bobbio, derecho y democracia, teoría del derecho y filosofía política.

En efecto, para Bobbio la democracia es una construcción jurídica y el derecho es el instrumento necesario para modelar y garantizar la democracia. Y, más aún, el derecho es una construcción racional y la razón —la *artificial reason* de Hobbes— es el instrumento necesario para elaborar el derecho. Por eso, Hobbes y Kelsen son los dos

(1978), pp. 293-356; íd., «Norberto Bobbio teórico del diritto, II, 1961-1965»: ibid. 9 (1979), pp. 523-541; íd., «Norberto Bobbio teórico del diritto, III, 1966-1980»: ibid. 10 (1980), pp. 483-508; A. Ruiz Miguel, Filosofía y derecho en Norberto Bobbio, cit.; íd. «El método de la teoría jurídica de Bobbio», en U. Scarpelli (ed.), La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 387-411; P. Borsellino, Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982, Giuffrè, Milano, 1983; íd., Norberto Bobbio metateorico del diritto, Giuffrè, Milano, 1991. Véanse también E. Pattaro, «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi» (1972), en Diritto e analisi del linguaggio, ed. de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 451-487; M. Jori, Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi, Giuffrè, Milano, 1987; M. A. Barrere Unzueta, La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica, Tecnos, Madrid, 1990; J. Oliveira Junior, Bobbio e a Filosofía dos Juristas, Fabris, Porto Alegre, 1994.

principales autores de Bobbio: porque el derecho es fruto de la razón, como para Hobbes, y la democracia y la paz, como para Kelsen, son un producto del derecho. «Derecho a través de la razón», «democracia y paz a través del derecho», podríamos decir, parafraseando, a propósito de Bobbio, el título del libro *La paz a través del derecho*¹⁶, escrito por Kelsen en 1944.

Hay un pasaje hermosísimo de Bobbio, en su introducción de 1948 al *De cive* de Hobbes, que expresa del modo más lúcido ese nexo por él instituido entre derecho y razón: «la filosofía civil, como la geometría», escribe Bobbio a propósito de Hobbes, «dirige el propio conocimiento a un objeto producido por nosotros mismos». Y «¿en qué sentido se puede decir que nosotros producimos el objeto de la filosofía civil o, con las mismas palabras de Hobbes, formamos el Estado? El Estado, responde Hobbes, no es por naturaleza sino por convención. Precisamente, porque da satisfacción a una exigencia elemental del hombre, son los mismos hombres lo que lo quieren»¹⁷. Por esto la teoría bobbiana del derecho, como antes la teoría hobbesiana del Estado, es una «teoría de razón», o sea, como afirmó Bobbio desde un ensayo de 1949, una «teoría formal»¹⁸—axiomatizable, se podría añadir—como lo son la matemática y la geometría.

Pero hay un segundo sentido, no menos importante, en el que el derecho y la paz son producto de la razón. En cuanto, prosigue el pasaje de Bobbio, «los hombres son guiados a fundar el Estado por un razonamiento: mientras la guerra es el producto de una inclinación natural, la paz es un dictamen de la recta razón, es decir, de la facultad que permite al hombre recabar ciertas consecuencias de ciertas premisas o remontarse a los principios a partir de ciertos datos de hecho». Por eso, añade Bobbio, «la obra hobbesiana [...] es ya de por sí un acto de confianza en la racionalidad humana. Hobbes está convencido de la fuerza persuasiva del buen razonamiento [...] Por tanto él no se preocupa de saber si los hombres primitivos fueron capaces alguna vez de seguir el raciocinio hasta ponerse de acuerdo sobre la constitución del Estado; los individuos a los que habla son sus con-

^{16.} Hay trad. castellana, de L. Echavarri, con prólogo de C. García Pascual y M. Latorre, Trotta, Madrid, ²2008.

^{17.} N. Bobbio, «Introduzione», en Th. Hobbes, *Opere politiche* I, ed. de N. Bobbio, I, Utet, Torino, 1959, p. 23.

^{18. «}Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto» (1949), en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 5 ss. La misma caracterización de la teoría del derecho vuelve a proponerse en «La teoria pura del diritto e i suoi critici» (1954), *ibid.*, pp. 96 ss., y en «Formalismo giuridico e formalismo etico» (1954), *ibid.*, pp. 145 ss.

temporáneos o, mejor, sus conciudadanos, desviados por falsas doctrinas, y el estado de naturaleza del que deben salir es la abierta lucha religiosa y política de su patria, bajo cuyo fuego se incuba la guerra civil. Es a ellos a los que quiere explicar que el Estado es el producto de los hombres mismos y, más precisamente, de la voluntad de los hombres en cuanto seres racionales; o, si se quiere, de la voluntad racional del hombre»¹⁹.

Tres siglos más tarde, en 1948, después de concluida la guerra más sangrienta de la historia humana, también Bobbio hablará a sus conciudadanos pensando en la nueva Italia republicana, en la democracia por construir, en la paz que era preciso defender y garantizar. Es para explicarles que el derecho es una construcción humana de nuestra entera responsabilidad: como filósofos, como juristas, como ciudadanos; y que también lo es la democracia, por tratarse de una construcción jurídica además de social. Puesto que el derecho y el Estado no son entidades naturales, sino artificios y, por consiguiente, son como los queremos y, antes aún, como los pensamos. Y la democracia, a su vez, es antes que nada, según la clásica definición de Bobbio, «un conjunto de reglas [las llamadas reglas del juego] que permiten la más amplia y segura participación de la mayor parte de los ciudadanos [...] en las decisiones políticas»²⁰, y por eso «la solución de los conflictos sociales con el máximo consenso»²¹, «sin necesidad de recurrir a la violencia recíproca»²².

De este modo, la filosofía política de Bobbio se liga con su filosofía jurídica y con su concepción de la cultura y del papel político del intelectual. Y se comprende por qué la filosofía de Bobbio ha sido siempre una «filosofía militante», como dice el hermoso título de su colección de ensayos sobre Carlo Cattaneo, otro de sus «autores»: es

- 19. N. Bobbio, «Introduzione», cit., pp. 24-25.
- 20. Íd., «Quali alternative alla democrazia rappresentativa?» (1975), en *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Torino, 1976, p. 42; trad. castellana, ¿Qué alternativas a la democracia representativa?, del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid; como apartado II del artículo más amplio titulado «Democracia representativa y teoría marxista del Estado»: Sistema 16 (1977). La misma versión se encuentra incluida en El marxismo y el Estado, AA.VV., Avance, Barcelona, 1977, pp. 49 ss., y en ¿Qué socialismo? Discusión de una alternativa, trad. de J. Moreno, Plaza y Janés, Barcelona, 1977, pp. 83 ss.
- 21. Íd., «Le regole del gioco» (1981), en *Lutopia capovolta*, La Stampa, Torino, 1990, p. 103.
- 22. Íd., «Morale e politica»: *Nuova Antologia*, 566, fasc. 2179 (1991), p. 79. Sobre la concepción bobbiana de la democracia como conjunto de reglas del juego, véase P. Meaglia, *Bobbio e la democrazia*. *Le regole del gioco*, Edizioni Cultura della Pace. San Domenico di Fiesole. 1994.

decir, una «filosofía socialmente comprometida», aunque «por encima de la confusión», ajena a los «integrismos de iglesia y de partido», consciente de sus limitaciones pero también —son siempre palabras de Bobbio— de su propia «función de crítica y de estímulo de las instituciones» y de su «misión reformadora»²³.

Yo creo que, hoy, esta doble apelación de Bobbio a la razón y al derecho como instrumentos de construcción y de garantía de la paz y de la democracia es más que actual. Ciertamente, no es posible abrigar ninguna certeza sobre el futuro de la paz y de la democracia frente a la crisis que atraviesan en Italia nuestra democracia y nuestras instituciones, y, por otra parte, ante las gigantescas mutaciones inducidas a escala planetaria por la globalización, la emergencia de nuevos poderes (financieros, mediáticos, tecnocráticos) que escapan a los tradicionales controles políticos y jurídicos, así como a la vista de esa «revolución permanente» que, como ha escrito Bobbio, es el progreso técnico-científico en «contradicción dramática» con nuestro persistente y tal vez creciente «analfabetismo moral»²⁴. No podemos saber, como Bobbio mismo nos advierte en el congedo con que se cierra su Autobiografia, «en qué sentido está destinada a proceder»²⁵ la historia humana: si hacia un crecimiento de las desigualdades, el hambre, la marginación, la opresión y la apatía política, o hacia formas de democracia internacional fundadas en la garantía de la paz v de los derechos humanos frente a los Estados y a tantos otros poderes viejos y nuevos.

Hay, no obstante, una cosa que nos ha enseñado la historia de este siglo: que en la construcción de la democracia no existen alternativas al derecho, y que en la construcción del derecho no existen alternativas a la razón. Ya escribía Bobbio hace cuarenta años:

Si no hubiéramos aprendido del marxismo a ver la historia desde el punto de vista de los oprimidos, ganando una nueva inmensa perspectiva sobre el mundo humano, no nos habríamos salvado. O habríamos buscado refugio en la isla de nuestra interioridad privada o nos habríamos puesto al servicio de los viejos patronos²⁶.

Pero el fracaso histórico de aquella gran esperanza del siglo que fue el comunismo es hoy una confirmación de la enseñanza de Bobbio sobre el nexo entre derecho y democracia: puesto que ese fra-

- 23. Íd., Una filosofia militante, cit., pp. viii-ix.
- 24. Íd., Autobiografia, cit., pp. 258 y 260.
- 25. Ibid., p. 257.
- 26. «Libertà e potere», cit., p. 281.

caso se debió en grandísima medida, precisamente, al desprecio del derecho —y de los derechos— como técnica de limitación, control y regulación del poder; en otras palabras, al prevalecimiento de la antigua y recurrente tentación que es el «gobierno de los hombres» en lugar del «gobierno de las leyes».

Todos somos deudores de Norberto Bobbio por esta enseñanza, a la que ha dedicado, con pasión y rigor, toda su vida de filósofo militante. Y es de esta deuda de agradecimiento de la que hoy, profesor Bobbio, su antigua Facultad quiere dejar constancia, confiriéndole el doctorado *ad honorem* en Derecho.

LA ESFERA DE LO INDECIDIBLE Y LA DIVISIÓN DE PODERES

1. LA ESFERA DE LO INDECIDIBLE

He utilizado en otras ocasiones la expresión «esfera de lo indecidible» para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías. La expresión evoca nociones análogas del léxico político. Michelangelo Bovero ha recordado la noción de «coto vedado» de Ernesto Garzón Valdés y la de «territorio inviolable» de Norberto Bobbio. En general, la expresión se refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal: desde von Humboldt hasta Constant y Tocqueville. Existen sin embargo algunas diferencias que merecen ser señaladas.

La primera diferencia, respecto de los conceptos que se han mencionado, ha sido ya destacada, en el curso de nuestro debate, por Michelangelo Bovero. Consiste en el hecho de que de la «esfera de lo no decidible» he ofrecido una noción jurídica, como categoría de la teoría del derecho. El coto vedado de Ernesto Garzón Valdés —así como el «territorio inviolable» de Bobbio— es una categoría filosófico-política que expresa el principio político, clásicamente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos de libertad. A esta noción, me parece, se le agrega otra (que no la sustituye), todavía más importante: la de «la esfera de lo indecidible» diseñada por las constituciones rígidas, las cuales sustraen, justamente, a las decisiones de la mayoría la violación de los principios que las componen: estableciendo una indecibilidad absoluta, cuando excluyan la reforma constitucional,

Traducción de Miguel Carbonell.

o una indecibilidad relativa, cuando prevean, para su modificación, procedimientos más o menos agravados. Entendida en este sentido, la categoría no se refiere a una mera instancia de filosofía política, sino a un componente estructural de las actuales democracias constitucionales, determinado por los límites y por los vínculos normativos impuestos a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, por normas de derecho positivo de rango constitucional. Esos límites y esos vínculos, en suma, no son principios de legitimación política externos al ordenamiento, sino principios jurídicos que están en su interior. Eso no obsta, desde luego, para que sobre la «esfera de lo indecidible» o sobre el «coto vedado» la filosofía política continúe elaborando una noción precisamente política, en virtud de la autonomía que es propia de su punto de vista externo respecto a la ciencia jurídica, identificando ulteriores límites y vínculos a los poderes de la mayoría, en tutela de nuevos derechos.

La segunda diferencia de mi noción de «esfera de lo indecidible», igualmente señalada por Bovero, respecto a la noción de «coto vedado» de Garzón Valdés o de «territorio inviolable» de Bobbio, es que aquélla designa no solamente el espacio o el territorio prohibido sino también el espacio y el territorio obligado: no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea, lo que debe ser decidido. La primera esfera es la de las prohibiciones, esto es, la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales. El conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos, dirigidas a asegurar su efectividad. En este sentido el garantismo representa la otra cara —la cara por así decirlo operativa— del constitucionalismo.

La tercera diferencia de mi noción de «esfera de lo indecidible» respecto a la de «coto vedado» de Garzón Valdés consiste en el hecho de que se refiere no solamente a los poderes públicos, sino también a los poderes privados; no sólo al Estado, sino también al mercado. En contraste con la tradición clásica, que desde Locke hasta Marshall ha identificado siempre los derechos de autonomía negocial con los derechos de libertad, he demostrado en varias ocasiones que tales derechos, al igual que los derechos políticos o de autonomía política, son «derechos-poderes», es decir, situaciones ejercidas, a diferencia de los derechos de libertad, a través de actos jurídicos preceptivos que producen efectos también en la esfera jurídica de terceros. Y deben ser por tanto, en el Estado de derecho que no admite poderes ab-

solutos, sometidos a límites y a vínculos en garantía de los derechos fundamentales, como sucede con los poderes públicos generados por el ejercicio de los derechos políticos. Sobre esta base he propuesto el desarrollo de un constitucionalismo de derecho privado, paralelo al constitucionalismo de derecho público, idóneo para regular los poderes de otra forma absolutos y salvajes que operan sobre el mercado.

Hay además una cuarta diferencia, sobre la que hemos discutido ampliamente Bovero y vo. En mi opinión, la esfera de lo indecidible diseñada por las constituciones constituye el rasgo distintivo de la democracia constitucional, y no puede por tanto ser ignorada al definirla. Bobbio y Bovero hablan de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, como «precondiciones lógicas» de la democracia. Pero una precondición lógica es una condición necesaria, es decir, una conditio sine qua non, la cual por tanto no puede dejar de formar parte de la definición del término definido. Son estas condiciones o precondiciones las que determinan lo que he llamado en varias ocasiones la dimensión sustancial de la democracia, referida precisamente a lo que no puede y a lo que no puede no ser decidido —en suma, a los contenidos, o sea, a la sustancia de las decisiones— en oposición a su dimensión formal, la cual por el contrario se refiere al cómo y al quién, es decir, a la forma de las decisiones: una dimensión que ha sido injertada en la democracia por esa mutación de paradigma del derecho, de la validez y consiguientemente de la misma democracia que ha sido producida por su estipulación en constituciones rígidas. Bovero, como Bobbio, parece refractario al uso de la expresión «democracia sustancial», ciertamente desgastada por sus muchos usos y abusos ideológicos. Pero creo que no debemos tenerle miedo a las palabras, una vez que han sido claramente redefinidas.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES

Este último elemento sugiere una distinción que desde mi punto de vista es de gran importancia en la teoría del derecho y de la democracia. *Esfera de lo indecidible* es una noción simétrica y complementaria de la de *esfera de lo decidible*. Pues bien, las dos esferas sirven para identificar, respectivamente, la esfera discrecional de la política, que es propia de lo que he llamado «funciones» e «instituciones de gobierno», y la esfera vinculada a la sujeción a la ley propia de lo que he llamado «funciones» e «instituciones de garantía».

Se trata de una distinción que permite repensar y rediseñar la estructura de la esfera pública y, específicamente, la separación de pode-

res. En el uso clásico del modelo de Montesquieu la división se refería a tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial; en el modelo de Locke se refería simplemente a dos poderes, el legislativo y el ejecutivo. Se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucionales incomparablemente más simples que los de las actuales democracias constitucionales: en ese entonces las funciones del Estado eran poco más que la función penal y el mantenimiento del orden público en el interior del Estado y la defensa militar en el exterior. Respecto a estos arreglos la función principal de la división de poderes era la de diferenciar los poderes del Estado, de tal manera que uno fuera el freno y el límite del otro; en particular, se trataba de garantizar la separación e independencia del poder monárquico de otra forma absoluta, de la función legislativa y de la función judicial.

Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo, dado que ha permitido garantizar la primacía del parlamento y la independencia del poder judicial; pero también en negativo, dado que todas las funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social —la educación, la asistencia sanitaria, la seguridad social—, al no ser caracterizables como funciones legislativas o judiciales, han sido concebidas y se han desarrollado, al menos en la experiencia de la Europa continental, en el interior del poder ejecutivo, o sea, de la función de gobierno, situándose detrás de la etiqueta omnicomprensiva de la «administración pública». No sólo, por tanto, las funciones administrativas auxiliares de la función de gobierno, como las funciones diplomáticas, las de la seguridad pública o de la política fiscal, sino también las funciones administrativas de garantía, como la educación, la salud, la seguridad social, correspondientes a derechos fundamentales, se han ubicado dentro del poder político ejecutivo, en las dependencias justamente de gobierno, hasta el punto de justificar el llamado spoil system, en el modelo estadounidense, por obra de la mayoría de gobierno. Pero al menos en los Estados Unidos, en donde el Estado social ha tenido un desarrollo bastante menor que en Europa, esta práctica se refiere únicamente a las funciones administrativas auxiliares del presidente, mientras que las funciones de garantía están prevalentemente confiadas a las autoridades independientes.

Pienso por tanto que la clásica división de poderes del siglo XVIII que se remonta a Montesquieu es hoy inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas. Inadecuada en el plano descriptivo, ya que es desmentida por todos los sistemas políticos parlamentarios, en los que el gobierno obtiene la confianza de las Cámaras y la relación entre ejecutivo y

legislativo no es por tanto de separación sino de co-participación: ya que el primero, en caso de conflicto con el segundo, debe soumettre ou se demettre. Pero es inadecuada también en el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy día asignadas a la esfera pública no está enteramente clasificada dentro de la tripartición montesquieana. En particular, gran parte de las funciones administrativas que se desarrollan con la construcción del Estado social no son de hecho funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, al igual que sucede con la función judicial, consiste en la aplicación de sus presupuestos legales y requiere no dependencia y control, sino por el contrario independencia de las funciones de gobierno, es decir, del poder ejecutivo dentro del que se han desarrollado fuera de todo diseño constitucional.

3. FUNCIONES DE GOBIERNO Y LEGITIMACIÓN REPRESENTATIVA. FUNCIONES DE GARANTÍA Y LEGITIMACIÓN LEGAL

Pues bien, la distinción entre esfera de lo decidible y esfera de lo indecidible permite rediseñar el mapa de los poderes públicos y de su distribución, ofreciendo un criterio riguroso para identificar las funciones que deben estar separadas. Este criterio identifica la diversidad de sus fuentes de legitimación: entre la fuente de legitimación de las funciones y de las instituciones de gobierno, dirigidas a la esfera de lo decidible, y la fuente de legitimación de las funciones y de las instituciones de garantía, dirigidas a presidir la esfera de lo indecidible.

¿Cuál es la fuente de legitimación de la esfera de lo decidible, y por tanto de las funciones y de las instituciones públicas a las que se confían las decisiones y las elecciones dentro de la esfera, precisamente, de lo decidible? Esta fuente es evidentemente la representación política: los órganos legitimados para tales actividades —la legislación, las actividades de gobierno, las actividades administrativas auxiliares de las actividades de gobierno y por tanto confiadas a los órganos dependientes de los poderes de gobierno— son evidentemente los que toman su investidura del voto y de la elección popular.

¿Y cuál es la fuente de legitimación democrática de los órganos llamados a la aplicación de la ley, o sea, a la observancia de sus presupuestos, en funciones de garantía de los derechos fundamentales que conforman la esfera de lo indecidible? Esta fuente, en virtud del carácter cognitivo de tales actividades —cognitivo de los hechos y recognitivo de su calificación jurídica— es, de forma igualmente evidente, la rígida sujeción solamente a la ley que están obligados a aplicar.

De lo anterior se sigue que la esfera de lo decidible es la esfera de competencia de las funciones políticas de gobierno, las cuales incluven. además de las funciones de gobierno propiamente dichas, las funciones legislativas igualmente legitimadas por la representación política, obviamente respetando la constitución. Por el contrario, la esfera de lo indecidible pertenece a la competencia y está regida por las funciones y las instituciones de garantía, en las cuales se incluyen, además de las funciones y las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respeto de la lev. Los poderes públicos investidos de funciones de gobierno son de hecho poderes de disposición y de producción e innovación jurídicas, legitimados en cuanto tales por el consenso popular. Los que están investidos de funciones de garantía son por el contrario poderes de cognición, legitimados en cuanto tales por la aplicación de la ley, o sea, por la observancia de los presupuestos legales de las decisiones, ya sean judiciales o administrativas.

Es sobre esta diversidad de sus fuentes de legitimación sobre la que se basa, desde mi punto de vista, la división de los poderes: deben estar separados y ser recíprocamente independientes los poderes que tienen fuentes de legitimación distintas. Así, la representación política, aunque legitima las funciones de gobierno —es decir, las actividades de innovación y transformación del derecho, siempre respetando la constitución—, no habilita para la interferencia en la esfera de lo indecidible: la política, en suma, y específicamente los gobiernos y las mayorías políticas, no pueden condicionar las funciones de garantía, como lo es típicamente la judicial, cuya legitimación es contramayoritaria. La fórmula «siempre habrá un juez en Berlín» expresa con precisión el valor de esta división y de esta independencia en garantía de la imparcial determinación de la verdad: deberá por tanto existir un juez en Berlín capaz de absolver aun cuando todos exijan la condena y de condenar cuando todos exijan la absolución. Inversamente, la sujeción solamente a la ley, que habilita a la aplicación y la ejecución de la misma, no habilita a su producción, es decir, a la innovación jurídica a través de la producción de normas.

Finalmente, hay una última diferencia y un último criterio de distinción entre las dos clases de funciones. En *Principia iuris* he definido la «esfera pública» (D11.36)¹ como la suma de las funciones consistentes, por un lado, en la tutela de los intereses generales y,

^{1.} El autor se refiere a su obra *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2009 (en prensa). La ed. italiana fue publicada, en tres extensos tomos, a finales de 2007. [*N. del T.*]

por otro, en la garantía de los derechos fundamentales. Pues bien, estas dos clases de funciones corresponden una a la función de gobierno, dirigida precisamente a la tutela de los intereses generales, y la otra a las funciones de garantía de los derechos fundamentales, los cuales son universales y por tanto corresponden a todos y cada uno en cuanto individuos. Intereses generales y garantía individual se configuran de este modo como ulteriores fuentes de legitimación y criterios de distinción entre las funciones de gobierno y las funciones de garantía.

4. CONSTITUCIÓN, ESFERA CONSTITUCIONAL DE LO INDECIDIBLE Y DIVISIÓN DE PODERES

Se comprende así que una articulación de la esfera pública de este tipo es el efecto de la constitucionalización de la esfera de lo indecidible: la cual, definiendo normativamente tal esfera, por un lado, ha vinculado la política a la realización y al respeto de los derechos que la componen y, por otro, ha impuesto, como meta-garantía de tales derechos, la división entre funciones de gobierno y funciones de garantía, o sea, la independencia de las segundas respecto a las primeras. Antes de la creación de las constituciones rígidas, en el Estado legislativo de derecho, la política, como expresión de la mayoría, era de hecho omnipotente. Las constituciones rígidas han puesto fin a este residuo de absolutismo. La política, gracias a ellas, ha sido sometida al derecho y precisamente a la esfera de lo indecidible, imponiendo que esté regida por funciones de garantía independientes.

Pero esto no significa que los espacios de la política se hayan hecho angostos, como lamentan muchos defensores de la omnipotencia política de las mayorías de gobierno. A la política le queda sobre todo la esfera de lo decidible, confiada a las funciones legislativas y gubernativas de innovación normativa y de dirección política, siempre respetando la constitución. Pero sobre todo le queda confiada lo que los sociólogos llaman la implementación de las funciones y de las instituciones de garantía, es decir, su creación y su regulación en acatamiento del mandato constitucional: en acatamiento, precisamente, de la obligación de producir una legislación de actuación de los derechos y de sus garantías. Todos los derechos fundamentales, de hecho, requieren una legislación que los haga aplicables. Incluso el derecho a la vida y a la integridad personal no estaría garantizado si no estuviera previsto el delito de homicidio (garantía primaria) y su correlativa sanción (garantía secundaria). Esta legislación de actuación

es competencia de la política. Representa, por así decirlo, su función más alta y legitimante. Y es de la actuación de la constitución de lo que depende la legitimación sustancial de las funciones de gobierno, que es siempre una legitimación *a posteriori*, que se suma a su legitimación formal proveniente, *a priori*, de la representación política.

De ahí se sigue una indicación de gran relevancia práctica. La democracia constitucional es una construcción jurídica y a la vez una construcción política y social, confiada por un lado a la elaboración y a la proyección teóricas y, por otro, a la práctica política y a las luchas sociales. Al igual que el derecho, que es el lenguaje en el que pensamos las formas y las técnicas de garantía, la democracia constitucional es una construcción artificial de cuya proyección, defensa y garantía todos, como juristas y como ciudadanos, somos responsables.

LAS LIBERTADES EN EL TIEMPO DEL NEOLIBERALISMO

1. PALABRAS Y SIGNIFICADOS

Un aspecto inquietante de estos últimos años es el vaciamiento de sentido sufrido por los términos del léxico político. Esta mutación en el significado ha afectado, en particular, a los dos términos que más que ningún otro expresan las fuentes de legitimación de los sistemas políticos: la *libertad* y la *democracia*, así como la combinación liberal-democracia, que se ha convertido en Italia, en los últimos diez años, en la etiqueta ideológica reivindicada por casi todas las fuerzas políticas —de derecha, de centro y de izquierda—, como confirmación del vacío programático general y de la pérdida de sentido del lenguaje político, siempre proclive, no obstante la proclamada crisis de las «ideologías», a usos ideológicos y propagandísticos.

Lo que resulta especialmente alarmante es, sin embargo, el uso y el abuso de estas clásicas y venerables palabras —libertad, democracia, liberal-democracia— que en el lenguaje de la derecha han terminado por denotar la suma de dos formas convergentes de absolutismo: el absolutismo de la mayoría y el absolutismo del mercado. En efecto, en este lenguaje «liberalismo» equivale a ausencia de reglas y de límites al mercado, es decir, a los poderes económicos, tranquilamente equiparados a los derechos de libertad o, incluso, aceptados, aun cuando se trata de poderes, como las máximas libertades fundamentales; mientras que «democracia» quiere decir omnipotencia de los poderes políticos de la mayoría e intolerancia con los vínculos constitucionales y los controles vinculados al pluralismo político e institucional y a la separación de poderes. Está claro

Traducción de Miguel Carbonell.

que esta doble ausencia de límites termina por favorecer la natural confusión entre los dos tipos de poder. Y siempre que, como ha sucedido en Italia, esta confusión y concentración de intereses y de poderes desregulados se produce a favor de un mismo sujeto por medio de la forma del conflicto de intereses —que equivale en realidad a la subordinación de los intereses públicos frente a los intereses privados— es la misma noción de democracia la que resulta vacía: como democracia política, estando la representación popular, que es la representación de los intereses generales (de la «nación», dice el artículo 67 de la Constitución italiana), comprometida por los condicionamientos de los intereses privados; y como democracia constitucional, por estar los límites y los vínculos legales y constitucionales a los poderes políticos contestados y deslegitimados por su concepción plebiscitaria.

2. EL ATAQUE A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Pero es sobre todo la noción de libertad la que resulta minada por la ideología y la práctica neoliberal y a la vez populista de la ausencia de límites a los poderes económicos y a los poderes políticos de la mayoría, por lo demás siempre conjugados y confusos en un mismo sujeto. Llego así al tema de nuestro encuentro: el de los derechos de libertad y específicamente de la libertad personal, singularmente hoy más que nunca amenazados, en estos años de retórica liberal y neoliberal, en gran parte de las democracias occidentales.

Creo que se deben distinguir las libertades en dos grandes clases: la libertad de y la libertad para; las libertades-inmunidades y las libertades-facultades. Entre las primeras se encuentran la libertad personal, las distintas formas de habeas corpus, el derecho a la privacidad, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas: en general todos los derechos de libertad consistentes únicamente en la inmunidad de interferencias o de violaciones de terceros. Entre las segundas se encuentran todos los derechos de libertad consistentes, además de en inmunidad de interferencias o impedimentos, también en facultates agendi, como la libertad de reunión, de asociación, de manifestación del pensamiento, de prensa. Nuestro encuentro está dedicado a la primera de estas dos clases de libertades: en particular a la libertad personal y a sus múltiples lesiones por obra de las arbitrariedades y de los abusos policiales y judiciales. Me parece oportuno, sin embargo, antes de hablar de estas agresiones, hacer un apunte, aunque sea sumario, sobre la vistosa crisis que sufre hoy, no sólo en Italia, la más clásica e importante de las libertades-facultades: la libertad de prensa y de información.

Esta crisis, como sabemos, es provocada, en nuestro país, por la concentración casi-monopólica, por el jefe de la mayoría parlamentaria, de la información televisiva, de gran parte de la prensa y de una parte relevante de la industria editorial y cinematográfica. Y ha sido agravada por la ley Gasparri: el último capítulo del *Corpus iuris ad personam* edificado por este parlamento para tutelar los intereses penales y patrimoniales del presidente del Consejo de Ministros.

Sin embargo, ha explotado, con el casi monopolio televisivo realizado por el presidente del Consejo, una antigua aporía, que siempre ha planeado sobre la libertad de prensa, que pesa todavía más sobre la siempre invasiva información televisiva y que va más allá del caso italiano: la confusión ideológica, que encontramos en los orígenes de la tradición liberal, entre libertad de información y propiedad de los medios de información, y por ello la configuración de la propiedad, que en realidad es un poder, comprendida dentro de la libertad de expresión. Gracias a esta confusión, aquellos que son poderes patrimoniales —el poder empresarial y la propiedad de los medios de comunicación, que nada tienen que ver con la libertad— se sobreponen y coinciden con dos derechos fundamentales, la libertad de expresión y el derecho a la información, y terminan englobándolos y devorándolos.

Se trata de una mistificación vistosa, profundamente enraizada en la cultura jurídica y política. Tan es así que la única garantía que es reivindicada por todos como tutela de la libertad de información es en realidad la garantía de la libre concurrencia en el mercado: olvidando que esa libertad es una variable dependiente del mercado, merecedora de tutela en la medida en que esté asociada al pluralismo de los propietarios de los medios de comunicación, y no ya en cuanto valor por sí misma, constitucionalmente garantizado como derecho fundamental.

De esta manera la libertad de imprenta pasa de ser un derecho fundamental, universal e indisponible, presupuesto esencial de la democracia política, a ser un derecho patrimonial, es decir, una mercancía confiada a las dinámicas del mercado. Así, la propiedad de los medios de información devora la libertad de imprenta, resolviéndose únicamente como libertad de los propietarios, o, mejor dicho, bajo condiciones de monopolio, en la libertad del único propietario. Y los espacios de la comunicación política, en los que Jürgen Habermas ha identificado la esfera pública, son privatizados y transformados en esfera privada. La libertad de información, en vez de limitar y controlar el poder, es de esta forma limitada y controlada.

Lo acaecido en Italia en años recientes nos indica un problema gravísimo, referido al futuro de la democracia no sólo en nuestro país sino en todos los países avanzados —piénsese solamente en las concentraciones televisivas y en la creciente homologación de la información en los Estados Unidos—, y requiere la introducción de garantías que vavan mucho más allá de la simple legislación anti-trust. que si bien puede bastar para tutelar el mercado es del todo insuficiente para tutelar la libertad y la democracia. Significaría un primer paso hacia la solución del problema que las vicisitudes italianas sirvieran de lección y valieran por lo menos para empeñar a la izquierda y a la cultura jurídica y política en una reforma radical, dirigida no solamente a impedir las concentraciones oligopólicas de los medios, sino también a garantizar directamente la libertad de información y el derecho a la información: sobre todo garantizando, a través de un estatuto de los derechos de los periodistas que excluya cualquier interferencia patronal o política sobre las nóminas y sobre la gestión de los medios, una separación y una independencia del ejercicio de la libertad de información respecto de la propiedad, cuestiones que no son menos esenciales que la separación y la independencia que tiene el poder judicial respecto al ejecutivo; en segundo lugar reconociendo el carácter objetivamente «público» de la prensa y de la televisión como lugares de ejercicio de la libertad de información y de opinión, a través de los adecuados financiamientos inversamente proporcionales a las inserciones publicitarias y, a la vez, la creación de infraestructuras comunes —redes, cables, satélites y similares— de carácter público (como las redes de carreteras).

3. TRES FIGURAS DE HABEAS CORPUS

3.1. La libertad personal

Vayamos ahora a los ataques dirigidos en estos años a otra gran clase de derechos de libertad: las «libertades de» o «libertades inmunidad» y, en particular, la libertad personal.

El rasgo característico y común de estas libertades es su nexo con el cuerpo: la inmunidad del cuerpo respecto a privaciones, restricciones o prácticas heterónomas, en una palabra, el clásico *habeas corpus*. Distinguiré, someramente, tres campos, o si se quiere tres corolarios, del *habeas corpus* y otras tantas clases o tipos de sus violaciones. También la agresión a estas libertades es un fenómeno que va mucho más allá de la experiencia italiana, y por tanto

interesa a todas las democracias occidentales, comenzando por los Estados Unidos.

El primer campo en el que el *habeas corpus* está amenazado es el clásico de la libertad personal. Paralelamente al descubrimiento de las garantías penales y procesales en beneficio del anterior presidente del Consejo de Ministros, se ha registrado en Italia un acentuación masiva de la represión penal y de la encarcelación cautelar, en agravio —como siempre, pero hoy día más que en el pasado— de las capas más débiles: tóxico-dependientes, inmigrantes, grupos marginados. En lo que sigue me limitaré a señalar tres órdenes de indicaciones del derecho penal mínimo relativas a los delitos, a las penas y a los procesos.

En el plano del derecho penal sustantivo debería retomarse el viejo camino de la despenalización, acompañada sin embargo de una refundación de la legalidad penal basada en la reserva de código, necesaria, como he sostenido en otras ocasiones, para restituir eficiencia y garantismo a la maquinaria judicial. Es necesario además abolir la vergonzante pena de muerte, rebajar la duración máxima de la reclusión (actualmente de treinta años) a los niveles europeos (veinte años según los Códigos francés, belga, suizo, austriaco, noruego, griego y luxemburgués; dieciséis años según los Códigos danés e islandés; quince años según los Códigos alemán, húngaro y polaco; doce años según el Código finlandés, diez años según el Código sueco) y reformar el sistema de penas, reservando la reclusión para los delitos más graves y transformando en penas decretadas directamente por el juez las actuales medidas alternativas a la pena, como la detención domiciliaria, la semi-libertad y la libertad condicional. En el plano procesal, en fin, es necesario realizar una drástica restricción de los presupuestos de la custodia cautelar, que deberían limitarse al peligro de destrucción de las pruebas hasta el momento del primer interrogatorio, y no incluir el peligro de fuga, generado sobre todo por la misma custodia cautelar, ni mucho menos la peligrosidad del reo, que es contraria a la presunción de inocencia y transforma de hecho la medida cautelar en una pena anticipada sin juicio.

Son propuestas viejas, que hemos repetido hasta el cansancio, pero que se imponen hoy más que nunca, como alternativas a las amenazas a las que se enfrentan, en todos los países occidentales, las garantías del debido proceso y de la libertad personal. Es de los Estados Unidos y de Inglaterra de donde provienen las señales involutivas más horripilantes. Al proyecto americano de la guerra infinita, dirigida ilusoriamente a exportar con las armas la democracia, se le está acompañando de una restricción masiva de las libertades y de

la democracia dentro del corazón mismo del imperio. En los Estados Unidos la población carcelaria se ha duplicado en pocos años, alcanzando los dos millones y medio de personas: una cifra casi diez veces superior, en proporción al número de habitantes, a la europea, y en la misma proporción son superiores las cifras de criminalidad, en confirmación de la tesis de Beccaria según la cual la crueldad de las penas no detiene la realización de delitos sino que por el contrario es un factor criminógeno.

Sobre todo, además, ha sido instituido, por el terrible *Patriot Act* votado casi por unanimidad por el Congreso norteamericano al día siguiente del 11 de septiembre de 2001, un Estado de excepción global, que confiere al presidente de los Estados Unidos el poder ilimitado para hacer uso de la fuerza contra organizaciones o Estados que entiende están involucrados en actividades terroristas, así como para instituir tribunales militares especiales en materia de terrorismo, sustraídos a todas las garantías del debido proceso: en suma, una suerte de potestad soberana para la guerra interna y externa, que anula el principio de legalidad y la separación de poderes, las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales de las personas, es decir, la regulación completa de la fuerza dictada por las reglas del derecho interno y del derecho internacional. Una decisión análoga, el Crime and Terrorism Act, informado por la misma lógica de la sospecha y de la ampliación desmesurada de los poderes de la policía, entró en vigor el 14 de diciembre de 2001 en Inglaterra. El resultado ha sido una amplia restricción de las libertades de todos: por los poderes ilimitados de interceptación telefónica, de violación de la correspondencia y de la privacidad, de detención y arresto conferidos a la policía, que se dirige sobre todo contra los inmigrantes.

Se ha procedido también a la construcción, sobre la base de las nuevas normas y a la sombra de la guerra infinita y de la lucha contra el terrorismo, de una suerte de sistema carcelario mundial, localizado en todo el planeta —desde Guantánamo hasta los Estados Unidos, desde Afganistán hasta Irak— sustraído a toda regla y garantía jurisdiccional. Sabemos poco de este sistema, a causa justamente de su carácter secreto. Sabemos solamente que están recluidos, sin cargos formales de imputación y sin posibilidad de comunicarse ni con sus familiares ni con sus defensores, miles de detenidos que han sido arrestados en secreto, encarcelados sin límite de tiempo, sujetos a tratamientos inhumanos (privados del sueño, a veces permanentemente encadenados o, todavía peor, encapuchados, mantenidos en un estado de total aislamiento), en espera de procesos sumarios a su vez secretos, que pueden concluir con la pena capital pero que

hasta ahora, al parecer, ni siquiera han comenzado. Se dibuja así una suerte de Estado de policía global, como consecuencia de un maccartismo igualmente global que renueva en la patria del *habeas corpus* y de las libertades civiles el fenómeno sudamericano de los *desaparecidos**. A estos reclusos, confinados en lugares desconocidos e ignorados por los medios de información, se les priva al mismo tiempo del estatuto de detenidos porque son «enemigos combatientes» y del de prisioneros de guerra porque son «criminales»: se trata de no-personas, de las que nada sabemos y nada sabremos, privados de todos los derechos establecidos por la Constitución americana y por las convenciones internacionales.

3.2. La inmunidad frente a malos tratos y torturas

El segundo terreno en el que el *habeas corpus* es agredido hoy es la inmunidad frente a la tortura. No se trata de una cuestión teórica, perteneciente a la tradición clásica, del siglo XVIII, del garantismo penal. Se trata, por el contrario, de una cuestión que se ha vuelto de dramática actualidad con las prácticas de interrogatorio a las que son sometidos los detenidos en el nuevo sistema carcelario modelo Guantánamo. Como prueba del nivel al que ha descendido el sentido del derecho y de los derechos, se ha desarrollado, en la prensa norteamericana, un debate público en el que se discute serenamente sobre la legitimidad, obviamente en «casos extremos», de la tortura.

Por lo que hace a Italia, la cuestión ha sido abierta a partir de la persecución, las vejaciones y mortificaciones a las que han sido sometidos por la policía centenares de jóvenes manifestantes —en Nápoles en marzo de 2001, y luego en Génova en julio del mismo año— con ocasión de los arrestos, casi todos arbitrarios, que siguieron a las manifestaciones masivas contra las reuniones del G-8. Se trató de una página negra de la historia de la República: no solamente por las decenas de heridos, sino también por la premeditada organización de la agresión por parte de la policía, por las violencias y las torturas que siguieron en los cuarteles e incluso en los hospitales, por las calumnias y las falsificaciones de pruebas y de delitos imputados a los arrestados, así como por la oficiosa defensa de estas abominaciones por parte de la apenas inaugurada «Casa de las libertades»**. Los objetivos de la operación, por otro lado, aparecieron claramente desde

^{*} En español en el original. [N. del T.]

^{**} La «Casa de las libertades» fue la coalición de partidos de derecha que llevó al gobierno italiano a Silvio Berlusconi en la primavera de 2001. [N. del T.]

el principio: sobre todo la difamación y la criminalización de todo el movimiento anti-globalización, presentado como vandálico o, peor, como para-terrorista; en segundo lugar, un desafío abierto al Estado de derecho y a la democracia.

La única respuesta que las fuerzas de oposición deberían haber dado a este escándalo, para no asumir la corresponsabilidad, hubiera sido una batalla por la introducción, al menos en su programa de gobierno, de dos simples garantías dirigidas a impedir que se pudieran repetir los mismos hechos en el futuro. La primera es una más rígida limitación de los poderes de detención de la policía y la reintroducción de la obligación de asistencia y de la presencia del defensor en cualquier caso de privación de la libertad personal por parte de la policía. Es evidente que la restricción de la libertad personal sin garantía de defensa ni controles jurisdiccionales suministra el lugar y el momento privilegiados para la tortura, o al menos para actos de violencia por obra de los agentes de policía frente a los ciudadanos inermes que han caído en sus manos. Debemos por lo demás ser conscientes de que los hechos de Nápoles y Génova han revelado solamente la punta del iceberg, va que sabemos muy bien que la cifra negra de las torturas o al menos de los abusos de la policía es altísima, también a causa de la omisión de denunciar por parte de los afectados, que corren el riesgo de ser perseguidos por calumnia. Contra este tipo de prácticas, la primera garantía es la reducción a lo estrictamente necesario y, a la vez, la máxima transparencia de cualquier contacto entre el ciudadano y la policía.

La segunda garantía de la integridad personal es una clara y unívoca estigmatización como delito de «tortura», adecuadamente castigado, de cualquier forma de dolor o sufrimiento indebidamente infligido por funcionarios públicos a ciudadanos privados de su libertad. En ninguna otra materia como en ésta las normas penales tienen un valor educativo y, por así decirlo, performativo del sentido moral, del espíritu cívico y de la deontología profesional de las fuerzas de policía. En Italia hace falta esta elemental garantía negativa, va que la tortura es ignorada como delito específico por nuestro ordenamiento. A los casos de tortura se aplican por ello figuras de delitos bastante menos graves, como el genérico «abuso de autoridad» previsto en el artículo 608 del Código penal y los comunes golpes y lesiones, punibles además, si no provocan una invalidez superior a los veinte días, por querella de parte. Nada comparable, por su gravedad y vileza, con la tortura, la cual consiste -según la definición que nos ofrecen el artículo 7 párrafo 2, inciso e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y aún antes el artículo 1 de la Convención contra la Tortura firmada en Nueva York el 10 de diciembre de 1984— en «causar intencionadamente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control»; formulación, ésta, literalmente tomada por una propuesta de ley presentada por un amplio espectro de diputados de izquierda a solicitud de algunos de nosotros, al día siguiente de los hechos de Génova, pero increíblemente detenida en el parlamento italiano.

Es evidente que la posibilidad de perseguir esta práctica abyecta, que hiere la dignidad de la persona y al Estado, no puede ser confiada a una querella de parte como si fuera un hecho cualquiera de lesiones entre particulares. Lo excluyen lógicamente la indisponibilidad de los derechos fundamentales y la naturaleza pública de los intereses y los valores lesionados, que imponen una mínima garantía de previsión de un específico delito de tortura adecuadamente castigado y perseguible de oficio.

Pero no es solamente la lógica de las garantías de los derechos humanos la que impone esta obligación al legislador. Esta obligación está también explícitamente impuesta por normas constitucionales e internacionales. Está prescrita ante todo por la Constitución italiana, cuyo artículo 13, párrafo cuatro, establece: «Se castigará toda violencia física o moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones en su libertad». Se trata de la única obligación constitucional de sancionar impuesta explícitamente al legislador ordinario, lo que debería bastar para hacer comprender la importancia de su cumplimiento. Normalmente las cartas constitucionales establecen sólo límites negativos a la potestad punitiva del legislador, según la forma lógica de todas las garantías penales (nulla poena sine...) creadas para tutelar las libertades de los ciudadanos. En el caso de la tortura, por el contrario, la Constitución prevé expresamente, a cargo del legislador, una específica obligación de sancionar: en garantía, evidentemente, de esa libertad fundamental —previa a todas las demás y primera forma de distinción entre un Estado de derecho y un Estado policial— que es la inmunidad del ser humano frente a violencias de cualquier tipo ejercidas por las instituciones que lo custodian.

La tortura está, por otro lado, prevista específicamente como delito también por el derecho internacional. «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes», establece el artículo 5 de la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 y lo repiten el artículo 3 de la Convención Europea de Libertades Fundamentales de 1950 y el artículo 7 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Además, la Convención contra la Tortura de 1984, ratificada por Italia mediante la Ley número 498 de 1988, impone su previsión y sanción penal en el derecho interno de los Estados:

Todo Estado parte debe adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para impedir que actos de tortura sean cometidos en cualquier territorio sometido a su jurisdicción [...] Ninguna circunstancia excepcional, cualquiera que sea, como el estado de guerra, de inestabilidad política interna o de cualquier otro estado de excepción, puede ser invocada para justificar la tortura (artículo 2 de la Ley).

[...] todo Estado parte es responsable de verificar que todos los actos de tortura sean considerados como delitos por su derecho penal [y] debe señalar contra tales transgresiones penas adecuadas en vista de su gravedad (artículo 4).

Finalmente, la introducción inmediata en el ordenamiento italiano del delito de tortura como «crimen contra la humanidad» ha sido impuesta por el artículo 7 inciso f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional que recientemente ha entrado en funcionamiento. La competencia de la Corte está de hecho prevista, de acuerdo con el artículo 1 de su Estatuto, como «complementaria de las jurisdicciones penales nacionales», o sea, en caso de inercia de las jurisdicciones de los Estados: por tanto, también en caso de inercia de nuestra jurisdicción, si por ejemplo las lesiones infligidas por la policía resultan perseguibles por querella de parte y la querella no fuese oportunamente presentada o bien, de forma más simple, si nuestra Procuraduría compartiera opiniones como las expresadas por el actual gobierno sobre los actos de violencia en Nápoles y Génova.

3.3. La inmunidad del cuerpo de la mujer y la ley sobre la procreación asistida

Hay un tercer tipo de libertades-inmunidad y un tercer tipo de violaciones del *habeas corpus* que merecen ser señalados. Se refieren, específicamente, a la libertad femenina y a la inmunidad de coerciones y violaciones del cuerpo de las mujeres, hoy nuevamente amenazadas por la reciente ley sobre procreación asistida. Es una amenaza que indica una explícita voluntad de restauración. Como ha sido puesto de relieve por una vasta bibliografía feminista, el cuerpo de las mujeres, a diferencia del de los varones, ha sido siempre un campo de conflictos y de discursos públicos —jurídicos, éticos, políticos— así como

de prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. En suma, ha sido, y se pretende que vuelva a serlo, objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo, sino sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios. El clásico principio liberal formulado por John Stuart Mill según el cual sobre el propio cuerpo y sobre la propia mente cada individuo es soberano resulta de esta manera lesionado, para las mujeres, mucho más que para los varones. Y lo mismo se puede decir de la máxima moral kantiana según la cual ninguna persona puede ser tratada como cosa, es decir, como medio para fines que le son ajenos.

Fue por tanto esencialmente una batalla por la libertad la que en Italia condujo, a través de la Ley número 194 de 1978, a la despenalización del aborto: una batalla, precisamente, de liberación del cuerpo de las mujeres de una suerte de *servicios* o servidumbres personales, en virtud de las cuales era tratado como instrumento para fines ajenos. La autodeterminación de la maternidad ha sido, esencialmente, la conquista de una *libertad para*, antes que una *libertad de*: antes que de la libertad de abortar, de la libertad frente a esa constricción física que es representada por la obligación de la mujer de convertirse en madre, con el trastorno vital que la maternidad comporta, y frente a la instrumentalización de su cuerpo para un fin que no es suyo porque no es por ella querido. Se ha tratado, en suma, de la afirmación de la libertad en el sentido de la definición de Mill, y con ella de la identidad de la mujer como persona y no como cosa, no ya objeto sino sujeto del derecho y de derechos.

Hoy la misma cuestión ha sido replanteada, en términos no menos graves, por la reciente ley en materia de procreación asistida. Según esta ley, las nuevas técnicas de procreación serán permitidas solamente a «parejas de mayores de edad, de sexo distinto, casadas o convivientes», sobre la base del consenso formal de ambos y sin posibilidad de recurrir a la «inseminación heteróloga», es decir, a ovocitos o espermatozoides extraños a la pareja, aunque los aspirantes a padres estén afectados por enfermedades genéticas. El recurso a las técnicas de procreación asistida ha sido sometido a una larga serie de intervenciones disuasorias y de obstáculos burocráticos: la advertencia de parte del médico de «los posibles efectos colaterales sanitarios y psicológicos» y del «grado de invasividad de las técnicas»; la proyección hacia los «procedimientos de adopción», así como los «costos económicos de todo el procedimiento»; la documentación médica sobre la esterilidad o infertilidad; la previsión de un «plazo no inferior a siete días» que deberá correr «entre la manifestación de voluntad y la aplicación de la técnica». Lo que es más grave, además, es que esta ley precluye la revocación del consenso después de la fecundación del óvulo, de modo que la mujer, aunque sepa que el embrión está enfermo o tiene malformaciones, debe seguir adelante con el implante obligatorio sin otra forma de tutela que el sucesivo recurso al aborto. Naturalmente, esta norma es inaplicable, a menos que se admita, si la mujer se opusiera, la ejecución forzosa del implante. No sólo. No se pueden producir e implantar más de tres embriones a la vez; con la consecuencia, en caso de que no haya éxito, de que la mujer deberá someterse a nuevas aplicaciones igualmente peligrosas, como afirma la propia ley, para su salud. En el furor prohibicionista se ha llegado a proscribir, contradictoriamente, tanto la conservación como la supresión de los embriones. Hoy existen, al parecer, al menos 30.000 embriones congelados; basándose en esta doble prohibición, no podrán ser destruidos, bajo la amenaza de ir a la cárcel por tres años, ni tampoco implantados, en vista de que en este caso se incurriría en la prohibida inseminación heteróloga.

La ley, de esta manera, ha logrado violar simultáneamente varios principios fundamentales de nuestro ordenamiento. Sobre todo la libertad de las muieres, en el doble sentido de la libertad de las elecciones de vida y de la inmunidad de su cuerpo frente a intervenciones coactivas. En segundo lugar, su dignidad como personas, equivaliendo el implante forzoso consecuente a la imposibilidad de revocar el consenso a la reducción de la mujer a una cosa, o sea, a un instrumento para fines que no le son propios. En tercer lugar, el principio de igualdad, dado que esta ley discrimina a las mujeres solteras respecto a las casadas o a las parejas irregulares frente a las regulares y, además, prevé la inscripción en un «registro nacional» no solamente de los «embriones formados» sino también de los «nacidos en virtud de la aplicación de las técnicas» de procreación. En cuarto lugar, el derecho a la salud de la mujer, por los peligros derivados de las muchas operaciones de reimplante necesarias por el limitado número de embriones que se pueden utilizar en cada ocasión. En fin, la laicidad de nuestro ordenamiento, dado que esta ley está claramente dirigida a imponer a todos una opción dictada por la religión católica, sin otro efecto que el de volver ilegal y clandestino lo que ilusoriamente se intenta impedir.

Además de lo anterior, esta opción prohibicionista es incomprensible en el plano moral, dado que en este caso no consiste ni siquiera, como en el aborto, en la oposición a la supresión de una entidad vital, sino por el contrario en la preclusión o limitación de la posibilidad de provocar su nacimiento. Pero justamente por esto es reveladora

de la verdadera preocupación y de las verdaderas finalidades que se encuentran en su base: el temor de que las nuevas tecnologías pueden derivar en una mayor libertad de elección de las mujeres, hasta el grado de darles la posibilidad de decidir sobre su maternidad sin el concurso y el control de un padre, demostrando la voluntad de reducirles su autonomía y de restaurar el viejo orden familiar amenazado por las posibles nuevas libertades.

Este nexo entre libertad y cuerpo, constantemente reivindicado por el pensamiento feminista y dado por descontado por la filosofía jurídica después de la formal abolición de las penas corporales y de la esclavitud, viene por tanto replanteado brutalmente en vista de las múltiples nuevas agresiones a la libertad y a la integridad personales. Las jaulas de Guantánamo, la práctica de la tortura en los interrogatorios de sospechosos de terrorismo, las violencias y vejaciones policiales contra los manifestantes, las mismas leves contra la inmigración que niegan el acceso a nuestros países ricos a masas de personas hambrientas equivalen, como se dijo al inicio, a otras tantas devaluaciones del cuerpo y de la dignidad humana, además de la libertad personal. Y todavía más dramáticamente ese nexo con el cuerpo viene replanteado, como presupuesto material de todas las demás libertades, por las agresiones a la integridad física de las personas que provienen de las enfermedades, del hambre y de la sed que provocan en el sur del mundo millones de muertes cada año. Es en esta devaluación del cuerpo, valorado como fuerza de trabajo en los orígenes del capitalismo y hoy depreciado, en el actual mundo globalizado, porque siempre resulta excedente y superfluo, donde reside el mayor peligro para el futuro de las libertades y de la democracia.

DERECHO Y DOLOR

1. DOLOR INFLIGIDO Y DOLOR SUFRIDO

En un ensayo de hace unos años Salvatore Natoli propuso repensar el derecho sobre la base de sus nexos —en cuanto cura y en cuanto sanción— con el dolor¹. Me parece muy fecunda y estimulante, en particular, la distinción sugerida por él de las dos figuras del *dolor sufrido* y del *dolor infligido* —uno natural, el otro producto de los hombres— correspondientes a los dos males en cuya eliminación o reducción reconoce Natoli la razón o justificación del derecho.

Estas dos figuras del dolor ofrecen una adecuada clave de lectura de las formas o de las líneas de desarrollo del moderno Estado constitucional de derecho. Podemos afirmar, de hecho, que todos los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor. Precisamente, los *derechos de libertad*, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal—consistentes todos en expectativas negativas o en inmunidades de lesión— son interpretables como derechos dirigidos a prevenir el dolor infligido, o sea, el mal provocado por los hombres, a través del derecho penal y la regulación y minimización de la reacción punitiva al delito. Por otro lado, todos los *derechos sociales*—a la subsistencia y a la supervivencia— pueden ser concebidos como expectativas positivas a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido, en un sentido amplio natural, como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia.

Traducción de Miguel Carbonell.

1. S. Natoli, «Dal potere caritatevole al Welfare State», en P. Barcellona (ed.), *Nuove frontiere del diritto*, Dedalo, Bari, 2001, pp. 129-145.

Creo que toda la historia del derecho moderno puede ser leída como la historia del desarrollo, en formas cada vez más complejas v articuladas, de la estructura institucional de la esfera pública como sistema de respuestas a estos dos tipos de dolor o de males distinguidos por Natoli. Ciertamente el derecho moderno, el del Estado liberal de derecho, nace en el terreno del derecho penal, como Estado y derecho mínimos dirigidos a organizar, como tutela de los derechos de libertad y de inmunidad, dos tipos de respuestas al dolor infligido, correspondientes a los dos objetivos justificatorios del derecho penal en los cuales he identificado el paradigma del derecho penal mínimo²: la minimización del dolor infligido a los individuos en las relaciones entre ellos, a través de la prohibición y sanción como delitos de las ofensas producidas a los derechos de los demás; y la minimización del dolor infligido por el Estado bajo la forma de penas, a través de los límites a las mismas impuestos por los derechos de libertad sobre todo a su potestad de prohibir, es decir, de configurar como delitos el ejercicio de libertades fundamentales o comportamientos inofensivos, y en segundo lugar a su potestad de castigar, a través de límites impuestos por las garantías procesales.

Pero el derecho contemporáneo se ha desarrollado en el último siglo, además, en las formas del *Estado social de derecho*, como Estado y derecho máximos dirigidos a organizar, en tutela de los derechos sociales, un sistema de respuestas al *dolor sufrido* y por así llamarlo «natural»: a las enfermedades a través del derecho a la salud, a la ignorancia a través del derecho al estudio, a la indigencia a través de los derechos a la asistencia y a la previsión. El paradigma del Estado de derecho es siempre el mismo: el desarrollo de una esfera pública, que tutele el conjunto de derechos fundamentales estipulados en esos pactos fundadores de la convivencia social que son las constituciones, como objetivo o razón de ser del derecho y del Estado.

Por esto —por las analogías estructurales, aun con diversidad de contenidos, entre las técnicas de garantía contra el mal infligido y contra el mal sufrido— es importante el análisis del modelo liberal del Estado de derecho tal como se ha venido formando, en el plano teórico y filosófico y en el institucional, sobre el terreno del derecho

^{2.} Remito a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], Trotta, Madrid, *2006, cap. VI. Formulé por primera vez este paradigma en una ponencia titulada «Derecho penal mínimo» presentada en un coloquio organizado por Roberto Bergalli en Barcelona, del 5 al 8 de junio de 1985, en polémica con las tesis prevalentemente abolicionistas sostenidas por los demás ponentes. El texto fue publicado por el propio Bergalli en el número 0 de la revista *Poder y control* (1986), pp. 25-48.

penal. Lo que he llamado «derecho penal mínimo» no es más que el sistema de normas idóneas para garantizar esta doble minimización de la violencia y del dolor infligido: del infligido por los delitos y del infligido por las penas. El derecho penal se justifica si y sólo si previene y minimiza, a través de sus normas primarias o sustanciales, las ofensas y los sufrimientos infligidos por los delitos y, a través de sus normas secundarias o procesales, las ofensas y sufrimientos infligidos por las reacciones punitivas a los delitos. Pero no se ha sostenido, de hecho, que realice estas finalidades de prevención y de minimización del dolor que lo justifican. La historia de los procesos y de las penas—pensemos en lo que han sido la inquisición, los suplicios, las picotas, las torturas judiciales— ha sido mucho más cruel e infamante para la humanidad que toda la historia de los delitos.

Son por tanto *ideológicas* todas las teorías de justificación *a priori* como las que justifican el derecho penal en cuanto tal, en abstracto, con el objetivo de la prevención de los delitos, de la defensa social o de la re-educación del reo, más allá de la afirmación concreta de su efectiva realización. Lo cierto es que una justificación consistente puede ser solamente *a posteriori*, contingente, sectorial, o sea, atendiendo a la efectiva reducción de la violencia o del dolor conseguida, respecto a la ausencia de derecho o de derechos, no ya del derecho penal en cuanto tal, sino por este o el otro derecho penal, o mejor por esta o aquella norma concreta o institución penal o procesal.

Este modelo de justificación del derecho penal puede ser extendido a todo el derecho moderno. En esto reside el impulso específico de la Ilustración jurídica: el haber sometido al derecho, reflejado en la forma paradigmática del derecho penal, a la carga de justificación. El derecho, todo el derecho, siendo un «artificio» construido por los hombres —como derecho «positivo» y no ya «natural»— se justifica racionalmente si y sólo si se realiza la minimización del dolor.

2. IUSNATURALISMO, IUSPOSITIVISMO, IUSCONSTITUCIONALISMO

Es esta especificidad del derecho moderno la que ignoran las tesis iusnaturalistas de quienes todavía hoy —pienso, por ejemplo, en Emanuele Severino— identifican como el rasgo característico del derecho propio de «la tradición occidental» el ser un reflejo del orden natural, o sea de un «ordenamiento inmutable develado por la episteme»³.

3. E. Severino, «Téchne-nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica», en *Nuove frontiere...*, cit., pp. 15-24.

Esto no se puede sostener para el caso del derecho de la Edad Moderna. Fue verdad hasta el proceso de positivación y secularización del derecho sucedido con el nacimiento del Estado moderno. Solamente hasta entonces, en la edad premoderna, el derecho no podía justificarse más que como reflejo, según la concepción aristotélica, de un orden superior ontológico de tipo racional, divino o natural. Todo el derecho premoderno, desde el derecho romano hasta el derecho común de la Edad Media, era un derecho jurisprudencial, doctrinario, que se legitimaba directamente sobre la base de sus contenidos, es decir, de su intrínseca racionalidad correspondiente a una supuesta ontología de los valores.

Por esto, en el modelo premoderno, la validez de las normas jurídicas se identificaba con su justicia y el iusnaturalismo no podía dejar de ser, entonces, la filosofía del derecho dominante: porque en ausencia de un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, el criterio de identificación de la existencia misma de las normas era inmediatamente el de su justicia sustancial. Una tesis de Bártolo prevalecía sobre una tesis de Baldo no ya por su mayor autoridad, sino por su mayor importancia. En este sentido, en la célebre contraposición expresada por Hobbes en su Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común en Inglaterra tenía razón el jurista al afirmar que veritas, non auctoritas facit legem: era la verdad, o sea, la intrínseca racionalidad o justicia, la que en un derecho inmediatamente jurisprudencial, como lo era el derecho común premoderno, fundamentaba la validez de las normas; el principio opuesto proclamado por Hobbes —auctoritas, non veritas facit legem— expresaba, con aparente paradoja, una instancia axiológica de deber ser, o sea, de racionalidad y de justicia, que se llegará a realizar con el positivismo iurídico gracias a la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica4.

Ese principio hobbesiano, que puede parecer un principio autoritario, equivale al principio de legalidad, como norma de reconoci-

^{4.} Th. Hobbes, A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England (1681), en The english works, ed. de W. Molesworth (1839-1845), reimpreso por Scientia, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: «It is not wisdom, but authority that makes a law»; poco antes Hobbes recordaba la tesis de sir Edward Coke según la cual «nihil quod est contra rationem est licitum», es decir, «no es ley lo que es contrario a la razón» y «el derecho común mismo no es más que la razón». La fórmula clásica referida en el texto está en Th. Hobbes, Leviathan, sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis, trad. latina, en Leviatano, ed. de R. Santi, Bompiani, Milano, cap. XXVI, 21, p. 448: «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem».

miento del derecho existente y a la vez como primer e insustituible límite a la arbitrariedad, garantía de igualdad, de libertad y de certeza, fundamento en suma de toda posible garantía. Tal principio representa la base del Estado de derecho, o sea, de un sistema político en el que todos los poderes están sujetos no ya a la subjetiva y arbitraria valoración de la justicia, sino a la ley y limitados por ella.

Por otro lado, el principio de legalidad, iustamente por su carácter de norma de reconocimiento puramente formal, que identifica el derecho únicamente sobre la base de su forma de producción y no también por sus contenidos, presenta una irreductible ambivalencia: como condición ciertamente necesaria, pero a la vez ciertamente insuficiente para asegurar el papel garantista del derecho. Esta fórmula nos dice que el derecho no incorpora en cuanto tal la verdad o la justicia: que nada garantiza a priori que su forma sea llenada de contenidos justos ni que no sea peor que la naturaleza y no produzca más dolores de cuantos evite. Pero nos dice, sin embargo, que el derecho es no solamente un producto del poder, sino también su única fuente y forma de regulación. Nos dice además que todo el derecho es hecho por los hombres y es tal y como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican: por tanto depende de ellos, o sea, de la legislación, de la ciencia jurídica y de la política, las cuales tienen la total responsabilidad de estipular en forma legal y positiva esos principios de justicia que son los derechos fundamentales y la elaboración de las relativas garantías para su efectividad.

Por lo demás, no por casualidad los llamados «derechos naturales», primero teorizados y luego formulados en las primeras Declaraciones de derechos y en las primeras Cartas constitucionales, nacieron simultáneamente con el positivismo jurídico, como cláusulas del contrato social en el que tienen su origen el Estado y el derecho positivo. Su verdadero inventor fue justamente Thomas Hobbes, que teorizó la garantía del derecho a la vida —como derecho igual e indisponible, modelo paradigmático de todos los futuros derechos fundamentales, estructuralmente distintos del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales por su naturaleza desigual y disponible— como razón de ser del contrato social y de ese «gran Leviatán», como escribió, «que llaman Estado, que no es más que un hombre artificial, aunque de mayor estatura y fuerza que el hombre natural, para la protección y defensa del cual fue concebido»⁵. En este sentido, la idea hobbesiana del contrato social está en el origen de la moderna democracia constitucional: no sólo en el sentido de

^{5.} Leviatano, cit., introducción, 1, p. 15.

que la legitimidad del poder no emana de arriba, de Dios o de la naturaleza, sino de abajo, o sea, del consenso de los contratantes, sino también en el sentido de que ese contrato no es un acuerdo vacío, sino un pacto de convivencia cuyas cláusulas son justamente los derechos fundamentales: antes que nada, en el esquema hobbesiano, el derecho a la vida que justifica incluso la fuga en la batalla o la evasión de la cárcel; luego, en el modelo lockeano, los derechos de libertad y los derechos civiles de propiedad; más adelante, en la experiencia constitucional que comienza con la *Declaración* de 1789 y sigue en las constituciones rígidas de nuestra posguerra, los derechos políticos, los derechos de los trabajadores y los derechos sociales, todos los cuales, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal, pueden muy bien concebirse, sobre la base de la propuesta de Natoli, como otras tantas negaciones del sufrimiento y del dolor.

Agrego que no solamente en el plano axiológico, propio de la filosofía política, sino también en el fenomenológico, de la historia y de la sociología jurídica, podemos identificar en el sufrimiento y en el dolor el fundamento y el origen de los derechos humanos. Ninguno de estos derechos ha caído nunca desde arriba como graciosa concesión. Ninguno de ellos ha sido nunca el producto de simples teorizaciones de escritorio. Todos —desde la libertad de conciencia hasta la libertad personal, desde los derechos sociales hasta los derechos de los trabajadores— han sido el fruto de luchas y revoluciones alimentadas por el dolor, es decir, por opresiones, discriminaciones y privaciones precedentemente concebidas como «normales» o «naturales», que en un cierto punto se vuelven intolerables. Todos se han impuesto como leves del más débil contra la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. Todavía más. Este papel de «leyes del más débil» vale, en el plano axiológico, para todo el derecho, que está siempre en contra de la realidad o, si se quiere, de la naturaleza, es decir, contra lo que acontecería en su ausencia: que no sería la sociedad pacificada que imaginaron muchos utópicos abolicionistas. sino la sociedad salvaje, fundada precisamente en la ley sin frenos del más fuerte. Fue precisamente esta hipótesis, por así decirlo, el experimento mental propuesto por Hobbes, que entonces configuró el Estado y el derecho positivo como convenciones, es decir, como productos artificiales de la razón, dirigidos a poner fin al estado de guerra propio de la sociedad de la naturaleza y a proteger a todos y cada uno contra la violencia del más fuerte.

Pero ese experimento —no mental sino trágicamente real— ha sido realizado en este siglo por la humanidad, con la catástrofe de los totalitarismos y de las guerras mundiales. Descubrimos entonces

que ni siguiera la mayoría, que consintió la toma del poder por el fascismo v el nazismo, ni siguiera el consenso de masas utilizado por los regímenes totalitarios, garantiza la calidad de los poderes públicos; que también la regla de la mayoría, si no está sometida a una ley superior, puede siempre degenerar, convertirse en la ley del más fuerte y legitimar guerras, destrucciones, violaciones de la vida y de la dignidad de las personas y eliminación de las minorías. Es sobre la base de estas terribles experiencias —los «sufrimientos indecibles» (una vez más, el dolor) que, como dice el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, han sido infligidos a la humanidad por el «flagelo de la guerra» y por las violaciones de los derechos humanos— como al día siguiente de la segunda guerra mundial fue refundado el constitucionalismo a través de su expansión hacia el derecho internacional y por medio de la rigidez impresa a las constituciones estatales. De esta manera se ha puesto fin tanto a la soberanía externa como a la soberanía interna: es decir, una segunda revolución, una segunda mutación de paradigma del derecho, no menos importante que el producido con el nacimiento del Estado moderno y del positivismo jurídico.

Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría, y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales —de los derechos de libertad a los derechos sociales— son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio. Pero se trata de una mutación que se produce dentro del paradigma iuspositivista, no ya como su debilitamiento sino como su complemento: ya que equivale a la sujeción a la ley, o sea, a la constitución que no es menos ley positiva que las leyes ordinarias, no sólo de la forma sino también del contenido de las leyes mismas, y por ello a la positivación no solamente de su ser sino también de su deber ser, no sólo de sus condiciones de existencia y validez formales sino también de sus condiciones de validez sustanciales, es decir, de las opciones decididas por el legislador constituyente que el legislador ordinario está obligado a respetar.

3. LA CRISIS ACTUAL DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Hoy día también el paradigma del Estado constitucional de derecho que fue heredado por la tradición occidental ha entrado en crisis. Han cambiado las coordenadas estatales que conforman su presupuesto. Se ha reducido la soberanía externa de los Estados nacionales, tanto en el plano jurídico por su sujeción a la Carta de las Naciones Unidas y a las grandes convenciones internacionales de derechos humanos como en el plano de los hechos por su generalizado carácter de «soberanía limitada», primero por las dos grandes potencias y hoy por la super-potencia norteamericana. Pero sobre todo se ha reducido en todos los ordenamientos el monopolio estatal de la producción jurídica, y en consecuencia se ha resquebrajado la unidad del sistema de las fuentes, sustituida actualmente por una pluralidad de fuentes, ya no solamente nacionales sino supranacionales.

Bajo este aspecto podemos hablar, a propósito del pluralismo de los ordenamientos, por su no clara coordinación y por la incerteza generada por la sobreposición de las fuentes, de una regresión al derecho premoderno. Sin embargo esta transformación del derecho y de la esfera pública, esta des-territorialización y desnacionalización, no necesariamente comporta, como muchos sostienen, una crisis regresiva o peor aún una disolución. Por el contrario, bien podría ser el preludio de una efectiva universalización. Derribando un argumento comúnmente opuesto a esta perspectiva, puede afirmarse que es el fruto de una indebida domestic analogy6 la idea de que el único constitucionalismo posible sea el estatal. No hay ningún nexo necesario entre esfera pública y Estado, entre constitución y base social nacional. Esto lo prueba el hecho de que, con todos los límites inevitables ligados a su complejidad, está avanzando el proceso constituyente en Europa y no está lejana la perspectiva de la realización, a través de las oportunas reformas institucionales v sobre todo de la aprobación de una Constitución digna de este nombre, de una esfera pública europea.

Lo que es cierto es que en ausencia de una esfera pública internacional que esté a la altura de los nuevos poderes extra y supraestatales, de nuevo el dolor —las guerras, la pobreza endémica, los millones de muertos cada año por la falta de alimentación básica y de fármacos esenciales— ha vuelto a ser el signo dramático del vacío de derecho y de su papel garantista. Ciertamente, después de la ruptura de la legalidad internacional producida por las recientes guerras globales, las perspectivas sobre el futuro del derecho internacional no

^{6.} Véanse, para la refutación de la hipótesis de un constitucionalismo global con el argumento de la domestic analogy, H. Bull, The anarchical society, Macmillan, London, 1977, pp. 46-51; H. Sugarami, The domestic analogy and the world order proposals, CUP, Cambridge, 1989; D. Zolo, Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale, Feltrinelli, Milano, 1995, cap. IV, en particular pp. 128-132; íd., Globalizzazione. Una mappa dei problemi, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 71.

son muy estimulantes. Sin embargo la Carta de las Naciones Unidas. la Declaración universal de los derechos humanos y las demás convenciones y cartas de derechos que abundan en el derecho internacional diseñan ya hoy los rasgos característicos de una esfera pública planetaria. El hecho de que estas Cartas y los derechos y principios en ellas establecidos sean manifiestamente inefectivos por falta de garantías idóneas no significa que no sean vinculantes, sino sólo que en el ordenamiento internacional existen vistosas lagunas —lagunas, justamente, de garantías—, o sea, incumplimientos que es tarea de la cultura iurídica denunciar y obligación de la política reparar. Significa, en concreto, si tomamos en serio el derecho internacional, que existe el deber, incluso antes que el poder, de promover un funcionamiento serio de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes contra la humanidad; de orientar las políticas de las instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, a la ayuda y al desarrollo económico de los países pobres en vez de al estrangulamiento, con el pretendido pago de la deuda externa y de sus intereses usureros, de sus economías y de sus sistemas de bienestar estatales; en fin, de identificar y sancionar, como establece el artículo 5 inciso d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. todas las guerras de agresión como crímenes internacionales.

Éste es el desafío que la crisis actual de los Estados nacionales y de su soberanía lanza hoy al derecho y a la política. Es un desafío que genera una específica responsabilidad civil e intelectual para la cultura jurídica y politológica, que no puede seguir en la resignada y desencantada contemplación de lo existente, como si el derecho y la política fueran fenómenos naturales y no, por el contrario, obra de los hombres y antes que nada de las grandes potencias. Siempre, por lo demás, la cultura jurídica ha concurrido a proyectar y a edificar el derecho y las instituciones, incluso cuando se ha presentado como saber técnico y científico y ha intentado ocultar, naturalizando su objeto de estudio, su dimensión pragmática y política. Hoy el papel crítico y proyectivo de la ciencia jurídica es todavía más ineludible que en el pasado, va que está escrito en ese embrión de constitución del mundo formado por las cartas internacionales sobre la paz y los derechos humanos. Está en juego el futuro de miles de millones de seres humanos, e incluso la credibilidad y supervivencia misma, contra el surgimiento de nuevas guerras, violencias y terrorismos, de nuestras ricas pero frágiles democracias.

LAICIDAD DEL DERECHO Y LAICIDAD DE LA MORAL

1. LAICIDAD Y DEMOCRACIA

«Laicidad», como gran parte de las palabras del léxico político que se refieren a valores, es un término equívoco y con más de un sentido. Prueba de ello es que los valores de la laicidad son reivindicados por todos, incluso por las jerarquías católicas que, en estos últimos años, los atacan abiertamente. Por ello es oportuno aclarar su significado y alcance. De hecho, hoy más que nunca, el tema de la laicidad es decisivo para el futuro de nuestras democracias. Ello por dos razones que se encuentran relacionadas.

En primer lugar, porque esos valores —los valores liberales de la laicidad del derecho y de las instituciones políticas, que provienen de la tradición ilustrada— nunca han sido del todo aceptados por nuestra cultura política y jurídica y no han inundado realmente —no solamente en Italia— la política y el derecho. Por el contrario, en todo el Occidente democrático está en curso una especie de regresión en el proceso de secularización que se manifiesta en el resurgimiento de fenómenos como los fundamentalismos religiosos, el miedo al diferente, la intolerancia y los conflictos étnicos vinculados con nuevas antropologías de la desigualdad. Fenómenos que contradicen los principios de la neutralidad ideológica de las instituciones y de la igual dignidad de las personas que constituyen, como demostraré a continuación, el corolario de la laicidad. Pensemos en el papel legitimador que tiene la religión en la política de agresión estadounidense¹ presentada como una

Traducción de Pedro Salazar Ugarte.

1. Sobre este papel de las religiones y, más en general, sobre los peligros que provocan las diversas formas de «sacralización de la política» y de «religiones de la po-

lucha entre el Bien y el Mal, y en la configuración de la guerra contra el terrorismo como choque de civilizaciones. Pero también podemos pensar en la ausencia que existe —por ejemplo en Italia— de una cultura política laica, capaz de rechazar las pretensiones antimodernas e iliberales de la Iglesia católica que intenta moldear el derecho y las instituciones para ajustarlas a sus propias concepciones morales —desde la campaña contra el aborto y la procreación asistida hasta el reconocimiento de las parejas de hecho; desde la imposición del sufrimiento terapéutico a los enfermos terminales: opciones y concepciones que se presentan como «verdaderas», como verdades reveladas que deben traducirse en normas jurídicas.

La segunda razón por la que el tema de la laicidad resulta extremamente actual es, por así decirlo, la otra cara de la primera. Nunca como en estos tiempos —caracterizados, por un lado, por una creciente interdependencia y por la pluralidad de las culturas y, por el otro, por una explosión de los fundamentalismos religiosos— la laicidad había tenido tanta importancia para el futuro de la democracia y de la convivencia pacífica. En las sociedades complejas actuales, caracterizadas por el pluralismo cultural, religioso, político e ideológico, la laicidad del derecho y de las instituciones es —incluso con mayor intensidad que en los albores de la modernidad jurídica— la única barrera posible, la única alternativa racional a tantos fundamentalismos y fanatismos y a las consecuentes guerras de religión y choques de civilizaciones. En otras palabras, el problema de la laicidad recobra importancia —contra las intolerancias y los intentos de invasión por parte de las religiones y de otras formas de dogmatismo ético o político— no sólo en el plano tradicional de la relación entre el Estado y las iglesias, sino también en el plano más general de las relaciones entre las instituciones públicas y el multiculturalismo, entre Estado y religiones, entre el derecho y las diferentes éticas y culturas, como una garantía de la libertad de conciencia y de pensamiento y, con ella, del pluralismo político, religioso, moral y cultural. Solamente la laicidad del derecho, en tanto que técnica de garantía de los derechos y de las libertades de todos —de la ley del más débil en lugar de la ley del más fuerte que rige en su ausencia—, es capaz de garantizar igual valor y dignidad a las diferencias, de excluir cualquier discriminación o privilegio y, por ello, la convivencia pacífica.

lítica», se recomienda consultar los estudios de Emilio Gentile *La democrazia di Dio. La religione americana nell'era dell'impero e del terrore*, Laterza, Roma-Bari, 2006; íd., *Le religioni della politica. Fra democrazia e totalitarismi*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Este doble reto —el desarrollo de nuevos fundamentalismos religiosos y, al menos en Italia, la ofensiva de la Iglesia católica; así como el multiculturalismo y la creciente interdependencia global que hacen de la tolerancia recíproca la condición de la convivencia pacífica— nos constriñe a repensar y reafirmar los valores de la laicidad, que están íntimamente vinculados con los valores de la libertad, de la igualdad, de la democracia y de la paz: representan, por así decirlo, sus fundamentos y sus presupuestos. Y con los «valores de la laicidad» me refiero a los valores tanto de la *laicidad del derecho* como de la *laicidad de la moral*, contra las pretensiones católicas de poseer el monopolio de la moral.

2. LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Conviene preguntarnos: ¿en qué consiste la laicidad del derecho y del Estado? Me parece que la fórmula más apropiada para contestar esta pregunta es la de la *separación entre derecho y moral*, o bien, entre *derecho y religión*, o incluso, entre *derecho y justicia*. Se trata de una fórmula propia del léxico filosófico-jurídico, que ha tenido algunas otras formulaciones. Pensemos, por ejemplo, en la máxima de Cavour «Iglesia libre en Estado libre» que quedó plasmada en el primer párrafo del artículo 7 de la Constitución italiana: «el Estado y la Iglesia son, cada uno en su ámbito, independientes y soberanos». Y recordemos también, sobre todo porque está escrita en los Evangelios, la máxima cristiana que exige «dar al César lo que es del César y a Dios (o, mejor dicho, a la conciencia moral) lo que es de Dios (o sea, lo que pertenece a la conciencia moral)»².

Obviamente, con estas fórmulas no quiere decirse que las jerarquías católicas y, en general, las autoridades religiosas no tengan el derecho de expresar su pensamiento y de proponer soluciones a las cuestiones jurídicas de relevancia moral. Ésta sería, sin duda, una tesis completamente iliberal. Tampoco significa que el derecho no deba tener contenidos morales que sean socialmente compartidos: ésta sería una tesis sin sentido. Desde mi punto de vista, lo que quiere expresarse son dos principios fundamentales de la modernidad (y de la civilización) jurídica —diferentes si se entienden en un sentido asertivo o prescriptivo— cuya afirmación coincide con el proceso de secularización y de afirmación de la laicidad del derecho y de las ins-

^{2.} Evangelio según Marcos, 12, 13-17; Evangelio según Mateo, 22, 15-22; Evangelio según Lucas, 20, 20-26.

tituciones públicas³. Dos tesis, conviene agregar, que constituyen la versión laica e ilustrada del mismo precepto evangélico «dar al César lo que es del César y a Dios (o, mejor dicho, a la conciencia moral) lo que es de Dios (o sea, lo que pertenece a la conciencia moral)».

En un primer significado, asertivo y teórico, la tesis de la separación entre el derecho y la moral es un corolario del positivismo jurídico; esto es, de la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente. En este sentido, la tesis expresa dos autonomías recíprocas: la autonomía del derecho ante la moral, entendiendo «moral» en un sentido débil; y la autonomía de la moral ante el derecho, en tanto que esferas —una pública y la otra privada— diferentes y separadas. El derecho, nos dice esta autonomía, no es (no proviene de) lo que es (se considera) «justo» o apegado a una determinada «moral», «cultura» o «religión»; sino que es solamente aquello que es configurado convencionalmente por el legislador como una garantía de la certeza y, por lo mismo, de la igualdad ante la ley, de la libertad contra el arbitrio moral (o ideológico) y de la sujeción a la ley por parte de los poderes públicos. En sentido inverso, la moral (así como las diferentes ideologías, religiones y culturas) no se basa (de hecho, no es posible que pueda basarse) en el derecho; esto es, en normas heterónomas —ya sean de derecho positivo o de derecho natural—, porque, por el contrario, si se vive de manera auténtica, se fundamenta en las conciencias individuales y en su valor en cuanto fin en sí misma.

En un segundo significado, prescriptivo y axiológico, la tesis de la separación es un corolario del liberalismo político y, por otro lado, del utilitarismo jurídico, que es la otra cara, por así decirlo, del liberalismo. El derecho y el Estado, en virtud de esta segunda tesis —que es aún más importante—, no encarnan valores morales, ni tienen la tarea de afirmar, de sostener o de reforzar la (o bien una determinada) moral o una determinada cultura, religión o ideología, ni siquiera de

3. Sobre los significados de la tesis de la «separación entre derecho y moral», o bien entre derecho y religión, remito a mis trabajos *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], Trotta, Madrid, §2006, cap. IV, § 15, pp. 218-225, y *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, cap. XV, § 2, pp. 309-321, trad. castellana, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2009 (en prensa). Una discusión crítica sobre mis tesis en materia de la separación entre «derecho y moral» y sobre sus implicaciones en la teoría del Estado y del derecho se encuentra en los ensayos de Marina Gascón Abellán, Luis Prieto Sanchís, Alfonso García Figueroa, Marisa Iglesias Vila, Pablo de Lora, Andrea Greppi, Alfonso Ruiz Miguel y Adrián Rentería Díaz, contenidos en el libro de M. Carbonell y P. Salazar Ugarte (eds.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento juridico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, a los que he contestado en *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2006, cap. II, pp. 23-38.

tipo laico o civil. No deben por tanto inmiscuirse en la vida moral v privada de los ciudadanos, defendiendo o prohibiendo determinados estilos de vida, creencias, ideologías o religiones, opciones políticas o culturales. No deben, si queremos utilizar el lenguaje del Evangelio, pretender apoderarse de lo que pertenece «a Dios», o sea, a la conciencia, y que, paradóiicamente, las iglesias quisieran entregarlo «al César», al intentar invadir y regular las elecciones morales de los ciudadanos. La tarea del Estado y del derecho es solamente la de tutelar a las personas garantizándoles la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la convivencia pacífica: ne cives ad arma veniant. Y la realizan, precisamente, mediante la estipulación y la garantía, en el pacto constitucional, de los derechos vitales de todos: desde los derechos de libertad y de inmunidad ante las lesiones o constricciones, que son derechos a la identidad propia, hasta los derechos sociales de prestaciones que son derechos a la supervivencia. En esta neutralidad moral, ideológica y cultural, es donde reside la laicidad del derecho y del Estado liberal⁴, así como la auténtica ética laica reside en la exclusión de toda imposición jurídica o heterónoma.

En síntesis: en el primer significado la separación entre derecho y moral (o entre derecho y religión) equivale al *principio de legalidad*; en el segundo significado equivale al *principio de ofensividad*: dos principios que conforman, de manera conjunta, la base, en particular, de cualquier derecho penal garantista, porque tienen como finalidad garantizar la máxima certeza, la igualdad, la sujeción del juez a la ley, la libertad contra la arbitrariedad y la intervención penal mínima.

Por otra parte, se entiende cómo las dos separaciones —la que se da en sentido asertivo y que podemos llamar *distinción*, y la que se presenta en sentido prescriptivo, para la que podemos reservar la palabra *separación*—, por más diferentes que sean, se encuentran lógicamente conectadas, tanto como lo están las tesis opuestas que sostienen la superposición. Precisamente el reconocimiento de la pluralidad de

4. Y, después, resulta evidente que, si lo entendemos en este sentido, el principio de la neutralidad no significa que la acción de las instituciones públicas y, específicamente, de las gubernamentales sea, deba ser, o siquiera pueda ser ética o políticamente neutral; esto es, que no exprese o no deba o no pueda expresar, en lo que se refiere a los resultados alcanzados o a las razones que lo inspiran, determinadas opciones o concepciones ético-políticas de público interés: lo que sería una tesis sin sentido. Para una discusión crítica sobre la pretensión liberal de la «neutralidad» del Estado y sobre los diferentes significados de esta expresión, puede verse A. Verza, *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2000; íd., «Il concetto di neutralità e le sue declinazioni», en *Quaderni della Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 4, *Omaggio a John Rawls* (1921-2002), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 259-293.

las morales y de las culturas impone la necesidad —para tutelar las diversas diferencias culturales, morales, políticas y religiosas— de contar con una convención legal asegurada por el *principio de legalidad*: la garantía de la igualdad y de la libertad de los ciudadanos contra el arbitrio. Al mismo tiempo, precisamente la diversidad de los diferentes puntos de vista morales, religiosos, ideológicos y culturales excluye —por ser inadmisible e impracticable— la pretensión de quienes buscan modelar el derecho a su propia imagen e impone, como contrato civil de la convivencia, el papel garantista asegurado en materia penal por los *principios de materialidad* y de *ofensividad*. Según estos principios sólo se castigan las acciones que dañan a terceros y no las opiniones o los actos interiores o las identidades religiosas o culturales o políticas de las personas. Esto en garantía de la máxima libertad de cada uno compatible, según la fórmula kantiana, con la libertad de los demás⁵.

3. DOS OPOSICIONES: COGNITIVISMO Y ANTICOGNITIVISMO ÉTICO. HETERONOMÍA Y AUTONOMÍA DE LA MORAL

En la base de la cuestión de la laicidad, es decir, del problema de la relación de separación, en vez de superposición, entre derecho y

5. Conviene recordar que a la tesis de la separación entre derecho y moral, dominante en la filosofía jurídica hasta los años sesenta del siglo pasado gracias a la influencia de Hans Kelsen, de Norberto Bobbio y de Herbert L. A. Hart, se le ha adherido, en los últimos años, la tesis de la conexión entre las dos esferas que es sostenida, entre otros, por autores como John Finnis, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Neil MacCormick, Carlos S. Nino, Ernesto Garzón Valdés y Manuel Atienza. Me limito a recordar que los dos aspectos de la conexión sostenidos por Robert Alexy (Concetto e validità del diritto [1992], Einaudi, Torino, 1997) y retomados por Gustavo Zagrebelsky (La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto, ed. de G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 30-55). El primero es la pretensión de «justicia» que ha sido propuesta en algún ordenamiento que pretende ser jurídico (R. Alexy, op. cit., pp. 34 ss. y 129): una pretensión, sin embargo, que no equivale para nada a la justicia y que, de hecho, ha sido propuesta por sistemas políticos con vigor y absolutismo en cuanto mayores han sido sus tentaciones totalitarias. El segundo aspecto de la conexión sostenida por Alexy (op. cit., pp. 26-29, 39-70) es el de la famosa fórmula de Gustav Radbruch (Rechtsphilosophie [1932], 8.ª ed., al cuidado de E. Wolf y H.-P. Schneider, Koehler, Stuttgart, 1973, p. 345), según la cual una ley positiva pierde su validez cuando su enfrentamiento con la justicia alcanza un nivel intolerable: tesis obvia en el plano moral, pero no en el plano jurídico, en la que Hart ha visto «una enorme sobrevaloración de la importancia que se da a la cuestión» de la calificación de la ley «como norma jurídica válida: casi como si» la validez de una ley intolerablemente injusta eximiera de la obligación moral, más allá de la obligación jurídica, de desobedecerla (H. L. A. Hart, «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale» [1958], en Contributi all'analisi del diritto, ed. de V. Frosini, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 143-152, en particular p. 147).

moral, existe una *cuestión epistemológica* de fondo, de carácter simultáneamente meta-ético y meta-jurídico, que se manifiesta en dos oposiciones diferentes, conectadas entre sí, que dividen radicalmente a los católicos, o mejor dicho a los confesionalistas, y a los laicos. La primera oposición es entre cognotivismo y anticognotivismo ético; la segunda es entre heteronomía y autonomía de la moral.

La primera oposición — entre cognitivismo y anticognitivismo ético⁶— se refiere a la concepción de la verdad y de la moral. Toda moral religiosa se propone como «verdad moral». Por el contrario, según la concepción laica y liberal, la *verdad* se adecua sólo con las *tesis asertivas*, que se encuentran en la lógica o en el conocimiento empírico. Mientras que sobre los juicios de valor —éticos o políticos— no es posible afirmar si son verdaderos o falsos; sólo podemos afirmar si son justos o injustos. Esto no significa que la moral sea menos importante que la ciencia: estamos más dispuestos a luchar por la afirmación de principios morales o políticos que por la defensa de verdades teóricas. Significa, simplemente, rechazar la ecuación entre bien y verdad que está en el origen de la intolerancia.

Esta primera oposición se presenta, entonces, entre cognitivismo ético y el consecuente dogmatismo moral, y anticognitivismo ético y el consiguiente principio moral, ético-político, de la tolerancia. La posición católica o anti-laica consiste en considerar que existe ontológicamente, porque Dios o algo similar lo quiere, la moral y que por tanto el derecho tiene la tarea de traducirla en normas jurídicas. En este sentido, es significativa la tesis —defendida de manera reiterada en Italia por parte de las jerarquías eclesiásticas— en el sentido de que los valores católicos «no son negociables». La posición laica, por el contrario, excluye que sea posible predicar la verdad o la falsedad de los valores. Lo que se rechaza es la configuración como «verdad» de los principios y de los juicios morales: es decir, rechaza el cognitivismo ético, por muchos impugnado; esto es, la idea de que los valores coincidan con la verdad o se acrediten, como sea, como «verdaderos». Esto es lo que expresa, sin retórica alguna, el título de un libro de Humberto Scarpelli, L'etica senza verità: un título, como advierte el propio Scarpelli en el prólogo, que le «vino a la mente por

^{6.} Uso el término «anticognitivismo ético» en lugar de «relativismo» porque ofrece múltiples significados y, sobre todo, por los diversos equívocos que se han acumulado en torno a esta segunda expresión, interpretada en ocasiones como irracionalismo, emotivismo o, peor aún, nihilismo o indiferentismo moral. Una excelente redefinición conceptual de «relativismo» la ofrece V. Villa, «Relativismo: un'analisi concettuale»: *Ragion pratica* 28 (2007), pp. 55-76, en particular p. 64.

contraste», al escuchar una conferencia de Sergio Cotta en la «que proponía una ética basada en la verdad y llena de verdad»⁷. ¿En qué sentido y por qué la ética «carece de verdad»? Porque la ética «con verdad» es una mistificación tanto de la ética como de la verdad, y es fuente inevitable de intolerancia; porque los valores o los fundamentos morales no son verificables: fundantes y no fundados; y porque la adhesión a dichos valores —incluso a los valores políticos de la democracia— no puede imponerse a la conciencia moral de manera coactiva. Me parece que éste es el sentido de la tesis de Böckenförde según la cual el Estado liberal no es capaz de garantizar sus propios presupuestos y fundamentos⁸. Aún más: su laicidad está asegurada por el hecho de que no sólo no puede, sino que no debe garantizar sus propios fundamentos ético-políticos, so pena de negarse a sí mismo.

Se desprende una segunda oposición: la que existe entre heteronomía y autonomía. La moral católica y, en general, cualquier moral fundada sobre una fuente divina a través de las jerarquías eclesiásticas es por su propia naturaleza una norma heterónoma. De hecho, si la moral no es más que el reflejo de una ontología de los valores morales, si es una moral «con verdad» porque ha sido dictada por Dios o se encuentra inscrita en la naturaleza, entonces está claro que equivale a un sistema de normas objetivo que excluye la autonomía de la conciencia. Desde esta perspectiva es algo parecido al derecho. No es casual que la Iglesia católica la configure como «derecho natural».

De aquí proviene la profunda incomprensión de las jerarquías católicas hacia la ética laica, tendiendo incluso a negar su consistencia conceptual. Por el contrario, la ética laica no es otra cosa que el reconocimiento del carácter autónomo de la moral. A diferencia de la ética religiosa, que es una ética heterónoma, la ética laica no encuentra su fundamento —ni aspira a encontrarlo— en el derecho. Es decir, no se funda en normas heterónomas. Su autenticidad se funda en la autonomía de las conciencias individuales y en el valor de su cumplimiento como fin en sí misma. Desde esta perspectiva, la acción moral no es un medio para evitar el infierno o para alcanzar el paraíso. Por el contrario, se satisface a sí misma, del mismo modo que la acción inmoral encuentra en sí misma su sanción. Por lo mismo, no sólo no requiere sino que rechaza el respaldo del derecho.

^{7.} U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 6. Sobre la meta-ética anticognitivista de Scarpelli, remito a mi trabajo «Etica e meta-etica laica nel pensiero di Scarpelli»: *Notizie di Politeia* XX/73 (2004), pp. 137-147.

^{8.} E.-W. Böckenförde, Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa Unita, ed. de G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2007.

La verdadera diferencia entre ética católica o religiosa y Estado confesional, por un lado, y laicidad de la ética y del derecho, por el otro, pasa por la oposición entre cognitivismo y anticognitivismo ético y entre heteronomía y autonomía. Si la ética es verdad, es posible entender que equivalga a un sistema de preceptos heterónomos y que pretenda traducirse en normas del derecho. Por el contrario, si la ética no tiene verdad y se funda en la autonomía individual, está claro que el derecho, en cuanto sistema de normas válidas para todos, debe secularizarse como una convención, un pacto de convivencia, capaz de ofrecer garantías para todos los valores morales que cualquiera profese, renunciando a invadir el terreno de la conciencia y limitándose a garantizar la convivencia pacífica y los derechos de todos, comenzando por su libertad de conciencia. Por ello la pretensión de la Iglesia y de la religión de presentarse como depósitos de la verdad y, por ende, como depositarias de un derecho «natural» basado en la ética religiosa que, a su vez, se basa en la verdad, es incompatible con un ordenamiento liberal: aquélla busca una fundamentación sustancialista para la validez de las normas y no una fundamentación moderna basada en la forma legal, positiva, convencional de su producción. Una pretensión, insisto, mediante la cual, en una paradoja aparente, la Iglesia le quiere dar al César —al derecho y al Estado— lo que no le corresponde (por pertenecer a la esfera de la moral); y, en consecuencia, le quiere sustraer a Dios —o, mejor dicho, a la autonomía de la conciencia— lo que no es del César (por pertenecer a la esfera íntima y autónoma de la moral).

Por ello, con la idea «ética del Estado» y, por otro lado, con la idea «ética laica», debe entenderse la autonomía recíproca entre derecho v moral, entre instituciones jurídicas e ideologías políticas o creencias religiosas y por tanto el rechazo meta-ético o meta-político de dos confusiones contrapuestas (ambas con carácter autoritario v, en potencia, totalitario): por una parte, la de la fundamentación moralista del derecho que se expresa en la pretensión iusnaturalista de la imposición jurídica de una moral determinada, o de religión o de ideología, por ser fuentes exclusivas y exhaustivas del derecho «justo»; por el otro, la de la fundamentación objetiva de la moral que se expresa en su configuración como sistema de normas objetivas y heterónomas, ya sea que este sistema se identifique con un derecho natural superior o, peor aún, que se le identifique, como en las ideologías ético-legalistas, con el derecho positivo, concebido a su vez como una expresión exclusiva y exhaustiva de la «verdadera» o de la «sola» moral. Pero, a través del precepto evangélico de la separación entre César y Dios, se llega a esta misma conclusión: tanto la fundamentación moralista del derecho, como la fundamentación jurídica de la moral equivalen de hecho a una usurpación por parte del César, esto es, del derecho, de lo que en términos religiosos pertenece a Dios y, en los términos de la ética laica, a la autonomía de la conciencia.

Desde esta perspectiva, es posible invertir el lugar común con el que suele plantearse la cuestión en el plano metamoral: la autolimitación del derecho impuesta por el principio de la laicidad equivale al respeto de la máxima evangélica; mientras que, según la metaética laica expresada por la misma máxima, la moral religiosa, con su pretensión de ser positivizada como un sistema de normas heterónomas, no es propiamente una moral, sino más bien un sistema jurídico que, de hecho, la Iglesia católica pretende presentar como un «derecho natural». Pero también podemos invertir las tesis sostenidas por la Iglesia en el plano moral: para una ética laica, por ejemplo, la pretensión de que dos personas que se odian deban permanecer indisolublemente ligadas en matrimonio o que una mujer tenga que convertirse en madre en contra de su voluntad, o padecer una implantación forzada de embriones, o que a una pareja de personas les sean negados derechos elementales, o incluso, como en el caso Welby, que a una persona se le impongan los sufrimientos y la humillación de la vida a través de medios terapéuticos, constituyen situaciones jurídicamente ilegítimas, pero también son inmorales, porque lesionan la autonomía v la dignidad de las personas.

La discriminación entre ética católica —o religiosa— y Estado laico ético o confesional, por un lado, y laicidad de la ética y del derecho, por el otro, reside en las concepciones opuestas tanto de la verdad como de la moral y del derecho. Está claro que una ética que se supone objetivamente «verdadera» también es una ética heterónoma, que se impone como la (única) moral y que, consecuentemente, pretende sustraerse al derecho e, inevitablemente, rechaza cualquier tolerancia jurídica o moral de opciones éticas diferentes; de la misma manera que las matemáticas excluyen cualquier posible tolerancia teorética para una tesis falsa como «2 (más) 2 (igual a) 5». Por el contrario, solamente la autonomía simultánea y la separación entre derecho (y Estado) y moral (o culturas) —que son sistemas de prescripciones que no son ni verdaderas ni falsas— está en condiciones de garantizar, con la laicidad del derecho y del Estado, el pluralismo cultural, la libertad de conciencia y de religión, la convivencia pacífica y el respeto de las diferentes identidades —naturales, religiosas, políticas y culturales— en sociedades complejas y diferentes como siempre han sido las sociedades y como son, hoy más que nunca, las sociedades actuales. Esa separación, de hecho, se realiza precisamente mediante la convención jurídica de la igual dignidad de todos y de la igual libertad de cada uno para practicar, sin causar daño a nadie, sus propias convicciones y opciones morales y religiosas, cualesquiera que éstas sean: mayoritarias o minoritarias, dogmáticas o agnósticas e incluso (consideradas por otros) inmorales o irreligiosas.

UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y MULTICULTURALISMO*

1. Trataré de un tema central de la teoría de los derechos fundamentales: la relación entre el carácter universal de estos derechos v el multiculturalismo. Esta relación se suele concebir, frecuentemente, tanto por parte de quienes afirman como de quienes niegan la universalidad de tales derechos, como una relación de oposición. Cuando se habla de «multiculturalismo» se alude, más o menos explícitamente, a la relación entre la cultura occidental, dentro de la que los derechos fundamentales han sido teorizados y jurídicamente estipulados, y las demás culturas: como si existiera una monocultura occidental indiferenciada en relación con las otras culturas, a su vez indiferenciadas en su interior. De aquí surge la idea del conflicto entre multiculturalismo y universalidad de los derechos: o en el sentido de que las «otras» culturas, es decir, las no occidentales, son culturas «distintas», a las que no les conviene la tutela de los derechos fundamentales; o en el sentido de que esas culturas, por el contrario, deben integrarse totalmente en la cultura occidental, no solamente por lo que hace al reconocimiento de la igual titularidad de tales derechos, sino también por lo que respecta a la adhesión moral y política a los valores por ellos expresados.

Tengo la impresión de que en la base de esta contraposición entre universalidad y multiculturalismo, entre igualdad y diferencia, y

Traducción de Miguel Carbonell.

* Deseo agradecer a los colegas del IIJ-UNAM la distinción de que he sido objeto con la concesión del Premio Internacional de Investigación Jurídica «Héctor Fix Zamudio». En particular al maestro Héctor Fix Zamudio, al director del Instituto, Héctor Fix Fierro, así como a los investigadores Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, José de Jesús Orozco Henríquez y Pedro Salazar.

por tanto en la base de gran parte del debate filosófico tanto sobre la universalidad como sobre el multiculturalismo, existe una pluralidad de significados asociados simultáneamente a las mismas palabras. Se utiliza «universalidad» con varios significados no solamente diferentes, sino incluso a veces incompatibles entre sí; y esta pluralidad de significados se refleja a su vez en otros tantos significados distintos asociados a «multiculturalismo» (y a «cultura»), a «igualdad» y a «diferencia». El resultado es una sustancial incomprensión de toda esta cuestión y una total confusión conceptual.

En la base de la crítica dirigida por muchos comunitaristas, defensores del multiculturalismo, a la universalidad de los derechos fundamentales —interpretada como una enésima manifestación del imperialismo de Occidente— hay desde mi punto de vista un equívoco. En esta crítica, a la expresión «universalidad» se le suele asociar la idea de una cierta objetividad o intersubjetividad de los valores de libertad y de igualdad de Occidente: de su carácter ontológico o, por lo menos, de su fundamento consensual de alcance universal. La universalidad consistiría en el hecho de que todos, con base en una cierta objetividad o intersubjetividad de tipo ético-cognoscitivo, se reconocen o deberían reconocerse en estos valores. Los defensores de la universalidad sostendrían en suma que estos valores, en tanto que son objetivos o intersubjetivos, son o deberían ser por todos compartidos. Sostendrían, en síntesis, en el primer caso una tesis descriptiva de tipo sociológico; en el segundo una tesis prescriptiva de tipo axiológico.

Si éste fuera el significado de la «universalidad» de los derechos fundamentales, la crítica dirigida a tales derechos y a su pretendido universalismo encontraría una puerta abierta. Obviamente, estos derechos —desde la libertad de conciencia a las demás libertades fundamentales, desde la igualdad de las personas hasta los derechos sociales— no son compartidos por todos: no solamente no lo son por gran parte de las personas que tienen una cultura distinta de la occidental, sino ni siguiera por muchas de las que han nacido y pertenecen a nuestra cultura. La tesis asertiva de su co-participación universal es por tanto empíricamente falsa. Por otro lado, los valores por ellos expresados no tienen nada de obietivo, ni mucho menos de natural. No es tampoco admisible la tesis axiológica según la cual deberían ser compartidos: una tesis que sin embargo resuena en muchos de nuestros debates y que es sobreentendida todas las veces que se solicita a las diversas comunidades de inmigrantes que acepten los derechos fundamentales o las reglas del Estado de derecho, o bien en las mesas de negociación en las cuales se solicita la adhesión moral y política a los valores de Occidente o de la Constitución o cuestiones parecidas. Se trata, en estos casos, de una pretensión abiertamente iliberal porque es contraria al respeto de la libertad interior de las personas. Estos principios son normas jurídicas que, como tales, deben ser observadas, pero no requieren ninguna adhesión moral ni ningún tipo de co-participación política o cultural.

Existe además otro tipo de equívoco, análogo y conectado al que acabamos de señalar: la crítica dirigida por muchos diferencialistas al principio de igualdad sobre la base, de nuevo, de la idea de que se trata de una tesis de tipo empírico-descriptiva; y que, consecuentemente, oculta o devalúa las diferencias: en el primer caso porque las ignora por ser irrelevantes, en el segundo porque las asume como inferiores respecto a una identidad supuestamente normal, o porque pretende que sean removidas o repudiadas para dar paso a la integración o a la homologación. Debemos reconocer, por el contrario, que el principio de igualdad, como está establecido en la mayor parte de los textos constitucionales, es precisamente una norma, es decir, una convención, estipulada justamente para valorar todas las diferencias de identidad. Éste es el significado, por ejemplo, del artículo 3 de la Constitución italiana, según el cual todos son iguales «sin distinción» de sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales o sociales. Justamente porque todos somos irreductiblemente diferentes y las diferencias son «hechos», se conviene en el principio de igualdad, es decir, en el igual valor de todas las diferencias personales, comenzando por las diferencias culturales, que hacen de cada persona un *individuo diferente* de todos los demás y a cada individuo una persona igual a las otras. El principio de igualdad, en este sentido, es un principio normativo, no distinto de los demás derechos fundamentales respecto a los cuales la igualdad —la égalité en droits. como dice el artículo 1 de la Declaración francesa de 1789— está predicada. Esa proclamación no refleja la realidad, sino que está contra la realidad. No es una descripción, sino una prescripción. Y es por desgracia violada con frecuencia, como lo son los demás derechos fundamentales, que aunque estén garantizados no lo están de modo perfecto a causa de la divergencia que en alguna medida siempre existe entre normas y hechos. No vivimos, de hecho, en un mundo deónticamente perfecto.

2. Pues bien, las dos críticas que acabo de recordar se dirigen hacia falsos objetivos: la universalidad en sentido ontológico o consensual y la igualdad entendida como hecho, en vez de como convención o como valor. Sin embargo, dejando a un lado estos falsos

objetivos, tales tesis tienen un significado totalmente distinto y quizá más importante en el plano teórico, tanto en el caso de la universalidad como en el de la igualdad: el significado lógico y puramente formal de la universalidad de los derechos fundamentales, consistente en la cuantificación universal de sus titulares, y el significado a la vez lógico y normativo del principio de igualdad como igualdad, justamente, en tales derechos. En este sentido, la universalidad de los derechos fundamentales no es más que su forma lógicamente universal en virtud de la cual, de manera distinta por ejemplo a los derechos patrimoniales, son conferidos a todos en cuanto personas (solamente porque son tales, o porque son ciudadanos y/o personas con capacidad de obrar) independientemente de su consenso. Equivale, nos guste o no, a la igualdad en tales derechos, de los cuales constituye un rasgo distintivo: formal y no sustancial, estructural y no cultural, jurídicamente positivo y no subjetivo.

Está claro que, así entendida, la universalidad de los derechos fundamentales y su corolario de la igualdad no sólo son compatibles con el respeto de las diferencias culturales reivindicado por el multiculturalismo, sino que representan su principal garantía. Por dos razones. Por el nexo, sobre todo, que liga individualismo y universalidad, en el sentido de que tales derechos son atribuidos igualmente a todos y a cada individuo en igual medida y protegen a cada uno contra todos: contra las mayorías, pero también contra cualquier otra persona. Son precisamente los derechos fundamentales de libertad los que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales, comenzando por las culturales, que no son más que las diferentes identidades de cada uno como persona. No olvidemos que la primera libertad fundamental que se afirmó en Europa fue la libertad de conciencia, que es un típico derecho cultural o, mejor dicho, el primero y fundamental derecho a la tutela de la propia identidad y diferencia cultural. Lo mismo puede decirse de la libertad religiosa, de la libertad de manifestación del pensamiento y de las demás libertades fundamentales, que valen todas para tutelar la identidad diversa, disidente o no homologable de cualquier persona.

La segunda razón que hace de los derechos fundamentales el principal instrumento de garantía del multiculturalismo es todavía más importante. Consiste en el hecho de que los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos —desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales— como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien

es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional. Es justamente en virtud de su universalidad y por tanto del valor por ellos asociado a cualquier identidad cultural, es decir, al multiculturalismo, como sirven para proteger al más débil frente a cualquiera, también frente a las culturas dominantes en las comunidades a las que se pertenezca: teniendo en cuenta que el pluralismo de las culturas es reproducible hasta el infinito, hacia el interior de cada cultura, incluida la nuestra.

Protegiendo a los más débiles, incluso contra las culturas que en sus ámbitos resultan dominantes, los derechos fundamentales valen para tutelar todas las diferencias, comenzando por esa esencial e irreductible diferencia que hace de la identidad también cultural de cada persona un individuo diferente a todos los demás. Valen, en concreto, para tutelar a la mujer contra el padre o el marido, al menor contra los progenitores, en general a los oprimidos contra sus propias culturas opresoras.

3. El aspecto más insidioso de las críticas a la universalidad de los derechos fundamentales y al principio de igualdad reside por tanto en la ambivalencia semántica por ellas asociada a tales expresiones, en virtud de las cuales «universalidad» e «igualdad» son puestas en contradicción una con el multiculturalismo, y la otra con el respeto debido a las diferencias. De esta ambivalencia se desprenden múltiples falacias.

Ya he mencionado la falacia ontológica y la falacia consensualista: la idea de que la estipulación jurídica de los derechos fundamentales como universales suponga la tesis asertiva de que sean universalmente compartidos, o bien la tesis axiológica de que deban serlo porque se entienden en un cierto sentido objetivo, o absoluto o auto-evidente o algo parecido; dado que tal estipulación es una norma jurídica, no implica ni la primera tesis, empíricamente falsa, ni la segunda, políticamente anti-liberal. Pero en esta falacia incurren no sólo los sostenedores de este tipo de universalismo, sino también sus críticos, los cuales evidentemente entienden la universalidad de los derechos fundamentales en el mismo significado, claramente ideológico, por ellos criticado.

Hay además una tercera falacia, de tipo lógico y meta-ético, en la cual incurren, específicamente, las críticas dirigidas a la universalidad de los derechos en nombre del multiculturalismo. Estas críticas asumen, paradójicamente, una universalidad de tipo extremista,

es decir, la idea de que las culturas mismas son macro-sujetos, y en cuanto tales universal e igualmente titulares de los mismos derechos: de que es la religión la que tiene derechos y no el individuo; de que la libertad religiosa corresponde no a las personas individuales sino a las religiones mismas: al islam, al catolicismo, al cristianismo. La universalidad de los derechos fundamentales, referida obviamente a los individuos, es de esta manera reconocida a sus culturas o a sus religiones, entrando así de forma inevitable en conflicto con las libertades individuales, consistentes por el contrario en el derecho de las personas de carne y hueso de practicar, pero también de no practicar. la religión del grupo o de la comunidad a la que pertenecen. Está claro que de esta forma se elimina la laicidad del derecho y de las instituciones, que consiste precisamente en el rechazo a que el derecho pueda ser utilizado como instrumento para reforzar una determinada moral, una determinada ética o una determinada cultura, aunque sea la dominante.

Pongamos algunos ejemplos. Tomemos el caso del velo islámico. La prohibición de portar el velo (por ejemplo en Francia, en determinados lugares) equivale a la imposición de una cultura, al igual que la obligación de llevarlo, que es contraria a la libertad y al derecho de cada persona para vestirse como quiera. Lo que de hecho justifica la prohibición o el castigo (obviamente con base en pruebas) no es va portar el velo, sino la eventual violencia o amenaza que está detrás de esa práctica. Derecho de llevar el velo y prohibición o castigo por su eventual imposición coactiva son dos caras de la misma moneda, ambas en garantía de la libertad personal, más que religiosa, de la persona: el primero, en tutela de la persona que lleva el velo por su propia y espontánea libertad, la segunda, en tutela de la persona obligada a llevarlo en contra de su voluntad. Por el contrario, la prohibición del velo, paradójicamente en un país como Francia que se proclama laico, equivale a la juridificación de una concepción, de una ética y de una cultura laica y a su imposición por medio del derecho.

Un razonamiento análogo puede hacerse respecto a la infibulación. También en este caso no es la cultura en la cual se practica la que debe protegerse, sino el individuo, contra todo tipo de infibulación coactiva, que no solamente viola la integridad de la persona, sino también su libertad religiosa, la cual incluye su libertad *frente a la* religión. Los derechos fundamentales, como ya se ha dicho, son las leyes del más débil, que tutelan a la persona también contra la propia cultura: la mujer contra el marido, el menor contra la propia familia, más en general a la persona contra su propia religión. Desde luego, todavía más que en el caso del velo, la infibulación es un acto gravemente

lesivo, que ningún respeto de las culturas como tal puede justificar si es practicada contra o sin la voluntad de la persona que la sufre; v justamente por su gravedad se justifican investigaciones serias y profundas, dirigidas a comprobar que no sea fruto de una manipulación de la libre voluntad de la mujer. Sin embargo, por más estigmatizable que sea en el plano moral v político como signo de una subordinación de la persona y de una agresión contra su dignidad, siempre que sea el producto de una elección libre y consciente por parte de una mujer mayor de edad no se justifica castigarla, del mismo modo que no se iustifica castigar, en virtud de un clásico principio liberal, los actos cometidos contra uno mismo. Más bien, va que son con frecuencia bastante más eficaces, deberán existir los instrumentos para prevenir estas prácticas intolerables, sobre las que la represión penal tendría el único efecto de hacerlas clandestinas e incluso de incentivarlas como actitud de defensa de una identidad cultural ofendida: se requieren la educación, la persuasión y, en general, todas las políticas dirigidas a la emancipación de la mujer.

En todo caso, es absurda la idea de que las culturas, cualquiera de ellas, incluida la nuestra, puedan prevalecer sobre los derechos de las personas. Paradójicamente, la idea de muchos comunitaristas según la cual el multiculturalismo excluiría la universalidad de los derechos fundamentales, de cuya titularidad y garantía deberían estar excluidos colectivamente todos los que no pertenezcan a nuestra cultura, indica una suerte de perverso eurocentrismo. Es de hecho un signo de eurocentrismo la idea de que las mujeres islámicas obligadas a formas de segregación detrás de un burka, o peor todavía en el caso de la infibulación, deban esperar que sus maridos hagan su propia Revolución francesa y cumplan el mismo itinerario occidental que nos ha llevado a la proclamación de derechos de libertad para poderse liberar de estas prácticas. Pero esto no tiene nada que ver con una pretendida validez ontológica o con una cierta adhesión o coparticipación moral de la doctrina de los derechos humanos. Tales derechos, de hecho, no se identifican sin más con la doctrina política o moral de la que nacieron. No son universales, repito, porque sean universalmente compartidos, sino solamente porque están atribuidos a todos y en garantía de todos, independientemente de sus opiniones. Son, en síntesis, normas jurídicas heterónomas, universales porque son generales y abstractas como todas las normas; que valen, nos guste o no, más allá del consenso que las respalde; que, más bien, son establecidas precisamente porque tal consenso no puede darse por descontado, ni siguiera dentro de nuestra cultura. Pero, por el contrario, debemos también agregar, se trata de derechos y no de obligaciones; siempre que se produzca cualquier coacción de su ejercicio en forma de obligación o de prohibición estaremos en presencia de la imposición jurídica de una determinada moral o de una determinada cultura —nuestra moral y nuestra cultura, asumidas de hecho como la única o la verdadera moral o cultura— que contradice los principios de libertad y laicidad en nombre de los cuales tales obligaciones o prohibiciones son impuestas.

Los principales adversarios de los derechos fundamentales v, al mismo tiempo, del multiculturalismo son en suma aquellos que comparten una concepción ético-cognitivista (de la universalidad) de tales derechos: va sea que esta concepción se utilice para defenderlos o bien, por el contrario, para criticarlos. El cognitivismo ético en su defensa me parece que está ampliamente presente en la posición de esos filósofos de la política tendencialmente iusnaturalistas que Hedley Bull y Danilo Zolo han llamado los Western globalists, los cuales conciben los derechos fundamentales como principios objetivos e inter-subjetivos, dotados de un fundamento absoluto, de tipo ontológico o consensual. Está claro que en el momento mismo en que estos derechos se configuran como «verdades» (según una concepción típica de la Iglesia católica) se justifica cualquier forma de tutela, incluso la guerra. En este sentido, están en la base de lo que Danilo Zolo ha llamado el «fundamentalismo humanitario» de Occidente, que ha justificado en estos años las distintas «guerras éticas» en su defensa: desde Kosovo hasta Afganistán e Irak.

La misma falacia ontológica y cognitivista es sin embargo compartida también por quien, junto a tal concepción ideológica de los derechos fundamentales, rechaza los derechos fundamentales mismos como si tal concepción fuera la única posible. Pienso por ejemplo en el mismo Zolo, que en varios de sus escritos ha dirigido a la universalidad en sentido lógico de los derechos humanos la crítica justa a la supuesta universalidad de la doctrina de los derechos humanos, identificando la primera con la segunda y tomando de esta manera en serio los argumentos poco serios de ésta esgrimidos en defensa de las actuales guerras globales: desde la idea de la naturaleza moral del hombre y de la unidad moral del género humano propia del iusnaturalismo clásico cristiano hasta aquel argumento, indebidamente atribuido a Kant, según el cual «el progreso de la humanidad es posible sólo a condición de que algunos principios éticos sean compartidos por todos los hombres y sean hechos valer por poderes supra-nacionales»¹.

1. Globalizzazione, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 100-108.

Exactamente al contrario, es necesario reconocer que el fundamento o mejor dicho la razón y los presupuestos de la estipulación jurídica de los derechos fundamentales y en general del paradigma constitucional son no va la idea de la unidad moral del género humano, sino la opuesta de esa falta de unidad, así como la naturaleza no va moral sino amoral o inmoral del hombre, sobre todo de los hombres titulares de poder. Es precisamente por el hecho de que la humanidad no está hermanada por la co-participación de los mismos valores, sino por el contrario dividida por el pluralismo de los valores y de las respectivas culturas, por lo que se requiere la convención jurídica sobre lo que no es lícito y sobre lo que es debido hacer en tutela de los derechos de libertad y de los derechos sociales de todos. Y es precisamente la total heterogeneidad y la natural conflictividad entre culturas y valores distintos lo que conforma el fundamento racional, hobbesiano, del constitucionalismo de los derechos, así como de la recíproca garantía de las diferencias, como condiciones para la convivencia pacífica y como alternativas a la guerra.

Concluyo con una observación metodológica. Toda esta cuestión —los disensos, los equívocos y los falsos problemas por ellos originados— revela la enorme importancia que tiene el análisis del lenguaje en la teoría y en la filosofía política. Las palabras que nombran valores y los significados con que son utilizadas tienen un papel formativo no sólo de nuestras concepciones, sino también de nuestras prácticas políticas. Recordemos la guerra de Kosovo emprendida en nombre de la «defensa de los derechos humanos»: un argumento que a muchos de nosotros, al principio, nos pareció paradójico, una suerte de grosería propagandística que no habría debido convencer a nadie, y que sin embargo ha terminado por deformar el sentido común de las palabras en el debate público, acreditando para algunos la guerra y desacreditando para otros los derechos humanos. O bien pensemos en la calificación del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 como «acto de guerra», en vez de como «delito», que sirvió para legitimar la guerra infinita todavía en curso en Afganistán v en Irak en lugar de la respuesta asimétrica del derecho —las investigaciones policiales y la determinación de responsabilidades a través del derecho penal—, que era la única que habría permitido deslegitimar políticamente, aislar socialmente y quizá derrotar en cierta medida al terrorismo.

Equívocos de este tipo y, sobre todo, sus implicaciones prácticas deberían aconsejar un uso lo más controlado posible del lenguaje. En cuestiones como el derecho y los derechos, la igualdad y las diferencias, la universalidad y el multiculturalismo, la violencia y la guerra,

deberíamos siempre definir exactamente qué entendemos con las palabras que utilizamos. Para evitar, sobre todo, que el uso demagógico de las palabras legitime o secunde, junto a la imposibilidad de la convivencia, los conflictos de civilizaciones. Pero también para impedir que las polémicas en torno a falsos objetivos terminen por resolverse en extraviadas incomprensiones entre personas unidas por las mismas posiciones morales y políticas, y por debilitar las comunes batallas en defensa de la paz y del respeto de todas las distintas identidades culturales, tanto colectivas como, sobre todo, individuales.

LA CUESTIÓN DEL EMBRIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

1. ¿SEPARACIÓN O CONFUSIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL?

Lo primero que hay que aclarar al tratar de la «cuestión embrión» es el estatuto meta-teórico de nuestro propio tratamiento: si hablamos de la «cuestión embrión» como de una cuestión moral o si lo hacemos, en cambio, como de una cuestión jurídica. Obviamente, esta cuestión —como las demás conexas del aborto, la fecundación asistida y la experimentación con embriones— es al mismo tiempo una cuestión moral, es decir, de filosofía moral, y una cuestión jurídica, o sea, de filosofía del derecho. Guarda relación con el problema filosófico-moral de si la tutela del embrión es moralmente obligada, así como con el, filosófico-jurídico, de si aquélla, admitido que lo sea en el plano moral, es también debida —en qué condiciones y en qué forma y medida— en el plano jurídico. Pero es asimismo evidente que ambas cuestiones son diversas.

Por lo demás, es la relación entre las dos cuestiones, y, por consiguiente, las relaciones entre las soluciones propuestas en sede de filosofía moral y de filosofía del derecho, lo que suscita en el debate público las primeras divisiones. De forma esquemática señalaré dos posiciones que reflejan una antigua, secular división entre dos metaéticas o filosofías morales contrapuestas.

La primera posición es la de la confusión, o sea, de la recíproca implicación entre cuestiones jurídicas y correspondientes cuestiones morales; dicho en pocas palabras, entre derecho y moral. La (presunta) inmoralidad del aborto o de otras prácticas lesivas para el embrión, según este punto de vista, no es sólo el presupuesto necesario,

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

sino también la razón suficiente de su prohibición y punición. Es la posición expresada de manera emblemática por la religión católica: si un comportamiento es inmoral debe ser también prohibido por el brazo secular del derecho; si es un pecado debe ser también tratado como delito. Por tanto, si la supresión de un embrión, como consecuencia de intervenciones abortivas o de experimentaciones médicas, es (considerada) inmoral, entonces debe ser configurada además como un ilícito por parte del derecho.

La segunda posición es la opuesta de la separación entre cuestiones jurídicas y cuestiones morales, es decir, entre derecho y moral. En ella, la reprobación moral de un determinado comportamiento, como por ejemplo la destrucción de un embrión, no es por sí sola una razón suficiente para justificar la prohibición jurídica. Se trata, como es sabido, de la tesis ilustrada sostenida por Hobbes, Locke y después por todo el pensamiento laico y liberal, de Bentham y Beccaria a Mill, hasta Bobbio y Hart. Sobre esta tesis de la recíproca autonomía se basan tanto el derecho como la ética moderna: de un lado la secularización del derecho y del Estado, del otro el fundamento de la ética laica sobre la autonomía de la conciencia antes que sobre la heteronomía del derecho. Según esta tesis, el derecho no es —no debe ser, pues no lo consiente la razón jurídica ni lo permite la razón moral— un instrumento de reforzamiento de la moral. Su fin no es ofrecer un brazo armado a la moral, o mejor, debido a las diversas concepciones morales presentes en la sociedad, a una determinada moral. Tiene el cometido, diverso y más limitado, de asegurar la paz y la convivencia civil, impidiendo o reduciendo los daños que las personas puedan ocasionarse unas a otras: ne cives ad arma veniant. Según una imagen sugerida por Hobbes, derecho y moral pueden representarse como dos círculos que tienen el mismo centro pero diversa circunferencia, más amplia el de la moral, más restringida la del derecho. Si es verdad que todos los delitos pueden ser considerados pecados, no lo es lo contrario.

Esta segunda posición, la de la separación axiológica entre derecho y moral, puede identificarse con un postulado del liberalismo. Según ella, el derecho y el Estado no encarnan valores morales ni tienen el cometido de afirmar, sostener o reforzar la (o una determinada) moral o cultura, sino sólo el de tutelar a los ciudadanos. Por eso, el Estado no debe inmiscuirse en la vida moral de las personas, defendiendo o prohibiendo estilos morales de vida, creencias ideológicas o religiosas, opciones o actitudes culturales. Su único deber es garantizar la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales. Y puede hacerlo mediante la estipulación y la garantía de los derechos fundamentales

de todos en el pacto constitucional; a comenzar por los derechos de libertad, que equivalen a otros tantos derechos a la propia identidad cultural cualquiera que sea, homogénea o diferente, mayoritaria o minoritaria e incluso liberal o antiliberal.

El primer corolario de la separación entre derecho y moral es, por ello, el pluralismo moral que hemos de admitir y tolerar en la sociedad. Todos estamos y debemos estar sujetos al mismo derecho, es una condición de igualdad y antes aún de la certeza y del mismo papel normativo del derecho. En cambio, no todos tenemos —y tanto menos debemos tener, en una sociedad liberal— las mismas opiniones, creencias o valores morales. En esta asimetría se funda la laicidad del Estado y del derecho moderno, que no puede privilegiar a ninguna de las diversas concepciones morales que conviven en una sociedad, hasta el punto de prohibir un determinado comportamiento como delito sólo porque algunos, o aunque sea la mayoría, lo consideren pecado, y no, únicamente, porque sea dañoso para terceros.

De aquí se sigue, como segundo corolario de la separación, el principio utilitarista de lesividad como criterio de justificación de lo que es punible. Sólo las conductas que ocasionan daños a terceros pueden ser prohibidas por el derecho, en razón del papel que le corresponde, que es garantizar la convivencia de la libertad de cada uno con las de los demás, según la máxima kantiana¹. No se debe a la casualidad que este nexo fuera establecido por el artículo 4 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley».

1. La más feliz formulación de este nexo entre liberalismo político y utilitarismo jurídico se debe a John Stuart Mill, On liberty; trad. castellana de P. Azcárate, Sobre la libertad, Alianza, Madrid, 1970, Introducción, pp. 65-66: «La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que trata de disuadírsele produciría perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano».

2. LA CUESTIÓN MORAL. EL SIGNIFICADO DE «PERSONA» Y EL PAPEL PERFORMATIVO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

A partir del principio de lesividad como único criterio de justificación de la limitación de la libertad por parte del derecho en un ordenamiento liberal, afrontaremos ahora la cuestión de la tutela del embrión, o bien, a la inversa, la de su libre disponibilidad. Si acogemos la tesis de la separación, los problemas son dos: el del juicio moral sobre las posibles manipulaciones del embrión —el aborto, la fecundación asistida, la utilización o la clonación de embriones con fines terapéuticos— y el de la justificación moral y política de su prohibición jurídica, cualquiera que sea el juicio moral sobre ellos.

En los planos meta-jurídico y meta-moral, ambas cuestiones suelen identificarse con la de la naturaleza del embrión: si éste es o no una persona, como entiende la Iglesia católica (recuérdese la instrucción de Ratzinger de 1987)². En efecto, el principal argumento de las posiciones antiabortistas es que el aborto es un homicidio, al ser el feto una persona. Ahora bien, esta tesis, como también su negación, es sólo en apariencia una aserción. Habitualmente tiene apoyo en la observación, cada vez más precisa y documentada, de la vitalidad del embrión como forma de vida inicial de la persona. Pero la tesis de la vitalidad del embrión, empíricamente verdadera, no equivale ni permite deducir la de que el embrión es una persona. Podemos saber (y ya lo sabemos) exactamente todo sobre las características empíricas del embrión en las diversas fases de la gestación. Pero esto no impide que, por ejemplo, deducir la prohibición del aborto de la tesis de que la vida precede al nacimiento sea un non sequitur, es decir, una implicación indebida en cuanto viciada de la falacia naturalista. En efecto, una deducción similar supone, subrepticiamente, la tesis moral de la calidad de «persona» del feto: que no es una aserción, sino una prescripción; no un juicio de hecho, sino un juicio de valor, como tal ni verdadero ni falso sino confiado a la valoración moral y a la libertad de conciencia de cada uno.

Insisto en este punto porque tiene que ver con el estatuto metaético de toda la cuestión, y, por consiguiente, es decisivo para los fines de nuestra discusión³. Las tesis que afirman y las que niegan que el embrión es una persona no son ni verdaderas ni falsas. El

^{2.} J. Ratzinger, «Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione», en *Il dono della vita*, ed. de E. Sgreccia, Vita e Pensiero, Milano, 1987, pp. 1-44.

^{3.} Para una profundización de esta tesis y, en general, sobre la cuestión del aborto, remito a mi trabajo «Aborto, morale e diritto penale»: *Prassi e teoria* 3 (1976),

hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto, son personas, al ser «persona» un término del lenguaje *moral* y la calificación de algo como «persona» un juicio moral que, por la ley de Hume, no puede ser deducido de un juicio de hecho.

Pero, entonces, siempre que se comparta el principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral, la cuestión de si el feto (como el embrión) es o no persona no es una cuestión científica o de hecho, al ser *indecidible* en el plano empírico, sino una cuestión moral que admite soluciones diversas y opinables, y no puede ser resuelta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral, la que considera al feto una persona, imponiéndola a todos y por tanto obligando también a las mujeres que no la compartan a sufrir sus dramáticas consecuencias. Lo que el derecho puede hacer —y que la ley italiana ha hecho en relación con el aborto— es sólo establecer una convención que, respetando el pluralismo moral y por tanto la posibilidad de que cada uno pueda realizar sus propias opciones morales, defina los presupuestos en presencia de los cuales la cuestión deia de ser solamente moral. La convención estipulada por la ley 194/1978, de 22 de mayo, es que solamente en el término de tres meses, salvo casos excepcionales, está permitida la interrupción voluntaria del embarazo. Pero, téngase en cuenta, no porque tres meses signifiquen algo en el plano biológico, sino sólo porque son el tiempo necesario y suficiente para que la mujer pueda tomar una decisión: para permitir la libertad de conciencia, es decir, la autodeterminación moral de la mujer y, al mismo tiempo, su dignidad de persona.

Pues bien, a mi juicio, es precisamente el principio convencional y utilitarista de la separación entre derecho y moral el que nos brinda la clave para la solución del problema. Para quien comparta tal principio, sólo hay una convención que haga compatible la tutela del feto y, en general, del embrión en cuanto persona potencial, y la tutela de la mujer que, precisamente porque es persona, conforme a la segunda máxima de la moral kantiana⁴, no puede ser tratada como un medio

pp. 397-418, y a «La questione aborto. Il problema morale e il ruolo della legge»: *Critica marxista* 3 (1995), pp. 41-47.

^{4. «}El hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real» (I. Kant, *Die Metaphiysik der Sitten* [1797], trad. castellana de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, *La metafísica de las costumbres*, con estudio preliminar de A. Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 1989, p. 166); «el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hom-

para fines ajenos. Es la convención según la cual el embrión es merecedor de tutela *si y sólo si* es pensado y querido por la madre como persona. El fundamento moral de la tesis meta-jurídica y meta-moral de la no punibilidad del aborto después de un cierto período de tiempo de concepción, o bien de la licitud de una utilización para fines terapéuticos de las células de los embriones, no consiste, ciertamente, en la idea de que el embrión no sea una potencialidad de persona sino una simple cosa (*una portio mulieris vel viscerum*, como decían los romanos). Se cifra, según creo, en la tesis moral de que la decisión sobre la naturaleza de «persona» del embrión debe ser confiada a la autonomía moral de la mujer, en virtud de la naturaleza *moral* y no simplemente biológica de las condiciones merced a las cuales aquél es «persona».

Puede resultar más claro el alcance de esta tesis invirtiendo la relación entre naturaleza del embrión y autodeterminación de la mujer en el tema de la maternidad. ¿Qué significa confiar a la libertad de conciencia de la mujer la decisión moral de que el feto que lleva en su seno es una «persona», o sea, hacer depender de tal decisión la calidad de persona del *nasciturus*? Significa aceptar la tesis moral de que «persona», y como tal merecedor de tutela, es el ser nacido o en todo caso destinado por la madre a nacer. Y esto vale para el aborto tanto como para cualquier otra práctica lesiva para el embrión. Todos nos oponemos con firmeza a cualquier acto que pueda dañar al *nasciturus*, al que consideramos «inviolable» en cuanto pensado y querido como futura persona. Mientras no todos consideran lesivo lo que no hace nacer a la persona, ni, por tanto, inviolable lo que es simplemente un embrión no destinado a nacer como persona.

Por lo demás, cualquier mujer, y cualquiera que haya hablado con una mujer de la experiencia de la gestación, sabe que una mujer siente dentro de sí no una simple vida sino un hijo, en el momento mismo en que la piensa y la quiere como un hijo, es decir, como una persona. Pero creo que esto sugiere otra tesis moral importante que, como más adelante se verá, puede servir en general para resolver la añeja cuestión jurídica no tanto de la personalidad como de la tutela jurídica del embrión, la tesis de que la procreación, como la persona, no es sólo un hecho biológico sino también un acto moral de voluntad. Es precisamente este acto de voluntad, en virtud del cual la madre (acaso sólo por ser católica) piensa en el feto como persona, el que según esta tesis le confiere el valor de persona, el que

bre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad)» (*ibid.*, p. 335).

crea la persona. Podemos perfectamente anticipar el «nacimiento» de la persona a un momento anterior al parto, pero a condición de que sea claro que esto, según la concepción moral que aquí se sostiene, está en todo caso ligado al acto por el que la mujer se piensa y se quiere como «madre» y piensa y quiere al hijo como «nacido». Según este punto de vista moral, la procreación es realmente un acto creativo, como el fiat lux, fruto no sólo de un proceso biológico sino de un acto de conciencia y de voluntad. Con él la madre da no sólo cuerpo, sino también forma de persona al nasciturus, pensándolo como hijo. Dicho de otra forma, si es verdad que para nacer el embrión tiene necesidad de la (decisión de la) madre, entonces tal decisión cambia su naturaleza haciendo de él una (futura) persona. En suma, su calidad de «persona» resulta decidida por la madre, es decir, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal.

Naturalmente, no todos comparten esta concepción moral de la persona y de la maternidad. Tal concepción no es más «verdadera» (sino a mi juicio sólo más razonable) que la que ve en el embrión una persona independientemente de la voluntad de la madre de traerlo al mundo. No es más verdadera ni tampoco más falsa. Sin embargo, las dos concepciones son incompatibles. En efecto, en el terreno moral no existe posibilidad de acuerdo ni de compromiso, sino sólo de tolerancia recíproca. Y en este caso la tolerancia consiste en reconocer a ambas concepciones el carácter de legítimas posiciones morales, ninguna de las cuales es descalificable como «inmoral» sólo porque no se la comparta. Pero esto equivale a no blandir contra ninguna de ellas el Código penal, como querrían, por ejemplo, los partidarios de la punición del aborto, pretendiendo imponer a todos su moral.

Entro así en la cuestión de la admisibilidad no ya de las prácticas lesivas del embrión, sino de su prohibición jurídica: si está justificado, cualesquiera que fuesen nuestras tesis morales sobre la naturaleza del embrión, la intervención del derecho contra sus posibles manipulaciones. A tal fin, distinguiré y analizaré tres cuestiones distintas en las que puede ser articulado este problema. Ante todo el aborto, después las técnicas de reproducción asistida y, en fin, las manipulaciones genéticas y los usos de embriones con fines terapéuticos. Y sostendré que al menos para las primeras dos la intervención del derecho no está moralmente justificada, cualesquiera que fueren nuestras concepciones morales acerca de la naturaleza del embrión, mientras que para la utilización terapéutica de embriones no lo está si se comparte una ética laica y liberal como la que aquí se ha ilustrado.

3. LAS CUESTIONES JURÍDICAS

3.1. El problema del aborto

Afrontaré primero la cuestión jurídica del aborto, que es también la más antigua y la más debatida. Si se acepta la concepción moral de la persona que acabo de exponer, evidentemente, el problema ni siquiera se plantea: «persona» es sólo el embrión destinado por la madre a nacer, y, por tanto, está excluida cualquier posibilidad de conflicto entre autodeterminación de la maternidad y tutela de la potencial persona representada por el embrión, al no existir ninguna persona antes de aquel acto de autodeterminación⁵.

Pero la cuestión jurídica de la admisibilidad del castigo del aborto es, como se ha dicho, una cuestión completamente diversa de la cuestión moral de la licitud del aborto mismo, por lo que no se encuentra prejuzgada en la idea de la inmoralidad del aborto. En efecto, asumamos, en contra de la tesis moral que se ha sostenido hasta aquí, el punto de vista de quien considera que el embrión o el feto son «personas» y que, por consiguiente, el aborto es siempre —objetiva e incondicionadamente— inmoral: no, pues, la violación de *una* determinada moral sino una violación *de la* moral *tout court*. A pesar de que esta tesis es compartida sobre todo por quienes sostienen además la tesis de la confusión axiológica entre derecho y moral, las dos tesis son independientes entre sí. Por ejemplo, un católico liberal, aun considerando inmoral el aborto, no podrá dejar de compartir el principio meta-ético y meta-jurídico de la separación entre derecho y moral en el sentido aquí ilustrado. En todo caso, este principio,

5. Sobre la dramatización del conflicto entre madre e hijo potencial por efecto de la configuración del feto como intrínsecamente «persona», cf. T. Pitch, «Relazioni pericolose»: Democrazia e diritto 1 (1996), p. 82: «Potencial víctima de la madre, así el feto (naturalmente quien por ello) se encuentra en situación o en la posición de reivindicar derechos frente a ella. Es a través de este nuevo estatuto de víctima como él pide reconocimiento de plena personalidad jurídica [...] Naturalmente, es el aborto el paradigma escondido del riesgo materno. Todas y todos, potencialmente, hemos corrido el riesgo de no nacer por voluntad de nuestras madres. Probablemente, en el imaginario masculino no existe remedio para la conciencia tremenda de este riesgo, porque no se tendrá más el correspondiente poder, y en consecuencia sólo es posible concebirlo como arbitrario, caprichoso y desmesurado, sin medida. Por lo que es necesario oponerle medida masculina, ley, regla cierta». Cf. también T. Pitch, Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad, trad. de C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, pp. 75 ss. Han retomado y replanteado el tema del conflicto madre/feto M. L. Boccia v G. Zuffa, L'eclisse della madre, Fecondazione artificiale, tecniche, fantasia e norme, Nuove Pratiche Editrice, Milano, 1998, pp. 144-147. que forma parte del constitucionalismo profundo de todo Estado de derecho no confesional, tiene en la Constitución italiana un explícito anclaje constitucional. En efecto, ¿qué significan la separación entre Estado e Iglesia que sanciona el artículo 7.1 y el principio de que «todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley» establecido en el artículo 8, sino la renuncia del Estado a hacerse portador de una determinada moral en perjuicio de otras y de interferir sobre la moral de los particulares?

Así, pues, la cuestión jurídica que hemos de resolver es si está justificado, sobre la base del principio de la separación entre derecho y moral, (no ya el aborto sino) la punición jurídica del aborto considerado inmoral. En otras palabras, si la inmoralidad del aborto, asumida como premisa, es un argumento moralmente suficiente para justificar, además de la decisión individual de no abortar, la previsión de una sanción penal para quien aborta. Está claro que para resolver racionalmente esta cuestión sobre la base del principio de la separación y de su corolario utilitarista, no podemos ignorar los efectos concretos de las leves que castigan el aborto y tampoco dejar de responder, con carácter previo, a otra pregunta: ¿la penalización de los abortos, considerados inmorales, más allá de los enormes sufrimientos que ocasiona a millones de mujeres, sirve de manera efectiva para evitarlos? Pues bien, la respuesta a esta pregunta que sugiere, por ejemplo, la experiencia de más de veinte años de vigencia de la Ley 194 es con seguridad negativa: no sólo la prohibición del aborto que contenía el Código Rocco no tuvo el efecto de prevenir los abortos, sino que, por el contrario, éstos han disminuido enormemente, casi a la mitad, después de la supresión de aquélla. Se puede discutir si entre la legalización de los abortos y su disminución existe una relación de causa-efecto, ligada quizá a su desdramatización, al consiguiente crecimiento de conciencia y responsabilidad y por ello a la mayor libertad de disponer del propio cuerpo y de decidir sobre la procreación, conquistada por las mujeres. Pero, a partir de la experiencia adquirida, es indiscutible que la penalización del aborto ya no puede ser racionalmente invocada ni siguiera para defender la vida de los fetos. Pues la misma no equivale, por efecto de magia, a la prevención de los abortos, es decir, a la tutela de los embriones, sino al aborto ilegal y masivamente clandestino, o sea, a su supresión en proporciones mayores y por tanto no inferiores a la que proviene del aborto legalizado, con el plus que supone el coste de sufrimientos y lesiones graves para la salud y para la dignidad de las mujeres, obligadas a elegir entre aborto clandestino y maternidad bajo coacción.

Esta posición tiene un nombre específico en la meta-ética, es el de «fanatismo». El fanatismo, sostiene Richard Hare, es la actitud de quien persigue la afirmación de los propios principios morales deiando que éstos prevalezcan sobre los intereses reales de las personas de carne y hueso y permaneciendo indiferente frente a los enormes daños que su actuación ocasiona a millones de seres humanos6; en nuestro caso, la actitud de quien impone y antepone el principio moral de la defensa de la vida a los efectos desastrosos para la vida de las personas que provoca la imposición jurídica del principio. En efecto, al margen de lo que se piense sobre la naturaleza del feto, excluido que la «defensa de la vida» pueda configurarse como un fin concretamente alcanzable y por ello justificador de la punición del aborto, el único fin perseguido por los fautores de una legislación penal antiabortista —y, por lo demás, como ellos mismos declaran abiertamente⁷— es la consagración jurídica del principio moral de que el feto es una persona y que su supresión es un ilícito moral. Lo que equivale, precisamente, a la confusión entre derecho y moral, es decir, a la pretensión de que un hecho sea castigado sólo porque es considerado inmoral, y con ello a la utilización del derecho penal como instrumento de declamación de la moral, incluso al precio de su total inefectividad e inútiles sufrimientos para las mujeres.

La pretensión de penalizar el aborto o, en todo caso, como muchos querrían desde hace años en Italia, de dar un paso atrás con respecto a su legalización, contrasta, pues, con los fundamentos mismos del derecho penal moderno. La cultura jurídica moderna fundada en la libertad individual, así como la moral laica fundada en la autonomía de la conciencia, nacen ambas, repito, de su recíproca autonomización: no basta que un hecho sea considerado inmoral para que esté justificado su castigo; así como no basta que esté jurídicamente permitido o castigado para que sea considerado moralmente lícito o ilícito. El derecho penal sólo se justifica por su capacidad de prevenir daños a las personas sin ocasionar efectos aún más dañosos de los que sea capaz de impedir. Y degenera en despotismo siempre que se arroga funciones pedagógicas como instrumento de simple estigmatización moral.

^{6.} R. M. Hare, Freedom and Reason [1963], OUP, Oxford, 1987.

^{7. «}Cualquier normativa sobre el aborto requiere ante todo que la ley lo reconozca como delito. Y esto comporta, también por razones educativas, la previsión de penas» (Aborto e legge di aborto. Documento del Consiglio permanente della Conferenza Episcopale Italiana de 8 de febrero de 1975, cit. en C. Papa, Dibattito sull'aborto, Guaraldi, Rimini-Firenze, 1975, p. 61).

Pero, con independencia de nuestra valoración moral del aborto e incluso de la inefectividad de su prohibición, tal pretensión es insostenible, por otro y todavía más importante orden de razones. Si es cuando menos opinable, en el plano moral, que el feto sea una persona y como tal merecedor de tutela, son en cambio ciertos y terribles los costes que la prohibición del aborto y una maternidad impuesta comportan en perjuicio de la mujer, en contraste con principios básicos de nuestra Constitución. Ante todo, no se puede olvidar que fue, precisamente, una sentencia de la Corte constitucional italiana (la núm. 27/1975, de 18 de febrero) la que abrió el camino a la ley 194/1978 al afirmar que el derecho de la mujer a la salud, aunque sea sólo la psíquica, prevalece sobre el valor de la vida del feto. Pero sobre todo la penalización del aborto contradice los principios fundamentales de la libertad personal, sancionados en el artículo 13, y de la dignidad de la persona y la igualdad, sancionados en el artículo 3 de la Constitución.

A este respecto hay un equívoco que es preciso aclarar. En el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como «derecho de aborto», es decir, como una libertad positiva (o «libertad para») que consiste, precisamente, en la libertad de abortar. Se olvida, en cambio, que el mismo es antes aún una libertad negativa («libertad de»), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una facultas agendi, es una inmunidad, un habeas corpus, es decir, la «libertad personal» sancionada como «inviolable» por el artículo 13 de la Constitución italiana, que es una libertad frente a posibles «restricciones», como son, precisamente, la constricción o la coerción jurídica a convertirse en madre.

Desde esta perspectiva, se hace manifiesto el carácter constitucionalmente anormal de cualquier norma penal sobre el aborto. Después de la abolición de las *corvées* y de las servidumbres personales, no está reconocida al derecho penal la posibilidad de imponer un *hacer*. El derecho penal puede únicamente imponer un *no hacer*, es decir, prohibir comportamientos, y no imponer conductas y, todavía menos, opciones de vida. Con la prohibición del aborto y con la consiguiente constricción penal a convertirse en madres se impone a las mujeres no tanto y no sólo el no abortar, cuanto una conmoción vital de incalculable alcance. No sólo la gestación y el parto, sino la renuncia a proyectos de vida diversos, la obligación de educar y mantener a un hijo, en una palabra, la constricción a una especie de servidumbre. Una maternidad no deseada puede destruir la vida de una persona:

obligarla a dejar de estudiar o trabajar, enfrentarla a la propia familia, reducirla a la miseria o ponerla en situación de no ser capaz de proveer al mantenimiento de sí misma y de su propio hijo⁸.

Pues bien, la punición del aborto es el único caso en que se penaliza la omisión no ya de un simple acto —como en el caso, por lo demás bastante aislado, de la «omisión de socorro»— sino de una opción de vida: la que consiste en no querer convertirse en madre. Esta circunstancia es generalmente ignorada. Habitualmente se olvida que, a diferencia de lo que sucede con las restantes prohibiciones penales, la prohibición del aborto equivale también a una obligación —la obligación de convertirse en madre, de llevar a término un embarazo, de parir, de educar a un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal. No sólo. En contraste con el principio de igualdad, que quiere decir igual respeto y tutela de la identidad de cada uno, la penalización del aborto sustrae a la mujer la autonomía sobre su propio cuerpo, y con ella su misma identidad de persona, reduciéndola a cosa o instrumento de procreación sometida a fines que no son suyos.

¿Cómo no ver en todo esto una lesión de la libertad personal sancionada como «inviolable» por el arttículo 13 de la Constitución italiana? La violación, repárese bien, no de un específico derecho de aborto, sino del derecho de la persona sobre sí misma, del que el aborto es sólo un reflejo. No de uno entre tantos derechos de la persona, sino del primero, fundamental derecho humano: el *derecho sobre sí mismo*, sobre la propia persona y sobre el propio futuro que tiene expresión en la clásica máxima de John Stuart Mill: «Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano»⁹.

No se trata solamente del primero y más importante de los derechos fundamentales. Es también el primero, fundamental principio de la ética laica contemporánea: el va recordado conforme al cual

^{8.} Sin contar con la responsabilidad que la madre y el padre asumen frente al *nasciturus* y que ha hecho hablar a Mill, a propósito de la procreación irresponsable, de «crimen moral»: «Todavía no se ha llegado a reconocer que dar la existencia a un hijo sin tener una seguridad fundada de poder proporcionar no sólo alimento a su cuerpo, sino instrucción y educación a su espíritu, es un crimen moral contra el vástago desgraciado y contra la sociedad» (*Sobre la libertad*, cit., pp. 193-194); «el hecho mismo de dar existencia a un ser humano es una de las acciones de más grande responsabilidad en el curso de la vida. Aceptar esta responsabilidad —dar lugar a una vida que tanto puede ser maldita como bendecida— es un crimen contra el ser mismo que nace, a menos que se tengan las probabilidades normales de que llevará una existencia deseable» (*ibid.*, p. 197). Sobre estas tesis de Mill, cf. E. Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 150-153.

^{9.} Es la célebre frase con la que se concluye el pasaje del *Ensayo sobre la libertad* de Mill citado *supra* en la nota 1.

ninguna persona puede ser tratada como una cosa, de manera que cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del imperativo kantiano según el que ninguna persona puede ser tratada como medio —aunque sea de procreación— para fines que no son suvos, sino sólo como fin en sí misma. Es por lo que hablamos de «autodeterminación de la mujer» en tema de maternidad. Es por lo que la decisión de la maternidad refleja un derecho fundamental exclusivamente propio de las mujeres, porque al menos en este aspecto la diferencia sexual iustifica un derecho desigual. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva, precisamente, porque en materia de gestación los hombres no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a las mujeres como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como se ha podido limitar su soberanía sobre el propio cuerpo sometiéndolas a control penal. Así, pues, no puede configurarse un «derecho a la paternidad voluntaria» análogo y simétrico al «derecho a la maternidad voluntaria», porque gestación y parto tienen que ver solamente con el cuerpo de las mujeres, y no con el de los hombres. Si la decisión de traer o no traer al mundo a través de un cuerpo femenino estuviese subordinada sólo al acuerdo con el potencial padre, la decisión de éste recaería sobre el cuerpo de otra persona, y, de este modo, equivaldría al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría tanto la libertad personal de las mujeres como el igual valor de las personas.

3.2. El problema de la procreación asistida

El segundo tipo de intervenciones y manipulaciones de los embriones, al que me he referido antes, plantea problemas morales y jurídicos totalmente diversos. Son los que se expresan en las técnicas de procreación asistida y los que consisten en su utilización con fines experimentales o terapéuticos. Evidentemente, en ambos casos el presupuesto viene dado por la posibilidad de conservar los embriones fuera del útero de la mujer, generada por las nuevas tecnologías.

Es obvio que se trata de dos casos muy diversos. En la fecundación artificial creo que ni siquiera se plantea una cuestión de «tutela del embrión». Aquí se da una situación opuesta a la del aborto, ya que se trata de hacer nacer a los embriones. El peligro de que en la fecundación artificial algunos de éstos puedan resultar destruidos no es, por otra parte, mayor, sino menor del que se da en la procreación natural, en la que son mucho más numerosos los embriones que no

anidan y por ello resultan destruidos¹º. Y, en efecto, las objeciones morales contra tales técnicas, también preferentemente de parte católica, son en realidad de tipo bien distinto. Hay un rechazo absoluto, ligado al carácter «artificial» de estas prácticas y a una suerte de consagración moral de todo y sólo lo que es «natural»¹¹¹. Y existen objeciones más específicas, ligadas por ejemplo al recurso a esas técnicas fuera de casos de esterilidad o de riesgo de malformaciones en la fecundación natural, o bien al carácter «heterólogo» y no «homólogo» de la fecundación artificial (sean o no ambos gametos de la pareja de cónyuges).

No me voy a detener en detalle en el análisis meta-ético de estos argumentos¹². El recurso a la «naturaleza» como «norma moral» —ya sea incondicionado o bien derogable sólo en presencia de razones terapéuticas, como la esterilidad o el riesgo de malformaciones en caso de procreación natural— carece totalmente de sentido. Como escribió John Stuart Mill, toda acción humana, comenzando por las curas médicas, modifica la naturaleza¹³. En materia de procreación, pues, se separan de la naturaleza todas las formas de procreación o no procreación responsable, a tenor, por ejemplo, de la capacidad para sostener a los hijos e incluida la misma decisión de no procrear por razones religiosas como el voto de castidad. En cuanto al rechazo de la fecundación heteróloga, supone la asociación de un valor moral sólo a la pareja conyugal. Añadiré que la estigmatización moral de tales prácticas procreativas se resuelve en una forma de disminución de la dignidad de las ya innumerables personas que acceden a la vida a través de ese medio.

En cualquier caso, todos estos argumentos son irrelevantes para el derecho. Al igual que la cuestión, bastante más seria, de la atribución o no al embrión de la calidad de «persona», se trata de argumentos morales del todo opinables, ninguno de los cuales, si se acepta la separación de derecho y moral y que el derecho no tiene otra finalidad que la de tutelar a las personas, puede ser impuesto a todos hasta justificar intervenciones jurídicas restrictivas de la autonomía individual. Pero, sobre todo, a diferencia de la cuestión de la personalidad del embrión, ninguno de estos argumentos tiene nada que ver con el tema de la tutela del embrión.

^{10.} E. Lecaldano, Bioetica, cit., pp. 153-154.

^{11.} E. Sgreccia, Manuale de bioetica I, Vita e Pensiero, Milano, 1994, pp. 456-457.

^{12.} Al respecto puede verse T. Pitch, *Un derecho para dos*, cit., pp. 25-75; M. Boccia y G. Zuffa, *L'eclisse della madre*, cit., pp. 35-78; A. Santosuosso, *Corpo e libertà*. *Una storia tra diritto e scienza*, Cortina, Milano, 2001, pp. 215-243.

^{13.} J. S. Mill, Saggi sulla religione, Feltrinelli, Milano, 1972, pp. 13-52.

Esa particular forma de procreación asistida que es la maternidad subrogada, en virtud de la cual la gestación de un niño se lleva adelante por una mujer diferente de aquella a la que pertenece el óvulo fecundado, en virtud de un acuerdo previamente adoptado, plantea problemas tanto morales como jurídicos. A mi juicio, el principio moral según el cual ninguna persona puede ser usada como instrumento para fines ajenos y, por otro lado, el principio jurídico que veta la disposición y comercialización del propio cuerpo¹⁴, impiden, con objeto de tutelar la dignidad de la mujer que soporta el peso de la gestación, aplicar a un acuerdo de esa clase la lógica del contrato; no sólo bajo la forma de pago del llamado «útero de alquiler», sino también tratándose de implicaciones como, por ejemplo, las que en ese caso podrían producirse en materia de ejecución forzosa.

En efecto, los mismos principios que fundan la autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo y, por consiguiente, el derecho a la maternidad voluntaria, imponen la exclusión, por nulidad del contrato, de cualquier obligación a cargo de la mujer que lleve adelante la gestación, y con ello la afirmación de su facultad de cambiar de idea y querer el hijo para ella, hasta el momento del parto. Así, una maternidad subrogada es sólo admisible bajo la forma de donación y dejando a salvo el derecho de la madre subrogante a desistir de ella hasta el momento del nacimiento; aunque, en todo caso, siga siendo problemática en el plano moral la exigencia, si no la aceptación, a otra persona de una prestación que implica un compromiso existencial como el de la gestación, y, en el plano jurídico, la naturaleza del acuerdo, que muy bien podría ocultar, en vez de una aceptación, un inadmisible contrato de obra.

3.3. El problema de la experimentación con embriones

La posibilidad de la experimentación y manipulación genética de los embriones plantea una clase distinta de problemas, también abiertos por las nuevas tecnologías¹⁵. No se trata de un problema, sino de una pluralidad de problemas, tantos cuantas son las diversas y heterogé-

- 14. Además del artículo 5 del Código civil italiano, según el cual «están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física», el artículo 3.1. *c*) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, prohíbe «hacer del cuerpo humano y de sus partes en cuanto tales una fuente de lucro».
- 15. Sobre estos problemas puede verse el estudio de Stella Maris Martínez *Manipulación genética y derecho penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994. Cf. igualmente E. Lecaldano, *Bioetica*, cit., pp. 201-274.

neas conductas relevantes: desde los simples diagnósticos prenatales a las intervenciones terapéuticas o eugenésicas sobre el embarazo, desde el uso de tejidos embrionales ya disponibles con fines terapéuticos, hasta la clonación de embriones y otros tipos de manipulación genética.

El problema es relativamente simple cuando se trate de intervenciones terapéuticas o eugenésicas sobre el embrión, ya sea concebido como persona en cuanto tal o, por el contrario, según la ética laica aquí defendida, en cuanto y sólo en cuanto destinado por la madre a nacer. En estos casos se ha de hablar, sin duda, si no de un derecho del embrión, sí de una legítima tutela de su identidad e integridad genética que excluya jurídicamente intervenciones lesivas o arbitrarias; en particular, que impida la clonación de seres humanos, y más aún la creación de seres humanos con caracteres instrumentales para fines ajenos. Pero aquí se abre, en vez de cerrarse, el problema. ¿Qué intervenciones son lesivas o arbitrarias y cuáles terapéuticas? ¿Y quién está legitimado para acordarlas? ¿Nos opondremos moralmente a intervenciones, obviamente solicitadas por los padres, sobre defectos genéticos, para excluir determinadas taras, malformaciones o enfermedades? Evidentemente no, dado que está claro que no nos opondríamos a las mismas intervenciones, igualmente requeridas por los padres, sobre un neonato o sobre un niño todavía incapaz de entender y querer. Entonces, el problema es de límites entre intervenciones lesivas o arbitrarias e intervenciones terapéuticas. ¿Cuándo una intervención es lesiva, arbitraria o fútil, y por ello injustificada, y cuándo es terapéutica? La respuesta es fácil en abstracto: sería de esta última clase cuando se produzca en el interés exclusivo de la futura persona, de acuerdo con la ya recordada máxima kantiana según la cual ninguna persona puede ser tratada como cosa, es decir, como medio para fines ajenos. Pero no es tan fácil en concreto.

En particular, hay problemas y dilemas gravísimos generados por las biotecnologías que podrían aplicar al género humano mutaciones genéticas del tipo de las experimentadas sobre vegetales y animales, con la producción de seres vivos transgénicos y con su clonación. Ciertamente, como se ha hecho notar, aunque de otras formas, la humanidad siempre se ha recreado a sí misma a través de la higiene y la medicina¹⁶; e incluso la clonación nunca producirá seres humanos idénticos, más allá de lo que lo sean dos gemelos monocigóticos, aunque sólo fuera por el papel decisivo que

^{16.} U. Scarpelli, Bioetica laica, Baldini e Castoldi, Milano, 1998, p. 118.

el ambiente y la cultura juegan en su formación¹⁷. Y, sin embargo, frente a los escenarios monstruosos abiertos por estas perspectivas —el escenario de Frankestein— son esenciales los límites impuestos por el derecho, para tutela de la dignidad de la persona humana y del principio de igualdad. Es por lo que el parlamento europeo ha estigmatizado estas experimentaciones con un dictamen del 13 de marzo de 1997; y la Carta Europea de Derechos Fundamentales, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, ha establecido, en su artículo 3.*d*), «la prohibición de la clonación reproductiva de los seres humanos». Pero hay que subrayar que aquí no está en cuestión la tutela del embrión, sino la de las (futuras) personas humanas, así como la de la propia especie humana y de las generaciones futuras, frente a las manipulaciones de su identidad y herencia genética para fines ajenos.

Son del todo diversas las cuestiones planteadas por la posibilidad de utilización y acaso de clonación de los embriones con fines terapéuticos. A diferencia de los otros problemas hasta aquí examinados, incluso el del aborto, en los que la separación entre derecho y moral y el principio de lesividad, si aceptados, son suficientes para sugerir, también a los que consideren que el embrión es una «persona», una solución racional fundada en el respeto de la autonomía individual y, por consiguiente, en la renuncia a la prohibición jurídica, estos problemas suscitan, en cambio, dilemas abiertos a soluciones más problemáticas. En efecto, salvo el supuesto de la utilización de embriones destinados a ser destruidos por no haber sido empleados con fines de procreación, en estos casos, si bien sólo para aquellos que consideran que se trata de «personas», no se puede decir que no existe un problema de tutela jurídica del embrión.

No obstante, los principios meta-morales antes ilustrados también prestan aquí apoyo a una moral laica fundada en la autonomía de la conciencia. Ante todo, el carácter moral, ni verdadero ni falso, tanto de las tesis que afirman como de las que niegan la calidad de «persona» del embrión. En segundo lugar, el principio laico y liberal de la separación de derecho y moral, siempre a salvo la relevancia moral de cualquier intervención sobre el embrión que pueda influir en la identidad de una futura persona, la opinión moral, aunque fuera mayoritaria, sobre su intrínseca y originaria calidad de persona no basta para justificar por sí sola una protección jurídica incondicionada. En tercer lugar, el fin de la tutela de las personas, presentes o futuras, que sólo justifica la intervención del derecho.

De la suma de estos principios puede extraerse —si bien sólo para quienes comparten una perspectiva laica y liberal— un criterio de valoración meta-ética y meta-jurídica relativamente preciso sobre la admisibilidad de la intervención del derecho para la tutela del embrión. No se justifica una tutela jurídica del embrión en cuanto tal, sino sólo, como se ha dicho, una tutela del embrión destinado a nacer, es decir, destinado a convertirse en persona y, por ello, consistente, en concreto y no en abstracto, en una potencialidad de persona, es decir, en una persona futura. Aquí cobra relevancia el concurso —del que he hablado en el apartado 2— del acto moral de voluntad de la madre, de acuerdo o no con el del padre, en la procreación responsable, por así decirlo, no sólo del cuerpo sino también de la persona que está al fondo: su carácter creativo, performativo o constitutivo de la personalidad misma. Quiero decir que tan injustificada resulta la tutela como persona de una entidad que por sí misma no es ni será una persona, al no estar por sí sola en condiciones de nacer, como justificada la tutela de la misma entidad, cuando esté destinada, por voluntad de quien decide traerla al mundo, a convertirse en persona. Hasta el punto de que no por casualidad el artículo 18 de la ley 194 castiga severamente el aborto sin el consentimiento de la mujer que es, éste sí, un delito, no sólo contra la mujer sino también contra la persona potencial del nasciturus

Si aceptamos este criterio y esta perspectiva, no podremos hablar de un derecho del embrión a nacer o de una ontológica intangibilidad del mismo. Al contrario, podremos admitir también su utilización para fines terapéuticos y hasta la creación de embriones para los mismos fines o también para fines de experimentación. Aunque es cierto que el problema —sólo el problema ético, al menos desde una perspectiva liberal— planteado por la posibilidad de utilización o de la creación de embriones con fines terapéuticos guarda relación con la posible explotación de las mujeres en cuanto productoras de ovocitos. A causa del coste de estas terapias, podría darse una discriminación entre personas y países ricos que pueden permitírselo y personas y países que no sólo no pueden permitírselo sino que acabarían por ser los principales proveedores de ovocitos. Y ciertamente no será fácil, por más que se quiera, elaborar técnicas adecuadas de garantía contra semejantes formas de explotación y de discriminación.

4. EL PAPEL DEL DERECHO EN LAS CUESTIONES BIOÉTICAS. LEY Y JUICIO

Volvamos, pues, a los interrogantes formulados al comienzo. La reflexión meta-ética, ahora se puede decir, está en condiciones de proporcionar criterios racionales para hacer frente tanto a los problemas morales y jurídicos generados por las biotecnologías como al problema meta-jurídico del papel que está justificado asignar al derecho en su solución. Los dilemas no sólo morales sino también jurídicos del primer tipo están con seguridad destinados a aumentar con los progresos científicos y tecnológicos. La pregunta a la que hay que responder es si —partiendo de la aceptación de los principios de la separación de derecho y moral y del utilitarismo jurídico, ilustrados al principio— está igualmente justificado que crezca, y en qué formas, el papel del derecho.

Ante todo, hemos de ser conscientes de los límites que, en todo caso, tiene el derecho en materias tan delicadas. Un primer límite es el de su tendencial inefectividad. La experiencia del aborto debería servir de enseñanza. Cualesquiera que sean nuestras opiniones filosófico-jurídicas y filosófico-morales en materias como éstas del derecho, sobre todo el penal, está destinado a ser ignorado y a producir simplemente la clandestinización de los fenómenos que quiere prohibir o frenar. El segundo límite es el del carácter general y abstracto de las normas jurídicas, bastante a menudo en contraste con la singularidad irrepetible de las situaciones más dramáticas y controvertidas. Existe, pues, el peligro de que la intervención del derecho bajo la forma de la regla abstracta, en la mayor parte de los casos, no sea capaz de hacerse cargo de la especificidad y complejidad de los dilemas apuntados, que requieren opciones no predeterminables, y que por ello se revele no pertinente o, lo que es peor, perjudicial.

De aquí la conveniencia de la máxima sobriedad en el recurso al derecho. Frente a leyes precipitadas, aptas más que para resolver los problemas para exorcizarlos y a menudo agravarlos con fáciles e inútiles prohibiciones, será obviamente preferible, en estas materias, una simple legislación de garantía, dirigida a asegurar la ausencia de discriminaciones, la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas implicadas, la transparencia y la competencia profesional en las aplicaciones tecnológicas. A la abstracción y rigidez de las prohibiciones legislativas, tanto más si son de carácter penal, será incluso preferible una ausencia de legislación que confíe en cada caso la solución de los problemas a la autonomía y a la responsabilidad individual y, en caso de conflictos, a la intervención equitativa del juez.

Precisamente, los dilemas morales, cuando conciernen únicamente a los derechos de la persona que está llamada a resolverlos. deben ser dejados a su autodeterminación. Sólo cuando el dilema se configura como conflicto o, en todo caso, afecta a los derechos fundamentales de más personas, se justifica la intervención del derecho. El análisis filosófico puede revelar que algunos conflictos son en realidad aparentes. Es lo que he sostenido en las páginas precedentes, a propósito del pretendido conflicto entre la mujer y el embrión en caso de interrupción del embarazo, o entre la tutela del embrión no destinado a fines procreativos y la utilización de tejidos embrionales con fines terapéuticos. En efecto, la tesis ética que he defendido es que «persona» es sólo el embrión potencialmente tal, es decir, así pensado y querido por la madre, y cuya gestación es por ello realmente un acto creativo de la persona. Pero en otros casos el conflicto es real. Piénsese en el posible conflicto entre madre subrogada y madre subrogante, que a mi juicio, como he dicho, debería resolverse a favor de esta última. Pero piénsese también en otros dilemas de tipo bioético, como la suspensión o no de la alimentación artificial de un individuo en estado vegetativo permanente, o la revelación o no de su estado a un familiar enfermo, cuando esta información no sea necesaria como presupuesto de alguna opción terapéutica.

En todos estos casos, máxime si se manifiesta un conflicto entre sujetos llamados a ejercer las opciones, la intervención del derecho es inevitable. Pero la misma será normalmente más apropiada si se da en forma de juicio que en la de la ley. En efecto, el carácter común a estas situaciones dilemáticas es la absoluta singularidad e irrepetibilidad del caso, no asimilable a otros. Así, mientras sería inoportuna la presencia de una regla general y abstracta, puede muy bien ser adecuada una decisión judicial, precedida obviamente de intentos de composición y de mediación del conflicto. Pero es también evidente que en tales materias esta misma opción a favor del juicio más que de la ley vale tendencialmente y no puede hacerse con carácter general, sino sólo con referencia a las singulares, diversas cuestiones bioéticas.

SEGUNDA PARTE

GARANTISMO, DERECHO PENAL Y JURISDICCIÓN

LA LEGALIDAD VIOLENTA

Bien pudiéramos conceptuar al «Estado de derecho» como el sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión de excluir o, al menos, minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. A su vez, la democracia pudiera ser definida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos¹.

Esto quiere decir que en un Estado democrático de derecho no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente ilegales, más graves y vejatorias o, lo que es lo mismo, que la violencia de las penas —jurídicamente hablando— sólo quedará legitimada en tanto en cuanto prevenga la mayor violencia que producirían los delitos que en su ausencia se cometerían². Es evidente que se trata de un principio ideal que nos muestra el deber ser, no el ser, del Estado de derecho; su normativa, no su efectividad. Su valor, por tanto, estriba en que nos ofrece un criterio de legitimación o justificación de la violencia penal; pero también, y fundamentalmente, un criterio de deslegitimación de la violencia legal superflua, tanto penal como no penal.

Ahora bien, para analizar teóricamente y en profundidad el fenómeno de la violencia legal, es conveniente partir de la constata-

Traducción de Benjamín Rivaya García.

- 1. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984, p. 27; trad. castellana, FCE, México, 1994.
- 2. Para un análisis de la justificación del derecho penal como técnica de minimización de la violencia, véase mi artículo «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), pp. 493-542; trad. castellana, «El Derecho penal mínimo»: *Poder y Control* 0 (1986).

ción de dos modelos contradictorios de legalidad. El primer modelo -propio del Estado de derecho y constitucionalizado, en gran medida. el ordenamiento italiano— es aquel que denominaremos de «estricta legalidad» y que se articula mediante una técnica legislativa idónea para disciplinar y limitar lo más rígidamente posible la violencia institucional v. en general, el ejercicio de los poderes coercitivos a través de la determinación normativa de sus presupuestos. Más exactamente, el principio de «estricta legalidad» puede ser redefinido como una norma meta-legal que somete la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales: la tipicidad del uso de la fuerza que constituve la sanción penal, la taxatividad de los hechos empíricos previstos como delictivos, de los perjuicios que de ellos se derivan y de la culpa del sujeto o los sujetos intervinientes, así como la verificación del delito cometido por un juez imparcial y en un proceso público contradictorio, en el que el que acusa tiene que probar lo que afirma y el que se defiende puede desmentirlo³. Por tanto, de acuerdo con tales principios, son legítimas todas aquellas —v sólo aquellas— formas de violencia taxativamente previstas en la ley como sanciones penales frente a comportamientos lesivos y culpables, a su vez predeterminados legalmente y confirmados judicialmente como delictivos. El resto de la legalidad que se somete al paradigma descrito del Estado de derecho no sólo está condicionado por esta genérica legitimidad, sino también por concretos deberes constitucionales de tipo sustancial —como el principio de igualdad o la salvaguarda de los derechos fundamentales— que serán los que verdaderamente la legitimen. En el Estado de derecho, ni el legislador es omnipotente ni la ley arbitraria; al contrario, sobre todo si aquélla tiene por objeto el uso de la violencia, estará sujeta a límites legales previos, unos formales, otros dotados de contenido.

Ahora bien, si es cierto que la ley puede ser un instrumento de limitación de la violencia institucional, también lo es que puede ser un medio para legitimar su ejercicio fuera de los parámetros de la

^{3.} Utilizamos la expresión «estricta legalidad» de modo distinto a como se hace habitualmente, ya que entonces sólo designa la «taxatividad» o determinación semántica de los tipos penales. En cambio, tal como aquí la usamos, frente a la «mera legalidad», que únicamente contiene previsiones, no sólo se refiere a la obligación de la taxatividad, sino también a otras obligaciones (y referidas a todas las leyes, no únicamente a las penales) como condición para validarse constitucionalmente. Para profundizar en esta redefinición pudiera ser útil mi libro *Derecho y razón* (Trotta, Madrid, *2006) donde la dicotomía «estricta legalidad»/«mera legalidad» es ampliamente utilizada para analizar diversos sistemas de derecho penal y sus varios modelos de legitimación.

estricta legalidad. Llamaremos «mera legalidad» a esa técnica legislativa que —en contraposición a las formas de la «estricta legalidad» propias del Estado de derecho y contenidas, con más o menos matices, en la Constitución italiana— consiste en la autorización legal para utilizar la violencia, sin una rígida vinculación a la ley misma. En tales casos diremos que la ley —esa «mera ley»— es sólo legitimante, pero no está al mismo tiempo legitimada. El resultado es que la violencia a la que se refiere esa autorización estará justificada por la misma norma que la autoriza, pero no por el modelo constitucional de Estado de derecho.

No es necesaria una profunda investigación empírica para poder afirmar sin miedo a equivocarse que el uso de la violencia conformado por un modelo de «estricta legalidad» sólo constituye una mínima parte de la violencia legal. Eso sí, si realizásemos esa investigación empírica podríamos identificar, clasificar y analizar la enorme cantidad de violencia —judicial y policial, pública y privada— que siendo avalada por la «mera legalidad» está en contradicción con el paradigma legitimador de la violencia propio de un Estado de derecho. Hay muchos otros, pero nos ceñiremos a tres campos: el penal, el de la actividad de la policía y del llamado orden público y, muy genéricamente, el formado por aquellos otros espacios de la vida cotidiana sometidos a poderes públicos o privados, instituidos o reconocidos por ley, pero desvinculados de ella.

1. LA LEGALIDAD PENAL

De «mera legalidad» en el ejercicio de la violencia estatal, y consiguientemente de la violencia ilegítima respecto a esos parámetros de «estricta legalidad» incorporados a la Constitución, se puede hablar, en primer lugar, al referirnos a la misma legalidad penal. Nuestro ordenamiento penal se basa todavía en el instituido por el Código Rocco, desarrollado recientemente por medio de una legislación de emergencia. A tales factores es debida la contradicción —imposible de analizar ahora— entre los principios y garantías constitucionales y esa normativa penal donde aún prevalecen las figuras dotadas de cierta elasticidad, no taxativas, que dejan el campo libre a la arbitrariedad. Ejemplos hay muchos, como la actual configuración de los delitos de opinión, de atentado o de asociación y, más genéricamente, el alto grado de indeterminación semántica que caracteriza a la mayor parte de los tipos delictivos. La sumisión de la violencia penal al principio de «estricta legalidad» se ha debilitado en los últimos años, a la vez que se ha ido fortaleciendo —mediante diversos mecanismos e institutos— la discrecionalidad punitiva: en la manera de utilizar los delitos asociativos en los maxi-procesos, en el abuso creciente de la prisión preventiva como instrumento de penalización o de presión sobre el imputado para conseguir su confesión, en la poca claridad y rigidez de los presupuestos necesarios para que se apliquen las medidas alternativas a la pena, conforme a la reforma penitenciaria última, o, peor aún, las modificaciones en materia de procedimiento de configuración de la sanción penal introducidas por la nueva legislación procesal.

Debido a la actualidad del problema, no puedo dejar de referirme a un tipo de violencia penal injustificada respecto a la función preventiva de mayores violencias y perjuicios, que —conforme hemos visto— constituye el fundamento principal del sistema de «estricta legalidad penal» elaborado por la tradición proveniente de la Ilustración: la punición del simple consumo de estupefacientes propuesta en el proyecto de ley sobre la droga, actualmente en discusión. Primeramente, tal violencia contradice un clásico principio liberal, el que establece que no se castiguen los actos que se realicen en daño de uno mismo y sin perjuicio para terceros. Desde Hobbes hasta Pufendorf o Locke, desde Beccaria hasta Hommel, Bentham, Pagano o Romagnosi, todo el pensamiento liberal clásico admitió que la ofensa, para ser tal, debía atentar contra «el otro», estableciendo el criterio y la medida de prohibiciones y penas dentro del contexto de una concepción estricta del derecho penal como instrumento de tutela de los ciudadanos frente a la violencia de «los demás»⁴.

4. El principio de ofensa, conforme al cual sólo se justifican las prohibiciones y las sanciones de comportamientos que se producen en perjuicio de los demás, se encuentra formulado en Th. Hobbes, Leviatán [1651], trad. castellana de A. Escohotado, Nacional, Madrid, 1983, cap. XXX; S. Pufendorf, De Iure naturae et gentium [1678], Frankfurt a.M., 1759, lib. I, cap. IX, p. 8; J. Locke, Second Treatise of Government [1690]; trad. castellana de A. Lázaro Ros, Ensayo sobre el gobierno civil, Orbis, Barcelona, 1985, cap. II, § 10, p. 28; C. Beccaria, De los delitos y de las penas, trad. castellana de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, caps. 7-8, pp. 37-40; J. Bentham, «Principes de législation», en Œuvres, a cargo de E. Dumont, Hanman, Bruxelles, 1840, cap. XI, pp. 34-36; id., «Principes du code pénal», ibid., I Parte, cap. I; p. 119; F. M. Pagano, Considerazioni sul processo criminale, Napoli, 1799, cap. I, pp. 14-16; íd., «Principi del Codice penale. Opera postuma», en Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale, Perzati, Firenze, 1821, cap. II, p. 10; G. Romagnosi, Genesi del diritto penale [1791], Silvestri, Milano, §§ 601-644, pp. 268-285. Sobre la no punición de los «actos realizados con daño para uno mismo», en particular, ya lo afirmaba Aristóteles (Ética nicomáquea, trad. de J. Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1985, V, 1138a, p. 264, según C. Thomasius, Fundamenta iuris naturae et gentium [1705], reed., Scientia, Aalen, 1963, libro I, cap. V, § 16, p. 148); «Nemo [...] sibi injuriam facere potest, nec sibi obligatur. Hinc volenti non fit injuria» (J. Ben-

Pero hay otro aspecto, más importante aún, que merma la legitimidad del sistema de punición de las toxicomanías, teniendo en cuenta los parámetros fundamentadores del derecho penal. El orden represivo en el que prohibiciones y penas se entrelazan constituve una organización de la violencia inútil frente al consumo de estupefacientes v otras sustancias tóxicas. Inútil, porque resulta inidóneo para impedirlo o, al menos, reducirlo de manera significativa: las toxicomanías, al igual que otros comportamientos perseguidos en el pasado como el aborto, el adulterio o el concubinato, encuentran sus raíces en profundas motivaciones de carácter psicológico o social, frente a las cuales la eficacia de la pena es mínima, por no decir nula. Lo expuesto hasta aquí nos advierte que una ley penalizadora, como la que actualmente se encuentra proyectada, únicamente produciría más violencia: por un lado, la propia violencia que lleva implícita la pena, del todo ineficaz, si lo que se busca es la prevención; y, por otro, la violencia inherente a la mayor clandestinización del uso de la droga y la ulterior marginación social del toxicómano. El ejemplo que nos ofrece la experiencia del aborto es obligado, pues se piense lo que se piense de la licitud moral del mismo, es obvio que su tipificación como figura delictiva no conseguiría impedirlo, sino reducirlo a la clandestinidad. De las drogodependencias se puede decir exactamente lo mismo. En ambos casos, la intervención penal es un signo de confusión entre el derecho y la moral, ya que tales medidas no gozan de idoneidad para tutelar los bienes jurídicos que pretenden y así no se consigue la desaparición, sino la clandestinización de esas conductas no deseadas, esto es, que su justificación se reduce únicamente a ese ocultamiento de lo que se quiere evitar (se esconde, no desaparece), contrario a las funciones tutelares del derecho penal, en aras de la afirmación simbólica de un principio o de un valor «moral»⁵.

De lo visto ha de concluirse afirmando o negando la idoneidad de la intervención penal frente a un fenómeno como el de la droga. Si resulta que su efecto principal es promover el crimen organizado y gigantescas ventajas para el floreciente negocio del tráfico de drogas, sin que así se consiga reducir de manera adecuada y significativa el auge de las toxicomanías, la legislación antidroga conseguirá justo lo que trata de evitar: no será un factor de prevención, sino de incremento de la violencia. Por tanto, las razones que se esgrimen frente a

tham, «Principes de législation», cit., cap. XII, p. 37); J. S. Mill, Sobre la libertad, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, ³1981, cap. I, pp. 53 ss.

^{5.} Para una discusión ética y meta-ética de tales cuestiones, véase mi trabajo «Aborto, morale e diritto penale»: *Prassi e teoria* 3 (1976), pp. 397-418.

una posible legalización de la droga y una política de prevención de este tipo de dependencias con medios no penales, como en el pasado ocurrió con el aborto, se asientan en una concepción de la ley penal como instrumento de estimación moral y social, o sea, nos encontramos ante una función simbólica del todo extraña al derecho penal.

2 POLICÍA Y «ORDEN PÚBLICO»

Este campo cultivado para la violencia, consecuencia de su integración en un concierto de «mera legalidad» y no de «estricta legalidad», permite también la intervención policial de tipo extrapenal y extrajudicial. Es evidente que tal uso de la fuerza atenta contra el monopolio legal y judicial de la violencia represiva y contra la función garantista del derecho y del proceso penal. En efecto, poco importa que la Constitución garantice en vía de principio el habeas corbus o la competencia exclusiva del juez en materia de libertad personal si después la propia legalidad confiere a la policía amplios y discrecionales poderes para restringir esa misma libertad; o que en el proceso penal el interrogatorio judicial sea rodeado de miles de garantías si antes no es admitida —como ocurre en Italia con el nuevo código— la intervención del defensor hasta que finaliza el primer contacto del arrestado con la policía o con el ministerio fiscal; o, en fin, que se hava suprimido la pena de muerte si después las muertes se producen por vía ilegal o extralegal en los enfrentamientos entre policías y delincuentes. Podemos tener un proceso penal perfecto (cosa que no es cierta ni aun después de la reforma), pero no valdrá de nada mientras el monopolio judicial del uso de la fuerza no sea absoluto, mientras pervivan unas fuerzas policiales que puedan utilizarla sin someterse estrictamente a los rígidos requisitos que establezca la ley.

Los poderes coercitivos de la policía representan, en este aspecto, una contradicción aún no resuelta en el moderno Estado de derecho, y lo que pone de relieve es un alto grado de divergencia entre normatividad y efectividad, entre ser y deber ser, entre imagen legal y funcionamiento real. «La policía» —escribe Walter Benjamin— es «una mezcla oscura» de «dos especies de violencia»: «tanto de la violencia que instaura el derecho como de la violencia que mantiene el derecho»⁶, frente al principio que separa y confía una al legislativo y

^{6.} W. Benjamin, «Hacia la crítica de la violencia» [1955], en *Obras* II/1, trad. de J. Navarro Pérez, Abada, Madrid, 2007, pp. 192-193. «Lo ignominioso de esa autoridad —prosigue W. Benjamin— [...] consiste en que, en ella, está anulada la separación

otra al judicial, si bien con la intervención del ejecutivo. Esta particular característica, su participación en todos los poderes del Estado. se debe a la ambigüedad del papel que representa y a su actividad administrativa formalmente organizada, dependiente del poder ejecutivo. A diferencia de lo que ocurre con otras ramas de la administración pública, aquí están directamente implicadas las libertades fundamentales, y si bien es cierto que ejerce una función auxiliar de la judicatura, también lo es que está dotada de funciones propias y autónomas, para las cuales se le confían medios preventivos y cautelares que utiliza en el enfrentamiento y persecución de sujetos peligrosos y sospechosos. Así su fuerza se manifiesta violentamente, y de ahí proviene su ilegitimidad respecto al paradigma del Estado de derecho, puesto que «peligrosidad» y «sospecha» son por su propia naturaleza conceptos incompatibles con las líneas maestras de la «estricta legalidad», dado que escapan a una clara predeterminación legal y crean lagunas que permiten valoraciones tan subjetivas como incontroladas. Estas medidas coercitivas no protegen sólo intereses generales, legítimamente gestionados por el ejecutivo en virtud de su investidura mayoritaria, sino que afectan a derechos y libertades individuales que sólo deberían poder ser limitados por órganos legitimados por un respaldo social suficiente y sometidos únicamente a la iudicatura.

Gracias a su configuración como función administrativa auxiliar de la judicial, la policía no participa del monopolio legal de la violencia institucional, que en un Estado de derecho está reservado, de un lado, a la ley —con los límites de forma y fondo que establez-

imprescindible de una violencia instauradora de derecho y una violencia mantenedora de derecho. Mientras de la primera se reclama el que se acredite en la victoria, la segunda se halla sometida a la elemental limitación de que no se plantee fines nuevos. Pero la violencia policial se ha emancipado de ambas condiciones. Ahí se trata, en efecto, de una violencia instauradora de derecho, ya que su función característica no consiste en promulgar las leyes, sino ya todo edicto que ella misma pueda publicar empleando el respaldo de la ley; y es violencia mantenedora de derecho porque se pone a disposición de tales fines. La afirmación de que los fines policiales son idénticos a los del resto del derecho o están simplemente ligados a ellos es del todo falsa. Más bien, en el fondo, el 'derecho' de la policía designa ese punto en que el Estado, sea por impotencia o por las conexiones inmanentes que son propias de todo ordenamiento jurídico, ya no pueden garantizar sus fines empíricos a través de dicho ordenamiento, queriéndolos lograr a toda costa. De ahí que la policía intervenga 'en nombre de la seguridad' en muchísimos casos en que la situación jurídica no es clara, o que incluso [...] vaya acompañando al ciudadano en tanto que molestia permanente a causa de la vida regulada por innumerables reglamentos, o que, simplemente, lo vigile. [...] Su violencia es informe, como su fantasmal aparición en medio de la vida de los Estados modernos, estando extendida ubicuamente, pero inasible».

can las garantías penales— y, de otro, al proceso, con las garantías correspondientes. La policía se sitúa, como dice Benjamin, en una zona fronteriza entre la legislación y la jurisdicción, gozando de la discrecionalidad de una y de la fuerza de la otra, y estando todavía desvinculada de las limitaciones y de las fuentes de legitimación de ambas. Desde esta perspectiva la policía es al mismo tiempo una institución moderna y un residuo del antiguo régimen. Mientras que sus funciones sustanciales y su forma organizativa se corresponden con el espíritu de la monarquía absoluta⁷, su extraordinario desarrollo es propio de los tiempos modernos, en concreto del siglo pasado⁸; al

- 7. La especialización de las funciones de policía respecto a otras funciones del poder ejecutivo y del judicial se remontan en Francia a las Ordonnances de 15 de marzo de 1667 y de 14 de abril de 1669 de Luis XIV, y en Alemania a la Allgemeine Ordunung der Verbesserung des Justiz-Wesens, emanada el 2 de junio de 1713 de Federico Guillermo I. Cf. O. Ranelleti, «La polizia di sicurezza», en Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano IV/1, ed. de V. E. Orlando, Società Editrice Libraria, Milano, 1904, pp. 262 ss., e I. Santangelo Spoto, «Polizia», en Il Digesto Italiano XVIII/2, Utet, Torino, 1906, pp. 974-987, que recuerdan también las primeras sistematizaciones doctrinales de las instruciones de policía en la literatura jurídica alemana y francesa del siglo xVIII; G. Astuti, La formazione dello stato moderno in Italia, Giappichelli, Torino, 1957, pp. 257 ss.; G. Amato, Individuo e autorità nella disciplina della libertà di polizia, Giuffrè, Milano, 1967, caps. I-III; A. Chiapetti, L'attività di polizia, Cedam, Padova, 1973, pp. 45 ss.; íd., «Polizia (Diritto Publico)», en Enciclopedia del Diritto XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 121 ss.; M. Sbriccoli, «Polizia (Diritto intermedio)», ibid., pp. 117 ss.
- 8. Fueron Prusia y Francia —una, con la primera sistematización de las funciones de la policía en el Código general (Allgemeines Ladrecht) de 1974, y otra, con las leyes napoleónicas de 17 de febrero de 1800 y de 10 de julio de 1804, que establecían un ordenamiento de policía y de las instituciones del ministerio de policía (confiado a Joseph Fouché)— las que nos proveyeron del modelo organizativo de la policía moderna. Sobre la legislación de policía y sobre el desarrollo de las instituciones de este tipo en los Estados italianos anteriores a la unificación y después en la Italia liberal, merece la pena destacar a L. Lucchini, Gli istituti di polizia preventiva in Italia, Botta, Torino, 1881; G. Saredo, «Accattonagio o mendicità», en Il Digesto Italiano, cit., I/1, 1884, pp. 250-286; G. de Rosa, Sicureza publica, ibid., XXI/3, 1895, pp. 330-383; L. Perroni, «La legge di pubblica sicurezza», en Enciclopedia del Diritto Penale italiano, dirigida por E. Pessina, Società Editrice Libraria, Roma, 1910, p. 1508; I. Mereu, «Cenni storici sulle misure de prevenzione nell'Italia 'Iiberale'», en AA.VV., Le misure di prevenzione, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 197-212; B. Canosa, La polizia in Italia del 1945 ad oggi, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 861; F. Córdova, Democrazia e repressione nell'Italia di fine secolo, Bulzoni, Roma, 1983; M. Sbriccoli, op. cit.; A. Chiappette, «Polizia», cit., pp. 124-129. Es recomendable también el volumen, rico en referencias bibliográficas, Amministrazione della giustizia e poteri di polizia degli stati preunitari alla caduta della destra, Istituto di Storia del Risorgimento Italiano, Roma, 1986, que recoge estudios de C. Ghisalberti, «Premesse ideologiche e modelli ispiratori», pp. 23-41; G. S. Perre Vidari, «Il regno de Sardegna», pp. 43-83; N. Raponi, «Il regno Lombardo-Veneto (1815-1859/66)», pp. 91-157; B. Montale, «Ducato di Parma e Piacenza.

igual que la contradicción en la que se halla inmersa, entre la vocación autoritaria que posee y la forma legal del Estado de derecho y el principio de división de poderes:

Aunque la policía tenga el mismo aspecto por doquier, no se puede negar que su espíritu es menos destructivo allí donde representa (en la monarquía absoluta) el directo poder del gobernante, en el cual se unen dos poderes, legislativo y ejecutivo, que en las democracias, donde la existencia de la policía no se eleva sobre esa relación, constituyendo en cambio la mayor degeneración posible del poder⁹.

Así, ha sucedido que en Italia, como en otros países, se ha desarrollado, al lado del derecho penal en sentido propio, un sistema autónomo de medidas y procedimientos de policía, contradictorio con la organización penal y procedimental propia de un Estado de derecho, puesto que carece de los presupuestos legales taxativos y de las garantías jurisdiccionales necesarias, y restringe, sin embargo, la libertad personal y otros derechos fundamentales¹⁰: las medidas de prevención (repatriaciones mediante órdenes de expulsión, prohibiciones de estancias breves y retenciones), las medidas y las potestades cautelares de la policía judicial (arrestos, detenciones, reconocimientos, interrogatorios sin defensa), las medidas de orden

Ducato di Modena e Reggio», pp. 215-260; L. Lotti, «Il Granducato di Toscana», pp. 267-287; A. Scirocco, «Il regno delle due Sicilie», pp. 295-322; F. Batoccini, «Lo Stato Pontificio», pp. 371-403; A. Berselle, «Amministrazione e ordine pubblico dopo l'unità», pp. 165-211.

- 9. W. Benjamin, «Hacia la crítica de la violencia», cit., p. 193.
- 10. Hay que reconocer que Italia siempre se ha encontrado en esta materia a la cabeza. Baste recordar algunas invenciones (el Código penal de Napoleón de 1810 instituyó en el artículo 11 sólo la «surveillance spéciale de la haunte police») y el desarrollo --tras la unidad-- de las medidas de prevención contra los ociosos, los sospechosos y las «clases peligrosas» (cap. III del tít. VIII del libro II del Código penal sardo de 1839, leyes de 26 de febrero de 1852, de 23 de junio de 1854 y de 15 de noviembre de 1859, ley núm. 249 del 6 de julio de 1871, tít. III del t.n. de 30 de junio de 1889, tít. VI del t.n. núm. 773 del 18 de junio de 1931 y, en fin, la ley 1423 del 27 de diciembre de 1956); el peso de la tradición positivista, que siempre acarició la idea de un «código preventivo, que estableciera preceptos que se contrapusieran y complementaran a cada uno de los del Código penal» (E. Ferri, Sociologia criminale, Bocca, Torino, 1900, p. 453; S. Longhi, Per un codice della prevenzione criminale, Societá Editrice Unitas, Milano, 1922), contribuyendo a la introducción y al desarrollo en el derecho penal de la categoría de la «peligrosidad»; la creación y la codificación fascista de la dualidad de las penas y las medidas de seguridad, así como los amplísimos poderes inquisitoriales de la acusación y de la policía en la lógica del proceso mixto; y, finalmente, la reciente legislación de emergencia, con una enorme ampliación del uso de la prisión preventiva y las medidas de seguridad.

público (acompañamientos coactivos, expulsiones de extranjeros, uso de armas, medidas de excepción en caso de peligro) y —al tener como presupuesto sustancial a lo que se ha dado en llamar «peligrosidad social» y «amenazas»— las medidas de seguridad y la custodia preventiva¹¹.

Estamos, por tanto, ante dos sistemas punitivos establecidos conforme a técnicas normativas diversas: el sistema estrictamente penal, informado —al menos en vía de principio— por la «estricta legalidad» y el respeto a las garantías constitucionales; y el sistema de policía y de orden público, informado por la «mera legalidad» y los principios subsiguientes, donde se encuadran muchas de las competencias de la policía, pero también de la magistratura, con un común denominador, la amplia discrecionalidad administrativa. En el primer sistema se encuadra el derecho penal y procesal ordinario, con funciones de represión de los delitos por medio de penas aplicadas, tras su comisión, por el orden jurisdiccional; en el segundo, no menos relevante que el primero por lo que se refiere a la incidencia sobre la libertad personal, el derecho penal y procesal de policía, con funciones de prevención de los delitos mediante medidas de defensa social ante o extra delictum aplicadas ante o extra indicium a sujetos considerados peligrosos o sospechosos. Además, los dos sistemas se entretejen, puesto que se atribuyen funciones parajudiciales a la policía y funciones y métodos parapoliciales a la judicatura. Consecuencia: se está atentando contra el monopolio jurisdiccional de la violencia punitiva propia de un Estado de derecho¹².

Es obvio que la «mera legalidad» sobre la que se asientan los poderes y coacciones policiales no sólo posibilita una violencia legal arbitraria, en tanto que discrecional, sino que da pie a violencias ilegales constitutivas de delito, que se consuman en secreto. Pensemos en los casos de torturas o de malos tratos, o en los indicios de los

^{11.} El hecho de que la prisión preventiva y las medidas de seguridad —como el resto de las medidas de prevención que prohíben estancias cortas en el país o permiten los destierros— sean competencia de la autoridad judicial no quita para que comporten los caracteres básicos de las medidas de policía: su naturaleza no es retributiva (no se utilizan ante hechos delictivos), sino preventiva, cautelar o de seguridad, y, por tanto, éstos deberían ser los principios que guiaran su uso, mas el carácter potestativo que se encuentra junto a los demás presupuestos para su aplicación las sustrae a todas las garantías penales y judiciales.

^{12. «}Fue algo corriente en los ordenamientos de diversos países —escribe Carrara— que bajo gobiernos despóticos la administración de policía formase una amalgama con las autoridades dotadas de competencias punitivas; y celosamente hubo que separarlas en los regímenes de libertad» (*Programma del corso di Diritto Criminale. Parte Generale* I, Cammelli, Firenze, 1907, p. 34).

mismos —ya que muchas veces no llegan a esclarecerse— que se han dado en Italia y que, sin duda, han sido consecuencia de una legislación de emergencia que permitía el interrogatorio policial sin que el abogado estuviera presente¹³, cosa que el nuevo Código de procedimiento ha ampliado aún más¹⁴. Pero también podemos pensar

- 13. Sobre el tema, cf. L. Saraceni, «Come si svuota un processo (la vicenda dei Nocs dall'istruttoria al giudizio di cassazione)»: Questione giustizia 2 (1988), pp. 331-341, donde se comentan «los rocambolescos sucesos» procesales a consecuencia de los cuales las imputaciones de un delito de secuestro de una persona, abuso y violencia, fueron causa suficiente para que los agentes del Nocs utilizaran como respuesta la tortura, entre el 28 y el 31 de enero de 1982, contra los cinco brigadistas arrestados como presuntos culpables del secuestro del general Dozier, siendo estos hechos escamoteados en los juicios de primera y segunda instancia, y reducidos después a simple «violencia privada en grado de tentativa», escandalosamente ocultados —además— por medio de una amnistía preparada por la Corte de Casación (cf. sent. de 14 de enero de 1987, siendo presidente Quaglione y ponente Bertoni). Contra esta sentencia, Salvatore Mannuzzu, Giovanni Palombarini y vo dirigimos al ministro de Justicia, Giulio Vasalli, una carta abierta (en Il Manifesto de 13 de julio de 1988) para solicitarle una iniciativa legislativa directa que: a) introdujera, en aplicación del artículo 4 de la Convención de la ONU de 10 de diciembre de 1984, un específico delito de tortura que impidiera en el futuro fantásticas interpretaciones del tipo de la de la Corte de Casación, y b) derogara el artículo 225 bis del Código de procedimiento que consiente el interrogatorio de la policía sin defensor. El ministro respondió (en Il Manifesto de 19 de julio de 1988) con una nota sorprendente: ni una palabra referida a la introducción de un delito de tortura y, en cuanto a los interrogatorios que practica la policía, que «hoy el proyecto de nuevo código de procedimiento penal [...] destinado a entrar en vigor en poco tiempo, disciplina la materia en el artículo 294, estableciendo que el interrogatorio de la persona detenida sólo exige la presencia de ministerio fiscal y del juez, nadie más»; cuando la materia, como se dirá en la nota siguiente, es disciplinada también por el artículo 350, apartado 5.º, que reproduce —empeorándolo— el viejo artículo 225 bis.
- 14. El artículo 350 del nuevo Código de procedimiento contempla dos formas de practicarse el interrogatorio policial; en presencia del defensor si la finalidad es obtener «sumarias informaciones útiles para las investigaciones», que está previsto en los apartados 1 al 4, siempre que existan indicios, pero «que no se encuentre arrestada o detenida» la persona en cuestión; y el interrogatorio sin defensor cuando el objetivo es conseguir «datos o indicaciones útiles para proseguir las indagaciones», que se prevé en el apartado 5.º, «en el lugar o en las inmediaciones de donde se produjo el hecho» y sobre la persona que se presume culpable, sea arrestada en flagrante delito o detenida conforme al artículo 384. Dada la generalidad de la expresión, «en las inmediaciones del hecho», y la ausencia de otros límites, está justificado el temor a que esta segunda forma de interrogatorio se convierta, al tratarse de las primerísimas indagaciones, en la predominante. El interrogatorio del presunto delincuente sin defensor, conforme al nuevo Código, estando previsto para todos los delitos, extiende más de la cuenta lo que ya establecía el artículo 225 bis del viejo Código, introduciendo también en el artículo 5 del D.L. las medidas antiterroristas núm. 59 del 21 de marzo de 1978, que lo consentía «en aquellos casos de absoluta urgencia» y solamente para los delitos previstos en los artículos 241-293, 306, 422, 423, 426, 428, 432 apartado 1.º, 433, 438, 439, 575, 628 apartado 3.º, 629 apartado 2.º y 630 del Código penal. Además, el interrogatorio policial sin la presencia del defensor puede practicarse con los que luego

en la cantidad de abusos que se cometen cotidianamente mediante arrestos, acompañamientos, concesiones o denegaciones de permisos de residencia, prohibiciones de estancias breves, expulsiones de extranjeros y demás. Imposible cuantificar la violencia de este tipo que se produce, porque —entre otras razones que a todos alcanzan— está destinada a permanecer en la sombra como consecuencia de la indiferencia de la opinión pública y del desinterés de los juristas.

Esa indiferencia y ese desinterés por lo que llamamos «derecho de policía» son debidos a su tradicional consideración como una especie de derecho inferior y así —lógica consecuencia— es ignorado por los estudios académicos. Pero aún encontramos otros síntomas de esquizofrenia en la ciencia jurídica: por un lado, está atenta a los límites que separan el derecho penal del administrativo, atenta a pequeñas contravenciones e ilícitos sin importancia, virtuosamente atenta a las posibilidades que existen de despenalización; completamente ajena y despreocupada, por otro lado, del universo de medidas policiales y administrativas que restringen la libertad personal¹⁵. Las razones de tal contradicción son múltiples. Primeramente, desde antiguo —pues ya la impuso el Derecho Romano—, se ha mantenido una singular jerarquía entre los diversos órdenes y materias de los estudios jurídicos: a la cabeza, el derecho civil, después el derecho público en general, seguido del derecho penal en particular y, sólo al final, el derecho y la práctica de policía. Así, cuanto más impregnado está el ordenamiento de violencia y cuanto más difícil e incierta es su legitimación, menos razones hay para su estudio y para la reflexión teórica y axiológica. En segundo lugar, una especie de mala conciencia hace a la policía disfrazarse con el atuendo del Estado de derecho —del principio de legalidad a la división de poderes y a la inviolabilidad de los derechos fundamentales—, pero se olvida de las doctrinas liberal-democráticas que fundamentan el Estado moderno, de las que ser revela, en definitiva, separada y marginada. En fin, que el olvido

serán arrestados o detenidos y con aquellos otros que luego quedarán en libertad, al no tener nada que ver con el asunto que hiciera actuar a las fuerzas de seguridad, mientras que la ausencia del defensor en el interrogatorio sólo se daba —en el artículo 225 del Código Rocco— en caso de flagrante delito, siendo suprimida tal posibilidad, tras el pronunciamiento de inconstitucionalidad de 5 de julio de 1968, por la Ley núm. 932 de 5 de diciembre de 1969.

15. Merece la pena tener en cuenta las siguientes contribuciones: L. Elia, Libertà personale e misure di prevenzione, Giuffrè, Milano, 1962; G. Amato, Individuo e autorità, cit.; A. Chiapetti, L'attività di polizia, cit.; P. Barile, Diritto dell'uomo e libertà fondamentali, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 111-273; G. Corso, L'ordine pubblico, Il Mulino, Bologna, 1979, con amplia bibliografía.

LA LEGALIDAD VIOLENTA

comentado es signo inconfundible de los intereses de clase que tiñen la cultura jurídica y política: las medidas de policía, especialmente las de prevención y orden público, son destinadas prevalentemente a las clases que ya sufren la pobreza y la marginación —subproletariado, prostitutas, vagabundos, parados, inmigrantes provenientes del Tercer Mundo, etc.—, así que su estudio resulta a su vez marginado de los tradicionales enfoques académicos. Sin embargo, si es cierto que estas medidas —a diferencia de las penas— pretenden ayudar a alguien, estarán necesitadas tanto de la estadística judicial y la información sociológica como de la reflexión teórica y el análisis doctrinal.

3. ESPACIOS DE LA VIDA COTIDIANA

El tercer campo dentro del cual la violencia legal se desarrolla al amparo de la «mera legalidad» es el compuesto por variados ámbitos de la vida bajo los que se esconden poderes disciplinarios reconocidos e instituidos por la ley, pero no sometidos a una disciplina legal en su ejercicio. Poderes privados que se manifiestan en el empleo de la fuerza física: infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de atropello en las relaciones personales, o en las relaciones públicas de poder que se manifiestan en el interior de las instituciones y en los usos burocráticos y administrativos. Pensemos, por ejemplo, en las potestades legales del padre, del marido, del empresario, del superior jerárquico en general, que ejercitan un control sin límites. va sea en el ámbito de la familia, en el de las relaciones convugales o en el de la empresa; o pensemos en las potestades de que se dispone en los cuarteles, en las cárceles, en las escuelas, en los hospitales psiquiátricos, o en las diversas y múltiples relaciones de dependencia que arraigan en todos los aparatos burocráticos.

El denominador común a todos estos poderes es su desarrollo en formas atípicas y no taxadas, y su incardinación en instituciones y usos jurídicos donde se abandonan a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas. Por eso decimos que son poderes legales tendencialmente absolutos, porque son prácticamente ilimitados, sin que importe que no sean poderes políticos, pues a veces ni siquiera lo son estatales. También en este caso, para las potestades jurídico-privadas, vale la tesis que ya formuló Montesquieu para las potestades estatales: el poder, en defecto de límites legales, tiende a acumularse de forma absoluta¹⁶.

^{16.} L'Esprit des lois, en Œuvres complètes, Gallimard, Paris, 1951, XI, 4, pp. 395: «C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à abuser; il

Diremos también que el grado de absolutismo que impregna un ordenamiento, incluso el organizado en forma de Estado de derecho, está constituido precisamente por múltiples espacios de poder desordenados que crecen en la sociedad o en el interior de las instituciones estatales, en virtud de normas de «mera legalidad» que confieren poderes en blanco al diseñar diversos papeles: el de padre, el de patrón, el de militar, el de vigilante o el de cualquier otra clase de dirigente.

Si esto es así, es posible generalizar la tesis, enunciada desde antiguo por el derecho penal, según la cual el primer instrumento de delimitación de los poderes y de minimización de la violencia es la «estricta legalidad», es decir, la predeterminación taxativa de la legítima actuación de cada uno de los poderes, así como sus presupuestos, sus formas y sus efectos. Naturalmente que ningún poder es únicamente jurídico, por lo que es imposible una total predeterminación legal y una absoluta privación de discrecionalidad. Sabemos que tampoco lo consigue la jurisdicción penal, que más que ninguna otra debería caracterizarse precisamente por aquello de lo que carece, conforme al sistema de legitimación doctrinal y constitucional en vigor. Ahora bien, en todos los casos se trata de una cuestión de grado. Así, las leves que confieren poderes pueden otorgarlos repletos o vacíos de contenido o en una medida intermedia, o exigir o no condiciones sustanciales que validen el ejercicio de esas facultades conferidas. Las garantías de la libertad frente a los poderes, de cualquier índole que sean, serán tanto mayores cuanto más numerosos, penetrantes y pertinentes sean los límites y los controles a los que se sometan esos poderes, siendo indiferente que sean públicos o privados, pues tampoco lo tiene en cuenta la ley que los instituye.

Disipemos ahora un equívoco que proviene de la ausencia, en nuestra tradición teórica y en nuestro léxico jurídico, de distinción —en las situaciones jurídico-privadas— entre derechos-libertades y derechos-poderes: los primeros se manifiestan en actos sin efectos o, mejor, actos que debido a su naturaleza no son violentos ni perjudiciales para terceros, mientras que los segundos se expresan mediante actos que sí conllevan efectos obligatorios, y, en variadas formas, intervenciones coactivas en las esferas jurídicas de los otros¹⁷. Si aceptamos y tenemos en cuenta esta distinción, no será verdad que la ley

va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites»; trad. castellana de M. Blázquez y P. de Vega, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985.

^{17.} Reenvío, para profundizar en tal distinción y para un análisis de las operaciones ideológicas que favorecen esa confusión, a mi obra *Derecho y razón*, cit., cap. XIV.

—cualquier lev, como escribiera Bentham— limite la libertad¹⁸. Las leves que lo hacen son las que constriñen derechos fundamentales. como por ejemplo las normas penales que tipifican delitos de opinión, de asociación o de reunión. Ocurrirá lo contrario, sin embargo, con las leves que crean instrumentos de tutela de tales derechos, limitando los poderes de los sujetos más fuertes y garantizando la libertad y las expectativas de los sujetos más débiles. Así, por ejemplo, las leyes que tutelan el trabajo limitan los derechos-poderes de los empresarios, ampliando correlativamente los derechos y las libertades de los trabajadores. O las leves que disciplinan el crédito y la propiedad, que hacen lo mismo en las relaciones entre acreedores y deudores y entre propiedad v colectividad. O las leves, v éstas con más fuerza, penales y procesales, que con el fin de impedir la violencia entre particulares y la imposición de la argumentación de los más fuertes informan el sistema de garantías personales frente a la arbitrariedad y el error. La función garante del derecho consiste, al fin y al cabo, en limitar la actuación de los poderes y ampliar, por tanto, las libertades. En tal sentido, la libertad necesita las leves, cuya función es, como ya indicara Kant, lograr que coexista la libertad de todos y la de cada uno. Es más, la libertad está destinada —el propio concepto así lo exige— a la convivencia, y cada vez que una «libertad» atenta contra la libertad de los demás se puede decir que se ha convertido en un poder.

Al fin y al cabo, la democracia progresa cuando se expanden los derechos fundamentales y sus garantías; o, lo que es lo mismo, cuando se expande el Estado de derecho al mayor número posible de ámbitos de vida y esferas de poder, con el objetivo de conseguir la satisfacción y tutela de los que denominamos derechos fundamentales. Son entonces los poderes no sometidos a una estricta reglamentación los que desarrollan en su interior los principales «obstáculos de orden económico y social» que limitan «de facto la libertad y la igualdad de los ciudadanos» y que el artículo 3 de nuestra Constitución prescribe que hav que «remover». El Estado neoliberal, valiéndose de la confusión entre libertad y propiedad y entre derecho y poder, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención estatal, reservándolos a la libertad del ciudadano: primero es la fábrica la que cierra sus puertas al derecho; luego la familia, sometida a la completa potestad (v arbitrariedad) del padre y, en todo caso, a una dinámica de equilibrios y desequilibrios entre las fuerzas internas; y después los cuarteles, los hospitales, los conventos y todo el conjunto de instituciones en que

^{18.} J. Bentham, «Principes du code civil», cap. I, Œuvres, cit., I, pp. 55-56. En el mismo sentido, Th. Hobbes, Leviatán, cit.; XIV, pp. 227 ss.

se desarrollaban y se desarrollan aún hoy esos poderes incontrolados, creando ordenamientos particulares —tendencialmente absolutos y violentos— frente al ordenamiento general.

Podemos, por tanto, partiendo de esta constatación, formular una regla: que cada paso hacia la democracia en cualquiera de estas esferas se consigue instaurando límites y prohibiciones legales al ejercicio de la potestad privada, de otra forma absoluta, y tutelando judicialmente los derechos fundamentales frente a cualquier ataque. Pensemos que en los Estados Unidos de América, en 1875, un grupo de vecinos consigue poner fin a los malos tratos que soporta una niña recurriendo a la normativa de protección de los animales¹⁹; o que un poco después, pero hasta hace pocos años, el Código civil italiano ponía un verdadero poder penal en manos del padre, que se plasmaba en la reclusión de los hijos en establecimientos especiales de custodia si aquél acusaba a éstos de «mala conducta»²⁰; o que en las

- 19. Es el caso de la niña Mary Ellen, salvada de sus padres tras un juicio promovido por la Sociedad Protectora de Animales. El episodio lo refiere E. García Méndez, *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social*, en prensa.
- 20. El origen de estas normas se encuentra en los artículos 375-382 del Código de Napoleón de 1806, que preveía —entre más moyens de correction— el poder del padre, «qui aura des sujets de mécontentement trés graves sur la conduite d'un enfant» de «faire detenir» al hijo pequeño «pendant un temps qui ne pourra excéder un mois»: si el hijo era menor de dieciséis años, el presidente del tribunal no podía oponerse de ningún modo a la facultad del padre y debía «sur sa demande» dictar «l'ordre de arrestation»; si el hijo era mayor de dieciséis años o tenía bienes propios, el presidente tenía la posibilidad de negarse a dar la orden de arresto (arts. 377-382). No se requería en todos los casos «aucune écriture, ni formalité judiciaire», sino sólo «l'ordre d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés» (art. 378); y al padre le quedaba siempre la oportunidad «d'abréger la détention par lui ordonnée ou requise» (art. 379). Del Código de Napoleón, que se extiende a finales de 1806 al reino de Italia, estas normas pasaron con pocas variaciones a los Códigos italianos anteriores a la unidad: al napolitano (arts. 302-308), al parmesano (arts. 80-90), al estensano (arts. 120-125) y al sardo (arts. 214-221). Y después fueron recibidos por el Código civil de 1865, en cuyo artículo 222 se sustituía la cárcel por especiales «casas» o «instituciones de educación», pero manteniendo la iniciativa —completamente potestativa— en el padre y sin exigirse ratificación judicial alguna: «El padre que no consiga dominar el comportamiento del hijo puede alejarlo de la familia, asignándole según sus propios medios los alimentos estrictamente necesarios; y recurriendo cuando sea necesario al presidente del tribunal que lo confiará a aquella casa o institución de educación que se repute más conveniente para corregirlo y mejorarlo. La autorización puede ser dada también verbalmente, y el presidente actuará sin formalidad alguna y sin fundamentar su resolución». Finalmente, el artículo 319 del Código civil de 1942, derogado todavía por el artículo 142 de la Ley número 151 de 19 de mayo de 1975, reproduce el viejo artículo 222 del Código anterior, sin más cambio que la sustitución de la expresión «comportamiento descarriado» por «mala conducta» y exigiendo siempre «la autorización del presidente del tribunal».

fábricas, hasta la segunda mitad del siglo XIX, el poder del empresario era prácticamente absoluto, necesitándose un siglo de luchas obreras para conseguir limitarlo, ampliando los derechos de los trabajadores (desde las primeras leyes reguladoras del horario de trabajo, del trabajo nocturno y del trabajo de mujeres y niños, hasta las nuevas obligaciones introducidas en el primer decenio del siglo XX en temas de asistencia, seguridad, higiene y prevención de accidentes, o hasta las leyes de los años setenta que limitaban la potestad de despido y establecían un catálogo de derechos del trabajador). Pero todavía hoy perviven ámbitos de la vida cotidiana en los que las garantías son a todas luces insuficientes y, junto a ellas, nuevos ámbitos de vida y de poder. Baste pensar en los partidos políticos, en un tiempo libres asociaciones privadas y hoy, cada vez más, maquinarias burocráticas con el cultivo de una imagen pública y política que se manifiesta al exterior.

Es evidente que, frente a los espacios donde se desenvuelven poderes irregulares, la limitación de la violencia legal —en tanto que la ley o bien la establece o bien la permite— garantizando los derechos y libertades exigibles conforme al ordenamiento, es algo más que el simple establecimiento de esos ámbitos de «mera legalidad» reconocidos en el derecho penal ordinario y en el derecho de policía. Ocurre que lo que se requiere, también en esos marcos de vida y poder ahora indicados, es una articulación del Estado de derecho mucho más completa que la neoliberal, imponiendo límites y vínculos normativos; no sólo ampliando los que circundan a los poderes del Estado, sino también —en mayor medida que la actual— constriñendo a los poderes privados en manos de algunos ciudadanos y a los poderes burocráticos de diversos aparatos, sean públicos o privados. También es evidente que tales límites no pueden a su vez, llegado un cierto momento, ser limitados, encontrando así las libertades individuales una frontera con la que, algunas veces, los poderes privados están estrechamente entrelazados, aprovechándose de ello. Pero no hay ninguna razón, teórica o práctica, para que una vez superada esa confusión, las libertades queden protegidas porque también esos poderes pueden ser como aquellos otros públicos sometidos a la ley según el paradigma de la «estricta legalidad» y, por eso, subordinados a la satisfacción de los derechos fundamentales. Es decir, que tanto los poderes privados como los públicos deben someterse, en un Estado de derecho, al peso de una legitimación tanto sustancial como formal, equivaliendo la reducción de la deslegitimación de éstos a la minimización de la violencia y a la maximización de la libertad y de los derechos básicos de la persona. principio axiológico fundante de la democracia.

GARANTÍAS Y DERECHO PENAL

1. GARANTISMO Y DERECHO PENAL MÍNIMO

Desde hace unos veinte años, ha entrado en el léxico jurídico y político italiano una palabra relativamente nueva, «garantismo», con la que se designa un modelo de derecho orientado a *garantizar* derechos subjetivos.

Según el tipo de derechos para cuya protección se establecen las «garantías», o sea, las técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción, pueden distinguirse aún diversos tipos o significados de garantismo. Se habla así de *garantismo patrimonial* para designar el sistema de garantías que tutelan el derecho de propiedad y el resto de derechos patrimoniales; de *garantismo liberal*, y específicamente *penal*, para designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias; de *garantismo social* para designar el conjunto de garantías, todavía bastante escasas e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, etcétera.

Con todo, la acepción prevalente de la palabra «garantismo» es la de «garantismo penal». Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo. En este sentido, el garantismo se vincula a la

Traducción de Marina Gascón Abellán.

tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la Ilustración jurídica, de *minimización* de ese «terrible poder» —como lo llamó Montesquieu— que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley: en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas contitucionales del poder penal legislativo.

Precisamente por ello, una tal exigencia se ha venido identificando con el proyecto o programa de un derecho penal mínimo. «Garantismo» y «derecho penal mínimo» son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Por lo que respecta al delito, estos límites son las garantías penales sustanciales: desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Así, pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, o sea, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.

Tres son las tesis que defenderé aquí de forma inevitablemente sumaria. La primera es que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del derecho penal, o sea, los fines que lo justifican. La segunda es que existe un nexo igualmente indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción. La tercera es que el garantismo representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política del derecho penal, idóneas ambas para ser generalizadas como filosofía política y teoría crítica del Estado constitucional de derecho.

2. GARANTISMO Y IUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DERECHO PENAL

Comenzaré por la primera tesis, la del nexo entre garantías y justificación externa o política; o sea, los fines del derecho penal. Precisamente por orientarse a regular y minimizar la violencia punitiva, las

garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal, como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa —desde la venganza privada hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos— que se produciría en ausencia del derecho penal.

Ouiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir, o sea minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. Las doctrinas abolicionistas tienen sin duda un mérito en este punto: el mérito, de carácter heurístico y metodológico, de revertir sobre ese artificio que es el derecho penal la carga de su justificación. El derecho penal, podríamos decir, se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos —cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje—, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y sólo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si, en suma, es capaz de realizar, como derecho penal mínimo, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas.

Es evidente que un paradigma de este tipo se contrapone no sólo a las tradicionales doctrinas retribucionistas de la pena —à la Kant o à la Hegel— que son el fruto de una concepción supersticiosa y vengativa de la relación entre delito y pena, sino también a las tradicionales doctrinas utilitaristas de la prevención o defensa social, sean las de la prevención general o las de la prevención especial, que adoptan como punto de vista y parámetro sólo la utilidad de la mayoría no desviada. Frente a este utilitarismo demediado, el paradigma del derecho penal mínimo cifra la justificación del derecho penal en su papel de ley del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: no, por tanto, en la defensa social, genéricamente, sino en la defensa del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal es el reo.

De ahí el nexo que vincula el modelo de justificación del derecho penal mínimo —como justificación sólo *a posteriori*, esto es, condicionada a la efectiva capacidad del derecho para minimizar no sólo la violencia de los delitos sino también la de las penas— y el garantismo. Este nexo se funda precisamente sobre el segundo de

los objetivos asignados al derecho penal por el paradigma garantista en adición al tradicional de la prevención de los delitos: el objetivo de la minimización de la violencia punitiva. Las garantías, en efecto—todas las garantías, desde las penales de la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales de la presunción de inocencia y del contradictorio—, no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la aflictividad de las penas.

De ahí, además, una segunda y no menos importante consecuencia. Todas las doctrinas de justificación de la pena, desde las absolutas o retribucionistas a las relativas o utilitaristas, tienen un rasgo en común. Ofrecen una justificación *a priori*, no de este o aquel concreto derecho penal o de esta o aquella particular institución del mismo, sino del derecho penal o de la pena en abstracto, cualquiera que sean sus contenidos. Y por eso su carácter ideológico. Tales doctrinas identifican, en efecto, los criterios o parámetros de justificación que proponen —por ejemplo, la prevención de delitos o la reeducación del reo— con la justificación misma, resultando así inconfutables por lo que de hecho sucede: por ejemplo, por la no prevención, de hecho, de los delitos, o por la ulterior deseducación de los reos producida por la expiación de la pena.

El paradigma de justificación ofrecido por el garantismo, en cambio, sólo permite fundar justificaciones a posteriori: un determinado derecho penal está justificado sólo si, y en la medida en que, se satisfagan efectivamente las garantías de las que está dotado y que lo diferencian de los sistemas de control no penal. La justificación del derecho penal basada en este paradigma, o sea, la respuesta positiva a la clásica pregunta de «si v por qué castigar», depende, en efecto, de la existencia y de la efectividad del conjunto de las garantías —penales y procesales— que equivalen, a su vez, a otras tantas respuestas a otras preguntas más específicas: cuándo v cómo prohibir: cuándo v cómo castigar; cuándo y cómo juzgar. Y es una justificación sólo eventual y sectorial —de este o aquel derecho penal; del derecho penal italiano pero no del nazi; de esta o aquella norma o institución— que depende de la satisfacción de los criterios de justificación establecidos por el modelo, o sea, de las garantías. Con la consecuencia de que el paradigma vale no sólo como fuente de justificación y legitimación, sino también como fuente de deslegitimación —v. por tanto, de crítica, como se dirá en el último punto de este trabajo— del derecho penal existente o de alguna de sus partes, así como del poder judicial encargado de su aplicación.

3. GARANTISMO Y LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Llegamos así a la segunda tesis: la del nexo entre garantías y legitimación, tanto interna o jurídica cuanto externa y política, del poder judicial.

La pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿cuál es el fundamento democrático de la legitimación del poder punitivo, o sea, de la jurisdicción penal? En la opinión común, como en el pensamiento político dominante, «democracia» equivale a primacía de la voluntad popular, y por tanto de la mayoría. Es evidente que el derecho penal es el ámbito donde de manera más emblemática se manifiestan los límites de esta acepción puramente «política» de la democracia. Si el significado de «democracia» equivaliese a «voluntad de la mayoría», quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal «democrático» en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y de garantías. Ello por dos motivos. Ante todo, porque el punto de vista de la mayoría tiende a concebir el derecho penal esencialmente como un instrumento de defensa social —es decir, de prevención de los delitos y, por tanto, de defensa de los intereses de la mayoría no desviada— contra los atentados a la seguridad causados por la minoría de los desviados; v es obvio que el parámetro de la máxima utilidad posible de los no desviados no sólo no ofrece criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena. sino que ofrece, por el contrario, criterios para maximizarla. La idea de la defensa social, afirmaba hace un siglo Francesco Carrara, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal. En segundo lugar, porque la desviación suscita siempre la movilización de la mavoría. que se ve a sí misma como no desviada, contra la minoría de los desviados, a los que ve como «diferentes» y fuente de oscuros peligros. Si tras la aparición de la obra de Beccaria De los delitos y de las penas se hubiese realizado un referéndum sobre ella, sólo hubiera obtenido el consenso de Beccaria y de unos cuantos amigos.

Todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del imputado, del reo y del detenido, existe *de facto* una antinomia; que la legitimación del poder judicial, en otras palabras, no es «democrática», si por «democracia» se entiende únicamente voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría. La batalla por el garantismo penal, ha escrito Norberto Bobbio, siempre ha sido una «batalla de la minoría».

Existe, sin embargo, un segundo sentido o, mejor, una segunda dimensión de la «democracia» —no antitética, sino complementaria de la de «democracia política»— que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como «democracia constitucional» o «de derecho» y que hace referencia no a *quién* puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a *qué* es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de derecho.

Esta esfera de lo «no decidible» —«lo que» no es lícito decidir (o no decidir)— no es otra cosa que aquello que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. ¿Y qué es lo que las constituciones, esos contratos sociales en forma escrita que son los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos a la mayoría, presupuestos de la convivencia civil y al mismo tiempo razones del propio pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos --sean desviados o no desviados— y la garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal, que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público. Por consiguiente la garantía de los derechos de todos, que es lo que son, precisamente por su universalismo, los derechos fundamentales. De ahí el carácter «democrático» de las garantías —que hace referencia no va a la mayoría, según el modelo de la democracia política, sino a la tutela del individuo, donde individuo significa «todos»— y al mismo tiempo la dimensión «sustancial» que éstas introducen en la democracia política o formal: precisamente porque tienen que ver no con el «quién» o con el «cómo» de las decisiones, o sea, con su fuente v su forma, sino con el «qué» de las mismas, o sea, con su contenido o significado.

Las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción no es, en efecto, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada, de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, o sea, la taxatividad y materialidad, y, por tanto, la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hecho

legales, de otro, por las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y del contradictorio, esto es, del derecho a la refutación conferido a la defensa. No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

De ello deriva también el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdicción penal y su independencia frente a cualquier poder representantivo de la mayoría. Precisamente porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la comprobación imparcial de la verdad; precisamente porque los derechos fundamentales y sus garantías son, según la feliz expresión de Ronald Dworkin, derechos y garantías «frente a la mayoría», también el poder judicial a quien se encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente «frente a la mayoría». Por eso, el carácter electivo de los magistrados o la dependencia del ejecutivo del ministerio público están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdición. El sentido de la frase de Brecht «habrá también un juez en Berlín» es que debe haber también un juez capaz de absolver o condenar contra la voluntad de todos cuando falten o existan las pruebas de la culpabilidad.

4. GARANTISMO COMO FILOSOFÍA POLÍTICA Y COMO TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

Así pues, las garantías pueden configurarse como fuentes de justificación externa y de legitimación interna y al mismo tiempo —en cuanto ausentes o inefectivas— como criterios de deslegitimación tanto externa como interna.

Se concreta así el sentido de la tercera tesis que he avanzado al comienzo. El garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y a la vez una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales. Es una filosofía utilitarista sobre los fines y los fundamentos del derecho penal y, al mismo tiempo, una teoría del derecho penal mínimo —una y otra sobre el deber ser del derecho penal— que en gran parte reproduce los principios de justicia y garantía incorporados en los ordenamientos evolucionados.

Como filosofía política, el garantismo es una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho penal desde un punto de vista axiológico externo. De ahí su dimensión proyectiva además de normativa. En efecto, la doctrina filosófica del garantismo elabora

—teniendo en cuenta los dos fines justificativos de la minimización tanto de los delitos como de las penas que asigna al derecho penal— los modelos normativos del derecho penal como ley del más débil, o sea, como sistema de garantías para la tutela de los derechos de todos: de los que sufren los delitos y de los que sufren los procesos y las penas. Pero esa filosofía provee también los criterios de crítica y de deslegitimación externa de los rasgos de injusticia de un derecho penal concreto o de sus normas o instituciones particulares, en cuanto sean contrarias o incluso sólo inadecuadas a tales fines justificativos.

Como teoría jurídica, el garantismo es, en cambio, una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del derecho penal desde el punto de vista jurídico interno de los principios de justicia incorporados en nuestros ordenamientos, y en particular en nuestras constituciones. Como tal, el garantismo se identifica en gran parte con el constitucionalismo, es decir, con esa extraordinaria innovación del derecho moderno consistente en regular la creación del derecho desde el propio derecho. Y se configura de nuevo tanto como teoría proyectiva, dirigida a colmar o a integrar las lagunas con garantías que están presentes en el nivel constitucional pero no en el legislativo, cuanto como teoría crítica, dirigida a identificar los rasgos de invalidez y de incoherencia, respecto al modelo constitucional, de la legislación vigente y de la praxis judicial.

Concluyo observando que una tal concepción del garantismo se presta a ser extendida, como paradigma de la filosofía jurídica y de la teoría general del derecho, a todo el ámbito de derechos de la persona. Todos los *derechos fundamentales* pueden, en efecto, ser concebidos como leyes del más débil: como técnicas de tutela de los bienes primarios de todos, sólo en presencia de las cuales se justifica ese artificio que es el derecho positivo. Por «garantismo» se entenderá, pues, un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones.

En este sentido, el garantismo es sinónimo de «Estado constitucional de derecho», o sea, de un sistema que recoge el paradigma clásico del Estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública.

5. CUESTIÓN CRIMINAL Y CUESTIÓN PENAL EN LA ACTUALIDAD

Si ahora examinamos nuestro derecho penal, debemos constatar que se halla muy lejos del modelo axiológico y garantista del derecho penal mínimo, al que nos hemos referido antes. Y lo está hoy más que nunca, después del desarrollo en los últimos veinte años de dos fenómenos convergentes: la transformación tanto de la cuestión criminal como de la cuestión penal.

Ha cambiado ante todo la cuestión criminal. En efecto, es de estos años el desarrollo de una criminalidad nueva, de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil: la criminalidad del poder, en la doble forma de los poderes criminales, es decir, de la criminalidad organizada de la mafia y de la camorra, pero también los crímenes del poder, desde los atentados hasta las intentonas de golpes de Estado, desde las tramas de los poderes invisibles hasta la gran corrupción organizada. Se trata de una criminalidad relativamente nueva, que es tal vez el signo más perverso de la crisis profunda por la que ha atravesado en estos años nuestro sistema político. En un doble sentido: ante todo en el sentido en que esta nueva criminalidad es —directamente en lo concerniente a los delitos de los titulares de los poderes públicos, indirectamente en lo relacionado con los poderes criminales— el producto de una degeneración de la política; en otro sentido, evidenciado tantas veces, pero más recientemente por Rossana Rossanda, por la incapacidad del sistema político de afrontarla con los instrumentos de la política, de tal manera que sólo el derecho penal ha estado interesado, con el inevitable efecto de una acentuación del papel político de la jurisdicción penal.

Pero ha cambiado simultáneamente la cuestión penal. Si ha crecido la criminalidad del poder, no ha crecido para nada, sino, al contrario, disminuido —al menos para los delitos más graves, como aquellos contra la integridad personal (homicidios, lesiones, violencia sexual)—la criminalidad tradicional de los sujetos marginados. Y sin embargo, no obstante la reforma carcelaria de 1975 y la ley Gozzini de 1986, ha aumentado enormemente en estos años el número de detenidos, que en los años noventa se ha casi duplicado en relación con el de hace veinte años, sin que haya habido cambio alguno de la calidad de la población carcelaria, conformada principalmente por sujetos débiles y marginados —toxicodependientes (en un tercio) y emigrantes (en un cuarto)— condenados por hechos de microcriminalidad. Simultáneamente ha aumentado, con motivo de la inflación de la legislación penal, el número de procesos, que se cuentan hoy por millones cada

año y que sin embargo terminan en un montón de absoluciones, preclusiones, suspensiones condicionales de las penas y similares.

Tenemos de este modo, en Italia, la convivencia de tres derechos penales: el de las grandes investigaciones sobre la mafia y la corrupción, sin duda el más conforme, más allá del sacrificio de las garantías, con la finalidad propia del derecho penal de prevención de los delitos: el derecho penal, que llamaré «burocrático», que se manifiesta en un trabajo tan inútil —o aun dañoso— como ineficiente y dispendioso, y que corresponde al grueso de la justicia penal; por último, el de la represión efectiva, manifestado principalmente en la reclusión carcelaria. aunque para delitos no graves, de sujetos débiles y marginados. En resumen, la cárcel —fuera de la espectacularidad de los grandes procesos y de la enorme cantidad de sujetos involucrados en la justicia penal sigue siendo un instrumento de control y de represión social reservado a los sujetos marginados. Tóxico-dependientes, emigrantes y jóvenes subproletarios son en cantidad creciente los destinatarios principales, con motivo del aumento del desempleo y la pobreza, de la crisis simultánea del Estado social y de sus prestaciones asistenciales, y por otro lado de las crecientes presiones represivas que animan a la opinión pública, movilizándola contra los sujetos débiles y diferentes. Contra ellos la justicia penal es extraordinariamente rápida y «eficiente». También porque el clima de emergencia en el que vivimos desde hace más de veinte años, junto con el consenso adquirido por la judicatura en las investigaciones contra la gran criminalidad, extendido de hecho a todas sus actuaciones, han legitimado en estos años la pérdida de todas las garantías, ante todo las de la defensa, y han avalado, sobre todo frente a la microcriminalidad marginada, prácticas sumarias y veloces.

De ahí ha resultado una desproporción enorme entre la carga de sufrimientos ocasionados con la cárcel y la poca relevancia social de los delitos castigados con la detención preventiva y, por otro lado, entre la gravedad de las ofensas ocasionadas por la criminalidad del poder y la tan enorme como inútil mole de procesos generados por la inflación de la legislación penal. Dos desproporciones que representan una clamarosa confirmación del nexo señalado, asegurado por el paradigma del derecho penal mínimo, entre eficiencia y garantismo: es decir, entre el papel de defensa social del derecho penal y la reducción tanto de la esfera de los bienes merecedores de tutela penal como del grado de aflicción de las penas.

De aquí la necesidad de un replanteamiento de todo el derecho penal: tanto del sistema de los delitos como del sistema de las penas. Veinte años de legislación de emergencia, de inflación penal y de progresivo decaimiento del sistema de las garantías han producido una pérdida de legitimación de la justicia penal que es sólo contingentemente cubierta por la legitimación falseada, proveniente del consenso popular frente a las grandes investigaciones. De aquí sobre todo la necesidad y urgencia de que se abra finalmente —después de años de leyes excepcionales, de conflictos y choques institucionales, de tensiones políticas, de incomprensiones y de corporativismo del mundo de la justicia— un período de reformas capaces de refundar sobre bases racionales y garantistas el derecho penal.

La justificación del derecho penal exigido por el modelo ilustrado aquí de derecho penal mínimo, o sea, la respuesta positiva a la clásica pregunta «si, y para qué castigar», depende, en efecto, de la respuesta racional que nuestro sistema político esté en capacidad de dar a otras dos preguntas: qué y cómo castigar. Dos cuestiones relacionadas respectivamente con los objetivos justificadores del derecho penal —las ofensas por prevenir y las reacciones a las ofensas por minimizar— y que imponen hoy una doble estrategia reformadora: una drástica despenalización de los delitos, con la consecuente supresión de las penas, una drástica desprisionalización, o sea, la limitación de la cárcel solamente para las ofensas más graves e intolerables contra los derechos fundamentales.

6. QUÉ CASTIGAR: LA DESPENALIZACIÓN

Empezaré por la primera cuestión, «qué castigar», y por el tema de la despenalización. Me limitaré a dos observaciones, ambas banales. La primera relacionada con el nexo entre derecho penal mínimo v eficiencia, entre garantismo y papel de defensa social del derecho penal. Es claro que nuestra maquinaria judicial podrá afrontar con mucha mayor eficiencia y con mucho mayor respeto de las garantías las ofensas más graves provenientes de la potente y gran criminalidad, cuanto más sea reducida al mínimo, dirigiéndose exclusivamente a los delitos más graves. La segunda observación se relaciona con el nexo entre derecho penal mínimo y credibilidad del derecho penal. En efecto, la incertidumbre jurídica, la incognoscibilidad y la irracionalidad del derecho penal generadas por la inflación legislativa han eclipsado los confines entre esfera del ilícito penal y esfera del ilícito administrativo e incluso de lo lícito, transformando el derecho penal en una fuente oscura e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano, sustrayéndole su función simbólica de intervención extrema contra las ofensas más graves y ofreciendo por ello el mejor terreno de cultura a la corrupción y al arbitrio.

GARANTÍAS Y DERECHO PENAL

Una despenalización seria debería por ello apuntar, antes que a la reducción de la tutela penal sólo para los bienes que consideramos fundamentales, a la reducción de la esfera de los bienes que nos podemos permitir considerar fundamentales, es decir, sólo a las ofensas que realísticamente consideramos pueden ser juzgadas decentemente por nuestro sistema judicial, aunque reforzado en sus medios v estructuras. En esta perspectiva serían despenalizados, además de los innumerables delitos-bagatelas, todas las contravenciones y todos los hechos castigados con penas pecuniarias, salvo que se considere, por su gravedad —pensamos en las violaciones en el ámbito de la seguridad del trabajo o del medio ambiente—, necesario castigarlos más seriamente como delitos de peligro. Pero me doy cuenta de que todo esto requiere una más amplia argumentación. Lo que es cierto es que habría que reescribir la tabla completa de los bienes penalmente protegidos, relacionados por el Código fascista y enormemente ampliada por el legislador republicano.

7. CÓMO CASTIGAR: LA DESPRISIONALIZACIÓN

Mucho más relevante es la segunda cuestión —cómo castigar— y el tema ligado a ella, la desprisionalización.

Creo que los tiempos han madurado lo suficiente como para poner en discusión la centralidad de la cárcel como pena principal en nuestro sistema penal. La cárcel, como sabemos, ha sido una invención moderna: una gran conquista buscada por la Ilustración humanitaria como alternativa a la pena capital, a los suplicios, a las penas corporales, a la picota pública y otros horrores del derecho penal premoderno. Con la cárcel la pena se volvió incruenta y se configuró como pena igualitaria, legalmente predeterminada, susceptible de medición y cálculo: privación de un tiempo abstracto de libertad, exactamente cuantificable y graduable por la legislación y luego por el juez, en relación con la gravedad —en abstracto y en concreto— de los delitos castigados. Pero el grado de civilización de un país, advertía Montesquieu, se mide y progresa de acuerdo con la benignidad de sus penas. Es posible, entonces, dar hoy, a una distancia de dos siglos, un nuevo salto de civilización: destronar la reclusión carcelaria de su papel de pena principal y paradigmática y, si no abolirla, al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares), las únicas que justifican la privación de la libertad personal, que es también un derecho fundamental garantizado.

Es necesario reconocer, por otro lado, que la cárcel ha sido siempre, en sentido contrario a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente ella ha conservado múltiples elementos de aflicción corporal. manifestada en las formas de vida v de tratamiento v diferenciadas de las penas corporales antiguas sólo en cuanto no se concentran en el tiempo, sino que se prolongan por toda la duración de la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria agrega la aflicción psicológica: la soledad, el sometimiento disciplinario, la pérdida de sociabilidad y de afectividad y por tanto de identidad, además de la aflicción específica ligada a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigido a doblegar y transformar al prisionero. De hecho, en consecuencia, la reclusión posee un contenido aflictivo que va mucho más allá de la privación de la libertad personal, resultando afectada la mayor parte de los otros derechos vitales de la persona.

Tanto las aflicciones físicas como las psíquicas le quitan a la pena carcelaria sus caracteres de igualdad, de tipicidad, de legalidad y de jurisdiccionalidad. «El gran principio que debe regular el uso de esta especie de pena es que la ley debe determinar la duración y el objeto de la pena», escribía Filangieri hace dos siglos; y agregaba: «[...] en el estado actual de las cosas ordinariamente el juez es quien fija la primera y un verdugo el segundo». Obviamente después de dos siglos han mejorado las condiciones de las cárceles: pero no ha cambiado, sino, por el contrario, agravado, la atipicidad e imprevisibilidad de los contenidos de la detención. Estos contenidos varían profundamente según la clase de detenido, de la discrecionalidad de las autoridades carcelarias, pero sobre todo de las condiciones de vida en los diferentes establecimientos carcelarios, y confieren por tanto a la pena detentiva, en contraposición a la proclamada certeza e igualdad, un carácter sustancialmente arbitrario y desigual: Rebibbia y San Vittore, Poggioreale y Volterra, Ucciardone y Regina Coeli equivalen cada una a un régimen carcelario diferente. Sin contar la diferenciación de la pena introducida en Italia, como en todos los países avanzados, con la señal de su programática transformación en «tratamiento» individualizado y personalizado sobre la base de la «observación científica de la personalidad» del detenido y de sus «carencias fisio-psíquicas» —según el lenguaje del siglo XVIII y paleopositivista de la ley de 1975— dirigido a corregir al detenido, a transformarlo y a readaptarlo forzando su libertad interior.

La cárcel es entonces una institución al mismo tiempo iliberal, desigual, atípica, al menos en parte, extralegal y extrajudicial, lesiva

de la dignidad de la persona, penosa e inútilmente aflictiva. Nacida del proyecto ilustrado de mitigación y de racionalización de las penas, ella no parece a su vez idónea —porque no es pertinente o porque es innecesaria— para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: no la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas desde siempre a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; no la prevención de las venganzas privadas ni de las penas informales, satisfecha en las sociedades modernas por los medios de comunicación mucho más que por la expiación de la cárcel, por la publicidad del proceso y por el carácter simbólico y estigmatizante de las condenas. De esta institución, cada vez más pobre de sentido, de esta «máquina enloquecida» como la ha llamado Manuzzu, que produce un costo de sufrimientos no compensado por ventajas apreciables para ninguno, resulta por ello justificada en una perspectiva de largo plazo su superación: lo cual no significa —para evitar equívocos— superación de la pena, que equivaldría de hecho, más allá de las ilusiones de sus partidarios, a un sistema de derecho penal máximo, salvaje y/o disciplinario.

Mientras tanto, en espera de los largos tiempos en los cuales está destinada a madurar la abolición de la pena detentiva, exigencias elementales de certeza y de justicia hacen necesaria a corto plazo su drástica reducción, a través, por un lado, de la restricción de su duración y, por otro, de la disminución de sus posibilidades de aplicación, sustituyéndola en muchos casos por medio de un amplio abanico de penas, aunque limitativas de la libertad pero no segregativas.

La reducción cuantitativa de la duración de las penas significa ante todo la supresión de la cadena perpetua y en segundo lugar una drástica reducción del límite máximo de la reclusión: límite que, como he sostenido muchas veces, no debiera superar los quince años, como sucede en Dinamarca y en Alemania, y sobre todo también potencialmente en Italia, cuando se concedan los beneficios discrecionales previstos por la ley Gozzini.

Se trata del objetivo reformador seguramente más importante. El argumento principal de las sentencias de la Corte constitucional números 264 de 1974 y 274 de 1983 para mantener la cadena perpetua —e indirectamente el límite de treinta años de la reclusión— consiste de hecho en que gracias a los beneficios previstos en la reforma penitenciaria de 1975 y luego en la ley Gozzini, la duración máxima de dichas penas puede bajar en la práctica a veinte e incluso a quince años: la pena perpetua —se dijo en sustancia— es legítima porque de hecho es no-perpetua. El resultado de la introducción de

los beneficios y por tanto de la flexibilidad de la pena ha sido así el de legitimar teóricamente el mantenimiento de penas elevadísimas, y prácticamente la aplicación de penas más severas en previsión de su reducción en la fase de ejecución.

Por otro lado, la introducción de los beneficios ha estado siempre a su vez justificada, también por quien no comparte las ideologías correccionalistas en que se inspiraron, por el hecho de que una persona, a distancia de decenios de la condena, es de todas formas diferente a la que fue condenada: en otras palabras, como un remedio a la excesiva duración de las penas. Existe, en sustancia, un círculo vicioso y perverso en las argumentaciones con las cuales la flexibilidad de las penas y su larga duración se legitiman recíprocamente.

Debemos entonces preguntarnos si no es el momento de romper este círculo vicioso. La reforma carcelaria de 1975 y luego la ley Gozzini de 1986 fueron saludadas como conquistas de la civilización pues servían para mitigar y humanizar las penas en cumplimiento del artículo 27 de la Constitución. Durante años, en el clima de emergencia que ha pesado continuamente en la política penal de nuestro país, una reducción legislativa de las penas parecía irrealizable y por tanto se ha escogido la vía de compromiso de una posible atenuación en fase de ejecución: con el resultado, agravado por las reducciones de pena introducidas con la institución de la negociación, de una separación estructural entre pena legislativa, pena judicial y pena carcelaria concretamente ejecutada.

Después de veinte años de flexibilidad en los que se ha visto duplicar la población carcelaria, me pregunto si finalmente, antes que defender la enmienda al defecto de la larga duración de las penas, no haya llegado el momento de eliminar el defecto, con todos los costos que ello comporta: la incertidumbre de la pena; su desigualdad; la falta de correspondencia entre pena legislativa, pena irrogada y pena ejecutada, que es además la sustancia del principio de legalidad de las penas; el arbitrio extralegal y extrajudicial al cual resulta confiada la concreta dosimetría de la pena; en fin, el menoscabo de la libertad interior del detenido, transgresor del primer principio del liberalismo: el derecho de cada uno de ser y de permanecer como es, y por tanto la prohibición para el Estado de entrometerse en la personalidad psíquica del ciudadano y de transformarlo moralmente mediante medidas premiativas o punitivas irrogadas por lo que él es, antes que por lo que él hace.

El segundo objetivo de una política de desprisionalización es el de la limitación de la cárcel sólo para los delitos más graves y la previsión para el resto, ante todo para los patrimoniales, de una lista más amplia de penas: limitativas de la libertad o de otros derechos pero no consistentes en la segregación, o sea, en la privación integral de la libertad personal, que deposita cuerpo y alma en una institución total y es por tanto una mezcla de pena corporal y de pena disciplinaria.

Los tipos de pena que pueden ser propuestos como alternativa a la detención son numerosos y variados, pudiendo tener por obieto facultades singulares incluidas en la libertad personal, o bien derechos diversos y menos extendidos: como muchas de las actuales medidas alternativas, desde la vigilancia especial hasta la semilibertad y el sometimiento a prueba, que privan sólo parcialmente de la libertad personal y que deberían convertirse en penas directamente previstas por la lev e irrogadas por el juez antes que discrecionalmente negociadas en sustitución de la cárcel en la fase de ejecución; o los arrestos domiciliarios, la residencia obligatoria o la prohibición de residencia, los cuales privan de la libertad de circulación; o penas patrimoniales como el decomiso de los instrumentos del delito, por ejemplo del vehículo en los delitos cometidos con él; o, en fin, las penas interdictivas que deberían pasar de penas accesorias a penas principales, las cuales privan o restringen determinadas facultades de las que ha abusado el implicado: el retiro del permiso de conducción, la revocatoria de licencias comerciales o de habilitaciones profesionales, la interdicción de cargos públicos, etcétera.

Es además evidente que los enormes gastos representados en el sostenimiento de la población carcelaria actual podrían destinarse a mejorar las condiciones de vida y de sociabilidad dentro de las cárceles y a fomentar las relaciones de los detenidos con el mundo exterior, tal como lo prevé la primera parte del parágrafo tercero del artículo 27 de la Constitución.

JURISDICCIÓN Y DEMOCRACIA

1. JURISDICCIÓN Y ESTADO DE DERECHO

Un fenómeno común a todas las democracias avanzadas, que las aleia del modelo de Estado paleoliberal, es la expansión creciente del papel de la jurisdicción. Se trata de un fenómeno que a su vez está conectado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación v de limitación de los poderes públicos, producida con el crecimiento de la complejidad de los actuales sistemas políticos y como consecuencia del paradigma del Estado de derecho. En efecto, puede afirmarse que a toda expansión del principio de legalidad, a cada paso dado en la tarea de limitación y sujeción del poder al derecho, ha correspondido, inevitablemente, una ampliación de los espacios de la jurisdicción. Puesto que la jurisdicción interviene precisamente en presencia de las violaciones del derecho y, por consiguiente, cuanto más crece éste, con las obligaciones y prohibiciones impuestas al poder público, más se expande el área de las posibles ilegalidades, que ya no son sólo las cometidas por los ciudadanos comunes sino también, y cada vez más, las debidas a los que se encuentran en posiciones de poder.

Por lo demás, toda la historia del Estado de derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica. Ha sido un proceso difícil y conflictivo. Basta reparar en las dificultades que tuvo la jurisdicción administrativa para afirmarse, a lo largo del siglo pasado, después de que hubiera resultado inconcebible que el Estado pudiera comparecer en juicio. O recordar —de Gerber a Laband, Jellinek y Santi Romano— la doctri-

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

na alemana e italiana del siglo pasado de los derechos fundamentales como «efectos reflejos» de la potestad de «autolimitación» del Estado, por la cual pareció imposible durante mucho tiempo que un particular pudiera alegar derechos frente al Estado. Pero también cabe pensar, todavía hoy, en el espacio que tiene, en la práctica política y en la doctrina jurídica, la invocación de esos residuos de absolutismo que son el principio de la razón de Estado o la doctrina de los actos políticos como actos sustraídos al derecho, y, asimismo, la concepción del secreto de Estado como prerrogativa no fiscalizable del poder ejecutivo.

Por otra parte, la actual expansión del papel del derecho y de la jurisdicción se explica por dos fenómenos convergentes y ambos estructurales: el cambio en la estructura del sistema jurídico, producido en la segunda mitad de este siglo con su evolución bajo las formas del Estado constitucional de derecho; y la transformación de la estructura del sistema político, producida por el contemporáneo desarrollo del Estado social y, en consecuencia, por la intervención del Estado en la economía y en la sociedad.

La primera transformación —en la estructura del sistema jurídico— se produjo con la invención y la introducción, sobre todo después de la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas, que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo al poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo. En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el Estado de derecho consistía esencialmente en la primacía de la ley v la democracia, en la omnipotencia de la mavoría, encarnada a su vez en la omnipotencia del parlamento. El papel del juez, como órgano sujeto sólo a la ley -bûche de la loi, según la metáfora de Montesquieu— venía consecuentemente a configurarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra (la Constitución italiana, la alemana, la española y gran parte de las latino-americanas) que completan el paradigma del Estado de derecho al someter también al legislador a la ley —a la ley constitucional, más precisamente— transformando así el viejo Estado de derecho en Estado constitucional de derecho.

Se trata de un cambio radical de paradigma del derecho moderno: una suerte de segunda revolución que cambia al mismo tiempo la naturaleza del derecho, la naturaleza de la política y la naturaleza de la democracia. En el plano de la teoría del derecho este cambio puede expresarse mediante la tesis de la subordinación de la propia ley al derecho y de la consiguiente disociación de *vigencia* (o existencia) y *validez* de las normas. La primera revolución en la historia de la

modernidad iurídica, la que tuvo lugar con el nacimiento del derecho moderno, se había expresado con la afirmación del principio de legalidad y, con él, de la omnipotencia del legislador. Así, se conseguía, en oposición a las viejas concepciones justaturalistas, la identificación de la validez de las leves con su positividad, es decir, con su emanación en las formas previstas por el ordenamiento. Auctoritas, non veritas facit legem, declaró Hobbes en el Diálogo entre un filósofo y un jurista, invirtiendo la vieja máxima iusnaturalista veritas, non auctoritas facit legem: el derecho no es lo ontológicamente verdadero o justo, sea cual fuere lo que se entienda con estas expresiones, sino lo convenido como tal por la ley. Y a la omnipotencia del legislador correspondía la omnipotencia de la política, es decir, la primacía de la política sobre el derecho, al ser la legislación de la exclusiva competencia de la política; de lo que se seguía, una vez democratizado el legislador a través de la representación parlamentaria, una concepción puramente política y formal de la democracia, identificada con la voluntad de la mayoría.

Pues bien, la segunda revolución, producida en la última posguerra con las constituciones rígidas significa completar el Estado de derecho, es decir, la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el legislativo, que resulta también subordinado al derecho, más precisamente a la constitución, ya no sólo en lo concerniente a las formas y los procedimientos de formación de las leves sino también en el plano de los contenidos. Por consiguiente, en el Estado constitucional de derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leves emanadas por él no son válidas por el solo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas de la forma establecida en las normas sobre su producción, sino cuando, además, resulten también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco la política es va omnipotente, al invertirse su relación con el derecho: también la política y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho. Así, va no es posible concebir el derecho como instrumento de la política, sino que es ésta la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en ese provecto, jurídico y político al mismo tiempo, que es la constitución. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación de vigor y validez de las leves, en el de la teoría política lo hace en un cambio correlativo de la naturaleza misma de la democracia. Ésta no se agota simplemente en la dimensión política derivada de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leves, sino que incorpora también la dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos.

Es comprensible el cambio de colocación del juez con respecto a la ley producido por este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales, encargados del control de constitucionalidad de las leves, sino también de los jueces ordinarios que tienen encomendada la activación de tal control. En efecto, la sujeción a la ley y antes que nada a la constitución transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leves v demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos, promovida por los jueces ordinarios y declarada por las cortes constitucionales. No se trata, como en el viejo paradigma paleopositivista, de sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuese su significado, sino que es sujeción sólo a la ley válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de ésta ligada a la coherencia de sus significados con la constitución, que se remite a la valoración del juez. De aquí se deriva que la interpretación judicial de la ley es siempre también un juicio sobre la ley misma, correspondiendo al juez elegir sólo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas.

La segunda transformación respecto al paradigma paleoliberal tiene que ver con el sistema político y consiste en la ampliación de las funciones propias del «Estado social» inducida por el crecimiento de su papel de intervención en la economía y por las nuevas prestaciones que demandan de él los derechos sociales constitucionalizados: a la salud, la educación, la previsión social, la subsistencia y otros. Por lo demás, al no haberse elaborado las formas institucionales de un «Estado social de derecho», tal expansión masiva de las funciones del Estado se ha producido por mera acumulación, fuera de las estructuras del viejo Estado liberal, sin la previsión de garantías efectivas para los nuevos derechos y en ausencia de mecanismos eficaces de control político y administrativo. Su resultado ha sido, por consiguiente, una crisis de la legalidad en la esfera pública: de un lado, el aumento incontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos; de otro, su creciente ilegalidad, que se manifiesta, en todas las democracias avanzadas —en Italia como en España, en Francia y Japón como en los Estados Unidos y en los países de América Latina—, en el desarrollo de la corrupción y, más en general, de los procesos de desplazamiento del poder político a sedes invisibles sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales. Está claro que semejante fenómeno ha atribuido a la jurisdicción un nuevo papel: la defensa de la legalidad frente a la criminalidad del poder. Un papel central, dado que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio de la sujeción a la ley de todos los poderes públicos, propio del Estado de derecho, que es, a su vez, presupuesto esencial de la democracia: que quiere decir sujeción a la ley de los poderes públicos, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, igualdad de todos frente a la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles Estados, de dobles niveles de acción política y administrativa.

2. JURISDICCIÓN Y DEMOCRACIA

Desde la doble perspectiva apuntada —del papel de garantía de los ciudadanos frente las leves inválidas y del papel de garantía de la legalidad y la transparencia de los poderes públicos en evitación de sus posibles actos ilícitos— la jurisdicción, como muestran de modo paradigmático los casos de Italia y España, ve ampliarse su papel con respecto al viejo paradigma paleoliberal y viene también a configurarse como un límite de la democracia política. En efecto, si «democracia» se entiende, según el viejo paradigma jacobino, en el sentido de omnipotencia de la mayoría y, por tanto, de los poderes político-representativos, el fundamento de la legitimidad del poder judicial no es «democrático» sino «legal». Sin embargo, si entendemos la democracia también en el segundo sentido indicado —el de la dimensión que podemos llamar «constitucional» o «sustancial», relativa no a quién se encuentra habilitado para decidir (la mayoría, desde luego), sino a qué cosa no es lícito decidir (o no decidir) a ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad— son justamente estos cambios de paradigma los que han proporcionado un fundamento nuevo, «democrático» en este segundo sentido, al papel del juez en un Estado constitucional de derecho, no antitético sino complementario del de la democracia política.

Esa esfera de lo *no decidible* — «qué cosa» no es lícito decidir (o no decidir) — no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales — los primeros entre todos son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de mayoría, ni interés general,

ni bien común o público a los que puedan ser sacrificados— y la sujeción de los poderes públicos a la ley.

En estos dos valores, expresión ambos del principio de igualdad, reside el carácter «democrático» de la jurisdicción como garantía, por una parte, de los derechos de todos y, por otra, del ejercicio legal de los poderes públicos. Se trata de una dimensión de la democracia diversa de la formal o política que se expresa en el principio de mayoría y que bien se puede llamar, con expresión gastada por el uso, «sustancial», ya que guarda relación no con las formas, o sea, el «quién» o el «cómo», de las decisiones, determinadas por las reglas de la mayoría, sino con su sustancia, es decir, el «qué cosa» de las decisiones mismas, su contenido o significado.

De aquí se derivan dos consecuencias a las que quiero referirme sumariamente. La primera —ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos, asignado a la jurisdicción— es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia —ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces.

3. EL FUNDAMENTO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

En el modelo paleoliberal y paleopositivista de la jurisdicción el fundamento de la independencia de los jueces residía únicamente en la legalidad de las decisiones judiciales asegurada a su vez por la verdad jurídica y fáctica, si bien en sentido necesariamente relativo y aproximativo, de sus presupuestos. En efecto, a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en un Estado de derecho es una actividad tendencialmente cognoscitiva además de práctica y prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, las decisiones administrativas y los contratos privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende únicamente del respeto de las normas sobre su producción y cuya legitimidad política depende, en la esfera privada, de la autonomía de sus autores y, en la esfera pública, de su oportunidad y de su adherencia a los intereses representados. Las sentencias penales, en cambio, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos en materia de hecho y re-cognoscitivos en derecho, de cuya verdad, jurídica y fáctica, depende tanto su *validez* o legitimación jurídica, interna o formal, como su *justicia* o legitimación política, externa o sustancial. Así, pues, por un lado, la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción penal vale para configurarla, de forma diversa a como sucede con la legislación y la administración, como «aplicación» o «afirmación» de la ley. Por otro, la misma sirve para garantizar ese específico derecho fundamental tutelado por el sistema penal que es la inmunidad de la persona no culpable a castigos arbitrarios.

Esta naturaleza de la jurisdicción es por sí sola suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar la independencia respecto a cualquier poder representativo de la mayoría. Precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría, que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Por eso, el carácter electivo de los magistrados o la dependencia del ministerio público del ejecutivo están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la famosa frase «pero hay un juez en Berlín» es que debe existir un juez en condiciones de absolver o condenar (y antes aún una acusación pública en condiciones de iniciar o no iniciar una acción penal) contra la voluntad de todos, según existan o falten pruebas de su culpabilidad.

Ahora bien, las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción que provienen de las transformaciones del sistema jurídico y político que he ilustrado antes —la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano y el control de legalidad sobre los poderes públicos— añaden otros dos fundamentos al principio de independencia del poder judicial de los poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, son derechos «contra la mayoría», también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente «contra la mayoría». No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque tal decisión responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que fuera, podría hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Por otra parte, como es obvio, el papel de control sobre las ilegalidades del poder no sólo no resulta garantizado sino que es obstaculizado por cualquier relación de dependencia, directa o indirecta, del magistrado respecto a los demás poderes. En Italia, por ejemplo, las investigaciones acerca de *Tangentopoli* sobre los exponentes del poder político y económico serían inconcebibles si los jueces y, antes aún, los integrantes del ministerio público, no fueran totalmente independendientes.

La figura y la colocación institucional del juez en el Estado democrático de derecho resultan todavía más netamente caracterizadas por su cualidad de externas al sistema político y de extrañas a los intereses particulares de los sujetos en causa. El juez, al tener atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y los actos ilícitos que pudieran ser cometidos también por los titulares de los poderes públicos, no puede tener respecto a ellos ninguna relación de dependencia. De otra parte, el nuevo y doble papel asignado a la jurisdicción, consistente en la garantía de los derechos fundamentales de todos así como de la legalidad de los poderes públicos —en una palabra, de lo que he llamado la esfera de lo no decidible (por inválido o por ilícito)— permite trazar aun con mayor claridad una actio finium regundorum entre los poderes del Estado. En efecto, desde ambos puntos de vista la jurisdicción se configura como una averiguación de las violaciones del derecho, o sea, de los actos inválidos y de los actos ilícitos que traspasan los confines de la esfera de lo decidible, reservada a la política y a la administración. No existirá jurisdicción cuando el control de legalidad no tenga por objeto la averiguación de un acto ilícito o de un acto inválido y la aplicación de la lev a los hechos acreditados. No habrá política ni administración en ausencia de discrecionalidad.

Si esto es cierto, no tiene mucho sentido la alarma de los que, frente a la multiplicación de las intervenciones judiciales sobre las violaciones de las leyes por parte de los poderes públicos, denuncian el riesgo de «judicialización de la política». En efecto, la jurisdicción no consiste en un genérico control de legalidad apto para provocar invasiones de campo en la esfera de lo que es decidible por la política, puesto que la misma interviene, precisamente, sobre lo que no es decidible por esta última, es decir, sobre los actos inválidos y los actos ilícitos. No tiene más sentido denunciar en tal intervención una «politización de la justicia». Más bien deberían invertirse los términos de la acusación para sostener que la justicia ha dejado de estar politizada y que los jueces han cesado de hacer política desde que han comenzado a cumplir con su deber extendiendo también su control a las ilegalidades del poder.

4. EL GARANTISMO. POR UNA RESERVA DE CÓDIGO EN MATERIA PENAL

Desgraciadamente, al menos en Italia, el modelo de la jurisdicción como actividad tendencialmente cognoscitiva de aplicación de la lev resulta, al menos en parte, ineficaz por el fuerte déficit de garantías de nuestro sistema judicial: de garantías penales, a causa de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos de delito que han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la iniciativa penal en contraste con el principio de estricta legalidad: de garantías brocesales, a causa del desorden de nuestro proceso acusatorio tras las intervenciones regresivas de 1992 que desequilibraron el proceso reforzando enormemente el papel de la acusación en perjuicio de la defensa y el de las investigaciones preliminares en relación con el juicio oral. La consecuencia son invasiones de campo y conflictos entre poderes, agravados por la lógica de confrontación que, al menos en Italia, informa y envenena el debate político, dividiendo verticalmente la opinión pública entre quien está a favor y quien está en contra de los jueces o a favor o en contra de los políticos. Con el resultado no sólo de la prevalencia de los diversos y contrapuestos corporativismos sino también de un descrédito general de las instituciones y de la de-

Llego, así, a la segunda cuestión que, ya he dicho, plantea como consecuencia el cambio de paradigma producido en esta segunda mitad del siglo, tanto en el sistema jurídico como en el sistema político. Es el reforzamiento de las garantías penales y procesales que hoy viene impuesto, como fuente de legitimación del poder de los jueces y de su independencia, precisamente por la comprobada amplificación que han experimentado el papel y los espacios de la jurisdicción.

En efecto, las fuentes de legitimación del poder judicial se identifican por completo con el sistema de las garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —primero entre todos el de estricta legalidad penal— dirigidos a reducir al máximo el arbitrio de los jueces para así tutelar los derechos de los ciudadanos. Y es evidente que tales fuentes deben ser tanto más fuertes cuanto más relevante sea el papel político desarrollado por la magistratura. Pues sería una contradicción en los términos suponer que el poder judicial, en ausencia de garantías y de estricta legalidad, podría presentarse, según el modelo aquí expuesto, como garante de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad de los demás poderes públicos.

Por eso los magistrados tendrían que ser los primeros en defender y reivindicar, no sólo en la práctica judicial sino también en el ámbito de la legislación, el pleno respeto de las garantías penales y procesales como condiciones irrenunciables de su legitimación: sobre todo la certeza del derecho, a través de la expulsión del sistema penal de todas las figuras de delito indeterminadas y una drástica despenalización que restituya a la intervención penal su carácter de *extrema ratio*; en segundo lugar, la restauración del juicio, frente a la coartada de los procedimientos alternativos, cuyo resultado último es la definitiva marginación del debate contradictorio. Todo debilitamiento de las garantías equivale a un debilitamiento de esa frágil frontera más allá de la cual ese instrumento de tutela de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos que es el poder de los jueces se transforma en lo que Montesquieu llamó «el poder más odioso».

También desde el punto de vista de la política y de los poderes políticos el garantismo parece ser la única respuesta posible a la crisis de legitimidad que afecta a una y a otros, así como a los desbordamientos indebidos de la jurisdicción que también se lamentan. Es, sobre todo, la única respuesta posible en lo que se refiere a los elementos propios del Estado social. Pensemos por un momento en las consecuencias que tendría, en términos de certeza del derecho, de efectividad de los derechos y también de garantía frente al arbitrio administrativo y la corrupción, una reforma del Estado social que redujera los costes económicos de la intermediación burocrática y con ellos los espacios del clientelismo y de la corrupción, y refundase las propias prestaciones según el modelo de los derechos *ex lege*: como el derecho a la asistencia sanitaria y a la educación gratuita y obligatoria, el derecho al salario mínimo garantizado a todos, y otros semejantes.

Pero el garantismo es, sobre todo, la única respuesta posible al actual desorden en la legalidad penal. Ya que, precisamente, las garantías penales y procesales son técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces sino que también los sujetan a su función cognoscitiva. Hay, es cierto, una paradoja aparente en la valencia política del principio de estricta legalidad penal. La legislación sólo puede realizar la reserva absoluta en materia de ley penal —que está entre las prerrogativas del parlamento y con él de la mayoría de gobierno— en la medida en que resulte no sólo condicionante sino también condicionada: en otras palabras, en cuanto se subordine a la obligación constitucional de la taxatividad de los tipos delictivos. Ya que está claro que los jueces estarán tanto más dotados de poderes discrecionales tendencialmente invasivos de la esfera de competencia de la política cuanto más indeterminados sean los supuestos delictivos. En Italia, por ejemplo, existe desde siempre una figura delictiva que, debido a la indiferencia de la

mayoría y a la hostilidad de casi todos los magistrados, sólo al cabo de grandes esfuerzos está a punto de ser reformada. Me refiero a la previsión como delito del «abuso de funciones» (abuso in atti d'ufficio), una norma en blanco que de hecho permite la fiscalización concreta por la magistratura de cualquier acto de la administración pública, con todos los abusos, las arbitrariedades y los conflictos que cabe imaginar. Está claro que sólo un saneamiento de tales delitos y el respeto por parte del legislador del principio de taxatividad penal puede suprimir el arbitrio de los jueces en la creación del hecho o cuando menos en la integración de los supuestos de hecho penales, reduciendo la dimensión decisionista de su actividad.

En suma, en la crisis en curso hay responsabilidades de la política, responsabilidades de la magistratura y responsabilidades, también, de la cultura jurídica, que brilla por la total elusión de sus responsabilidades. Pues hoy la única respuesta eficaz a la crisis que atravesamos tendría que ser una respuesta en profundidad, no coyuntural: una reforma radical del Código penal, que en Italia es todavía el fascista de 1930, dirigida a llevar orden al sistema de los delitos y de las penas a través de una acción radical de despenalización y limitación del uso de la cárcel. Sin embargo, creo que ni siquiera una seria reforma de los códigos será suficiente para superar la crisis que afecta ya de manera irreversible al derecho penal. Lo demuestra la breve y desoladora historia del nuevo Código procesal penal italiano, que entró en vigor apenas hace unos años y que a la primera y, por lo demás, previsible reagudización de la emergencia mafiosa, fue desnaturalizado por el decreto Martelli de 1992.

Por eso quiero reiterar aquí una propuesta en la que hace tiempo vengo insistiendo. Me refiero a la introducción en la Constitución de una reserva reforzada de código frente a las intervenciones de excepción y de ocasión del legislador ordinario. Las reformas de los códigos están destinadas al fracaso, como un inútil trabajo de Sísifo, si no van acompañadas de esta nueva y específica garantía: una meta-garantía, por así decirlo, dirigida a proteger de la legislación de emergencia a las propias garantías penales y procesales y, al mismo tiempo, a poner un freno a la inflación penal que ha hecho retroceder al Código penal a una situación de sustancial descodificación. nada diferente a la premoderna, cuando el cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leves, la incertidumbre de las competencias y el predominio de las prácticas habían generado en la cultura de la Ilustración la exigencia del código como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos, para la tutela de las libertades de los ciudadanos frente al arbitrio de los jueces. Hoy —tras la declaración de quiebra del derecho penal representada por la sentencia de la Corte constitucional italiana (núm. 364/1988), que archivó como irreal el clásico principio penal que hacía inexcusable la *ignorantia legis*— aquella exigencia se ha hecho tan urgente como entonces. Y debe hacérsela valer, junto a la reserva de código, contra la falta de certeza del derecho, generada no sólo por la *«iurisprudentia* o sabiduría de jueces desordenados» de que hablaba Hobbes hace tres siglos, sino también por la legislación misma, no menos inflacionista, incoherente y «desordenada».

Esta reserva de código habría de suponer que todas la normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el Código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de extrema ratio. Una nueva codificación informada en el principio «todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos», por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, v no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.

Me doy cuenta de que proponer hoy una reforma garantista del sistema penal puede parecer algo banal y también irreal. Pero creo que precisamente en las situaciones de crisis volver los ojos hacia los principios puede ser la solución más creíble, aparte de la más eficaz y racional; y que precisamente en un momento de desorientación, de desconfianza general y de recelo y a la vez de confrontación política sobre la justicia, el reclamo del garantismo, como conjunto de vínculos y de reglas racionales y compartidas impuestas para la tutela de los derechos de todos al ejercicio del poder judicial puede representar no sólo una opción estratégica sino también el único terreno no resbaladizo de confrontación y de encuentro.

LEGALIDAD CIVIL Y LEGALIDAD PENAL. SOBRE LA RESERVA DE CÓDIGO EN MATERIA PENAL.

1. DESCODIFICACIÓN CIVIL Y DESCODIFICACIÓN PENAL

Desde hace algunos años se habla de «descodificación penal». «Descodificación», como es sabido, es una expresión utilizada por primera vez hace más de veinte años por Natalino Irti para designar la crisis —en la actualidad llamada, precisamente, de la descodificación— de la centralidad del Código civil como sistema de normas idóneo para regular las relaciones privadas de manera exclusiva, completa y unitaria¹. Pero el fenómeno, lo sabemos, se está produciendo también —en dimensiones tal vez todavía mayores— en el derecho penal. Por lo tanto, es sobre la especificidad de la descodificación penal por lo que debemos preguntarnos, más allá de sus semejanzas con la civil.

Las preguntas que debemos formularnos son tres. La primera se refiere a la naturaleza del fenómeno. La descodificación penal ¿es asimilable, en el plano fenomenológico, a la descodificación civil?, ¿presenta formas, razones y justificaciones análogas a las de la legislación especial en materia civil?, ¿se pueden reconocer en ella la misma lógica y el mismo tipo de racionalidad, si es que una racionalidad y una lógica son en ella constatables?

La segunda pregunta se refiere a los costos de la descodificación penal. ¿Son parangonables a los de la descodificación civil? Inversamente, la función de la codificación penal y los valores de la certeza y de la sujeción del juez a la ley asegurados por ella ¿son asimilables a la función de la codificación civil en la regulación de los intereses

Traducción de Nicolás Guzmán.

1. N. Irti, L'età della decodificazione [1978], Giuffrè, Milano, 41999.

privados, o no tienen que ver, de manera más estricta, con el mantenimiento del Estado de derecho?

La tercera pregunta se refiere al papel de la cultura jurídica. ¿Podemos asimilar las respuestas y, al mismo tiempo, las responsabilidades de la cultura civilista a las de la cultura penalista frente a esta mutación de su objeto de estudio? Retomando una expresión de Natalino Irti, ¿podemos «despedirnos del Código penal» con la misma tranquilidad con que podemos «despedirnos del Código civil»²?

Personalmente, responderé negativamente a las tres preguntas. Pero no sólo eso. Pienso que la asimilación de la descodificación penal a la descodificación civil, como si ambas fuesen un rasgo inevitable de la posmodernidad, revela una enésima forma de subalternidad y de homologación de la cultura penalista respecto de la civilista. Esta subalternidad y esta homologación, es bueno recordarlo, se remontan al inicio del siglo pasado, cuando Arturo Rocco y Vincenzo Manzini amputaron las raíces filosóficas de la ciencia penalista italiana —raíces que se encontraban en la gran tradición ilustrada de la Escuela clásica, desde Beccaria y Filangieri a Francesco Carrara— e impusieron también para el estudio del derecho penal el método «técnico-jurídico» elaborado por la pandectística para el derecho civil: promoviendo el traspaso, como ha escrito Mario Sbriccoli, de la penalística civil a la civilística penal³. Tengo la impresión de que también la homologación de las dos descodificaciones tiene un valor antiilustrado, y es que ella se resuelve en la aceptación desencantada o resignada, y de todos modos desresponsabilizadora, de la descodificación por parte de un importante sector de los penalistas, casi como si se tratase de un fenómeno natural, irreversible e incontrastable.

2. LAS FORMAS DE LA DESCODIFICACIÓN PENAL. UNA CRISIS DE LA RAZÓN JURÍDICA

Vayamos a nuestras tres preguntas. Comenzaremos por la primera, que es si la descodificación penal es asimilable, por sus formas y por la lógica que la inspira, a la descodificación civil.

Me parece que los dos fenómenos responden a lógicas totalmente diversas. La crisis de la centralidad del Código civil, como ha mostra-

- 2. Ibid., p. 41.
- 3. M. Sbriccoli, «La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita», en A. Schiavone (comp.), Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 147-232. Véase también mi libro La cultura giuridica nell'Italia del Novecento, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 28-33, 43-46.

do Natalino Irti, corresponde al desarrollo de un sistema normativo «policéntrico», caracterizado por su articulación en una pluralidad de «microsistemas» o de «subsistemas», distinguidos no tanto —y no sólo— por materias sino por la diversidad de los sujetos que resultan destinatarios de ellos: ya no el «individuo» y, por tanto, la generalidad, sino más bien «grupos» de interés más o menos organizados. De este modo, las diversas leyes —en temas de locaciones, de alquileres rurales, de contratos agrarios, de relaciones de trabajo y similares— son más el fruto de contrataciones con estos grupos o *lobbies* que el producto de una elaboración abstracta y puramente racional. En estas condiciones, dice Irti, el Código funciona más que nada como «derecho común»⁴, válido en ausencia de leyes especiales, o bien como «derecho residual, como disciplina de casos no regulados por normas particulares»⁵.

Podemos apreciar o no esta lógica, considerarla progresiva o regresiva, reversible o irreversible, merecedora de crítica o, en cambio, de apoyo. Pero es indudable que se trata de una lógica, es decir, de una mutación dotada de racionalidad; y no ya de una lógica o de una racionalidad inmediatamente política, sino más bien de un modelo de desarrollo del derecho civil, impuesto —para decirlo de algún modo— desde abajo, es decir, por las dinámicas sociales espontáneas. Además, aun cuando el resultado de este desarrollo policéntrico sea la crisis de la vieja unidad sistemática del derecho civil, no podemos negar que cualquier subsistema —las locaciones, las relaciones de trabajo, los contratos agrarios, la familia— refleja una propia racionalidad intrínseca y autónoma, que el jurista está capacitado para explicitar y consolidar. Por lo tanto, no se puede hablar, a propósito de la descodificación civil, de crisis, sino en todo caso de una mayor diferenciación y articulación interna de la razón civilista.

Nada que se parezca a esto puede decirse de la descodificación penal. En materia penal, la descodificación se ha manifestado en una pura y simple derivación inflacionaria de la legislación especial, la cual no ha reproducido en absoluto el paradigma de las leyes especiales en materia civil descrito por Irti, es decir, aquel de las leyes «orgánicas» idóneas para refundar de manera relativamente autónoma y completa enteros microsistemas o subsistemas de intereses. En su lugar, la descodificación en materia penal se ha desarrollado según una línea exactamente opuesta, como es la de la emergencia, que ha producido una cantidad enorme y no orgánica de leyes y leyecitas:

^{4.} N. Irti, L'età della decodificazione, cit., p. 27.

^{5.} Ibid., p. 40.

leyes de excepción, leyes de emergencia o, en el mejor de los casos, «leyes de ocasión», como las llamó Carrara⁶, destinadas generalmente a exorcizar los problemas con su valor simbólico y propagandístico.

Es difícil reconocer alguna lógica o racionalidad —no así la crisis pura v simple de la razón— en esta derivación inflacionaria v en la selva intrincada de leves que es producto de ella. Es difícil hasta encontrarle una lógica política, que permita hablar de una política del derecho penal —por deplorable y regresiva que sea— más que de un vacío de política, es decir, de provección reformadora. En todo caso, podemos hablar de un uso político, covuntural, de la legislación penal para fines demagógicos, que nada tienen que ver con las finalidades políticas de protección que son propias del derecho penal. Piénsese en la enorme cantidad de leyes especiales destinadas —es de esperarlo— a permanecer inefectivas. Un solo ejemplo, reciente: la ley 248 del 10 de agosto de 2000, que protege el derecho de autor, un regalo a la industria editorial que pena con seis meses a tres años la fotocopia de libros enteros o la reproducción de cd rom. Ni hablar de la legislación penal directamente criminalizadora, como es típicamente la legislación antidroga, que tiene el único efecto de clandestinizar el fenómeno, de entregar el mercado de la droga al monopolio de las organizaciones criminales y de alimentar tanto la pequeña criminalidad callejera como la gran criminalidad organizada.

Piénsese, sobre todo, en la legislación en temas de seguridad, lugar privilegiado de esta política coyuntural y demagógica, dado que secunda y alimenta el sentido colectivo de inseguridad y de miedo, del cual pretende hacerse intérprete. Cualquiera que haya hojeado las estadísticas históricas sobre los delitos sabe bien que la criminalidad ha disminuido en estos años y que nuestras ciudades están entre las más seguras del mundo; que el número de homicidios, riñas y delitos contra las personas, en relación con la población, ha caído respecto de los últimos decenios e incluso respecto del último siglo; que hasta los delitos contra el patrimonio, como los robos y los «tirones», han disminuido, habiéndose incluso reducido su cifra negra, ya que casi todos son ahora denunciados, al menos porque la denuncia es exigida por las aseguradoras y por los procedimientos para la renovación de documentos.

Por tanto, las finalidades políticas de esta legislación penal son todas extrapenales: sobre todo la idea —sugerida por la campaña alarmista— de que la verdadera criminalidad que atenta contra la

^{6.} F. Carrara, *Programma del corso di dirittto criminale. Parte speciale* VII, Fratelli Cammelli, Firenze, ⁸1909, p. 708.

«seguridad» y que, por ende, es perseguida, es sólo la de la calle, y no ciertamente la de «cuello blanco», perseguida hasta ahora solamente por razones de parte. En segundo lugar, la movilización contra el diferente, preferiblemente inmigrante, como distracción respecto de tensiones sociales irresolutas o, peor aún, agravadas por políticas dirigidas a la reducción de las garantías del Estado social. Finalmente, la mutación, en el sentido común, del significado de «seguridad», identificada ya no más con la «seguridad social» proveniente de la satisfacción de los derechos al trabajo, a la salud y a la previsión, sino simplemente con la «seguridad pública» y con los aumentos punitivos: como si éstos fuesen capaces de resolver, mágicamente, las causas de la microdelincuencia que, en cambio, requerirían políticas sociales mucho más costosas y comprometidas.

3. LOS COSTOS DE LA DESCODIFICACIÓN PENAL

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de esta descodificación a la luz de la crisis de la razón jurídica?, ¿es lícito asimilarlos a los efectos de la descodificación civil? Llego así a la segunda y más importante cuestión planteada al inicio: el específico papel que juegan, en el derecho civil y en el derecho penal, la codificación y el principio de legalidad y, por tanto, los diversos efectos producidos, en la estructura del Estado de derecho, por la descodificación civil y por la descodificación penal. Se trata de una cuestión de fondo que guarda relación con la diferencia entre ley civil y ley penal.

A mi entender, esta diferencia reside en la diversa naturaleza de las dos clases de leyes y, precisamente, en el papel opuesto desempeñado por ellas en relación con las libertades de los ciudadanos. El derecho civil es esencialmente una producción de los particulares, expresión de sus poderes de autonomía para negociar. Respecto de las libertades civiles, por tanto, la ley y el principio de legalidad tienen únicamente una función de «límite jurídico»⁷ a la autonomía privada. Más allá de estos límites —expresados, por ejemplo, por medio de la nulidad de los negocios viciados por causa ilícita y por medio de la configuración de las «causas» o «tipos de actos» a través de los cuales la autonomía puede manifestarse válidamente—, el Código civil, como dice Irti, es una suerte de «derecho común» o «residual»

^{7.} M. S. Giannini, «Atto amministrativo», en *Enciclopedia del diritto* IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 176-177; S. Pugliatti, «Precisazioni in temi di causa del negozio giuridico» [1947], ahora en *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 117.

respecto de las normas producidas por los particulares y, por otro lado, respecto de las mismas leyes especiales. Pero también las leyes especiales, agrega Irti, son generalmente el resultado ya no de imposiciones autoritarias, sino más bien de prácticas consolidadas o de contrataciones con los grupos de interés que están interesados en ellas. Por esta razón, es todavía válida —y bien puede ser extendida a todo el derecho civil— la definición del Código civil formulada por Vittorio Scialoja —y aún antes por Karl Marx— como «el estatuto fundamental de la vida social y económica de un país»⁸, que sanciona y, por así decir, reconoce en forma de ley la organización capitalista o, en todo caso, propietaria y mercantil de la sociedad civil.

Por el contrario, el derecho penal, tal como escribiera Thomas Hobbes, es enteramente un artificio jurídico, producido por el Estado como expresión máxima de su potestad autoritaria. Depende enteramente de la proyección jurídica y política. El principio de legalidad —y su corolario de la certeza, asegurada por la codificación— tiene, por tanto, un papel exactamente opuesto al desempeñado por el mismo principio en materia civil: el de límite jurídico ya no a la autonomía privada en tutela de intereses públicos, sino, al contrario, el de límite a las potestades públicas, policiales y judiciales, en garantía de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio judicial.

Así se comprende cómo una descodificación penal del tipo aquí ilustrado, con las miles de leyes y los millones de procesos producidos por la inflación legislativa, tiene efectos incomparablemente más graves que la civil. La consecuencia de ello es la crisis de todos los principios garantistas clásicos, sobre los cuales se funda la legitimación política del derecho penal: el principio de ofensividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal; la inderogabilidad del debate y, por tanto, de la carga de la prueba para la acusación y de los derechos de la defensa, sustituidos por mecanismos de deflación judicial —ritos alternativos, negociaciones, elecciones de prioridad en el tratamiento de los procesos— que quebrantan el nexo entre pena, prueba y delito. De igual manera, resulta también comprometida la eficiencia misma de la máquina judicial, paralizada por una infinidad de procesos inútiles y costosos.

Pero los costos de la descodificación penal van más allá de la debilitación de las garantías penales y procesales y de la parálisis de la justicia. Ellos se extienden a la conservación misma del Estado de derecho, al poner en crisis la separación de los poderes y la sujeción

^{8.} V. Scialoja, «La riforma dei codici di diritto privato in Italia» [1923], ahora en *Studi giuridici* IV, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933, p. 208.

del juez a la ley. El colapso de la capacidad reguladora de la ley, y por tanto de la *artificial reason* que Thomas Hobbes había contrapuesto a la *iuris prudentia* o sabiduría de los jueces subordinados de su tiempo⁹, equivale, de hecho, a la desaparición de todos los valores políticos sobre los cuales se basa el Estado de derecho y que son asegurados por el principio de legalidad: la *certeza del derecho*, o sea, la previsibilidad de la intervención penal; *la sujeción del juez a la ley* y, por tanto, la igualdad de tratamiento y la inmunidad de los ciudadanos frente al arbitrio judicial; la *primacía de la legislación* y, por tanto, de la política y de la soberanía popular en la definición de los delitos y —en consecuencia— de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal.

Está claro que la inflación legislativa y la crisis del lenguaje legal inciden sobre la jurisdicción penal mucho más profundamente que cuanto inciden sobre la jurisdicción civil fenómenos análogos. En efecto, la independencia del juez civil se basa en su papel de árbitro entre las partes de la causa, a la luz de la primacía de sus voluntades autónomas. La independencia del juez penal, en cambio, se funda en su sujeción *solamente* a la ley, asegurada a su vez por la estricta legalidad o taxatividad de las figuras delictivas y, por tanto, por el carácter lo más cognoscitivo posible del juicio. Y está claro que la desaparición de estos presupuestos abre espacios ilimitados a la discrecionalidad de los jueces y de los ministerios públicos, tornando vanas, de hecho, no sólo la sujeción de los jueces a la ley, sino también la obligatoriedad de la acción penal por parte del Ministerio Público, y debilitando, en consecuencia, todas las principales fuentes de legitimación de la jurisdicción.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LA CRISIS Y EL PAPEL DE LA CULTURA JURÍDICA

Obviamente, la responsabilidad de la crisis es, sobre todo, de la política, que durante más de treinta años ha hecho un uso demagógico y coyuntural del derecho penal, un uso idóneo para exorcizar los problemas —desde la droga hasta la seguridad— más que para afrontarlos. Pero la responsabilidad es también de la cultura penalista, que en estos años no ha hecho más que contemplar la ruina

^{9. «}Lo que hace la ley no es esa *iuris prudentia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial que es el Estado, y su mandato» (Th. Hobbes, *Leviatán* [1651], trad. castellana de A. Escohotado, Nacional, Madrid, 1983, Parte II, XXVI, pp. 351-352).

del derecho penal, oscilando entre una resignación pesimista y una aceptación realista, e intercambiando el propio desempeño civil por una actitud «científica». Ciertamente, se ha procedido a una refundación de muchas categorías y principios penalistas —desde la materialidad de la acción a la ofensividad del evento— también a la luz de la redefinición de los bienes jurídicos, impuesta por la carta constitucional. Pero ha permanecido sustancialmente dominante la vieja dirección técnico-jurídica, informada por la idea antiilustrada según la cual el derecho es una suerte de mundo objetivo que los juristas sólo tienen la tarea de analizar y, en consecuencia, por la renuncia al papel normativo, crítico y proyectivo de la ciencia penalista, que fue propio de la Escuela clásica, desde Cesare Beccaria hasta Francesco Carrara.

Llego así a la tercera cuestión planteada al inicio: se trata de aquella que se refiere al papel de la cultura jurídica frente a esta mutación de su objeto. ¿Podemos permitirnos archivar la centralidad del Código penal —así como Irti sugiere para el Código civil, invitando a la cultura jurídica a recomponer la lógica de los nuevos microsistemas— sin que con ello se comprometa el futuro del derecho penal y, junto con él, el del Estado de derecho? ¿No debemos en realidad repensar los fundamentos racionales de todo el artificio jurídico-penal, es decir, sus fines justificantes, y refundar sobre ellos las técnicas de garantía idóneas para satisfacerlos?

Me parece que es en esta perspectiva donde el paradigma del derecho penal mínimo se revela como la única respuesta racional a la crisis que se está produciendo. Más allá de la inflación de la fórmula y de sus muchas deformaciones¹⁰, «derecho penal mínimo» quiere decir, en efecto, dos cosas: sobre todo, un paradigma meta-teórico de justificación y, al mismo tiempo, de deslegitimación del derecho penal, ya no solamente sobre la base —como en las doctrinas corrientes— del fin de la prevención de los delitos, sino también sobre la base del fin —asegurado por el conjunto de las garantías penales y procesales— de la prevención y minimización de los excesos y de los arbitrios de las

^{10.} Véase, por ejemplo, G. Marinucci y E. Dolcini, «Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità»: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1999), pp. 802-820, y mi respuesta «Sul diritto penale minimo (Risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)»: *Il Foro italiano* CXXV/4 (2000), pp. 126-132. Introduje y formulé una primera definición de la expresión «derecho penal mínimo» en «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), pp. 493-524; R. Bergalli, «El derecho penal mínimo»: *Poder y control* 0 (1986), pp. 25-48. Luego he desarrollado el modelo normativo del derecho penal mínimo, que es uno solo con la teoría del garantismo penal, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], Trotta, Madrid, ⁸2006.

respuestas punitivas¹¹. En segundo lugar, el derecho penal mínimo es un modelo teórico y normativo de legalidad penal, idóneo para realizar ambos fines, gracias a la limitación de la intervención punitiva únicamente para las ofensa más graves a la convivencia civil. Sólo un derecho penal mínimo, dirigido a la prevención únicamente de los delitos más graves, está capacitado para asegurar eficacia y garantías al mismo tiempo, es decir, los dos valores sobre los cuales se basan la legitimidad y la credibilidad tanto del derecho como de la jurisdicción penal.

Bajo ambos aspectos —eficiencia y garantías— la refundación de la estricta legalidad impuesta por el paradigma del derecho penal mínimo representa, por otro lado, la única elección estratégica que es capaz de restaurar una correcta relación entre política y justicia, sobre la base de una rígida actio finium regundorum entre legislación y jurisdicción, que no es otra cosa que la clásica separación de los poderes. En efecto, hay una aparente paradoja en el valor político del principio de estricta legalidad penal. La legislación (y por tanto la política) puede realizar la reserva absoluta de ley en materia penal, es decir, las prerrogativas del parlamento, en tanto y en cuanto no sea solamente condicionante sino que también esté condicionada, o sea, que se subordine a la obligación de la formulación taxativa de los tipos penales. Por su parte, los jueces estarán efectivamente sujetos a la ley en tanto y en cuanto ella les circunscriba, con formulaciones precisas de los tipos penales, los poderes que de otro modo serían absolutos. En suma, sólo respetando la estricta legalidad penal la política puede salvaguardar el propio papel legislativo y reducir la discrecionalidad judicial, vinculando al juez con la sujeción solamente a la ley. A su vez, sólo tal reducción puede impedir, a largo plazo, la sujeción del Ministerio Público al control político y, al mismo tiempo, salvaguardar la separación de los poderes.

5. LA RESERVA DE CÓDIGO

Si todo esto es verdadero, el único remedio a la crisis que se está produciendo es una radical reforma del derecho penal sustancial, que ponga fin a la derivación legislativa, que reporte orden y racionalidad

11. Sobre la teoría del derecho penal mínimo como doctrina de justificación del derecho penal, idónea para fundar —sobre la base de la satisfacción o no de las finalidades de minimización de la violencia de los delitos y de las penas— no sólo justificaciones sino también no justificaciones de este o aquel sistema penal o de esta o aquella norma penal, me remito a «Il diritto penale minimo», cit., y a *Derecho y razón*, cit., cap. VI, pp. 321-349.

al sistema, espacios entre la enorme cantidad de leyes especiales, excepcionales y de ocasión, acumuladas en los decenios pasados, y que restaure las condiciones de la estricta legalidad penal. Creo que una medida que bien podría contribuir a esta reforma es la sustitución, que he propuesto tantas veces¹², de la simple reserva de ley en materia penal por una *reserva de código*, entendiéndose con esta expresión el principio —de rango constitucional— según el cual ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, penas y procesos penales, si no es a través de una modificación o una integración —aprobadas con un procedimiento calificado— del texto del Código penal o del procesal.

Una reserva similar, se recordará, fue prevista por el artículo 129 del proyecto de reforma de la Constitución aprobada por la Comisión bicameral: «Nuevas normas penales son admitidas sólo si modifican el Código penal, o si están contenidas en leyes que disciplinan orgánicamente toda la materia a la cual se refieren»¹³. En esta formulación, la reserva encontraba tres límites: no se refería a las normas procesales; no incluía las leyes orgánicas; no preveía procedimientos legislativos calificados para las modificaciones de los códigos. En todo caso, se trataba de un importante principio innovador, retomado en parte por el proyecto de reforma de la parte general del Código penal, elaborado por la Comisión presidida por Carlo Federico Grosso¹⁴ y finalmente naufragado —lamentablemente— también por el desinterés o, peor aún, por la oposición de la cultura académica y de la magistratura.

Pienso que sólo la introducción de este límite al arbitrio del legislador —no menos «subordinado» que los jueces «subordinados» contra los que Hobbes reivindicó, tres siglos atrás, el límite de la ley— puede hoy poner freno a la actual regresión premoderna del

- 12. He sostenido el principio de la reserva de código en materia penal en «La pena in una società democratica»: *Questione giustizia* 3-4 (1996), pp. 537-538; «Jurisdicción y democracia» [1997], trad. de P. A. Ibáñez: *Jueces para la democracia. Información y debate* 29 (1997); «Crisi della legalità e diritto penale minimo», en *Diritto penale minimo*, ed. de U. Curi y G. Palombarini, Donzelli, Roma, 2002; véase también S. Senese, «La riserva di codice», *ibid.*, pp. 79-98.
 - 13. *Ibid.*, pp. 85-91.
- 14. En el comentario al proyecto de reforma de la Parte General de la Comisión Grosso, el principio es enunciado con el auspicio de que «pueda servir para encaminar hacia una progresiva modificación una situación que ve a una parte consistente de la legislación penal confiada a la casualidad y falta de organicidad de las leyes especiales y al empleo de técnicas incriminatorias poco acordes con la exigencia de una correcta tipificación de los delitos, generalmente dispuesta, además, a abarcar hechos de escasa relevancia».

derecho penal. En efecto, se trataría de una garantía meta-legal dirigida a poner a la misma legalidad penal al reparo de la incontinencia y de la volubilidad del legislador. Basándose en ella, el Código penal v el Código procesal se configurarían como textos normativos exhaustivos y a la vez exclusivos de toda la materia penal, dotados de coherencia interna y de sistematización y, por tanto, de una acrecentada capacidad reguladora, accesibles al ciudadano como criterios de conducta racionales y creíbles. De ello resultaría, además de un incremento de la certeza, también una reducción del área del derecho penal, en forma concordante con su papel de extrema ratio, como técnica de defensa de bienes y derechos fundamentales que de otro modo no podrían ser tutelados. Obviamente, dado que la inflación de la intervención penal no depende sólo de la cantidad, sino también de la calidad de las figuras delictivas —cuya indeterminación amplía de manera indefinida el campo de su aplicación—, un Código penal protegido por la relativa reserva debería satisfacer todos los principios idóneos para garantizar la minimización. En primer lugar, y sobre todo, debería satisfacer el principio de taxatividad, mediante su previsión como regla semántica de formación del lenguaje legal, que imponga al legislador el uso de términos dotados de extensión determinada, de manera tal que sea posible la verificabilidad y la refutabilidad de las hipótesis delictivas. En segundo lugar, debería satisfacer también los principios de la materialidad de la acción y de la ofensividad del caso, en abstracto y en concreto, con vistas a la construcción de un derecho penal de hecho antes que de autor.

Pero está claro que los problemas más importantes se presentarían en la Parte Especial, en lo que se refiere tanto a la cantidad de delitos como a la calidad de las penas. De hecho, no se trataría —según la vieja y fracasada lógica de las leyes de despenalización— de decidir qué es lo que debe ser despenalizado, sino, al contrario, una vez hecha tabla rasa del caos existente, se trataría de decidir qué es lo que debe ser penalizado, es decir, qué ofensas, sobre la base de un repensamiento general del catálogo de los bienes merecedores de tutela penal, está justificado configurar como delitos. En esta perspectiva, la reserva de código ofrecería un criterio ulterior, sumado al principio de ofensividad, para mejorar todo el derecho penal sustancial. Dicha reserva permitiría —gracias a la sistematización y a la coherencia que en consecuencia existirían— la tutela penal de aquellos únicos bienes que no sólo consideramos fundamentales porque son constitucionalmente relevantes, sino que podemos permitirnos considerarlos fundamentales porque su lesión es decentemente tratable con las garantías requeridas por el derecho penal (y efectivamente prevenible a través de él). Bajo el primer aspecto, son emblemáticas todas las contravenciones y delitos penados con penas pecuniarias, los cuales, allí donde no se considere el transformarlos —por su gravedad— en delitos penados más seriamente, señalan de por sí el carácter no fundamental de los bienes tutelados o, al menos, la desproporción de su defensa respecto al complejo sistema de garantías requeridas por una intervención «penal» digna de este nombre. Bajo el segundo aspecto, son en cambio emblemáticas la inefectividad, y por ende la inidoneidad, del instrumento penal —más allá de su inaceptabilidad en el plano ético-político— en materias tales como el aborto, la droga, las fotocopias de libros y similares.

El otro capítulo de una reforma basada en la reserva de código es aquel que se refiere al sistema de las penas. Este sistema debería ser, por un lado, simplificado y, por otro, complicado: en primer lugar, eliminando la vergüenza de la prisión perpetua y, por otra parte, las penas pecuniarias, que siempre corren el riesgo —como escribieran Thomas Hobbes, Pufendorf y Bentham¹⁵— de transformarse en tasas y, por tanto, de desacreditar la seriedad de las leyes; en segundo lugar, reservando la reclusión a los delitos más graves, bajándose su duración a límites de quince o veinte años, a los cuales ya son de hecho reducibles gracias a los beneficios discrecionales, y, finalmente, transformando las actuales medidas alternativas a la pena en penas alternativas irrogadas por el juez¹⁶.

Obviamente, no tendría sentido subestimar los costos y las dificultades de una empresa semejante. Los costos son la renuncia a la tutela de algunos bienes jurídicos o la previsión de una tutela atenuada de ellos, que llevarían a la abolición o a la transformación en ilícitos administrativos de las contravenciones y de los delitos penados con penas pecuniarias, o a la introducción para un mayor número de delitos —sobre todo patrimoniales— de la persecución privada. Pero se trataría de costos más aparentes que reales, compensados amplia-

^{15.} Th. Hobbes, Leviatán, cit., cap. XXVII; S. Pufendorf, De iure naturae et gentium libri octo [1672], Ex officina Knochio-Eslingeriana, Francfort, 1759, lib. VIII, cap. III, §§ 7 y 24; J. Bentham, «Théorie des peines et des récompenses» [1802], en Œuvres de Jérémie Bentham, ed. de É. Dumont, Hauman, Bruxelles, 3.ª ed., liv. I, cap. V, pp. 12-13; íd., «Principes du Code Pénal», 3.ª parte, cap. II, de Traités de législation civile et pénale [1811], en Œuvres I, cit., pp. 156 ss.

^{16.} Me remito a *Derecho y razón*, cit., pp. 410-420; a «La pena in una società democratica», cit., pp. 533-537; a «Quattro proposte di riforma delle pene», en *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, ed. de G. Borrè y G. Palombarini, Angeli, Milano, 1998, pp. 37-50.

mente, además, por el aumento de la certeza de la efectividad y de la tasa de garantismo del sistema. Precisamente, la inflación del derecho penal es responsable de su alto grado de inefectividad que, por lo demás, es tan patológico como providencial. Se ha calculado que si todos los delitos denunciados fuesen descubiertos, la población carcelaria —que hoy es de más de cincuenta mil detenidos— alcanzaría en Italia el medio millón. No es exagerado suponer, como confirmación de lo absurdo del conjunto, que si todos los delitos previstos por las miles de normas penales fuesen comprobados y castigados, desde los delitos de falsificación hasta todas las pequeñas infracciones formales y sin importancia, la mitad de la población italiana estaría en la cárcel o, al menos, sometida a juicio, y la otra mitad estaría destinada a su custodia. En cuanto a la reducción de las garantías que provendría de la transformación de muchos delitos en ilícitos administrativos. no debemos dejarnos encantar por las palabras. La previsión de una ofensa como delito no es ciertamente suficiente para asegurar las garantías de su correcta comprobación, si la intervención sancionadora se produce luego en las formas burocráticas del decreto penal o a través de otras formas alternativas al proceso.

Los verdaderos obstáculos que se oponen a esta reforma son en realidad de carácter político y cultural: las resistencias de los partidos, acompañadas por la indiferencia o, peor aún, por la hostilidad de la cultura penalista. Esta hostilidad no es fácilmente explicable: se va de una desconcertante subestimación del fenómeno de la inflación normativa como una de las causas de la crisis del principio de legalidad¹⁷ a su obvia atribución a la «mala costumbre legislativa»¹⁸, es decir, a un fenómeno que, justamente, la reserva de código estaría

- 17. D. Pulitanò, «Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?»: Il Foro italiano V (1998), pp. 227 ss.: «Cualquiera que sea la importancia de una racional colocación de las normas penales, no están aquí en juego las exigencias de garantía sustancial de la libertad frente a usos arbitrarios de la potestad punitiva [...] Respecto a los principios verdaderamente fundamentales (principio de legalidad, principio de personalidad de la responsabilidad, tendencia reeductiva de la pena), el propuesto aparece francamente como insignificante, no relevante para la definición del diseño constitucional del derecho penal como magna charta de las relaciones entre autoridad y libertad». Por tanto, a Pulitanò le parece insignificante el colapso del principio de estricta legalidad provocado por el caos normativo y la consiguiente imposibilidad de conocer muchas leyes penales, reconocida como «inevitable» y, por ende, «excusable», por la misma Corte constitucional en la sentencia núm. 364 de 1988.
- 18. G. Fiandaca, «La giustizia penale»: *Democrazia e diritto* 1 (1997), p. 337: «Es el caso de señalar que el freno del continuo flujo de normas penales complementarias presupone la superación de una mala costumbre legislativa, que tiene su raíz en actitudes de pereza y, al mismo tiempo, de retraso cultural del legislador, el cual suele recurrir a la sanción penal como a un cómodo 'tapaagujeros', bueno para todos los usos,

LEGALIDAD CIVIL Y LEGALIDAD PENAL

en condiciones de extirpar, e incluso hasta la tesis de la inoportunidad de una constitucionalización del principio¹⁹, como si existiesen otros instrumentos para imponer al legislador ordinario su respeto. Todo esto torna sumamente improbable una reforma semejante. Pero alimenta también el descrédito creciente del derecho y de la jurisdicción penal, favoreciendo a cuantos se aprestan a recoger los frutos de ese descrédito con sus proyectos de supresión del principio de la obligatoriedad de la acción penal y de restricción de la independencia de la magistratura.

que exonera de la difícil búsqueda de instrumentos de intervención más sofisticados y onerosos».

19. D. Pulitanò, «Quali riforme...», cit.; G. Fiandaca, «La giustizia penale», cit. La inoportunidad de una constitucionalización del principio es sostenida también en el comentario de la Comisión Grosso al proyecto de reforma de la Parte General del Código penal, en el cual se teme el «riesgo» de que pueda llegar a «suscitar numerosas cuestiones de constitucionalidad». Contra esta tesis, ciertamente insostenible allí donde la reserva incluyese también las leyes orgánicas, cf. S. Senese, «La riserva di codice», cit., p. 90, quien señala su contradicción con el otro riesgo, subrayado poco antes por el mismo comentario de la Comisión Grosso, de reducir la reserva, si no es incorporada en la Constitución, a «una simple sugerencia dirigida al legislador». El mismo Senese, por otro lado (ibid., p. 97), critica mi propuesta de un procedimiento calificado para la modificación de los códigos, recordando que «entre las objeciones dirigidas a la propuesta menos impactante de la Bicameral, es de resaltar aquella según la cual ella habría obstaculizado una adecuación de la normativa penal a las nuevas exigencias de la sociedad». Pero son justamente estas «adecuaciones», realizadas normalmente por motivos coyunturales, las que la reserva de código tiene el fin de obstaculizar. Ello, sobre el presupuesto de que, evidentemente, las «nuevas exigencias sociales» que, en cambio, justifican nuevas normas penales o procesales son realmente tales sólo si son expresadas ya no por contingentes y volubles mayorías, sino justamente por una mavoría cualificada.

EL «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO» Y LA DISOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. DOS SIGNIFICADOS DE LA FÓRMULA «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO»

En primer término, quiero expresar cierto desasosiego por tener que afrontar el tema propuesto. Tal sentimiento proviene de una sensación: la producida por el hecho mismo de que una fórmula sugestiva, quizá provocadora y a mi juicio escandalosa, como «el derecho penal del enemigo» haya sido puesta en circulación por un jurista prestigioso; que sobre ella se realicen congresos (dos sólo en Italia en este mes); y que en torno a la misma esté creciendo, como inevitablemente sucede en la comunidad de los juristas, una rica literatura¹. Se trata

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

1. La tesis de una diferenciación del derecho penal, a través de la institución de un «derecho penal del enemigo», ha sido promovida por Günter Jakobs, «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19-56; G. Jakobs, «Terroristen als Personen im Recht?»: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 4 (2005), pp. 117-134; id., Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità, ponencia para el seminario celebrado en Trento los días 10-11 de marzo de 2006, sobre «Delitto politico e diritto penale del nemico». Como bien ha señalado M. Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, cit., pp. 59-102, la expresión «derecho penal del enemigo» es una contradicción en los términos, en la que cabe reconocer una variante actualizada de las doctrinas penales del «tipo de autor» y del «enemigo del pueblo». Sobre el «derecho penal del enemigo» se ha formado ya una abundante literatura crítica. Al respecto, pueden verse: M. Donini, Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 53-59; íd., «Il diritto penale di fronte al 'nemico'», en Cassazione penale, pp. 735-777; A. Aponte, Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano. Günter Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad, Temis, Bogotá, 2005; A. Aponte, Guerra y derecho penal del enemigo, Reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo, Ibáñez, Bogotá, 2006; R. Zaffaroni, Buscando al enemigo: de Satán de circunstancias que bastan para otorgar a la misma una ciudadanía teórica, para que, de algún modo, resulte tomada en serio y para dotarla de una apariencia de legitimidad.

He apreciado mucho las ponencias y las intervenciones producidas en este encuentro todas informadas —pienso en la ponencia de Morosini v en las intervenciones de Spataro, D'Andria v Borracetti— en la defensa del derecho penal y de sus garantías, en alternativa a lo lógica de guerra que informa el derecho penal del enemigo. Y pienso, espero, que la magistratura italiana, aunque sólo sea por su independencia v también por la experiencia adquirida en los procesos de terrorismo y de mafia, sabrá resistir a las tendencias a la desjurisdiccionalización (de-giurisdizionalizzazione) del proceso de que ha hablado Francesco Palazzo. Pero ayer hemos escuchado lo que nos decía Vittorio Fanchiotti sobre la que ha llamado desprocesalización (de-processualizzazione) del tratamiento punitivo en los Estados Unidos y en Inglaterra, que ya no tiene nada de «penal» ni de «derecho». Y, por otra parte, conocemos bien la capacidad expansiva y los efectos de contagio y corrupción del imaginario penalista en una doble dirección: en relación con otros países, incluido el nuestro; en relación con los demás sectores del derecho penal —mafia, criminalidad organizada, pedofilia, tráfico de drogas— hasta incluir, en lo que va camino de ser «el imperio del miedo» exportado de los Estados Unidos a todo el planeta, los atentados contra la seguridad provenientes de la pequeña delincuencia callejera y de subsistencia. Ésta, hoy, como ha recordado Massimo Pavarini, representa en los Estados Unidos el verdadero «enemigo» contra el que se ha desencadenado una campaña de criminalización de la pobreza y de encarcelamiento masivo que ha llevado a que la población carcelaria de ese país sea en este momento de 2.500.000 personas.

Ahora es preciso preguntarse: ¿de qué estamos discutiendo cuando hablamos de «derecho penal del enemigo»?, ¿del paradigma del enemigo en el derecho penal? Creo que hay que reconocer con absoluta firmeza que hablamos de un oxímoron, de una contradicción en los términos, que representa, de hecho, la negación del derecho penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado que la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del derecho, del mismo modo que éste es la negación de la guerra.

al derecho penal cool, trad. italiana: «Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool», en *Studi in onore di Giorgio Marinucci* I, ed. de E. Dolcini y C. E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 757-780; F. Resta, «Nemici e criminali. Le logiche del controllo»: *L'Indice penale* 1 (2006), pp. 181-227.

Para decirlo brevemente y haciendo uso de la expresión que da título a un bellísimo *pamphlet* de Raúl Zaffaroni: discutimos *del derecho penal y sus enemigos*². Pues la concepción del terrorista, del delincuente como enemigo tiene capacidad bastante para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa.

Así las cosas, conviene distinguir dos significados, dos usos diversos de esta fórmula: *a*) uno de tipo empírico-*descriptivo*; descriptivo, entiéndase bien, de una perversión del derecho penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas —pienso en las jaulas de Guantánamo o en las torturas de Abu Ghraib— que se cubren con el manto del derecho penal y son, por el contrario, su negación; y *b*) otro significado, podría decirse, de tipo teórico, merced al cual «el derecho penal del enemigo» resulta presentado o recomendado como un nuevo «paradigma», un nuevo «modelo», como tal *normativo*, de derecho penal.

Ahora bien, en la teoría política y en la teoría jurídica no siempre —más bien casi nunca— se distingue analíticamente el estatuto diverso de los dos discursos, descriptivo en un caso, normativo en el otro. Con el resultado de que el uso descriptivo de la fórmula —más que servir de premisa de la crítica de lo que se describe sobre la base de los modelos teóricos y normativos del derecho penal elaborados por una larga y fatigosa tradición de conquistas civiles y democráticas— se transmuta, más o menos conscientemente, en un uso normativo o cuando menos en un uso en función de la legitimación de lo descrito por la fórmula.

Es la falacia realista que lastra buena parte de la filosofía política y jurídica, que cambia lo que acontece por lo que, política o jurídicamente, es justo o legítimo que suceda, ocultando así su carácter ilícito y criminal. Dicho sin rodeos, se trata de la autolegitimación como derecho de las prácticas contrastantes con el modelo normativo del derecho penal, en nombre de la eficiencia. Añadiré que es una falacia a menudo inconsciente. Supongo que si se pregunta a Günter Jakobs si comparte el modelo del derecho penal del enemigo, responderá que se está limitando a describir el fenómeno, destinado, sin embargo, a afirmarse al lado —o incluso a salvarlo— del «derecho penal del ciudadano». Por lo demás, la distinción metalingüística entre «descriptivo» y «prescriptivo» no forma parte de la cultura jurídica y política funcionalista. Recuerdo que una vez,

^{2.} R. Zaffaroni, *El derecho penal y sus enemigos*, texto mecanografiado, de próxima publicación.

hace veinticinco años, en el curso de un debate que tuvo lugar en Palermo, pregunté a Niklas Luhmannn si hacía un uso descriptivo o prescriptivo de su tesis según la cual el individuo es un «subsistema» del sistema social, de manera que los derechos del primero se defienden en función de la conservación del segundo. Me contestó que no entendía el sentido de la pregunta. En buena parte de la cultura filosófica llamada «realista» es todavía un postulado la idea hegeliana de que «lo que es real es racional».

2. EL TERRORISMO PENAL. EL DERECHO PENAL COMO GUERRA, LA GUERRA COMO SANCIÓN PENAL

Comenzaré ahora analizando nuestra fórmula en sentido *descriptivo*. Como suele suceder, en derecho penal nunca se inventa nada nuevo. El esquema del derecho penal del enemigo no es otra cosa que el viejo esquema del «enemigo del pueblo» de estaliniana memoria y, por otra parte, el modelo penal nazi del «tipo normativo de autor» (*Tätertyp*). Y enlaza con una tradición antigua y recurrente de despotismo penal inaugurada con los *crimina maiestatis*. Con la agravante de que aquél se ha perfeccionado mediante su abierta identificación con el esquema de la guerra, que hace del delincuente y del terrorista un enemigo a suprimir y no a juzgar.

El resultado de esta perversión es el modelo del terrorismo penal, o del derecho penal terrorista y criminal, entendido «criminal» como rasgo no de los hechos perseguidos sino del propio «derecho», a causa de las formas abiertamente terroristas que éste sume. Hemos podido escuchar lo que contaba ayer Fanchiotti sobre el *Patriot Act* estadounidense y sobre el modelo Guantánamo: la cancelación del *habeas corpus* para los ciudadanos no americanos, las privaciones de libertad por tiempo ilimitado sin acusación formal, la supresión de las garantías procesales, el establecimiento de tribunales militares especiales, la quiebra de todas las garantías en materia de interceptaciones, registros, detenciones, pruebas.

La manifestación más vergonzosa de este derecho penal criminal, como verdadero *crimen contra la humanidad*, es la tortura, que ha hecho su funesta reaparición en estos años en el tratamiento estadounidense de los llamados «enemigos combatientes» como instrumento para obtener la confesión y, al mismo tiempo, de intimidación general. Es un modelo de tortura en muchos aspectos opuesto al practicado en secreto en las cámaras de seguridad y habitualmente ocultado, negado, dejado de lado e ignorado por la opinión pública. En efecto, su aspecto más torpe es su carácter es-

tratégico, ostensible, codificado en manuales *ad hoc*³, como medio de intimidación y mortificación de las personas y de difusión del terror, con el aval incluso de ilustres penalistas⁴. Sólo así se explican las espantosas fotografías de prisioneros encapuchados, con los brazos abiertos y cables eléctricos pendientes de las manos, arrastrados por el cuello con una correa, o amontonados y fotografiados desnudos y aterrorizados delante de perros azuzados, mientras ríen sus verdugos, evidentemente seguros de la impunidad, o, peor aún, de la legitimidad de sus acciones.

Es el mismo modelo de terrorismo penal, ya experimentado por las dictaduras latinoamericanas de los años sesenta y setenta⁵ en obsequio a la doctrina de la «seguridad nacional», y hoy practicado por los Estados Unidos con los sospechosos de terrorismo, en decenas de prisiones esparcidas por todo el mundo. Su finalidad es sembrar el terror entre todos los que, fundadamente o no, resulten sospechosos de connivencia con el terrorismo y, al mismo tiempo, humillar al enemigo al margen del derecho como no-persona, que no merece la aplicación de las garantías ordinarias del correcto proceso ni las previstas para los prisioneros por el derecho humanitario de guerra.

- 3. Con el título Manuale della tortura, se ha publicado el documento de la CIA que imparte directivas sobre el trato —verdaderas y propias torturas— a que debe someterse a los prisioneros sospechosos de actividades contrarias a la «seguridad» de los Estados Unidos (Manuale della tortura. Il testo finora top-secret uscito dagli archivi USA (1963-1997), Datanews, Roma, 1999). Los mismos comandos del ejército estadounidense han reconocido la muerte de cerca de treinta personas presas en Afganistán y en Irak. Como han declarado algunos ex oficiales de la CIA, entre ellos un ex funcionario de alto nivel, en una entrevista radiofónica a la BBC el 8 de febrero de 2005, los Estados Unidos, después del 11 de septiembre de 2001, han desarrollado una actividad sistemática de secuestros ilegales de sospechosos de terrorismo, transferidos (y a veces desaparecidos) en países del Magreb y de Oriente Medio, donde fueron sometidos a torturas en centros de detención bajo su control (S. Gray, «Decentramento della tortura»: Le Monde Diplomatique 4 [2005], pp. 1 y 8-9). Gran parte de estas prácticas han sido declaradas ilegítimas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sin que esto haya comportado su cese efectivo. Sobre la práctica estadounidense de la tortura en el universo carcelario oculto edificado por la CIA y el Pentágono en diversos países, cf. G. Chiesa, La guerra infinita, Feltrinelli, Milano, 2002, cap. VI; C. Bonini, Guantanamo. USA, viaggio nella prigione del terrore, Einaudi, Torino, 2004, que contiene en un apéndice las ordenanzas y reglamentos que han autorizado estos horrores; Amnesty International, Abu Ghraib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate, Ega, Torino, 2004.
- 4. Recuérdense las tesis de Alan Dershowitz, Why Terrorism Works. Understanding the Threat Responding to the Challenge [2002], trad. italiana: Terrorismo, Carocci, Roma, 2003, pp. 118 ss. y 125 ss.
- 5. Sobre este modelo puede verse S. Senese, «La trasformazione delle strutture giuridiche in America Latina»: *Il Mulino* 246 (1976), pp. 529-553.

Naturalmente, las torturas no aparecen llamadas por su nombre. Se las califica de «abusos», para no admitir oficialmente el crimen.

El acta de nacimiento del derecho penal del enemigo está en la legitimación política de estas prácticas punitivas. En la base de la identificación del terrorista y del criminal como enemigos subyacente a las mismas hay un deslizamiento semántico en función de la autolegitimación; la confusión entre derecho penal y guerra: nada más destructivo del derecho y del Estado de derecho. Esta confusión ha producido una suerte de perversa legitimación cruzada: de la guerra, rehabilitada como instrumento penal de mantenimiento del orden público internacional; del derecho penal del enemigo, a su vez legitimado en sus formas terroristas con la lógica de la guerra.

Esta deformación del significado de las palabras y del sentido común se ha producido sobre todo en la interpretación de los estragos del 11 de septiembre. ¿Fueron éstos un acto de «guerra» o un acto de «terrorismo»? ¿Se trató de una agresión bélica, o no fueron más bien un crimen, un crimen contra la humanidad, que es como siempre se ha calificado a los actos terroristas? Pues las guerras las hacen los Estados, suponen confines y territorios, ejércitos regulares y enemigos ciertos y reconocibles. Los ataques terroristas, por el contrario, pertenecen al género de las emboscadas perpetradas por organizaciones ramificadas y clandestinas.

Está claro que la identificación de aquel acto terrorista como un acto de guerra y no como un crimen elimina la distinción y la asimetría entre derecho v guerra. Hablaré más adelante de los desastrosos efectos de esta confusión a los fines de la lucha contra el terrorismo; lucha que, precisamente, tiene su específica fuente de legitimación en la asimetría entre derecho y guerra, de la que obtiene también su específica capacidad de aislamiento y desarme político del terrorismo. Pero quiero señalar de inmediato los efectos de relegitimación de la guerra como modo de lucha contra el terrorismo y, paradójicamente, del propio terrorismo como guerra, provocados por esta deformación del lenguaje de la política y del derecho. Gracias a esta simplificación maniquea de la política y del lenguaje de la política, bajo la enseña de la dicotomía amigo/enemigo, no sólo la guerra, sino también las violencias ejercidas por los vencedores en los territorios ocupados han sido llamadas «lucha contra el terrorismo»; mientras todo lo que contrasta con los métodos de esta lucha ha sido etiquetado v descalificado como «terrorismo» v como alianza o connivencia con el terrorismo, a su vez acreditado como «guerra».

Es una distorsión del lenguaje que constituye el síntoma amenazante de un posible totalitarismo internacional justificado por una suerte de estado de sitio global y permanente. En efecto, parece que en el momento en que los fenómenos que hemos de entender y afrontar adquieren mayor complejidad, nuestro lenguaje y nuestras categorías, en vez de hacerse a la vez más complejas y diferenciadas, se simplifican y se confunden, hasta su extrema simplificación en la oposición elemental del «Bien» contra el «Mal»: ayer el comunismo, hoy el terrorismo. Por lo demás, la simplificación ha operado siempre como factor de autolegitimación a través de la figura del enemigo: del enemigo exterior, para legitimar la guerra externa, preventiva y virtualmente permanente, y del enemigo interno, sospechoso de connivencias con aquél, para legitimar medidas de emergencia y restrictivas de las libertades fundamentales de todos.

Es el esquema schmittiano de la oposición amigo/enemigo, que se ha impuesto sobre todo en los Estados Unidos. Un esquema, sin embargo, que no es precisamente, como pretendía Schmitt, el paradigma de la política, sino el de la guerra, que es la negación de toda política racional, tanto en las relaciones internacionales como en las internas, donde no por casualidad acaba por secundar, en nombre de la emergencia, la disolución del Estado de derecho, basada en la difusión del miedo y en la demanda de lealtades y de consenso apriorístico a cualesquiera arbitrio y abuso. Con la agravante de que la fórmula no sólo expresa la concepción y el tratamiento del criminal como enemigo, sino también la del enemigo como criminal, privado, en consecuencia, al mismo tiempo, tanto de las garantías procesales del imputado como de las previstas para los prisioneros de guerra por las Convenciones de Ginebra. Dicho sencillamente, expresa la criminalización del enemigo y la militarización de la justicia.

En esta exclusión de los «enemigos combatientes» del derecho — tanto interno como internacional— se manifiesta, en fin, la valencia racista de la fórmula del derecho penal del enemigo tal y como se ha expresado en las leyes americanas y en los horrores de Guantánamo y de Abu Ghraib. La etiqueta «terrorismo», como sinónimo de pulsión homicida irracional, sirve para caracterizar al enemigo como no-humano, no-persona, que no merece ser tratado con los instrumentos del derecho ni con los de la política. Es el vehículo de una nueva antropología de la desigualdad, marcada por el carácter tipológicamente criminal, demencial e inhummano, asociado al enemigo, y, de este modo, también de una nueva y radical asimetría entre «nosotros» y «ellos».

3. EL PARADIGMA DEL ENEMIGO Y LA DISOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL. DERECHO PENAL Y GUERRA

Llego así al segundo significado de la fórmula «derecho penal del enemigo», el de su uso en sentido normativo como nuevo modelo o paradigma del derecho penal. ¿Por qué el «derecho penal del enemigo», en el segundo de los significados aludidos, es una contradicción en los términos, que contradice y, por tanto, niega la idea misma del derecho penal?

Por múltiples razones, todas conectadas con el hecho de que el derecho penal, más bien el derecho tout court, es la negación del enemigo; porque es el instrumento, el medio por el que las relaciones de convivencia pasan del estado salvaje al estado civil v cada uno es reconocido como persona. En este sentido, la pena es la negación de la venganza, del mismo modo que el derecho en general es la negación de la guerra. Recuérdese el paradigma hobbesiano: el derecho es la alternativa al bellum omnium, es decir, a la violencia desregulada de la guerra. Con él se sale del estado de naturaleza y la sociedad salvaje se civiliza, de manera que en la sociedad civil instituida por el derecho va no existen enemigos sino asociados, no guerras sino penas y delitos. Como afirma Hobbes: «un daño infligido a quien es enemigo declarado no puede calificarse de castigo» sino que habrá de ser considerado como «acto de hostilidad»⁶. Por lo demás, este reconocimiento de la antinomia entre derecho y guerra, entre pena y venganza se remonta a los orígenes de la civilidad jurídica, cuando el nacimiento del derecho penal fue representado, en la mitología griega, con la institución del Areópago por Atenea, que puso fin al ciclo de la venganza de la sangre⁷.

Si esto es cierto, el esquema bélico del derecho penal del enemigo contradice radicalmente la idea misma del derecho penal en todos sus elementos y momentos; primeramente, en el modo de concebir el tipo penal, y luego, en la concepción del juicio.

La primera deformación concierne al principio de legalidad en la determinación de lo punible, que aquí ya no es el delito sino el reo, con independencia del delito. La sustancia del principio de legalidad está en la previsión legal como punibles de «tipos de acción» y no de

^{6.} Th. Hobbes, Leviatán, trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, p. 251.

^{7.} Es el momento del tránsito de la justicia privada a la justicia de la ciudad, celebrado en las *Euménides* de Esquilo, e históricamente documentado en la ley de Dracón del año 620 a.C. Al respecto, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], trad. castellana de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, ⁸2006, pp. 333-334.

«tipos de autor»; en castigar «por lo que se hace» y no por «lo que se es»; en identificar las conductas dañosas y no, también, a los sujetos dañosos, más bien tutelados por ese principio en sus diversas y específicas identidades, aunque sean desviadas; en dirigir el juicio a la prueba de los hechos y no la inquisición sobre las personas.

El derecho penal del enemigo invierte este esquema. En él la predeterminación legal y la averiguación judicial del hecho punible ceden el puesto a la identificación del enemigo, que inevitablemente, al no estar mediada por la prueba de actos específicos de enemistad, se resuelve en la identificación, la captura y la condena de los sospechosos. En efecto, el enemigo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace. El presupuesto de la pena no es la realización de un delito, sino una cualidad personal determinada en cada ocasión con criterios puramente potestativos como los de «sospechoso» o «peligroso». Ni sirven pruebas sino diagnosis y prognosis políticas. Y es claro que el esquema puede ampliarse en múltiples direcciones: hacia los pedófilos, los mafiosos, las diversas categorías de marginados sociales; todo invariablemente según la concepción del delincuente político como «enemigo» a suprimir por el interés general, a partir de su identificación extra legem según criterios sustancialistas y por procedimientos inquisitivos. Conforme a este modelo, lo que cuenta es la eficiencia, junto con la idea fácil, propia del sentido común autoritario, de que la justicia debe mirar al reo por detrás del delito, a su peligrosidad detrás de su responsabilidad, a la identidad del enemigo más que a la prueba de sus actos hostiles.

La consecuencia es una segunda deformación que trastoca la naturaleza del juicio penal. En efecto, esta mutación sustancialista y subjetivista del modelo de legalidad bajo la enseña del enemigo produce como resultado la quiebra de todas las garantías procesales. Si el delincuente y el imputado son enemigos, el juez a su vez se convierte en «enemigo del reo», según las palabras de Beccaria⁸, y pierde inevitablemente toda su imparcialidad. El esquema del amigo/enemigo opera aquí en dos direcciones, en la del sujeto y en la del objeto del juicio.

En primer lugar, imprime una connotación partisana tanto a la acusación como al juicio, transformando el proceso en momento de «lucha» contra la criminalidad terrorista o de cualquier modo organizada. El proceso no es el que Beccaria llamaba *«informativo*, esto es, la indagación indiferente del hecho», donde el juez es «un indife-

^{8.} C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 59.

rente indagador de la verdad», sino que se convierte en «un *proceso ofensivo*» en el que «el juez se hace enemigo del reo, de un hombre encadenado..., [y] no busca la verdad del hecho, busca sólo el delito en el encarcelado. Le pone lazos y se cree desairado si no sale con su intento en perjuicio de aquella infalibilidad que el hombre se atribuye en todos sus pensamientos»⁹.

En segundo lugar, el esquema se manifiesta en la alteración del objeto procesal, que se sigue directamente de la que afecta a los tipos penales. Si el presupuesto de la pena está representado por la sustancial personalidad terrorista o mafiosa del autor, más que por hechos delictivos determinados, el proceso deja de ser un procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de acusación para degradarse a técnica de inquisición sobre la persona, es decir, sobre la subjetividad sustancialmente enemiga o amiga tal como se expresa no tanto en delitos cometidos por aquél como en su identidad política o religiosa, en su condición social o cultural, en su ambiente y en su trayectoria vital. En suma, en coherencia con la nueva estructura del proceso como lucha, objeto del juicio no es tanto y sólo si el acusado *ha cometido* un hecho terrorista o en cualquier caso criminal, sino *si él ha sido y si es todavía* un terrorista o un connivente con el terrorismo.

4. LA INEFICACIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. MEDIOS Y FINES PENALES

Llegados a este punto, hay que preguntarse si el nuevo paradigma es siquiera eficaz en la lucha contra el terrorismo. Pues bien, lo que voy a sostener es que el derecho penal, o, mejor, la represión salvaje y desregulada disimulada bajo el noble título de derecho penal, pierde no sólo su legitimidad, sino también su eficacia. Porque pierde su asimetría con el crimen.

Volvamos a la cuestión del lenguaje. ¿Por qué la fundamental importancia de la cuestión de si los atentados del 11 de septiembre eran un crimen o un acto de guerra? ¿Por qué es tan importante que el terrorismo sea considerado fenómeno criminal y no fenómeno bélico? Porque las respuestas que nuestra civilidad jurídica ha previsto y reclama para cada uno de ambos fenómenos son no sólo diversas, sino opuestas. Para repeler o neutralizar un acto de guerra, se responde con la guerra de defensa o con la movilización general contra el Estado agresor. A un crimen, aunque sea gravísimo, se responde

9. Ibid., pp. 58-59.

con el derecho penal, es decir, con la punición de los culpables, que puede ser muy severa; por tanto, no con ejércitos y bombardeos, sino con la policía y, por consiguiente, con el esfuerzo y la capacidad investigadora dirigidos a establecer las responsabilidades y a neutralizar la compleja red de las complicidades que les diera y siga dándoles soporte.

Está claro que los atentados del 11 de septiembre de 2001 no fueron un acto de guerra, puesto que ésta, según la clásica definición de Alberico Gentili, consiste en una *publicorum armorum contentio*¹⁰, es decir, en un conflicto entre Estados y, precisamente, entre ejércitos públicos, es decir, entre fuerzas estatales reconocibles como públicas. Mientras que el terrorismo consiste en una violencia dirigida a sembrar terror entre víctimas inocentes, por obra no ciertamente de una fuerza «pública», sino de organizaciones ocultas, que actúan clandestinamente y están escondidas desde el principio, como hacen siempre los criminales. A esos terribles estragos se ha respondido con la guerra, precisamente porque fueron calificados como actos no sólo terroristas sino de «guerra». Y la guerra ha golpeado, como está en su lógica, a decenas de millares de víctimas inocentes, desencadenando ulteriores odios, violencias y fanatismos.

Entonces, es preciso preguntarse si la respuesta de la guerra, presentada como un signo de firmeza, no ha sido realmente otra cosa que un signo de debilidad y un acto de abdicación de la razón más que del derecho. Si no es, precisamente, la guerra, y con ella la espiral incontenible de la violencia y la derrota del derecho y de la razón, lo que perseguían los terroristas como su principal objetivo estratégico. Si, al contrario, responder con el derecho y no con la guerra no habría sido el modo idóneo de lograr la máxima eficacia y valor simbólico para el aislamiento y la derrota del terrorismo.

En efecto, es evidente que el terrorismo internacional, al consistir en una red de organizaciones clandestinas ramificadas en decenas de países, puede ser afrontado y batido sólo con una red de fuerzas policiales, es decir, con operaciones de policía dirigidas a identificar a los jefes, las estructuras, los financiamientos y las complicidades. Ciertamente, tras los atentados del 11 de septiembre y gracias a la general solidaridad entonces manifestada con los Estados Unidos, habría sido posible una movilización de las policías y de los servicios secretos de medio mundo para capturar a los culpables e identificar las redes de sus acólitos. Sin el clamor y la espectacularidad de la guerra, sino con

^{10.} A. Gentili, *De iure belli libri tres* [1588], ed. de J. Brown Scott, Clarendon Press, Oxford, 1933, lib. I, cap. I, p. 12.

los métodos mucho más eficaces del secreto, la coordinación de las investigaciones, la identificación de las organizaciones terroristas y, obviamente, un empleo de la fuerza dirigido a desarmar a sus componentes y entregarlos a la justicia. Con ello se habría acrecentado a escala mundial la credibilidad de Occidente y de los propios Estados Unidos. Y, sobre estas bases, quizá también hubiera sido posible favorecer la caída pacífica del régimen talibán, que se nutría sobre todo de las ayudas económicas y militares de Pakistán, e incluso del régimen de Sadam Husein. De haber prevalecido la paciencia y la razón, seguramente, hoy el terrorismo estaría bastante más aislado y sería más vulnerable.

En cambio, la guerra, con sus inútiles devastaciones —incluidas las redadas indiscriminadas, las torturas, los secuestros, en definitiva, todo lo que es propio del derecho penal del enemigo—, sólo puede agravar, como gasolina en el fuego, los problemas que pretende resolver. Puede satisfacer la sed de venganza, pero en perjuicio de las víctimas inocentes. Puede galvanizar y movilizar las opiniones públicas y ofrecer así un contingente apoyo a las políticas de excepción de los gobiernos. Pero ciertamente no sirve para golpear a las organizaciones terroristas, sino que, por el contrario, tiene el efecto de reforzarlas alimentando el caldo de cultivo del fanatismo. En efecto, la provocación de la guerra es, precisamente, el objetivo de todo terrorismo, dado que él mismo se propone, simétricamente, como guerra y como tal quiere ser reconocido.

Por eso, la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más asimétrica resulte. Y para ello hace falta que no se lo eleve a la categoría de Estado beligerante y que sus agresiones sean reconocidas como crímenes y no como actos de guerra; que no se le dé respuesta con la lógica primitiva de la guerra y del derecho penal del enemigo, perfectamente simétrica a la del terrorismo, pues también se opone a la lógica del derecho y se provecta inevitablemente sobre personas inocentes. Pues siendo cierto que el terrorismo es un fenómeno político, debe ser entendido y afrontado también, y sobre todo, políticamente. Pero es justo en la asimetría respecto a él convencionalmente establecida por su calificación jurídica como «crimen» donde reside el secreto de su pérdida de fuerza y de su aislamiento y por ello el papel del derecho penal como factor de paz y de civilización, es decir, instrumento del tránsito del estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil. Pues, en fin, el terrorismo es. en todo caso, al igual que la piratería, violencia privada, aunque sea transnacional, y no violencia pública, como lo son en cambio la pena y la intervención de la policía.

Menos aún la guerra y la lógica del amigo/enemigo pueden ser un instrumento de mantenimiento del orden internacional, al modo que aparece concebido en los documentos estratégicos de la administración del presidente George W. Bush¹¹. No es casual que la guerra preventiva al terrorismo se conciba en esos documentos como «infinita». Pues, de modo diverso a lo que sucede con las guerras en sentido propio, que se concluyen siempre con la derrota de uno de los Estados contendientes y por ello con la paz, una guerra preventiva de una violencia privada, como es, precisamente, el terrorismo, es de manera inevitable permanente, v su declaración equivale a provectar una regresión planetaria de las relaciones internacionales al bellum omnium, es decir, a la guerra infinita propia del estado precivil y salvaje: cuando en el ciclo de la violencia todavía no se había interpuesto la intervención asimétrica del derecho como instrumento de civilización de los conflictos, mediante la proscripción como delitos de la venganza y la represalia.

Terrorismo y guerra, en efecto, se alimentan recíprocamente. Ni la guerra podrá nunca derrotar al terrorismo, ni el terrorismo podrá jamás derrotar a la guerra. Si acaso, tienden a asemejarse el uno a la otra como violencias indiscriminadas que golpean y aterrorizan a los inocentes. Solamente la intervención del derecho puede interrumpir la espiral. En efecto, las violencias terroristas —los estragos, asesinatos secuestros, decapitaciones de inocentes— son identificables y reconocibles como crímenes y como tales políticamente degradables y jurídicamente deslegitimables, si los Estados reaccionan frente a ellos con los instrumentos del derecho, es decir, con la determinación de las responsabilidades según las garantías del correcto proceso, y con la aplicación de las penas previstas en la ley. Es en esta asimetría, precisamente asegurada por las formas jurídicas, donde reside, repito, la diferencia, más aún la antinomia y la contraposición, no sólo entre derecho y guerra, sino también entre derecho y terrorismo, y

11. En el *Project for a New Americam Century*, elaborado en 1998 por los principales colaboradores de George W. Bush antes de su elección, se afirma que los Estados Unidos no deberán tolerar nunca potencias industriales o militares concurrentes en la escena internacional. Este proyecto imperial ha sido obsesivamente reafirmado, con tonos de cruzada, en todas las intervenciones públicas del presidente Bush posteriores al 11 de septiembre, en particular en el discurso del 14 de septiembre de 2001, en el que fue declarada la guerra infinita para «liberar al mundo del mal», y en la declaración de la guerra preventiva «de duración indefinible» contenida en el documento estratégico de 17 de septiembre de 2001. Los documentos en los que se expone esta nueva doctrina pueden verse en AA.VV., *De Bush a Bush. La nuova dottrina strategica attraverso i documenti ufficiali (1991-2003)*, La Città del Sole, Reggio Calabria, 2004; G. Mammarella, *Liberali e conservatori. L'America da Nixon a Bush*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

la capacidad de descalificación y neutralización del segundo por obra del primero. Y es en la atenuación de esta asimetría entre Estado y terrorismo, entre la reacción legal a la violencia criminal y la criminalidad misma, donde radica la causa profunda del fracaso de la guerra «preventiva» y del derecho penal del enemigo.

La respuesta de la guerra ilegal y de la represión salvaje, a su vez ambas terroristas, al anular la asimetría entre instituciones públicas y organizaciones terroristas, ha privado a las primeras de su mayor fuerza política, degradándolas al nivel de las segundas o, lo que es lo mismo, elevando a las segundas al nivel de las primeras como Estados enemigos y beligerantes. Es prueba de ello el hecho de que el terrorismo no haya sido debelado por la guerra en Afganistán ni por la emprendida contra Irak, en el curso de las cuales han sobrevivido sus principales jefes y responsables, empezando por Osama Bin Laden. Por el contrario, ha consolidado las bases de consenso y la capacidad de reclutamiento del terrorismo, incrementando la inseguridad y al mismo tiempo el antiamericanismo en todo el mundo.

Es así como la ilicitud de la guerra y del derecho penal del enemigo se ha confirmado como el reflejo de su inidoneidad como «medio» respecto de cualquier fin presentado como su «justa causa». Esta irracional incongruencia no es casual. Es la trágica confirmación del nexo indisoluble que liga derecho y razón, legalidad y seguridad, medios y fines, formas y sustancia de los instrumentos, incluso coercitivos, de tutela de los débiles frente a la ley del más fuerte.

5. FUNDAMENTALISMO OCCIDENTAL. La alternativa del derecho y de la razón

En la base de esta pérdida de la razón en la respuesta al terrorismo hay una regresión ideal y cultural de las sociedades occidentales, alimentada por el miedo al diverso y a la vez interpretada y secundada, como fácil base del consenso, por los gobiernos, por la mayoría de las fuerzas políticas y de los medios de comunicación. Gran parte de la opinión pública de los países ricos vive la globalización y sus efectos —las inmigraciones clandestinas masivas, la competencia de las producciones de los países pobres, el empobrecimiento de las clases medias y marginales y el espectáculo mismo de la miseria, el hambre y las enfermedades de los que es víctima gran parte de la población mundial— como un atentado y una amenaza permanente a la propia seguridad, a la propia identidad, a los propios niveles de bienestar.

De aquí el desarrollo, tanto en los Estados Unidos como en Europa, de movimientos racistas y xenófobos, que han redescubierto

una antropología de la desigualdad fundada en la objetivación de las culturas y de las comunidades locales como entidades naturales, orgánicas, unitarias y monolíticas, y en la demonización de las culturas extranjeras y diversas. De aquí también la opción por la violencia y por la exclusión, bajo la enseña de la oposición amigo/enemigo, y consecuentemente por la demolición de las libertades fundamentales mismas como precio necesario de una ilusoria seguridad. Es el imperio del miedo, construido en los Estados Unidos, según la hipótesis de Benjamin Barber¹², que podría expandirse a escala global.

Es en este terreno, más que en ningún otro, donde se mide la tendencial degeneración fundamentalista de las democracias occidentales, debida a su incapacidad de pacífica convivencia con el resto del mundo. Una degeneración que contradice la laicidad de las instituciones y cuyo síntoma más elocuente es el paradigma del enemigo. La guerra actual, como se ha visto, ha asumido connotaciones terroristas, configurándose cada vez más abiertamente como exterminio de masas que golpea sobre todo a las poblaciones inermes. Su inmoralidad y su ilegalidad son por ello tan radicales que en estos años ha podido ser relanzada, tras su solemne repudio como «flagelo» en la Carta de las Naciones Unidas y de muchas constituciones nacionales, solamente para derrotar al enemigo como mal absoluto en nombre de una moral a su vez absoluta, signo de un nuevo fundamentalismo, opuesto pero simétrico al que anima al terrorismo. Bajo este aspecto, la impresión es que se está asistiendo a un retorno a las viejas guerras de religión. No es casual que a esta visión maniquea —el choque de civilizaciones del que ha hablado Samuel Huntington— contribuya la contraposición al fundamentalismo islámico de la religión cristiana —relanzada en estos años como factor de la identidad occidental— y no los principios del laicismo y la tolerancia.

De aquí las reiteradas apelaciones a Dios de los «teo-cons» americanos y los insostenibles oxímorons con los que ha sido re-exhumada y rebautizada la antigua categoría de la *guerra justa*, ahora «guerra ética», «humanitaria», «en defensa de los derechos humanos», como en Kosovo, o de la «seguridad internacional», de la democracia y hasta

^{12.} B. R. Barber, Ferar's Empire. War, Terrorism an Democracy [2003], trad. italiana, L'impero della paura. Potenza e impotenza dell'America nel nuovo millennio, Einaudi, Torino, 2004. Véase también R. Falk, «El eclipse de los derechos humanos», en L. Bimbi (ed.), No en mi nombre. Guerra y derecho, Trotta, Madrid, 2003, pp. 73-87. Sobre el papel de la desinformación y de las falsificaciones, promovidas por los aparatos de los servicios secretos y amplificadas por los media, en la construcción del miedo por el terrorismo, véase el documentado estudio de C. Bonini y G. D'Avanzo Il mercato della paura. La guerra al terrorismo islamico nel grande inganno italiano, Einaudi, Torino, 2006.

de la paz, como en Irak. Por otra parte, a la auto-identificación con el Bien en la lucha contra el Mal se asocian otros dos rasgos característicos del fundamentalismo: la idea ético-cognoscitivista según la cual el Bien es también la Verdad, que por eso no tolera dudas y disensos, y a la vez el principio de que el fin justifica los medios, incluida paradójicamente la mentira, como ha sucedido con la falsa acusación de colusión con el terrorismo y posesión de armas de destrucción masiva, dirigida contra el régimen iraquí, en apoyo de la última guerra. Es, pues, evidente que las apelaciones ético-religiosas a los valores de Occidente y a la lucha del Bien contra el Mal sirven eficazmente para cubrir los verdaderos intereses en juego: los de una economía depredadora y, por otra parte, de un poder militar y político que no tolera reglas, límites ni controles.

Naturalmente, la pretensión de encarnar el bien y la verdad contra el mal tiene por efecto la incomprensión de la realidad del terrorismo, obstaculizada por una representación simplificada y maniquea del mismo. Expresiones genéricas como «terrorismo» y «yihad islámica mundial» han asumido en el lenguaje político significados indeterminados, idóneos para agregar las formas más diversas de fanatismo, originadas en contextos y momentos diversos —religiosos, nacionalistas o simplemente políticos—, y al mismo tiempo cualquier forma de resistencia y de oposición. Pero, precisamente, esta imprecisión del lenguaje, que une fenómenos heterogéneos bajo una misma etiqueta, genera el riesgo de favorecer la alianza entre los diversos terrorismos y al mismo tiempo impedir, con la simplificación maniquea, cualquier conocimiento del fenómeno que se pretende combatir. Todo el mudo árabe o al menos sus manifestaciones políticas de rechazo a Occidente resultan así identificadas con el islam, asumido al mismo tiempo como el caldo de cultivo del terrorismo. A su vez el fenómeno terrorista aparece representado como una entidad unitaria —al Qaeda, con un único jefe, Osama Bin Laden— detrás de la cual estaría en cada ocasión un Estado diverso al que agredir y destruir: ayer Afganistán, después Irak, mañana Irán. Obviamente, estas imágenes no tienen nada que ver con la realidad. El terrorismo islámico está formado por grupos diversos y dispares, difundidos de distintas maneras en Irak, Chechenia, Egipto, Indonesia y Europa: a veces relacionados entre sí, pero cada uno con su historia, identidad y motivaciones diferentes, que sólo los bombardeos y los carros armados, y por otra parte la pobreza y la ignorancia, pueden hacer confluir bajo la enseña de un odio generalizado a Occidente. Se trata de un fenómeno que debería ser afrontado no con la guerra, sino, a corto plazo, con investigaciones policiales diferenciadas, y promoviendo el desarrollo económico y cultural a largo plazo. En suma, si el fin del terrorismo es la guerra y sus armas son el miedo, el chantaje a las democracias y el ofuscamiento de sus principios y valores, hay que reconocer que es lo que se está realizando, gracias a la respuesta americana de la guerra, la exclusión de las Naciones Unidas, las torturas y la represión salvaje informadas en la idea del enemigo. La estrategia militar de los Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo se ha revelado trágicamente fallida. Dos guerras contra otros tantos Estados, cuando las organizaciones terroristas consisten en variadas redes clandestinas compuestas de individuos sin rostro, han tenido el único efecto de secundar al terrorismo, degradar nuestras democracias, acrecentar la inseguridad y reducir las libertades civiles.

Hay más: gracias a esta confusión entre guerra y punición, se está produciendo una regresión al estado de naturaleza de la entera convivencia internacional. Ya que las nuevas guerras son «preventivas» y a la vez «infinitas», en el sentido de que son castigos ejemplares infligidos a aquellos Estados a los que en cada ocasión se etiqueta de «Estados canallas». Cumplen la misma función del uso terrorista del derecho penal en un ordenamiento despótico. El instrumento es la fuerza de las armas en función represiva, además de preventiva. El mensaje es la falta de límites y de rémoras. El criterio no sólo es el mantenimiento del orden global sino la venganza —dos guerras, en Afganistán y en Irak, tras los atentados de las *Twin Towers*— en el sentido primitivo de venganza de la sangre que golpea al grupo contrario, incluido el inocente.

Frente a estos procesos, el cometido de la cultura jurídica y de la jurisdicción es restablecer la radical asimetría entre derecho y crimen, instituciones y terrorismo, imputados y enemigos. En efecto, la razón jurídica del Estado de derecho no conoce enemigos y amigos. sino sólo culpables e inocentes. No admite excepciones a las reglas sino como hecho extra- o anti-jurídico, dado que las reglas —si se toman en serio como reglas, y no como simples técnicas— no pueden plegarse a conveniencia según la ocasión. Y en la jurisdicción el fin no justifica nunca los medios, dado que los medios, o sea las reglas y las formas, son las garantías de verdad y libertad, y como tales tienen valor para los momentos difíciles tanto más que para los fáciles: mientras el fin no es el éxito sobre el enemigo en todo caso, sino la verdad procesal obtenida sólo en el respeto de aquéllas y que padece gravemente cuando se las quebranta. Contraponer al desafío del terrorismo la alternativa del derecho y de la razón es esencial para salvaguardar no sólo los principios de garantía del correcto proceso sino también el futuro de la democracia.

CRISIS DE LA LEGALIDAD Y DERECHO PENAL MÍNIMO

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO PENAL MÍNIMO?

La expresión «derecho penal mínimo» se ha convertido en estos años en una fórmula trillada, tan abundante como malinterpretada y deformada. Quizá éste es el destino que, más allá de la generación de teorías, todas las fórmulas —con frecuencia demasiado ignoradas—tienen a sus espaldas. En este caso, sin embargo, el uso y abuso de la fórmula llega a deformar su significado, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Por un lado, la idea misma de un «derecho penal mínimo» como proyecto normativo para repensar y cambiar por completo el derecho penal ha encontrado el descontento de una parte de los estudiosos del derecho penal hasta ahora fieles al método técnico-jurídico de Arturo Rocco y de Vincenzo Manzini, y, por tanto, se aleja de toda reflexión sobre la dimensión axiológica y ético-política del derecho penal. Lo grave es que algunos penalistas llegan a distorsionar increíblemente su significado hasta presentarla, en contraste con lo que he escrito siempre, como una propuesta restringida sólo a los derechos individuales correspondientes a los bienes jurídicos merecedores de tutela. Por otro lado, en cambio, la expresión ha sido compartida por muchos exponentes políticos y de gobierno que, sin embargo, la han utilizado casi siempre para encubrir políticas represivas de derecho penal máximo.

Es por tanto oportuno, frente a estas deformaciones e incomprensiones, precisar de inmediato qué se entiende por «derecho penal mínimo», aunque sea sólo porque soy personalmente responsable de la

Traducción de Rodrigo Brito Melgarejo.

introducción de esta expresión. Entendemos con ella, de acuerdo con la tradición ilustrada, esencialmente dos cosas: sobre todo un paradigma meta-teórico de justificación del derecho penal y, en segundo lugar, un modelo teórico y normativo de derecho penal.

Como paradigma meta-teórico, la expresión «derecho penal mínimo» designa una doctrina que justifica el derecho penal si y sólo si puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales, y la prevención y minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

Como modelo normativo de derecho penal, la expresión designa el sistema adecuado de garantías —penales y procesales— para satisfacer estos dos fines, o sea, el racionalizar prohibiciones, penas y procesos encaminándolos a la doble tutela de los bienes y de los derechos fundamentales: de los pertenecientes a los sujetos perjudicados en los delitos y los de los imputados, así como, posteriormente, de los detenidos, contra el arbitrio policiaco y judicial y contra los excesos y los abusos de las autoridades penitenciarias. Por esto he definido también el derecho penal mínimo como la ley del más débil contra la ley del más fuerte que estaría en vigor en su ausencia, como aquella que protege al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el momento de la ejecución penal es el detenido. Es también evidente que se trata de un modelo normativo —que nunca se ha llevado a cabo perfectamente pero que es realizable— respecto al cual existe siempre una distorsión más o menos amplia de la realidad. Podemos incluso afirmar que su grado de efectividad equivale al grado de garantismo de un sistema penal.

2. UNA POLÍTICA DE DERECHO PENAL MÁXIMO. LA CUESTIÓN «SEGURIDAD»

Se entiende que el «derecho penal mínimo», así concebido, sea también un programa reformador: de reforma y reconstrucción racional completa del sistema penal, procesal y penitenciario en función de la tutela de los bienes y derechos fundamentales que bien podemos identificar como aquellos sancionados en la Constitución republicana. Hemos trazado las líneas de este programa hasta el aburrimiento. Lo hemos hecho, por ejemplo, en un congreso que se celebró del 24 al 26 de enero de 1991 en Abano, en el cual, recuerdo, desarrollé una

ponencia titulada *Por un programa de derecho penal mínimo*. Lo hace también en esta ocasión Gianfranco Viglietta, que vuelve a tomar el título de aquel congreso: *Represión penal y alternativas de tutela: un programa de derecho penal mínimo*.

Sin embargo, ninguno de los puntos de aquel programa, debemos mencionarlo, se ha llevado a cabo hasta ahora, ni siquiera por los gobiernos de centro-izquierda, cuya política de la justicia ha sido decepcionante como nunca. Ciertamente, una importante reforma ha sido, antes que nada, la introducción en la Constitución de la garantía del contradictorio en la formación de la prueba, pero que respondió a la inestabilidad del proceso acusatorio producido por la contrarreforma de 1992 y que desde entonces no ha sido saneada. Pero ninguno de los males estructurales que aquejan la justicia penal ha sido afrontado seriamente. No hemos sido capaces ni siquiera de aprobar la eliminación de la cadena perpetua, que hubiese sido al menos una señal simple y elemental de voluntad reformadora de tipo progresista.

Por el contrario, ha continuado la crisis inflacionaria del derecho penal, no digamos a causa de una consciente política de signo coherentemente regresivo, sino de una ausencia, de un vacío casi total de política, o sea, de la falta de capacidad de proyección e innovación. Este vacío ha sido colmado por el acostumbrado estado de excepción, que se ha expresado en una serie de intervenciones coyunturales, oscilantes, esquizofrénicas —siempre de derecho penal máximo— cuya sola continuidad puede ser encontrada en la constante subalternidad de la mayoría de centro-izquierda o en los diversos desafíos corporativos, incluidos aquellos del orden judicial y los esfuerzos demagógicos de las diversas derechas.

El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica es, como siempre, el de la seguridad, que no por casualidad se ha convertido en uno de los temas centrales de la última campaña electoral. Todos sabemos que la criminalidad ha disminuido en estos años y que nuestras ciudades están entre las más seguras del mundo; que el número de homicidios, de riñas y de actos de violencia contra las personas en relación con la población ha caído respecto a algunos decenios atrás y, más aún, respecto al siglo pasado; que incluso los delitos contra el patrimonio, como los robos y los «tirones» en la calle, han disminuido, aunque se haya reducido su cifra negra, dado que casi todos se denuncian, si no por otra cosa, porque la denuncia es requerida por las aseguradoras y para la renovación de documentos. No obstante, todas las calles y las plazas de nuestro país están cubiertas de manifiestos electorales alarmantes

de Berlusconi y Rutelli* que prometen mayor seguridad contra la delincuencia que existe en las calles.

Los manifiestos y eslóganes electorales son prácticamente idénticos. Pero los de Rutelli son más graves porque son autolesivos. En la campaña de la derecha hay una lógica política. Más allá del viejo reflejo autoritario, propio de todas las derechas, los manifiestos lanzan dos mensajes precisos, que sería interés de todos, y no sólo de la izquierda, descifrar y contrastar.

El primer mensaje es exageradamente clasista, además de estar en sintonía con los intereses personales de Berlusconi y de todos los que, como él, han tenido que ver con la justicia penal. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que es necesario prevenir y perseguir, es únicamente la que ocurre en las calles o la que se da por razones de subsistencia. No se castigan las infracciones de los «caballeros» —la corrupción, los balances falsos, los fondos negros y ocultos, los fraudes fiscales o el lavado de dinero— perseguidos notoriamente en estos años por una magistratura «sometida a los comunistas», sino únicamente los «tirones» de bolsos, los asaltos, los robos de coches, los que se dan en los apartamentos y el pequeño tráfico de drogas cometidos por los inmigrantes y por los desempleados, sujetos marginados identificados hoy con las que alguna vez se llamaron las «clases peligrosas». Ésta es una operación de gran alcance que pretende una modificación del sentido del derecho como jamás se experimentó en la historia de nuestro país, dado que ni siquiera Rocco y Manzini pensaron iamás que la corrupción y el peculado fueran delitos menos graves que el robo o un tirón de bolso. En suma, el imaginario colectivo sobre la marginación y el sentido común del derecho penal que se deforma por esta propaganda constituyen el preludio de una reforma del derecho penal sobre las medidas de la empresa, que implica que la justicia penal deje de perseguir a las «personas de bien» y se ocupe únicamente de los delitos que atentan contra su «seguridad».

El segundo mensaje no es menos grave. Se dirige al cambio, en el sentido común, del significado mismo de la palabra «seguridad». «Seguridad» ya no quiere decir «seguridad social», esto es, garantía de la satisfacción de los derechos sociales. No significa seguridad en materia de trabajo, salud, previsión, asistencia o supervivencia. Quie-

^{*} Francesco Rutelli, quien fuera alcalde de Roma y líder de la coalición «El Olivo», se enfrentó en las elecciones generales de 2001 en Italia a Silvio Berlusconi, líder de la «Casa de las Libertades», para decidir quién estaría al frente del gobierno italiano. [N. del T.]

re decir, únicamente, «seguridad pública», reducida a la forma del orden público de policía, en lugar de la que se refiere al Estado social. Y esto es así no porque la seguridad social se haya logrado, sino, por el contrario, porque la movilización contra el marginado, el diferente —preferiblemente extra-comunitario— funciona como pasatiempo v al mismo tiempo ofrece satisfacción al sentimiento difuso de inseguridad social generado, más que por la crisis de la política y de los viejos lazos de solidaridad, por la reducción de las garantías de derecho del trabajo y del Estado social. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente las inseguridades, las frustraciones y las tensiones sociales no resueltas. Esto tiene un doble efecto regresivo. Por un lado, la identificación engañosa, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, de manera que sea casi posible que la intervención penal pueda producir mágicamente una reducción de los delitos que se producen en las calles y que, en lugar de políticas penales, requerirían políticas sociales, y más que políticas de exclusión, requerirían políticas de inclusión. Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, tanto de las políticas sociales dirigidas a atacar las causas estructurales de este tipo de desviación como de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que agravar las penas.

Obviamente el tema de la seguridad no puede ser ignorado ni subestimado. Sin embargo, son precisamente la campaña alarmista sobre éste, e incluso en mayor medida la campaña publicitaria con que ha sido últimamente lanzada esa maraña de normas calificada de «paquete de seguridad», las que agravan los problemas impidiendo toda propuesta racional por dos razones relacionadas con la demanda de seguridad y con la respuesta tendente a satisfacerla.

La primera razón tiene que ver con los fines de esta campaña. Existe una gran diferencia entre la realidad de la delincuencia urbana—que como todos saben ha disminuido— y su percepción y representación; entre la disminución de la inseguridad objetiva en nuestras ciudades y el crecimiento de la inseguridad subjetiva, es decir, del miedo a causa de la alarma cotidiana que ofrecen la prensa y la televisión a cada suceso. Ahora, ¿cuál debería ser la tarea de la política frente a estas diferencias?, ¿favorecerlas buscando demagógicamente el beneplácito de la opinión pública o solamente reducirlas, evitando acreditar la idea de una creciente inseguridad con una legislación que se haga su intérprete? Nos planteamos este interrogante porque el miedo no disminuye, si acaso se incrementa, a través de leyes inútiles y pregonadas como anuncios electorales. El agravamiento de las

penas, al producirse como respuestas simbólicas y de excepción ante la necesidad de seguridad, termina por alimentar la inseguridad, así como por acrecentar y alterar la demanda de seguridad y los impulsos represivos presentes en la sociedad. En este círculo vicioso hay obviamente una enorme responsabilidad de los medios de comunicación, por la continua conversión de la criminalidad en espectáculo, y de la respuesta penal, tanto legislativa como judicial. Pero el resultado es precisamente el crecimiento del miedo y, al mismo tiempo, una regresión política y cultural que se manifiesta en la percepción del marginado como potencial enemigo de la sociedad, como fuente oscura de peligros y, por tanto, en la crisis de los lazos sociales sobre los cuales se fundan la convivencia civil y los principales antídotos a la criminalidad misma.

La segunda razón es la absoluta inadecuación de los medios propagandísticos. El agravamiento de las penas presentado o anunciado no tiene, como bien sabemos, ningún efecto disuasorio. Existe un principio teórico elemental, confirmado por la experiencia, sobre la capacidad de prevención del derecho penal. El efecto disuasorio de las penas y de su agravamiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de observancia de las normas violadas, máxime para delitos como el homicidio, la violencia hacia las personas, la corrupción y los delitos de poder, mientras que es nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la toxicodependencia o a la marginación. En cuanto es una delincuencia originada por la pobreza, por la inseguridad de las condiciones de vida o peor aún por la necesidad de la droga, la delincuencia en las calles no es seriamente prevenible con las penas, que aun cuando sean severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente la respuesta penal es necesaria, si no por otra cosa, al menos para evitar, como ha sucedido, las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarle a ella, en vez de a políticas dirigidas a reducir las causas de la delincuencia haciendo crecer la seguridad social, la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual. Al contrario, toda su ineficacia tiene solamente el efecto de acrecentar la molestia y la desconfianza para con el derecho y las instituciones.

Por tanto, los «paquetes de seguridad» son tan inútiles en razón de las dimensiones objetivas del fenómeno que pretenden evitar como dañosas en relación con su percepción subjetiva: o sea, del sentido de inseguridad y temor que ellos mismos acreditan y alimentan. Ciertamente es más fácil emitir leyes represivas que echar mano de las políticas sociales o al menos abstenerse —en lo que hace a la previsión, instrucción, seguridad en el trabajo, hospitalidad e integración de los

inmigrantes— de las políticas antisociales. Pero para los fines de la seguridad, estas leyes no sirven absolutamente para nada. Su sola explicación racional, ahora cándidamente admitida por sus creadores, es desgraciadamente su popularidad: al menos si por «racional» se entiende cualquier política aunque sea irracional respecto a los fines declarados, pero capaz de conseguir consensos.

Pero la seguridad no es el único terreno sobre el cual se ha desarrollado en estos años la expansión del derecho penal. Más allá de los homenajes ceremoniales al derecho penal mínimo, se han producido al final de esta legislatura normas que contrastan con todos los principios garantistas del derecho penal mínimo, desde el principio de ofensividad hasta el de proporcionalidad. Me limito a recordar dos de las leyes diseñadas: la llamada ley *antidoping*, que sanciona con penas desproporcionadas incluso al atleta que ingiere sustancias nocivas, violando de esta forma el clásico principio de la no punibilidad de los actos que se cometen contra uno mismo, y, aún más grave, la ley que protege los derechos de autor —un regalo a la industria editorial cuyo máximo exponente es Berlusconi—, que sanciona con una pena de seis meses a tres años la fotocopia de libros completos o la reproducción de *cd-roms*.

3. LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como vemos, se sigue con la deriva inflacionista del derecho penal. Actualmente se cuentan por millares las leyes penales de nuestro país: leyes de excepción, de emergencia, de ocasión, emanadas como emblema de una permanente emergencia y dirigidas prevalentemente a conjurar los problemas con su valor simbólico y propagandístico. En la general ineficiencia de los controles extrapenales, por otra parte, no existe una ley importante que no tenga su codicilo penal. Al punto que la Corte constitucional se vio obligada a la declaración de bancarrota del derecho penal, como la he llamado muchas veces, que se dio por la sentencia núm. 364 de 1988, con la cual archivó como irreal el principio clásico de la no excusabilidad de la *ignorantia legis* en materia penal.

El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, que se desarrolla fuera de todo diseño racional y a través del cual han entrado en crisis todos los clásicos principios garantistas y de legitimación: el principio de taxatividad, y con él la certeza del derecho penal y el nexo entre pena y delito; el principio de ofensividad y de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal,

la centralidad de las actuaciones y el papel del proceso como instrumento para comprobar los hechos en lugar de su función como instrumento para la penalización preventiva, y la misma eficiencia de la maquinaria judicial, ignorada por una infinidad de procesos de papel inútiles y costosos, cuyo efecto es oscurecer el límite entre lo lícito y lo ilícito y sustraer tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas siempre con más frecuencia a esa forma de amnistía subrepticia que es la prescripción.

Afortunadamente la mayor parte de este inútil derecho penal burocrático sigue siendo ineficaz. Si por casualidad todos los delitos denunciados fueran perseguidos y comprobados, es probable que la población carcelaria se decuplicaría. Y no es aventurado suponer que si todos los delitos cometidos (incluidos, por ejemplo, los pequeños delitos sin importancia de falsedad, al firmar o declarar, cometidos cotidianamente en la administración pública) fueran denunciados y comprobados, la mitad de la población italiana estaría bajo proceso o recluida, y la otra mitad estaría destinada a desarrollar funciones policiales y penitenciarias. Por esta razón, el alto grado de ineficiencia de la maquinaria judicial es providencial. Pero está claro que un derecho penal afligido por la gigantesca cifra negra de delitos no perseguidos, por un lado, como ha dicho Gaetano Insolera, se impone como una pesada hipoteca sobre las libertades de los ciudadanos, a los que se les tiene como rehenes del peligro de la incriminación, y, por otro lado, esta cifra negra es un factor de descrédito en conjunto, que termina por ofuscar en el sentido común el límite entre lo lícito y lo ilícito y con achacar a las pequeñas prácticas ilegales —y en gran parte inevitables— la verdadera criminalidad, lesiva de derechos y bienes fundamentales.

Existe también un segundo efecto no menos devastador: el colapso del principio de legalidad y con esto de la capacidad regulativa de la ley, es decir, de la *artificial reason* que Thomas Hobbes contrapone a la *«iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados» de su tiempo. Por el principio de legalidad penal están desfalleciendo todas las funciones políticas sobre las cuales se basa el Estado de derecho. Estas funciones son esencialmente tres: 1) asegurar sobre todo la *certeza del derecho*, que está representada por la garantía de igualdad frente a la ley, por la libertad del ciudadano frente a los castigos arbitrarios e, incluso antes de estas garantías, por el conocimiento y la credibilidad en el sistema penal; 2) asegurar la *sujeción del juez a la ley*, que es garantía de la inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces y, al mismo tiempo, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de poderes, y 3) asegurar la *primacía*

de la legislación, y por tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y consecuentemente en la exacta configuración como delitos de las lesiones que éstos sufran.

Por tanto, hoy día estas tres funciones son afectadas, más allá de la inflación de las leves de la que he hablado recientemente, por la crisis tanto de las garantías penales como de las procesales. Está en crisis, ante todo, la garantía penal de la taxatividad o determinación semántica de los tipos penales, a causa del desorden del lenguaie de la lev. Las leves penales especiales se confeccionan ahora en términos cada vez más vagos y polisémicos, con artículos que abarcan páginas enteras, con intrincados laberintos normativos, aporías y contradicciones. El proceso penal, a su vez, ha sido deformado, más que por la disparidad entre la parte acusadora y la defensa, por todos aquellos mecanismos de deflación judicial —ritos alternativos, pactos o decisiones prioritarias dentro de los procesos— que han roto el nexo entre pena, prueba y delito. Con esto se han dado espacios ilimitados a la discrecionalidad de los jueces y en mayor medida a la de los ministerios públicos, que frustran, además de la sujeción de los primeros a la ley, la obligatoriedad de la acción penal que realizan los segundos, privando a la jurisdicción de sus principales fuentes de legitimación.

La responsable de la crisis es, sobre todo, obviamente, la política, que ha sido siempre en esta materia una política coyuntural, incapaz de leer los cambios sociales y capaz solamente de un uso demagógico del derecho penal como subrogación simbólica de su incapacidad para afrontar los fenómenos —de la droga a la inmigración—, si no eliminándolos, con su penalización. El derecho penal sustancial, por otro lado, ha sido tratado hasta ahora —tanto por la política como por la cultura jurídica— como una especie de mundo natural. Todas las reformas más importantes que se han realizado en estos años han incidido en el proceso o en la ejecución, dejando intacto y extendiendo incluso más allá del límite el sistema de los delitos y de las penas. Más que modificar este sistema, se ha preferido, para disminuir los delitos y mitigar las penas, intervenir de raíz, deformando el proceso penal con negociaciones, o bien vendo cuesta abajo, reduciendo las penas con medidas alternativas confiadas a la discrecionalidad de la autoridad carcelaria.

Pero la responsabilidad es también de la magistratura, que en estos años se ha opuesto a cualquier reforma que tenga que ver con el derecho penal mínimo y ha deteriorado el principio de estrecha legalidad exagerando en la interpretación de los casos concretos. La responsabilidad es también de la cultura penal, que asiste pasivamente a

lo simple del derecho penal, oscilando entre la lamentable renuncia y la aceptación realista y disfrazando de «científico» y «desencantado» su papel contemplativo de lo existente y con ello su ineptitud y connivencia. Ésta es la vieja y aún dominante corriente técnico-científica, inspirada en la idea anti-ilustrada de que el derecho es un mundo natural, independiente de nuestras teorías y de la renuncia al papel normativo, crítico y proyectivo de la ciencia penal que fue propio de la Escuela clásica de Beccaria a Carrara.

En resumen, nos encontramos en un círculo vicioso. Se ha resquebrajado la relación entre cultura jurídica, legislación y jurisdicción. La cultura jurídica ha perdido su función de guía y orientación en relación con la legislación y la jurisdicción, viniendo a menos su autoridad científica, su capacidad de realizar formulaciones sistemáticas, de solucionar técnicamente los problemas, y también la firmeza en sus principios, antes que ningún otro, del principio de estricta legalidad penal. Esto, sin hablar de la capacidad de proyección teórica, que ha desaparecido —y ésta es la primera razón de su pérdida de autoridad— precisamente a causa de la mezcla de llano tecnicismo jurídico y de desencanto «realista» y «posmoderno» en el que se abriga gran parte de la moderna cultura penal. La legislación, que no tiene el soporte de la cultura jurídica y que más bien recibe un tácito aval de sus inclinaciones realistas, ha perdido totalmente su racionalidad y coherencia y ha acentuado el caos normativo volviendo aún más difícil la función de sistematización del jurista. La jurisdicción, a través de la cual han crecido enormemente la relevancia política v la función de defensa de la legalidad, ha redescubierto vocaciones antigarantistas y autoritarias que jamás se extinguieron en las prácticas inquisitorias, pero también en la defensa de lo existente y en la oposición a gran parte de las tímidas reformas garantistas.

4. POR UN PROGRAMA DE DERECHO PENAL MÍNIMO. LA RESERVA DE CÓDIGO

Frente a la gravedad de la crisis a la que nos referimos —que corre el riesgo de arrasar con la credibilidad en el derecho y la jurisdicción penal— la única respuesta racional es precisamente la refundación por completo del sistema penal, tendente a restaurar la eficiencia y las garantías que hemos expresado con el modelo normativo del derecho penal mínimo. Me limitaré, al respecto, a dos simples observaciones que he desarrollado en varias ocasiones y que son tan obvias como de hecho ignoradas.

La primera observación es que la crisis del principio de legalidad generada por la inflación legislativa, cargando a la maquinaria judicial de una cantidad de procesos que no es posible llevar a cabo, está convirtiéndose ahora en el principal factor de ineficiencia, privándo-la de los procesos para los actos mayormente lesivos de bienes fundamentales. Bajo este aspecto, como es evidente, un derecho penal mínimo es por definición más eficiente que un derecho penal máximo. Solamente un derecho penal mínimo que tenga como fin único la prevención y castigo sólo de las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil estará en posibilidad de afrontar estas formas de criminalidad, asegurando al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea, los dos valores en los que se basan la legitimidad y la credibilidad tanto del derecho como de la jurisdicción penal.

La segunda observación es que las garantías requeridas por el modelo normativo del derecho penal mínimo no son solamente garantías contra el arbitrio, sino también garantías contra el error; no son sólo garantías de inmunidad para el ciudadano, sino también garantías de verdad, cuya ausencia o violación produce costos de injusticia inaceptables además de contrarios a las finalidades preventivas del derecho penal que son aseguradas, evidentemente, por la correcta comprobación de las responsabilidades penales y no por la eficiencia represiva de los aparatos judiciales. Más en general, la restauración de las garantías es la primera condición para restituir la credibilidad en el derecho y al mismo tiempo en la jurisdicción penal.

No me detendré en la gran cantidad de propuestas en que se articula el programa de derecho penal mínimo y que he ilustrado muchas veces: la explícita introducción, si es posible en la Constitución, del principio de ofensividad tanto en abstracto como en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como elemento constitutivo del delito; la extensión de la querella de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las contravenciones y de todos los delitos que se castigan con simples penas pecuniarias; la eliminación de la vergonzante cadena perpetua, la disminución de los máximos legales de las penas de detención y la introducción de penas alternativas a la reclusión, y, finalmente, la restauración del proceso acusatorio diversamente utilizado en todos estos años.

Existe, sin embargo, una reforma de la que quiero subrayar, una vez más, tanto su viabilidad como su importancia: el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, que debe introducirse a nivel constitucional, según el cual

ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, de penas y de procesos penales si no es a través de una modificación, o una integración que se apruebe con procedimientos agravados, del texto del Código penal o procesal. Un principio análogo, se recordará, fue introducido en el esbozo de la propuesta de reforma constitucional aprobada por la Comisión bicameral, pero que no preveía aún procedimientos agravados para modificar el Código y ampliaba esta reserva también a las leyes orgánicas. Y ha sido, incluso con estos mismos límites, introducido en el proyecto de reforma aprobado por la Comisión presidida por Carlo Federico Grosso.

Insisto en el valor que tendría una innovación similar. No se trataría simplemente de una reforma de los códigos. Se trataría de una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una metagarantía contra el abuso de la legislación especial y excepcional. La racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la «iuris prudentia o sabiduría de jueces desordenados» propia del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación de legisladores más desordenados aún, cuyo valor es exactamente el de reproducir, a través del aumento de la discrecionalidad en la práctica jurídica, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo del derecho premoderno. Frente a esta regresión premoderna del derecho penal no basta una simple reforma del Código penal, que no se ha logrado realizar en cincuenta años de historia republicana. En vez de esto es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para desarrollar los Códigos penal y procesal —conceptos de la cultura ilustrada como sistemas normativos relativamente simples y claros para tutela de la libertad de los ciudadanos contra el arbitrio de aquellos que Hobbes llamó los «jueces desordenados»—, que han estado al amparo del arbitrio y de la volubilidad de los modernos legisladores «desordenados».

El Código penal y el procesal se convertirían así en textos normativos exhaustivos y al mismo tiempo exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad debería hacerse cargo siempre el legislador. No se aumentaría la capacidad regulativa en relación con los ciudadanos y los jueces. La drástica despenalización que le seguiría —comenzando por el derecho penal burocrático que está formado por el cúmulo de delitos hoy castigados como contravenciones o con simples penas pecuniarias—sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y del nivel de garantismo del sistema.

Sólo la refundación de la legalidad inducida por la total recodificación del derecho penal —acompañada por la restauración de todos

los principios garantistas, comenzando por el de la taxatividad de los tipos penales v de su ofensividad hacia bienes v derechos fundamentales— puede restaurar una correcta relación entre legislación y jurisdicción sobre la base de una rígida actio finium regundorum. Esto se daría, de hecho, con aparente paradoja en tanto la legislación, y por ende la política, puede asegurar la división de poderes y la sujeción del juez a la lev y en consecuencia llevar a cabo la prerrogativa constitucional de la reserva absoluta de ley, en cuanto el legislador sepa hacer su trabajo, que es el de producir leyes respetando las garantías —primordialmente la de estricta legalidad— idóneas para limitar y vincular la jurisdicción, lo que equivale a decir que la ley puede ser efectivamente condicionante en tanto sea también jurídicamente condicionada. Y el hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada no le quita valor. El hecho de que todo esto fuera válido dos siglos atrás, cuando la codificación hizo posible el paso del arbitrio de los jueces propio del viejo derecho jurisprudencial al Estado de derecho, no lo hace menos válido hoy que la inflación legislativa ha hecho prácticamente regresar el sistema penal a la incertidumbre del derecho premoderno.

Desgraciadamente no podemos hacernos muchas ilusiones. Y sin embargo tampoco podemos permitirnos ser pesimistas. Es verdad que en el estado actual, a causa de la falta de sensibilidad de la política y de la cultura jurídica, una refundación racional del derecho penal parece sumamente improbable. Pero improbable no quiere decir imposible. No debemos confundir —si no queremos ocultar la responsabilidad de (nuestra) política y de (nuestra) cultura iurídica inercia y realismo, descalificando como «irreal» o «utópico» aquello que simplemente no queremos o no sabemos hacer. Por el contrario, debemos admitir que todos —legisladores, jueces y juristas— somos responsables de la crisis actual; que el pesimismo «realista» y el desencanto resignado y «posmoderno», del que en estos años se complace una parte de la cultura penal, corresponden a peticiones de principio que se comprueban por sí mismas; y que, sobre todo, de la superación de la inercia provectiva que aflige de esta forma a la política y la cultura jurídica depende el futuro no sólo del derecho penal, sino también del Estado de derecho y de la democracia misma.

TERCERA PARTE

TRES DESARROLLOS DEL PARADIGMA GARANTISTA

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROPIEDAD PRIVADA. UNA PROPUESTA NO UTÓPICA

1. DERECHO DE INFORMACIÓN Y MERCADO

La ley Gasparri, aprobada por el parlamento italiano como una medida urgente para evitar una sentencia de la Corte constitucional, es la culminación del Corpus iuris ad personam de Silvio Berlusconi. Con esta legislación se resuelve finalmente la añeja cuestión del conflicto de intereses con una total inclinación a favor de los intereses privados del presidente del Consiglio sobre los intereses públicos y generales. De hecho es muy probable que la decisión de devolver la ley a las Cámaras para una nueva discusión no cambie la sustancia de las cosas. Por el contrario, todo indica la aprobación de un «decreto-ley» por «necesidad y urgencia», tal como lo establece el artículo 77 de la Constitución italiana, que sólo se explica por la necesidad y urgencia que tiene Silvio Berlusconi para habilitarse a sí mismo a incumplir una decisión de la Corte constitucional que lo obliga a transferir a la frecuencia vía satélite una de sus tres redes de televisión. Lo que queda completamente claro es que esta mayoría parlamentaria se ha propuesto un objetivo aún peor que la administración de los intereses privados de su líder: está procurando la privatización de la esfera pública, mediante la reducción del parlamento a una suerte de despacho legal destinado a la defensa de los procesos penales y de los intereses patrimoniales del primer ministro.

Por si fuera poco, en materia de prensa y televisión la privatización de la esfera pública se materializa en la apropiación de la libertad de información. Ésta es la novedad de la que debemos hacernos cargo. La ley Gasparri, más allá de sancionar y profundizar el pseudo

Traducción de Pedro Salazar Ugarte.

monopolio televisivo, por su talante descarado ha logrado evidenciar una cuestión totalmente ignorada por el debate político pero que debe ser atendida y discutida como una cuestión prejudicial. Ciertamente esta lev provocó un rechazo unánime de la oposición v del mundo del periodismo, italiano e internacional. Sin embargo, las protestas y la intervención del presidente Ciampi, como ya había sucedido con la sentencia de la Corte, centraron sus argumentos esencialmente en la concentración de los medios de información en las manos del primer ministro: en el hecho de que esa concentración viola la libre competencia entre los medios y, consecuentemente, el pluralismo informativo. Para enfrentar este acto vergonzoso se apela únicamente a la ley del mercado (del mercado de la información y del consenso político, que, a su vez, es gobernado por el mercado de la publicidad): como si la libertad de información sólo fuera un corolario de la ley del mercado y del principio de libre competencia. Cuando, en realidad, es la ley del mercado la que condiciona, sin provocar escándalo alguno, toda la actuación de los medios de información: las reglas de la producción —las ganancias por la publicidad, la precaución de no provocar exigencias de indemnización— son las que dictan los límites y las condiciones de la libre manifestación del pensamiento.

Sobre esta concepción de las libertades fundamentales y sobre la idea de democracia que la respalda es sobre lo que debemos interrogarnos. ¿La libertad de información es una variable dependiente del mercado o se trata de un principio y un derecho fundamental de la Constitución republicana?, ¿el Estado y el mercado, los poderes políticos y los poderes económicos se encuentran limitados por este derecho constitucional o, por el contrario, pueden disponer de dicho derecho discrecionalmente hasta controlar y limitar su ejercicio?, ¿la defensa de esta libertad fundamental para la democracia pasa (solamente) a través de la reivindicación del pluralismo de los propietarios de los medios de información o debe garantizarse como un valor que es un fin en sí mismo?, ¿se trata únicamente de antitrust o también y en primer lugar de un problema autónomo de libertad y de democracia? Resumiendo: ¿la libertad de prensa y de información se identifica con la propiedad de los periódicos y de las televisiones o es una cosa distinta que debe estar por encima de ella en lugar de subordinarse a la misma?

Digamos, para aclarar los términos del problema, que la libertad de información incluye dos derechos distintos que no tienen nada que ver con la propiedad: por un lado, la libertad *de* manifestación del pensamiento y el derecho *de* información; por el otro, el derecho

a la información (el derecho a recibir información veraz y lo menos manipulada posible). El primer derecho es un derecho individual de libertad que consiste en la inmunidad ante prohibiciones o censuras o discriminaciones: el segundo es un derecho social que consiste en la expectativa de recibir informaciones veraces, lo más completas posibles v que no se encuentren deformadas por condicionamientos que respondan a intereses concretos. Uno es un derecho de los que quieren expresar opiniones y difundir informaciones y es esencial para el carácter liberal de un sistema político; el otro es un derecho de todos los ciudadanos y constituve otro presupuesto fundamental de la democracia. La garantía de uno consiste en la prohibición de prohibir o, como sea, de limitar la información. La garantía del otro consiste en la obligación de informar correctamente y, a su vez, se encuentra garantizada por la pluralidad, pero, sobre todo, por la independencia política y económica de quienes expresan opiniones y producen informaciones. Los dos derechos —libertad de información y derecho a la información— pueden ser suspendidos o suprimidos de dos formas: mediante la represión (es decir, prohibiendo la manifestación y la difusión de opiniones); o, bien, apropiándose de los medios de información. El primero es el método de los regímenes abiertamente autoritarios. El segundo es el método que actualmente experimentamos y que consiste en la concentración económica y el control político de los medios de comunicación: se trata de un método que no necesariamente excluye el primero, como lo demuestra la censura de Biagi v Santoro, Luttazzi v Guzzanti*.

2. LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE INFORMACIÓN

Comienzo analizando el primero de estos derechos. Como sabemos, históricamente, primero se afirmó la libertad de conciencia, después la libertad de palabra, después la libertad de imprenta. Ese mismo desarrollo fue el que tuvieron la represión y la limitación de las libertades. En las experiencias autoritarias y totalitarias se reprimió la conciencia o, cuando menos, mediante la censura y los delitos de opinión, la libertad de imprenta. Actualmente, en la sociedad de mer-

^{*} Biagi y Santoro son dos periodistas políticos que se caracterizan por su postura abiertamente crítica hacia Silvio Berlusconi. Luttazzi y Guzzanti son comediantes políticos, también considerablemente críticos con el *premier* y abiertamente simpatizantes con la izquierda. Los cuatro fueron, con mayor o menor descaro, excluidos de las diferentes redes televisivas en cuanto Berlusconi asumió el poder. [*N. del T.*]

cado, la libertad de pensamiento y de imprenta se asumen como un hecho. A nadie se le prohíbe hablar o editar periódicos, siempre que la disponibilidad financiera y el mercado lo permitan. Y, sin embargo, la represión y la discriminación, la censura y la autocensura, el control de las opiniones y de las informaciones pasan a través de la propiedad de los medios de información. Gracias a ella, el pensamiento, la opinión, la información, se convierten en «mercancías» cuya producción se vincula a la propiedad del medio de información y a las inserciones publicitarias: por lo tanto son bienes patrimoniales, en vez de derechos fundamentales.

Aquí se manifiesta, en toda su evidencia, el equívoco teórico que está detrás de la concepción paleoliberal o liberista de la libertad de manifestación del pensamiento: la confusión conceptual entre libertad de información y propiedad privada de los medios de información. Es una confusión que ignora la asimetría estructural entre la primera, que es una libertad fundamental de todos, y la segunda, que es un derecho patrimonial y al mismo tiempo un poder que, como todo poder, en la lógica del Estado de derecho, debería sujetarse a la ley y en particular a los derechos de libertad constitucionalmente establecidos. No se trata solamente de dos derechos estructuralmente diferentes, uno fundamental y el otro patrimonial, uno que pertenece a todos y el otro *excludendi alios*. Se trata de dos derechos que están en conflicto entre sí porque la propiedad devora literalmente la libertad y la reduce a la libertad de los propietarios. De hecho, en condiciones de monopolio, a la libertad *del* propietario.

Con la televisión y sus formas de concentración y de homologación emergió una aporía que ya estaba presente en la prensa. Un poder —el poder empresarial— se impone y coincide con un derecho de libertad, la libertad de imprenta, de opinión y de información y, de esta forma, lo engloba y lo aplasta. Los derechos de libertad, en lugar de limitar el poder, terminan limitados. El fenómeno estaba relativamente circunscrito cuando la información se difundía únicamente por los periódicos y no se encontraba condicionada por el mercado y por la publicidad. Las empresas periodísticas, al menos en tendencia, eran empresas meramente editoriales, cuya competencia coincidía en términos generales con la competencia entre las ideas y por la calidad de la información. En los hechos, y no sólo en Italia, la dependencia de la publicidad (que obviamente prefiere el medio televisivo), los procesos de concentración y la relación cada vez más estrecha entre información y poderes políticos están sofocando el pluralismo y, junto con éste, la libertad de información misma. En Italia, por si fuera poco, debido a la concentración de los medios en las manos del partido gobernante y de su *leader*, el derecho a la información y, junto con éste, la dialéctica democrática están desapareciendo.

3. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DEMOCRACIA

De esta forma llegamos al segundo derecho incluido en la noción de derecho de información. Si es verdad que la confusión entre libertad y propiedad aplasta el derecho de información en cuanto libertad (es decir, en el primero de los significados que le otorgué anteriormente), el derecho de los ciudadanos a la información (que a su vez es una precondición de la democracia política) está igualmente amenazado.

Hay una segunda confusión que actualmente se ha materializado: entre información y poder político. La concentración de la propiedad de los medios de información no sólo equivale a un poder
privado —el poder del propietario— capaz de limitar la libertad de
expresión (el derecho de información en su primer significado). También es un poder político, probablemente el poder político más eficaz
e insidioso, que se utiliza para promover intereses de parte mediante
la desinformación y la propaganda. Por otro lado, la televisión, antes
que los periódicos que lleguen a los lectores, es cada vez más un lugar
público, caracterizado por su capacidad de intromisión y de invasión
en la esfera privada. Se trata de una parte relevante, quizá de la más
relevante, de la esfera pública, como ha sido descrita por Habermas,
decisiva para la formación del consenso y del sentido común y para
la construcción del imaginario político y social.

Lo que está sucediendo es que el poder político y la esfera pública, en virtud de su apropiación por parte de los poderes económicos privados, también se están convirtiendo en mercancías del mercado, y lo mismo vale para las ideas y para las informaciones. Y este mercado, por el entramado y la sinergia inevitable que existe entre dinero, información y política —dinero y propiedad para hacer información, información para hacer política, política para hacer información, información para hacer dinero y aumentar las propiedades, y así sucesivamente—, tiende inevitablemente a la concentración monopolista y al monopolio político-privado.

Así la televisión se configura como el principal problema actual de la democracia. No solamente en Italia. Como han demostrado Giancarlo Aresta y Giuseppe Giulietti, el fenómeno es global y se manifiesta en la expansión constante de los actuales imperios mediáticos, en la información homologada y homologante que éstos

imponen a nivel mundial, en la rígida alianza entre éstos y los poderes gubernamentales. En la Rusia de Putin, éste ha puesto las manos sobre una gran parte de los medios de información mediante el control de la Gasprom, la compañía de gas estatal, y la neutralización de casi todos los opositores. En Estados Unidos, la antigua libertad de imprenta, un verdadero cuarto poder, y el viejo pluralismo de la información se han convertido, en muy poco tiempo, en no mucho más que un recuerdo. Buena parte de la información periodística y radio-televisiva se encuentra va en manos de cinco grandes corporations. Y el panorama está destinado a agravarse gracias a una lev aprobada por el Congreso que permite a las entidades radiotelevisivas comprar más emisoras, hasta llegar a un límite del 45% (va no del 35%) de la audiencia: un regalo para Rupert Murdoch, propietario de la Federal Communication Commision presidida por Michael Powel, hijo del secretario de Estado Colin, como compensación por el apoyo de su imperio televisivo a la guerra de Bush.

El conflicto de intereses —que bien podríamos llamar confusión de intereses y de poderes, o mejor aún indiscutible dominio de los intereses privados sobre los intereses públicos— está convirtiéndose en una dimensión general y global de las democracias actuales, que puede hacer inútiles tanto el carácter liberal como la forma representativa: al disminuir la información libre y, al mismo tiempo, debilitar la separación entre política y negocios, entre esfera pública e intereses privados, que es el presupuesto elemental de la representación política que encarna a la generalidad de los ciudadanos y a los intereses generales. Cuando la titularidad de los intereses económicos y los poderes del gobierno coinciden en las manos de una misma persona se corre el riesgo de que todo el entramado institucional del Estado de derecho y de la democracia política sufra una regresión a formas neo-absolutistas y patrimoniales de tipo premoderno.

Precisamente esto es lo que ha sucedido en Italia con la transformación en fuerza política del imperio televisivo, editorial y publicitario de Silvio Berlusconi. Sin importar quién sea su titular, una concentración de este tipo siempre será alarmante porque un poder político (además de económico) condiciona y limita fuertemente la libertad de información, de crítica y de disenso y, con ella, el derecho a recibir informaciones exentas de manipulación. Pero se convierte en apropiación privada de la democracia cuando se moviliza en la construcción de un partido de masa con las técnicas de la publicidad y, posteriormente, una vez conquistado el poder y junto con éste el control de la televisión pública, en el apoyo incondicional a favor

no de un grupo político ni de un sistema de intereses económicos y sociales sino directamente de los intereses privados de su propietario, que, de esta forma, se convierte en primer ministro.

4. ¿QUÉ GARANTÍAS?

Naturalmente, es absurdo esperar que estos procesos degenerativos se frenen durante esta legislatura. La ley Gasparri será seguramente promulgada. También es probable que cualquier pronunciamiento de la Corte constitucional, en caso de que se emita, sea nuevamente esquivado. El rasgo específico de esta mayoría parlamentaria y de su jefe es, precisamente, la falta de límites, de mesura y de decencia. La única esperanza que nos queda es que la indecencia y la voracidad de estos gobernantes desborden la elevadísima capacidad de aguante del electorado. Pero ni siquiera esto es seguro. El monopolio privado v político de los medios de comunicación no produce solamente una limitación del pluralismo y de la libertad de opinión y de información. También produce un abatimiento de las conciencias y una corrupción de la sociedad. La discriminación y la neutralización de los que no se doblegan viene acompañada por la corrupción de todos aquellos —periodistas y dirigentes, administradores y programadores— que aceptan hacerlo, autocensurándose, adaptándose, llegando de algún modo a compromisos. Y, sobre todo, se acompaña con el debilitamiento del espíritu público: por ignorancia, por desinformación, por indiferencia, por resignación, por conveniencia.

Precisamente por ello es urgente abrir un debate público sobre la relación entre propiedad de los medios, libertad de información, derecho a la misma y poderes del gobierno. Dicho debate podría orientar la iniciativa reformadora de un prometedor gobierno de centro-izquierda verdaderamente preocupado por el futuro de la democracia. Naturalmente, no existen soluciones fáciles. Pero ningún problema de garantías es, al menos en principio, irresoluble: salvo que califiquemos como utópico todo lo que, por interés o por falta de voluntad, no queremos llevar a cabo. Lo cierto es que una reforma digna de este nombre deberá ser radicalmente alternativa no solamente a la ley Gasparri sino también a la legislación actual, que fue trazada e hipotecada, desde los tiempos de Bettino Craxi, por el imperio berlusconiano.

Si reconocemos que la propiedad de los medios de información es un poder al mismo tiempo económico y político, debemos someterlo por lo menos a dos reglas que provienen de la tradición teórica del Estado de derecho. De lo contrario se convertirá en un poder absolutista. La primera regla es el sometimiento a la ley: a los vínculos y límites tendientes a garantizar la libertad de información en los dos sentidos arriba identificados. La segunda regla es la separación de poderes, que es la vieja receta de Montesquieu de la que no puede quedar exento este «cuarto poder», que tradicionalmente ha sido identificado con la prensa, para que realmente sea «cuarto», es decir, independiente de los poderes políticos y económicos.

Las dos reglas son igualmente esenciales para tutelar la libertad de información en el primero de los significados propuestos. La principal garantía de esa libertad radica en su separación e independencia de la propiedad; son tan esenciales para la información como, para el poder judicial, su independencia y separación del poder ejecutivo. Si es cierto que el derecho de información es devorado por su confusión con la propiedad, entonces la solución radica en separar estos dos derechos invirtiendo su relación actual: sometiendo el poder empresarial de los grupos periodísticos y televisivos, públicos y privados a los límites y vínculos que derivan de la independencia de la libertad de prensa y de información.

Obviamente no se trata de una operación sencilla. Y, sin embargo, un eventual estatuto de los derechos de la información podría servir para reducir e incluso para neutralizar el poder de la propiedad con múltiples garantías: desde la elección de los directores de los medios por los miembros de las redacciones hasta la institucionalización —junto con las medidas antitrust— de autoridades de garantía independientes, específicamente orientadas a la tutela de la libertad de los periodistas y de la autonomía de las redacciones; desde la prohibición de los despidos arbitrarios, las discriminaciones y las censuras hasta la creación de fondos públicos libres de cualquier control patronal. Actualmente, en Italia existe una Autoridad para las garantías de las comunicaciones (el antiguo «Garante de los editores»), que es nombrada por el parlamento, tiene funciones básicamente técnicas y, en realidad, en virtud de un decreto legislativo (núm. 259, de 2003) es controlada por el gobierno. El reto está en transformarla en una verdadera autoridad independiente, con poderes efectivos de vigilancia y de tutela de las libertades de manifestación del pensamiento y de la independencia de la información, integrada, para garantizar su propia independencia, por miembros que no sean designados por el poder político sino elegidos (al menos en su mayoría) por las federaciones de periodistas y las asociaciones de los usuarios.

No es menos importante la garantía del segundo de los derechos que hemos identificado: el derecho de los ciudadanos a la información. Naturalmente, una primera garantía radica en prohibir la concentración de los propietarios. Pero de una manera mucho más rígida que la prevista por las leves actuales. Simplemente debería prohibirse a los inversores, nacionales o extranieros, la propiedad privada de más de un periódico o de una red de televisión. Ésta es la única forma para asegurar un verdadero pluralismo y una efectiva diferenciación de los medios de información. Si la función de los medios de información es la de aportar informaciones, críticas y opiniones en un espacio de debate público, no queda claro por qué no bastaría con la propiedad de un solo medio. Tampoco se entiende por qué la mayoría de los recursos invertidos por los propietarios se destina a comprar a los competidores con la finalidad de controlarlos y neutralizarlos en lugar de reforzar el medio de su propiedad, aumentando su calidad y difusión. De hecho, a las empresas industriales ordinarias les está prohibido1 el «abuso de posiciones dominantes sobre el mercado común» y, en materia de empresas periodísticas y televisivas, está vetada² la «formación de posiciones dominantes». Por lo que hace a las economías de escala para crear la infraestructura que requiere la información televisiva (redes, cables, radio-frecuencias, satélites y similares) y que se utilizan como argumento para justificar las concentraciones, bien podrían delegarse a la administración pública (como las redes viales) o, incluso, como se está experimentando en Alemania, a consorcios formados por todas las empresas.

Gracias a la vigilancia de la autoridad de garantía se reconocería a las televisiones, tanto a las públicas como a las privadas, el carácter de espacio público que tienen en la práctica. De esta forma quedaría garantizado su carácter de contra-poderes, de instrumentos de información, de crítica y de control sobre el poder, libres de censuras y discriminaciones internas y de constricciones impuestas desde fuera. Para impedir que la información y la calidad de los servicios dependan de la publicidad, podría introducirse una medida que es, al mismo tiempo, simple y eficaz: la previsión de una financiación pública adecuada y/o espacios reservados a la publicidad. Una medida de esta naturaleza permitiría separar con claridad las televisiones comerciales de las de información.

- 1. Según el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea.
- 2. Según lo disponen la sentencia 420 de 1994 de la Corte constitucional y el artículo 2 de la ley 249 de 1997, que, hasta ahora, han sido burdamente violados y que serán suprimidos por la ley Gasparri.

Finalmente se reforzaría el servicio público con una política diametralmente opuesta a la de las privatizaciones. Existe una norma en nuestra Constitución, el artículo 43, que parecería estar diseñada para nuestro problema, aunque fue escrita cuando todavía no existía la televisión:

La ley, por razones de interés público, mediante expropiación e indemnización, puede reservar originalmente o transferir al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas relacionadas con servicios públicos esenciales o con fuentes de energía o con situaciones de monopolio y que tengan un carácter de interés general.

¿Qué otro «servicio público» es más esencial y tiene un mayor «carácter de interés general» que el que se ha convertido en la arena pública de nuestros días en la sede más visible, más concurrida, más entrometida y más decisiva para el debate público y la formación del consenso? No olvidemos que a partir de esta norma y durante décadas, la Corte constitucional sostuvo la legitimidad del monopolio estatal en el servicio radiotelevisivo a escala nacional. La «reserva al Estado» de dicho servicio, según afirmó la Corte en la sentencia núm. 148, de 21 de julio de 1981, se justifica «en virtud del fin de utilidad general constituido por la necesidad de evitar la concentración de la emisión radiotelevisiva en monopolios y oligopolios privados». Y agrega con visión de largo plazo:

El supuesto aumento de la disponibilidad de frecuencias no constituye un elemento determinante para excluir el peligro de oligopolios privados, dado que una serie de factores de orden económico, valiéndose del progreso de la tecnología, mantiene vivo el riesgo de una concentración oligopólica a través de la interconexión y de los muchos otros mecanismos de conexión que actualmente existen para las transmisiones televisivas.

Obviamente, no se trata de restablecer el monopolio estatal en nuestros días, sino simplemente de evitar el monopolio privado que la Corte tenía hace veinte años. Tampoco se trata de reducir ni de desalentar a las televisiones privadas sino que, por el contrario, se trata de garantizar su libre competencia, logrando un verdadero pluralismo, como complemento de una televisión pública fuerte. Por otro lado, precisamente porque se trata de un «servicio público» destinado a un «fin de interés general», podríamos emancipar a la televisión pública de su dependencia de la publicidad, convirtién-

dola en una televisión básicamente no comercial que, para sostenerse, dependa del pago de un impuesto*. Asimismo es evidente que el principio de la separación y del equilibrio de los poderes exigiría una administración de la televisión pública que no siga en manos de un órgano nombrado por la mayoría política sino de una institución de integración mixta (tal como sucede con las demás instituciones de garantía prevista por la Constitución) y que garantice tanto el pluralismo político como la independencia de los periodistas.

Garantizar la separación entre la administración de la información y la propiedad; instituir autoridades de garantía orientadas a la tutela de la libertad de prensa y de información; impedir toda clase de concentración de la propiedad; excluir los controles patronales o políticos; lograr que todos puedan acceder a los medios; favorecer con financiaciones adecuadas a las televisiones no comerciales creando, además, infraestructuras comunes; afirmar el carácter objetivamente «público» de la televisión y ampliar el espacio de la televisión pública son solamente algunas de las reformas posibles para hacer frente al peligro inminente del «Gran Hermano». Por desgracia, probablemente, no se hará nada, ni siquiera Berlusconi perderá las elecciones. Pero, al menos, tengamos conciencia de la dimensión dramática del problema. Nuevamente están en juego las libertades fundamentales y la democracia.

^{*} El autor hace referencia al pago del *canone*, que es una especie de «impuesto» muy común en Europa que debe ser pagado exclusivamente por aquellos ciudadanos que desean recibir la señal de la televisión pública en sus casas. [*N. del T.*]

EL FUTURO DEL ESTADO SOCIAL Y LA RENTA MÍNIMA GARANTIZADA

1. UN NUEVO BLOQUE SOCIAL

Del Estado de bienestar italiano eran conocidos desde hace tiempo su carácter asistencial y clientelar, la pesadez burocrática, los costos, los derroches y las ineficiencias. Las investigaciones de *Mani Pulite* sin embargo han superado toda imaginación sociológica, revelando además su carácter estructuralmente ilegal. *Tangentopoli* se ha convertido, tras ellas, en el nombre apropiado de nuestro Estado social de no-derecho y de nuestra economía corrupta, edificados en los últimos decenios gracias a la apropiación de las instituciones por parte de los partidos, a la fuerte y difusa radicación social de la corrupción, a la ausencia de responsabilidad política y de recambio de la clase en el gobierno y a su sistemática impunidad e inmovilidad.

Se comprende entonces cómo un descubrimiento similar haya generado una crisis de rechazo y consecuentemente la quiebra del viejo sistema político. La victoria de las derechas en las recientes elecciones parece sin embargo el resultado de dos paradojas convergentes. Por un lado los poderes fuertes y los espesos intereses económicos, que fueron los máximos beneficiarios de *Tangentopoli*, han salido al descubierto, reorganizándose y proponiéndose directamente, sin más mediaciones políticas, como fuerza de gobierno. Por otro lado, la base clientelar de los viejos partidos de gobierno, que en *Tangentopoli* había igualmente prosperado, ha encontrado en esos poderes fuertes una nueva representación y legitimación, optando directamente por ella y por las listas pos-fascistas con ella aliadas. En suma, se ha produ-

Traducción de Miguel Carbonell.

cido un nuevo bloque social, bajo la insignia de *lobbies* empresariales del Norte y viejas clientelas del Sur, unos y otras presentándose como «nuevos». Los intereses mezclados con la política, que habían sido golpeados o puestos en peligro por las investigaciones, han logrado de esta forma, gracias a este nuevo capítulo del transformismo italiano, una clamorosa revancha. El gobierno Berlusconi constituye, en este aspecto, su expresión más representativa. Con ello las comisiones ocultas de intereses sobre las que hasta ahora había crecido *Tangentopoli* se han vuelto evidentes y por así decirlo institucionalizadas.

El futuro de nuestro des-Estado social está hoy confiado a los dos componentes de este bloque social, animados sin embargo por dos estrategias opuestas: por un lado la voluntad para su desmantelamiento en nombre del libre mercado y de la privatización de los servicios; por otro, la de su conservación. Este conflicto no parece de ningún modo solucionable. Por otra parte, el fracaso decretado por las investigaciones judiciales del vínculo perverso entre Estado y mercado sobre el que hasta ahora se ha regido nuestro Estado social es actualmente irreversible, entre otras cosas por su pérdida de legitimación política y por la crisis económica, que ha reducido su posibilidad de intervención. Queda entonces el espacio para una alternativa racional, aunque políticamente improbable: una reforma del Estado social que apunte por un lado hacia su desburocratización y por otro hacia la transformación en derechos y garantías jurídicas de sus prestaciones asistenciales, hasta ahora generadas en formas des-reguladas, discrecionales, selectivas v clientelares.

2. UNA ALTERNATIVA RACIONAL A TANGENTOPOLI

Una alternativa como ésa conlleva obviamente innumerables problemas —jurídicos, políticos, económicos y sociales— que aquí es posible sólo anunciar. Señalaré en particular uno de ellos: la anomia estructural de nuestro Estado social, que es sin duda uno de los factores de su actual perversión ilegal.

Nuestra cultura jurídica y política, como sabemos, no ha sabido elaborar, para las muchas funciones económicas y sociales que se han venido acumulando en la esfera pública, las formas jurídicas de un Estado social de derecho. El Estado social, tal como se ha formado en Italia en los pasados decenios, ha sido por el contrario el resultado de una producción caótica y aluvional de leyes especiales, de medidas sectoriales, de prácticas administrativas y político-clientelares que se han injertado, deformándolas, en las viejas estructuras del Estado li-

beral. De esto ha derivado una pesada y compleja intermediación burocrática del derecho que ha representado el mejor terreno de cultivo para la ilegalidad y para la arbitrariedad, además de para la ineficacia en la satisfacción de los derechos.

Salir de *Tangentopoli* sin abatir al Estado social es por tanto sólo posible a través de la elaboración de una nueva legalidad del Estado social. Se trata, obviamente, de un camino difícil. Pero justamente la quiebra de Tangentopoli sugiere hoy, como única alternativa a su conservación o a su abatimiento, la de la rígida separación entre Estado v mercado, la de la máxima desburocratización de las intervenciones públicas y de su declinación según la lógica universalista de los derechos antes que de las prestaciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. Esa quiebra, de hecho, aparece hoy como la más clamorosa confirmación del valor al mismo tiempo jurídico, económico y político de un principio de carácter general: aquel según el cual un derecho social puede ser garantizado de manera más plena, simple y eficaz en el plano jurídico, menos costosa en el plano económico y más al resguardo de la discrecionalidad político-administrativa y por tanto de la selectividad y de la corrupción por ella alimentada, cuanto más la intermediación burocrática requerida para su satisfacción es reducida y, al límite, eliminada mediante su igual garantía para todos, ex lege, sin verificación ni siquiera del estado de necesidad.

La forma paradigmática de una garantía de este tipo es la ofrecida por el salario o renta mínima garantizada a todos a partir de la mavoría de edad, incrementada solamente en razón del número de hijos e incluso completada, después de una cierta edad, por una pensión de vejez. Se trata, como se sabe, de una propuesta elaborada y discutida desde hace tiempo en la literatura sociológica: baste recordar los estudios de James Meade, de Guy Standing, de Ralph Dahrendorf v de Massimo Paci. Su rasgo más notable reside en la satisfacción ex lege de forma universal y generalizada, y no sólo, según el dictado del artículo 38 de la Constitución italiana, para quien está «impedido para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir», del derecho social a la subsistencia y a la asistencia. Un esquema análogo tienen las formas gratuitas y obligatorias de satisfacción de otros derechos vitales, como el de la salud, la educación, la previsión, que hoy se tienden a eliminar o a reducir en nombre del valor y de la eficiencia del mercado, revelándose como una fuente inagotable de beneficios ilícitos y de recortes para los usuarios.

Está claro que en todos estos casos no sirve una intermediación burocrático-discrecional y por tanto selectiva y potestativa, y que la satisfacción de los derechos puede consecuentemente darse gracias a su carácter gratuito, generalizado y obligatorio, según el paradigma de la igualdad que es propio de la forma universal de todos los demás derechos fundamentales. Obviamente, el principal problema que existe para todas las garantías *ex lege* de un mínimo vital, comenzando por la renta mínima garantizada, es el de su financiación, la cual requeriría formas de cobro sobre todas las demás rentas hasta tal punto progresivo que permita recuperar las únicas que confieren a los derechos sociales una segura efectividad, alcanzando niveles mínimos de igualdad sustancial. Y aunque costosas, lo serían seguramente bastante menos que las formas rapaces y corruptas generadas por la erogación de las mismas prestaciones en forma selectiva y discrecional y de los enormes derroches producidos por la selva de los aparatos burocráticos de ella encargados.

La experiencia de *Tangentopoli* nos enseña, en suma, que el objetivo de una reforma racional de la administración pública dirigida a la máxima reducción de la mediación burocrática y junto a la máxima transparencia y simplificación converge plenamente con la indicación estratégica de la formalización y la universalización de las prestaciones requeridas por los derechos sociales, como técnicas de garantía más idóneas que otras para asegurar el máximo de igualdad, de transparencia, de automaticidad y consecuentemente de efectividad. El aseguramiento a todos de mínimos vitales permitiría, gracias a su abstracción de condiciones particulares y de decisiones selectivas y potestativas, por un lado una radical desburocratización del Estado social en la búsqueda de la trasparencia y de una restaurada y simplificada legalidad, y por otro una formalización de los procedimientos de tutela de los derechos sociales incluso más eficaz y garantista que la dispuesta para los derechos de libertad.

Pero una perspectiva similar, si bien puede parecer contrastante con las orientaciones tatcherianas en materia fiscal y de gasto público de la actual mayoría en el gobierno, es la única que, con aparente paradoja, puede conciliarse con los objetivos de una economía liberalizada y con el relanzamiento del mercado perseguidos por esta misma mayoría. Y es desolador que la izquierda no haya ni siquiera pensado en oponerla a la derecha cuando menos como condición de similares objetivos. Es evidente que una vez asegurado a todos un mínimo vital con la erogación de un salario mínimo garantizado y de formas gratuitas de educación y de asistencia sanitaria, serían bastante más sostenibles los actuales proyectos de aumento de la flexibilidad en las relaciones de trabajo y de reducción de los límites de la autonomía de los empresarios. Por otra parte, una extensión a todos del «derecho al sustento y a la asistencia social», asegurados por el artículo 38 de

la Constitución italiana únicamente a los «ciudadanos inhabilitados para el trabajo y desprovistos de los medios necesarios para vivir», equivaldría al reconocimiento de la rotura actualmente irreversible de la tradicional relación entre desarrollo productivo, ocupación, capacidad laboral y subsistencia.

3. PACTO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Por desgracia, lo que hace irreal esta perspectiva no es de hecho el proclamado neoliberalismo, sino el sustancial desinterés por los derechos sociales del polo de la derecha que parece animado, por todos sus componentes, por la voluntad de poner en cuestión el pacto constitucional sobre el que se ha fundado hasta hoy la democracia italiana y la misma unidad política de nuestro país.

Esta crisis del pacto constitucional representa el desenlace de un proceso más general, desarrollado en los últimos diez años, de rechazo de la legalidad: de la legalidad penal, de la legalidad administrativa, de la legalidad del mercado y, en general, del completo sistema de reglas, de límites v de vínculos constitucionales creados para el conjunto de los poderes, tanto públicos como privados. La crisis ha afectado negativamente a la Constitución en un doble sentido. Sobre todo a la Constitución de 1948; reglas fundamentales fueron ignoradas, con ligereza, en años pasados: recuérdese la participación italiana en la guerra del Golfo, en violación del artículo 11, los desbordamientos de poder en el último bienio de la presidencia Cossiga, el desgarro inferido por la lev constitutiva de la Comisión Bicameral al artículo 138 sobre la reforma constitucional, y finalmente la restricción, por obra de los últimos gobiernos, de fundamentales derechos como el de la salud o el derecho a igual salario. Pero la crisis ha afectado negativamente a la Constitución también en un segundo sentido, más profundo y destructivo: en el sentido referido a la Constitución en cuanto tal; no esta Constitución, sino el constitucionalismo; no este pacto, sino la idea misma de un pacto vinculante; no este derecho y estas reglas de juego, sino las reglas en cuanto tales, es decir, el valor mismo de las reglas, comenzando por la meta-regla elemental del Estado de derecho que quiere a todos los poderes subordinados a normas superiores a ellos y dirigidas a la satisfacción de derechos fundamentales inatacables tanto por el mercado como por la política. Y éste es el daño mayor producido por la obra de descalificación de la Constitución vigente como vieja y superada, a la cual todo el espectro político y periodístico, comenzando por el de izquierda, se ha dedicado en estos años.

Lo que se ha roto —esta especificidad de la crisis constitucional actual— no es esta o aquella regla, sino el sentido y el valor de las reglas.

Hoy la demolición continúa, hasta el punto de que la carta constitucional parece actualmente ausente del sentido común y nuestro país parece ya un país sin constitución. No se explican de otra manera —si no con esta desaparición de la constitución del horizonte de la política— las principales propuestas en materia de Estado social avanzadas por la derecha: como la financiación de las escuelas privadas, que contrasta con el artículo 33 de la Constitución que garantiza esas escuelas «sin gastos para el Estado»; o la institución de un impuesto único —el 30% o el 33%— que contradice el artículo 53 de la Constitución según el cual nuestro «sistema tributario se rige por criterios de progresividad»; incluso el desmantelamiento de la sanidad pública, que rebajaría la salud de «derecho fundamental del individuo», como la califica el artículo 32 de la Constitución, a bien negociable con las compañías aseguradoras.

Sobre todo, además, no se explica sino con la pérdida de sentido de la noción misma de constitución la desenvoltura con la que los ganadores de las elecciones del 27 de marzo de 1994 manifestaban la voluntad de re-escribir la carta constitucional y de crear una constitución de mayoría privada del carácter de pacto propio de toda constitución digna de este nombre. «Es equivocado», declaraba el 24 de marzo Gianfranco Miglio con su conocida brutalidad, «decir que una constitución debe ser querida por todo el pueblo. Una constitución es un pacto que los vencedores imponen a los vencidos. ¿Cuál es mi sueño? Que la *Lega* y *Forza Italia* alcancen la mitad más uno. La mitad de los italianos hacen la constitución también para la otra mitad. Luego se intenta mantener el orden en las plazas».

Es esta cancelación de la constitución y del constitucionalismo en la conciencia pública, bajo el signo de palabras de orden como la primacía del mercado, el anti-estatalismo y el anti-solidarismo, el aspecto alarmante de la propuesta de la derecha y del consenso por ella conseguido. A eso ha contribuido el descubrimiento de *Tangentopoli*, que se ha resuelto en una profunda deslegitimación del Estado y de la esfera pública, identificados con la partitocracia y con el despropósito. Pero una deslegitimación similar, en cuanto implica paradójicamente no sólo la realidad efectiva e ilegal sino también la dimensión normativa del Estado social —su deber ser además de su ser efectivo—, señala una rotura del pacto constitucional sobre el cual nació la democracia italiana y que se funda justamente en el principio de igualdad y en el empeño por eliminar las desigualdades a través de la garantía de los derechos sociales. Y equivale a la amenaza de una do-

ble disgregación: de un lado, el federalismo fiscal de la *Lega* y el conflicto por ella activado entre el Norte rico y el Sur pobre; por otro, el desencuentro abierto, en nombre del mercado des-regulado, entre la Italia del bienestar y la clase trabajadora, entre ricos y pobres, entre fuertes y débiles. Por un lado una ruptura horizontal (territorial), por otro una ruptura vertical (social) de la unidad del país, la cual se basa sobre todo en la igualdad, es decir, en los derechos fundamentales de todos —incluyendo el derecho a la salud, a la educación, a la asistencia y a la previsión— que el artículo 2 de la Constitución llama «inviolables» y conecta con los «deberes inderogables de solidaridad política, económica y social». Unidad nacional y democracia no son más que eso: tomar en serio estas cláusulas del pacto constitucional y el empeño por su concreta actuación.

La Constitución, y en general el derecho, no son más que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otra forma desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de Estado o de cambios institucionales. Si es verdad que hoy la crisis de los vínculos constitucionales proviene sobre todo de su empañamiento en el sentido común, cualquier proyecto progresista de reconstrucción de nuestro país pasa por una refundación del sentido del pacto constitucional y del Estado de derecho que en él se basa. Este pacto, que sólo justifica y asegura la convivencia civil, no es más que la garantía de la igualdad y de los derechos vitales de la persona: los cuales son siempre, a su vez, otras tantas leyes del más débil contra la ley del más fuerte que levanta el vuelo cuando su significado se extravía.

EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: UN CAMBIO DE PARADIGMA EN SENTIDO PUBLICISTA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

1. A treinta años de distancia de su promulgación, bien podemos medir el alcance innovador que el Estatuto de los trabajadores ha tenido en Italia en la configuración del trabajo subordinado sobre aspectos no sólo del ámbito jurídico. Ciertamente esta ley, históricamente, ha pasado de moda. El Estatuto refleja una estructura del sistema productivo hoy profundamente cambiada: el viejo modelo fordista, fundado aún en el trabajador en masa y en las grandes fábricas. Y refleja, además, un momento particularmente avanzado en las relaciones de fuerza entre trabajadores y patronos: el Estatuto fue aprobado el 22 de mayo de 1970 —inmediatamente después de aquel extraordinario momento de lucha del otoño caliente de 1969— y consagró en derechos conquistas que ya se habían realizado parcialmente en las relaciones contractuales entre la clase trabajadora y la empresa.

Es evidente entonces que muchas normas del Estatuto serían hoy reelaboradas tomando en cuenta las nuevas formas de trabajo y la nueva protección que éstas requieren. Sin embargo, lo que me parece irreversible del Estatuto, como conquista irrenunciable de civilidad, es el cambio de paradigma que ha impreso a la naturaleza de las relaciones del trabajo subordinado. Este cambio se ha expresado —y ésta es la tesis que pretendo sostener— en dos innovaciones: sobre todo en la introducción de la Constitución republicana en los lugares de trabajo, a través de la atribución a los trabajadores de una serie de derechos fundamentales frente a los patronos, y, en segundo

Traducción de Rodrigo Brito Melgarejo.

lugar, como consecuencia de lo anterior, en la connotación de tipo publicista que el Estatuto ha conferido a los lugares y las relaciones de trabajo.

2. La primera innovación se inserta en el proceso de actuación de la Constitución —el deshielo constitucional, como se ha llamado. consecuencia de la inicial hibernación— que caracterizó la época reformadora de los primeros años de la década de los setenta. 1970, año de la emanación del Estatuto, es también el año de la institución de las Regiones y de la introducción del referéndum abrogativo. Seguirán, en los primeros años de esta década, la reforma del proceso laboral, la del derecho de familia y la del ordenamiento penitenciario. Gracias a estas reformas, la Constitución —y con ella los derechos fundamentales, tradicionalmente reservados a las relaciones entre ciudadanos y Estado— ingresa en lugares como la fábrica y la familia —frecuentemente sustraídos como lugares «privados» de la sujeción al derecho y de la garantía de los derechos—. A la tradicional dimensión vertical de los derechos fundamentales como derechos del individuo frente al Estado se suma su dimensión horizontal como derechos del individuo frente a otros sujetos privados, o sea, dentro de las «formaciones sociales» —como dice el artículo 2 de la Constitución—, «donde se desarrolla su personalidad».

De todas estas reformas, el Estatuto de los derechos de los trabajadores es indudablemente la más significativa. Con ella se da lugar, en los lugares de trabajo, a los «principios fundamentales» de la Constitución que definen la identidad de nuestra República: de la afirmación contenida en el artículo primero que señala que «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» al reconocimiento en el artículo 2 de los «derechos *inviolables* del hombre, tanto como individuo, como en las formaciones sociales, donde se desarrolla su personalidad»; de la afirmación en el artículo 3 de la igualdad material, más allá de la formal, como objetivo por alcanzar, hasta la proclamación, en el artículo 4, del «derecho al trabajo» y en el artículo 35, de la «tutela del trabajo en todas sus formas y aplicaciones».

Cada uno de los principales derechos fundamentales es insertado sobre esta base por el Estatuto en las relaciones de trabajo como derechos inviolables del trabajador: derechos, cabe advertirlo, no sólo del ciudadano frente al Estado, sino también del trabajador frente a la empresa, o sea, de la específica formación social —el lugar de trabajo— que es quizá la más importante entre todas aquellas en las que se desarrolla su personalidad. El elenco incluye tanto los tradicionales derechos de libertad como los sociales y del trabajo: la

libertad de manifestación de las ideas, establecida en el artículo 1, v la libertad de conciencia, tutelada en el artículo 8 con la prohibición de investigar las opiniones del trabajador; el derecho a la intimidad, asegurado por los artículos 4 a 6 con la prohibición de implantar «instalaciones audiovisuales que tengan como finalidad el control a distancia de las actividades de los trabajadores», así como de las revisiones sanitarias por parte del patrono sobre la idoneidad y las enfermedades del trabajador; el principio de igualdad garantizado por los artículos 15 y 16 contra los actos o tratamientos económicos discriminatorios por razón de la afiliación política o sindical del trabajador o por su participación en una huelga; el derecho al trabajo, protegido por el artículo 18 sobre la readmisión en el lugar de trabajo, en las empresas con más de quince empleados, del trabajador injustamente despedido; el derecho de asociación y de actividad sindical dentro de la fábrica, garantizado a todos los trabajadores por el artículo 14, y, en las sedes con más de quince dependientes, los derechos, previstos por los artículos 19 y 20, de constituir representaciones sindicales empresariales y de reunirse en asamblea; el derecho a la educación, a través de la previsión, en el artículo 10, del derecho de los trabajadores-estudiantes a horarios y turnos de trabajo compatibles con el estudio; la tutela en caso de urgencia prevista por el artículo 28 sobre la represión de las actividades antisindicales y, finalmente, el derecho a la salud en la fábrica, garantizado por la nueva institución, introducida por el artículo 9, del poder atribuido a los trabajadores, «mediante sus representantes, de vigilar la aplicación de las normas para la prevención de infortunios y de enfermedades profesionales, así como de promover la investigación y la implantación de todas las medidas idóneas para tutelar su salud e integridad física».

Pues bien, gracias a la introducción de estos derechos, la fábrica, en cuanto lugar de trabajo, deja de ser un lugar privado —una simple propiedad inmobiliaria del patrono— y se convierte en un lugar público. También adquiere una dimensión pública la relación de trabajo, dentro de la cual el trabajador deja de ser una mercancía y se convierte en sujeto de derechos fundamentales: o sea, de derechos inviolables y no negociables, que tienen el valor de leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que estaría vigente en su ausencia, equivalentes a otros límites y vínculos a la «libertad salvaje y desenfrenada», como la llamó Kant, que proviene, «fuera de un Estado jurídico», de la ausencia de derecho y de los derechos.

Naturalmente, esta metamorfosis del trabajo subordinado, de relación puramente contractual basada sólo en la autonomía privada y en el libre comercio del trabajo y del salario, en una relación connotada por su dimensión de derecho público, no se dio sólo con el Estatuto de los trabajadores. Ésta se puso en marcha con el nacimiento del moderno derecho del trabajo, cuva historia, desde las primeras leves de protección de los trabajadores —en materia de horario de trabajo, de descanso semanal, de días festivos, v. posteriormente, de indemnización por despido, de previsión y de asistencia—, ha sido la historia de una progresiva erosión de sus originarias connotaciones de derecho privado a favor del desarrollo de su dimensión de derecho público. Pero ha sido el Estatuto de los trabajadores, gracias a la explícita introducción en la relación de trabajo de la lógica de los derechos fundamentales como derechos universales e indisponibles, el que alteró radicalmente el viejo modelo de derecho privado hasta configurarse como un verdadero cambio de paradigma. Y es esta nueva dimensión pública y constitucional por él conferida a la relación de trabajo la segunda innovación del Estatuto y la conquista más preciosa que, más allá de las actualizaciones que podrán introducírsele, se defiende con más fuerza.

3. Insisto en esta tesis por el cambio de sentido del Estatuto que las modernas ideologías liberales pueden provocar. En estos años la cultura política de nuestro país ha cambiado unánimemente hacia la idea de la «privatización», o sea, de la primacía de lo privado sobre lo público, y hacia la tesis de que la dimensión privada de las relaciones jurídicas —en una palabra, el mercado— sea al mismo tiempo la dimensión de la libertad, de la eficiencia y del desarrollo económico. Obviamente en las políticas de privatización hay mucho de justo y razonable. No hay ninguna razón por la que determinadas actividades económicas, como el teléfono o la luz, sean gestionadas, si se garantiza el acceso a todos, por el Estado en lugar de serlo por empresas privadas. Y sin embargo esta tesis de la primacía del derecho privado sobre el derecho público es fruto y a la vez responsable de muchas confusiones conceptuales que amenazan con favorecer políticas gravemente regresivas en materia de trabajo y de derechos de los trabajadores.

Para aclarar los términos de las diversas cuestiones evocadas por la idea de la privatización, es oportuno volver a pensar y a definir, en el plano teórico, las categorías de lo «público» y de lo «privado». ¿Qué debe entenderse por «público» y qué debe entenderse por «privado»? ¿En qué consiste (o, mejor dicho, debe consistir) la «esfera pública» y en qué consiste (o debe consistir) la «esfera privada»? ¿Qué puede justificarse o es oportuno que sea privatizado y qué es justo que tenga alcance y valor público?

Excluida la banal y confusa identificación de «esfera pública» con el carácter «estatal» o quizá de «ente público» de uno de los sujetos de la relación jurídica, creo que la formulación más nítida de la distinción, y que es a la vez la más pertinente al paradigma constitucional del Estado de derecho, siga siendo aún aquella que se remonta a Ulpiano: publicum est auod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. «Público», según esta clásica definición, es todo lo que tiene que ver con el interés de la cosa pública o común, o sea, con el interés de todos; mientras que «privado» es todo aquello que tiene que ver únicamente con el interés de los individuos. «Esfera pública» v «esfera privada» designan consecuentemente dos esferas o conjuntos distintos de situaciones jurídicas. Pertenecen a la esfera pública todas las situaciones de las que todos son titulares, comenzando por los derechos fundamentales y, por otra parte, las funciones públicas, o sea, las funciones ejercidas en interés de todos. Pertenecen en cambio a la esfera privada todas las situaciones de las que cada uno es titular con exclusión de otros, como son típicamente los derechos patrimoniales, y por otra parte los poderes y las funciones conferidas a los particulares únicamente en sus intereses personales.

En este sentido bien podemos decir que la esfera pública es aquella que tiene como finalidad garantizar, a través de los derechos fundamentales, la dignidad de las personas y, con ella, la igualdad, o cuando menos, niveles mínimos de igualdad; mientras la esfera privada es aquella en la cual, al contrario, se lleva a cabo, a través de la dinámica del mercado y de los derechos patrimoniales, la desigualdad. El parámetro de la naturaleza pública de una función, de un servicio o de una actividad laboral es por tanto su incidencia directa o indirecta en los derechos fundamentales. Son consecuentemente «públicas» y se sustraen a la lógica del mercado no sólo las actividades y las funciones que implican el ejercicio de poderes coercitivos, como son típicamente el poder judicial y el policiaco, sino también todas aquellas, aun cuando son maneiadas por los particulares, que tienen que ver con derechos fundamentales; mientras son «privadas» y sujetas a las leyes del mercado, aun cuando sean llevadas a cabo por el Estado u otros sujetos públicos, todas las actividades de un tipo distinto.

Está claro que una distinción semejante entre «público» y «privado» atañe no a los sujetos, sino al objeto de las relaciones jurídicas. Las dos cosas no sólo son diversas, sino independientes. Una cosa es la privatización de los servicios, esto es, del patrono, y otra cosa es la privatización de las relaciones de trabajo, es decir, de los derechos de de los trabajadores. Cada una puede darse sin la otra. Sin embargo, esta distinción no se da constantemente. Por consiguiente, bajo la eti-

queta «privatización» —en nombre de la oportunidad o de la racionalidad de la privatización de un determinado tipo de actividad— se alude frecuentemente, y a la vez se promueven conjuntamente, a dos hipótesis totalmente diversas: no sólo la privatización de la gestión de tal actividad, o sea, de quien da el empleo, sino también la privatización en materia de la relación de trabajo, o sea, del trabajo mismo, que no tiene nada que ver con el carácter público o privado del patrono.

Ésta es la operación que el Estatuto de los trabajadores, y antes que éste toda la historia del derecho del trabajo, tiende a impedir. Y en esto se encuentra el aspecto más innovador del Estatuto. Si entendemos la esfera de lo «público» como aquella en la que están en juego derechos fundamentales, podemos configurar todo el desarrollo del derecho del trabajo como una progresiva expansión de su dimensión publicista, hasta la consagración de tal dimensión en nuestra Constitución, que asume el trabajo como fundamento de la República y configura el derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores como fundamentales. Y podemos concebir el Estatuto de los trabajadores, que ha ejecutado estos principios y derechos introduciéndolos en las relaciones de trabajo, como el punto de llegada de este proceso: como la transformación en sentido publicista de la relación de trabajo, cualquiera que sea el trabajo desarrollado, es decir, independientemente del carácter público o privado de la actividad laboral.

En suma, si es verdad que el Estatuto de los trabajadores no es sino, como se ha visto, una ley de actuación de la Constitución, debemos reconocer que la tesis del carácter privado de la relación de trabajo y las políticas de reducción de las garantías de los trabajadores contradicen profundamente la naturaleza del trabajo en nuestro sistema constitucional: que no es (y no debe ser) una mercancía, intercambiable y fungible, siendo una dimensión de la persona; que no puede ser objeto de mercado, siendo sobre todo sujeto de derechos fundamentales.

Una característica propia de los derechos fundamentales es, incluido entre éstos el derecho al trabajo, su sustracción del mercado. Los derechos fundamentales, cuya satisfacción materializa la dignidad de la persona, son derechos inviolables, inalienables y no negociables. Por tanto, esta tesis —referida al trabajo y a los derechos de los trabajadores— no es sino la transposición en términos jurídicos de lo que es quizá el legado teórico más relevante del marxismo. El marxismo político se encuentra justamente en crisis; pero existe una adquisición marxista que no podemos dejar de lado: la crítica del intercambio equivalente en la relación de trabajo y de la cosificación de la persona conexa a su paradigma contractual. Este paradigma ha

sido destruido por toda la evolución del derecho del trabajo culminada en el Estatuto: el trabajo es una manifestación de la persona de la misma manera que lo son el pensamiento, la palabra, la conciencia y otras similares. Como tal, no puede subordinarse a la lógica privada del mercado, sino que exige ser tutelado —como lo impone nuestra Constitución— contra las arbitrariedades de los poderes no sólo públicos, sino también, y diría sobre todo, de los privados.

Esto significa asegurar que la relación de trabajo es una relación pública y que también los particulares deben subordinarse a las obligaciones de tutela y de garantía de los derechos que ésta implica. Está claro que tal cambio de paradigma equivale a una ruptura con nuestra tradición iuslaboral. Pero es una ruptura necesaria en tanto que —independientemente del carácter público o privado del patrón— tiene carácter público porque es una manifestación por sí misma de un derecho fundamental de la persona y porque está tutelada por una larga serie de otros derechos fundamentales y por tanto indisponibles.

4. Sostendré, sobre esta base, una tesis que podrá parecer contra corriente respecto a las tendencias actuales del derecho del trabajo y de la cultura iuspublicista. Se ha hablado mucho en estos años de la unificación del derecho del trabajo y particularmente de una única disciplina para las relaciones de empleo público y para las de trabajo privado. Éste es un punto de vista que comparto, porque desarrollaría el principio de igualdad que exige que todos los trabajadores tengan un mismo estatus jurídico: pero no sólo en el sentido de que todas las relaciones de trabajo se entreguen al mercado, sino exactamente en el sentido opuesto, esto es, que estas relaciones estén subordinadas a vínculos de derecho público establecidos por ley como garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esto no significa, evidentemente, ni homologación de todos los trabajadores, ni mucho menos exclusión de la contratación individual o colectiva. Significa trazar una rígida línea como límite entre la legislación y la contratación. Todos los derechos fundamentales de los trabajadores son materia de la legislación, inderogables tanto por la discrecionalidad administrativa como por la autonomía privada individual o colectiva: del empleo sobre la base de criterios lo más objetivos posibles hasta la prohibición de despido sin justa causa taxativamente predeterminada; de la igual retribución al límite máximo del tiempo de trabajo; de la asistencia y la previsión a los poderes en materia de tutela de la salud y de prevención de accidentes, y de las libertades políticas y sindicales en los lugares de trabajo a la inmunidad de controles lesivos de la persona o de sanciones disciplinarias

arbitrarias. En vez de esto, son materia de contratación la cuantía del salario y los demás aspectos de la relación de trabajo de los que el mismo trabajador puede disponer personalmente. En suma, la contratación en materia de trabajo es como la decisión política de la mayoría: ésta no puede derogar los derechos fundamentales, que representan sus límites, vínculos y condiciones de legitimidad.

De lo anterior podemos inferir una revaloración del papel de la ley en el derecho del trabajo como técnica privilegiada de garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores. La concertación social y los contratos colectivos son ciertamente el primer paso para la conquista de estos derechos. Pero está claro que su garantía estable y segura, más allá de las cambiantes relaciones de fuerza, puede ser asegurada solamente por la ley como regla general, abstracta y al mismo tiempo supraordenada al contrato. Me temo que incluso ésta es una tesis contracorriente. En estos años hemos visto, paralelamente a la exaltación de la privatización, la apología de la reducción del número de leyes existentes, que se ha servido de la descalificación de la ley generada por la inflación legislativa y por la valoración del contrato como fuente más flexible y adecuada a la voluntad de las partes. Pero el uso impropio de la ley por disposiciones que podrían ser confiadas a la administración o a la contratación no implica que la ley deba ser despojada de su papel primario e insustituible: la garantía de los derechos fundamentales.

En conclusión, la celebración de este trigésimo aniversario del Estatuto nos pone frente a un dilema: apoyar las tendencias hacia la privatización de las relaciones de trabajo, o en lugar de esto reivindicar de estas relaciones, en nombre del Estatuto y de la Constitución de la que éste es una representación, el carácter público y por tanto la intangibilidad de los derechos sobre los que este carácter se basa, así como su tendencial generalización y extensión a todas las relaciones de trabajo de las grandes y pequeñas empresas del sector público y del privado. En concreto, esto implicaría, cuando menos, la extensión a todas estas relaciones de todas las normas del Estatuto —incluidas las normas sobre la justa causa de despido— que implicaría también volverlas más taxativas. Obviamente, no podemos más que ser pesimistas frente a los procesos que se están llevando a cabo. Y sin embargo el futuro del Estatuto y con ello el de los derechos de los trabajadores depende también de nosotros, de nuestra conciencia, de nuestro actuar, y por tanto de nuestra responsabilidad civil y política.

CONTRA LOS PODERES SALVAJES DEL MERCADO. A FAVOR DE UN CONSTITUCIONALISMO DE DERECHO PRIVADO

1. UN MODELO DIVIDIDO DE ESTADO DE DERECHO

El modelo del Estado de derecho, como se sabe, se ha desarrollado, en la tradición del pensamiento liberal, como un sistema de límites y prohibiciones negativos, correlativos a los derechos de libertad, oponibles únicamente al poder político. El Estado, según este modelo que bien podríamos llamar Estado liberal de derecho, se legitima por tanto esencialmente como «Estado mínimo», garante de las libertades y de las autonomías individuales a través de prohibiciones de lesión o de interferencia, es decir, de deberes de no hacer, en la esfera privada de los ciudadanos. Sin embargo, está ausente en el horizonte teórico liberal y notablemente en el terreno de las garantías, aunque presente en las promesas formuladas en las cartas constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, la elaboración de un Estado social de derecho como sistema de vínculos y deberes positivos de hacer, correlativos a los derechos sociales y por tanto como «Estado máximo», garantizado además por obligaciones de prestación para el sostenimiento de las necesidades vitales de las personas.

Pero aún más ausente —sobre el plano teórico y sobre el institucional— se encuentra el desarrollo del paradigma del Estado de derecho, tanto en su dimensión liberal o negativa como en la social o positiva, en lo que atañe a los poderes económicos y más en general a las potestades privadas. No se ha desarrollado, junto al constitucionalismo de derecho público, un constitucionalismo de derecho privado. Ya sea en su versión liberal-democrática o en la

Traducción de Miguel Carbonell.

social-democrática, el único poder frente al cual se ha entendido siempre que están justificadas las garantías, es decir, los límites y los vínculos para tutelar los derechos fundamentales de sus destinatarios, es el poder público. La expresión «Estado de derecho» es por lo demás emblemática: es sólo el Estado —o sea, los poderes públicos que encabezan el Estado— el sujeto frente al cual se justifican reglas, prohibiciones y obligaciones dirigidas a impedir los abusos que dañan los derechos fundamentales. Sólo los poderes públicos, y no también los poderes privados, según este modelo, deben ser sometidos al derecho.

En la base de esta tradición hay en mi opinión una operación teórica, que se remonta al primer liberalismo y que radica profundamente en la cultura jurídica y política: la identificación de los «poderes» únicamente como los «poderes públicos». Solamente el Estado y la política serían el lugar del poder, que según el paradigma del Estado de derecho habría que subordinar justamente al derecho, o sea, a límites y a vínculos, a reglas y a controles. La sociedad civil y el mercado, por el contrario, serían el reino de las libertades y las autonomías, es decir, del ejercicio de los relativos derechos que se trataría únicamente de proteger contra los abusos y los excesos de los poderes públicos.

Esta concepción restringida del poder es del todo insostenible. Está conectada a la idea de que no existen, en sentido estricto, poderes privados, siendo éstos nada más que las libertades individuales. Y esta idea, a su vez, es el fruto de dos confusiones conceptuales —una entre libertad y propiedad, la otra entre derechos fundamentales de libertad y los que llamaré derechos fundamentales de autonomía que se resuelven ambas, bajo perfiles diversos, en la que existe entre (derechos de) libertad v (derechos-)poder. Se trata de dos confusiones que han pesado sobre la tradición liberal no menos que sobre la comunista, contribuyendo a dos opuestas incomprensiones y a dos contrapuestas v simétricas operaciones ideológicas: la valorización en el pensamiento liberal de la propiedad y de la libertad contractual como derechos del mismo rango que las libertades fundamentales e, inversamente, la desvalorización en el pensamiento marxista de las libertades como derechos «burgueses» del mismo tipo que la propiedad. Obviamente, esta segunda operación ha fracasado completamente con la caída de los regímenes comunistas. Pero la primera, iunto a las dos confusiones en las que se basa, ha triunfado hoy más que nunca.

2. DERECHOS DE LIBERTAD Y DERECHOS-PODER DE AUTONOMÍA

No me detendré en la primera de estas dos confusiones, que he analizado v criticado en otras ocasiones¹: la que existe entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales y, más específicamente, entre libertad y propiedad. Las dos figuras de los derechos son incluso opuestas, hasta el punto de que no puede entenderse como justificada, si no fuera por los usos va consolidados, su denominación con la misma palabra «derechos». Los derechos fundamentales —va sean civiles o políticos, de libertad o sociales— son derechos universales que corresponden a todos en cuanto personas o ciudadanos o personas con capacidad de obrar; los derechos patrimoniales son por el contrario derechos singulares que corresponden a cada uno con exclusión de los demás. Los primeros son indisponibles, los segundos son por su naturaleza alienables, junto a los poderes de usarlos y disponer de ellos que les son propios. Unos están establecidos inmediatamente por normas; los otros están pre-establecidos por normas como efecto de los actos negociales por ellas previstos. Sobre los primeros se basa la igualdad jurídica, sobre los segundos, la desigualdad jurídica.

Hablaré más bien de la segunda confusión —la que se da entre derechos de libertad y derechos de autonomía²—, que por lo demás es en buena parte responsable de la primera, favorecida justamente por la ambivalencia del concepto de «propiedad» con que han sido designados simultáneamente tanto los derechos civiles de autonomía, es decir, de adquirir y disponer autónomamente de los propios bienes de propiedad, como los derechos patrimoniales reales sobre determinados bienes de propiedad. La autonomía privada, negocial o de iniciativa económica, asegurada en la esfera del mercado por los derechos civiles atribuidos a todos los sujetos con capacidad de obrar, no sería distinta por lo demás que la autonomía política asegurada en la esfera pública por los derechos políticos o que una de las libertades fundamentales, como la libertad personal, la libertad

^{1.} Cf. Los fundamentos de los derechos fundamentales, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, ³2007, pp. 29-35 y 153-167. Cf. además Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 99-105; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal [1989], Madrid, Trotta, ⁸2006, pp. 905-912; «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e ragione'», en Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, ed. de L. Gianformaggio, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 508-512; «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en Derechos y garantías. La ley del más débil, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, ⁵2006, pp. 101-103.

^{2.} Remito, sobre esta cuestión, a Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit., pp. 300-314, y a «Tre concetti di libertà»: Democrazia e diritto (2001).

religiosa, la libertad de manifestación del pensamiento, de reunión, de asociación y similares.

Entre derechos de libertad y derechos de autonomía, unos y otros fundamentales, existe sin embargo una diferencia estructural indebidamente ignorada. Los derechos de libertad son libertades negativas sustraídas, en cuanto establecidas como universales, a la autonomía privada y, donde tengan rango constitucional, a la autonomía política. Los derechos de autonomía son por el contrario libertades positivas consistentes en potestates agendi, es decir, en la potestad de autodeterminarse, directamente en la esfera del mercado e indirectamente en la esfera pública de la política, mediante actos jurídicos potestativos. En este sentido, (derechos de) libertad y (derechos de) autonomía son figuras jurídicas distintas, no siendo reducibles las unas a las otras y pudiendo subsistir las unas independientemente de las otras. Es perfectamente posible que un ordenamiento sea liberal y políticamente no democrático, así como es posible que reconozca espacios (más o menos) ilimitados a la democracia política y a la autonomía de mercado y justamente por ello sea (más o menos) iliberal. Diversa es de hecho la estructura de estas dos clases de derechos. Los derechos de libertad, siendo simples inmunidades a lesión o constricción (o «libertad de») o también facultades de comportamiento no jurídico igualmente inmunes a impedimentos (o «libertad para», además de «libertad de»), tendencialmente conviven sin recíprocas interferencias. Los derechos de autonomía, siendo derechos civiles (o de autonomía privada) o derechos políticos (o de autonomía política), consistiendo en poderes cuvo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas, están por el contrario destinados a chocar siempre que no estén jurídicamente limitados y disciplinados.

La tradición liberal ha ignorado esta distinción, desconociendo la naturaleza de poder de los derechos de autonomía y confundiendo, en particular, los derechos de libertad y los derechos civiles o de autonomía privada. Se trata sin embargo de una distinción esencial desde varios puntos de vista, quizá la más importante en el campo de los derechos fundamentales. Sobre todo porque son estas dos clases de derechos las que definen respectivamente al liberalismo y a la democracia, y no ya las simples libertades negativas y positivas, que en alguna medida existen también en los regímenes más iliberales y están limitadas también en los más liberales: precisamente, los derechos de «libertad» forman la sustancia del liberalismo en cuanto límites a los derechos civiles y políticos de «autonomía» en el sentido aquí precisado, los cuales sin embargo se encuentran en la base del

mercado y de la representación, de la autodeterminación privada y de la democracia política. En segundo lugar porque los derechos de autonomía, a diferencia de los derechos de libertad, son *derechos-poderes*, que como todos los poderes están (o, mejor, deberían estar) en el Estado de derecho, que no admite poderes *legibus soluti*, sujetos a la ley: precisamente a los límites y a los vínculos impuestos por los derechos de libertad y por los derechos sociales no sólo a la representación política y a la legislación producidas por el ejercicio de los derechos políticos, sino también al mercado y a la autodeterminación privada producidos por el ejercicio de los derechos civiles.

Se comprende cómo la ausente tematización de esta asimetría entre autonomía y libertad —entre los derechos de autonomía que son poderes y las libertades que no lo son— corre el riesgo de arrollar al paradigma mismo del Estado de derecho como sujeción a la ley, y precisamente a los derechos fundamentales, de cualquier poder. La exaltación como «libertad» de los que en realidad son derechos-poder se resuelve de hecho en la exaltación de su contrario, terminando por acreditar dos formas convergentes de absolutismo: el absolutismo de la mayoría, o sea, de los poderes representativos generados por el ejercicio de los derechos políticos, y el absolutismo del mercado, o sea, de los poderes económicos expresados por el ejercicio de los derechos civiles. Y está claro que esta doble ausencia de límites y de vínculos tiene como punto de llegada la confusión entre los dos tipos de poder, uno como medio para conquistar y acrecentar el otro, la tendencial deformación en sentido plebiscitario de la democracia política y en sentido monopolístico del mercado, además del vaciamiento del paradigma del Estado de derecho, que quiere decir sujeción a la ley de cualquier poder, público o privado, en garantía de la libertad de todos.

3. PARA UN CONSTITUCIONALISMO DE DERECHO PRIVADO

El reconocimiento de la diferencia radical de estructura entre derechos de libertad y derechos-poder de autonomía constituye el presupuesto del desarrollo de una teoría garantista del derecho civil. En nuestra tradición, como he señalado al inicio, el paradigma garantista del Estado de derecho ha sido elaborado únicamente con referencia a la relación vertical Estado/ciudadano, autoridad/autonomía, libertades públicas/libertades privadas y no también entre las relaciones verticales que se instauran entre ciudadanos y entre poderes privados/libertades individuales. De hecho el Estado de derecho y su sistema

de garantías se ha extendido en parte, de múltiples y heterogéneas formas, también al derecho privado. La historia de la propiedad privada, de la empresa y del derecho de familia es en gran parte una historia de las progresivas limitaciones de las potestades privadas para tutela de los derechos fundamentales. En la Constitución italiana y en otras constituciones la propiedad no es ni siquiera un derecho fundamental, y es reconocida y garantizada bajo los límites de su función social. El constitucionalismo del siglo XX ha dado un gran espacio, desde la Constitución alemana de Weimar, para el reconocimiento de los derechos fundamentales en lo que nuestra Constitución llama las «formaciones sociales» y en las relaciones económicas. De hecho, la doctrina civilista ha dedicado muchísimas energías —no menores que las empeñadas por la cultura constitucionalista— a la construcción de una teoría de los derechos de la persona.

Y sin embargo no ha sido elaborada una teoría del Estado de derecho y de los derechos fundamentales en relación con los poderes privados comparable a la elaborada para los poderes públicos. Esta carencia, creo, es debida al condicionamiento producido por un aparato conceptual elaborado en una fase distinta de nuestra historia, la del primer capitalismo y del primer liberalismo. Pero esa carencia es hoy más que nunca insostenible. La configuración como poderes de los derechos patrimoniales y de los derechos civiles de autonomía comporta una redefinición ampliada de la noción de «Estado de derecho». Estado de derecho, en esta noción ampliada, equivale a la sujeción a la ley de todos los poderes, no sólo públicos sino también privados, y a su limitación y funcionalización para la tutela de los derechos fundamentales. Si es verdad, como he sostenido, que el derecho penal se justifica esencialmente como técnica de minimización de la violencia, tanto pública como privada³, todo el artificio jurídico se justifica, según el paradigma del Estado de derecho, como técnica de minimización del poder, de otra forma absoluto: de los poderes públicos, que se expresan en los arbitrios políticos y en los abusos policiales y administrativos; pero también de los poderes privados, que se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal.

La técnica de esta minimización es en ambos casos la de la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales y de la correlativa limitación y/o funcionalización de las situaciones jurídicas de poder. A propósito de esto hay que disipar el equívoco de que las úni-

3. Derecho y razón, cit., cap. VI.

cas relaciones verticales de potestad/sujeción son las que tienen lugar en la relación de derecho público entre Estado y ciudadano: y que la sociedad civil, que es la esfera de derecho privado, es una sociedad natural v no también, como la política, una sociedad artificial. Relaciones verticales v por tanto asimétricas de potestad/sujeción existen por el contrario, como bien sabemos, también en las relaciones privadas de las cuales está tejida, natural o artificialmente, la sociedad civil. A falta de regulación jurídica, estas relaciones se manifiestan bajo la forma de poderes y sujeciones extra-jurídicas y tendencialmente salvajes: o porque se desarrollan dentro de roles e instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas; o porque se desarrollan fuera de cualquier rol o institución jurídica y bajo formas puramente extra-legales o ilegales. Pensemos no sólo en la familia y en los lugares de trabajo, sino también en las mil formas de dependencia que toman vida en todos los aparatos burocráticos y en las diversas sujeciones y opresiones económicas que tienen lugar en las relaciones de mercado.

Está claro que estos poderes, tanto más si no están regulados, son fuente, aparte de desigualdades, también de no-libertades. También para los poderes privados vale la tesis de Montesquieu de que el poder, a falta de límites legales, tiende a acumularse en formas absolutas⁴. En todos los casos, existe un nexo biunívoco entre poderes, jurídicos o no, y desigualdades, formales o sustanciales. El poder tiene el específico efecto de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción, y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y de otras que las acompañan⁵.

A diferencia de los poderes regulados, los poderes no regulados son tendencialmente absolutos. Podemos decir que el grado de absolutismo que existe en un sistema jurídico, aunque esté organizado en las formas del Estado de derecho, está constituido precisamente por los variados espacios de poder no regulado que se crean en la

- 4. *De l'Esprit des lois* [1784], en Œuvres complètes, Gallimard, Paris, 1951, vol. II, XI, p. 395: «C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trove des limites».
- 5. Este anclaje al poder de identidad y del valor de la persona es configurado así por Hobbes: «El valor de un hombre es, como el de todas las demás cosas, su precio, es decir, lo que se daría por el uso de su poder; y por ello no es absoluto, pero es una cosa dependiente de la necesidad y del juicio de otro [...] Y, como en otras cosas, así con los hombres no es el vendedor sino el comprador el que determina el precio. Que un hombre —como lo hace la mayor parte de los hombres— se aprecie el valor más alto que puede; su verdadero valor no será mayor de lo que es estimado por los demás».

sociedad civil o también en el interior de las instituciones jurídicas, basándose en normas que confieren poderes en blanco simplemente diseñando los roles: de padre, de jefe, de empresario, de contratista, de dirigente y similares. Está claro que, no de manera diferente que para los poderes públicos, también para estos roles de poder privado la regulación jurídica —en forma de ley o de autonomía contractual, pero en todo caso con el auxilio de las garantías— es el principal instrumento de delimitación y control de los poderes. Naturalmente ningún poder puede ser puramente jurídico, es decir, enteramente predeterminado por la ley y totalmente privado de discrecionalidad. No lo puede ser ni siquiera, lo sabemos, el poder judicial, que más que ningún otro debería serlo según su modelo teórico. Pero también en los otros casos es una cuestión de grado. Y es de todos modos una garantía esencial que un poder, que por sus funciones sociales no puede ser suprimido, sea al menos limitado por el derecho.

Intento decir que el progreso de la democracia tendrá lugar en el futuro —como por lo demás en el pasado— además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, a través de la expansión del Estado de derecho —no sólo del paradigma del Estado liberal de derecho, sino también del Estado social de derecho— al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, en los que también estén tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas. De hecho son los poderes no regulados que se desarrollan en su interior los principales «obstáculos de orden económico y social» que limitan «de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos» y que el artículo 3 de la Constitución italiana ordena «remover». El Estado paleoliberal, partiendo de la confusión entre libertad y poderes privados, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención del derecho, reservándolos a la «libertad» del ciudadano: sobre todo en la fábrica, donde el derecho no entraba; en segundo lugar en la familia, sujeta a la absoluta potestad del padre y a las dinámicas de las relaciones de fuerza internas; en tercer lugar en el variado conjunto de las instituciones totales —cuarteles, hospitales y similares— que constituían, y en parte constituyen todavía, ordenamientos particulares dentro del ordenamiento general.

Se puede decir que toda reforma democrática de cada uno de estos mundos se ha producido a través de la introducción de límites y de obligaciones legales para las potestades privadas de otra forma absolutas y por la institución de una tutela judicial de los derechos fundamentales por ellas violentados. Emilio García Méndez ha recordado que en los Estados Unidos, en 1875, el único modo en que un grupo de vecinos pudo poner término a los maltratos a los que era sometida

una niña por parte de sus padres fue recurriendo a las normas sobre protección de los animales⁶; y todavía hasta hace pocos años el Código civil italiano concedía un verdadero poder penal al padre, que se ejercía mediante la reclusión de los hijos en establecimientos especiales de custodia basándose en su inapelable juicio sobre su «mala conducta»⁷. Por lo que hace a las fábricas, el poder del empresario ha sido, hasta la mitad del siglo pasado, prácticamente absoluto; y ha sido necesario un siglo de luchas de los trabajadores para obtener su limitación: desde las primeras leyes decimonónicas sobre el horario de trabajo, sobre trabajo nocturno y sobre trabajo de las mujeres y los niños, a los varios vínculos introducidos en los primeros decenios de nuestro siglo sobre temas de asistencia, de seguridad social, de higiene y prevención de los infortunios, hasta las leyes de las pasadas décadas sobre despido solamente por causa justificada y sobre el Estatuto de los derechos de los trabajadores.

Hoy día, por otra parte, a los viejos ámbitos de la vida civil en los que las garantías han sido todavía del todo insatisfactorias se han unido nuevos ámbitos de vida y de poder. Basta pensar en los partidos, en un tiempo asociaciones privadas libres y hoy solamente máquinas burocráticas, donde el despotismo interno se enlaza con el político y para-público externo; o en los daños al medio ambiente producidos por las actividades industriales; o en las concentraciones del poder de la información y en su pesada incidencia sobre las formas de la democracia política.

Está claro que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales también en estos ámbitos privados exige una articulación del Estado de derecho más compleja que la fundada hasta ahora, según el modelo liberal, sobre la clara diferenciación entre derecho público y derecho privado. Esto requiere no solamente límites y vínculos normativos en relación con los poderes del Estado, sino también vínculos y límites normativos, mayores que los hasta hoy previstos, en relación con los poderes de los ciudadanos. Y está también claro que tales límites no pueden ser sino a su vez limitados, encontrando el límite en las libertades individuales con las cuales

^{6.} Es el caso de la niña Mary Ellen, sustraída a sus padres como consecuencia de un juicio promovido por la Sociedad de Protección de los Animales. El episodio es referido por E. García Méndez, «Per una storia sociale del controllo penale dell'infanzia»: *Dei delitti e delle pene* 1 (1992), p. 11.

^{7.} El origen de estas normas está en los artículos 375-382 del Código de Napoleón. Fueron recogidas en el artículo 222 del Código civil italiano de 1865 y luego por el artículo 318 del Código del 42, donde estuvieron hasta la reforma de 1975. Véase *Derecho y razón*, cit., nota 23 del capítulo IX, pp. 804-805.

los poderes privados están normalmente ligados de forma estrecha. Pero no existe ninguna razón, una vez excluida su confusión con las libertades, para que también estos poderes no estén como aquéllos sujetos a la ley y subordinados a la satisfacción de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales. También los poderes privados, iunto a los públicos, deben ser reconocidos —rehabilitando el originario paradigma hobbesiano y lockeano del que se origina el moderno Estado de derecho— como «artificios» o «convenciones» respecto a la naturalidad y prioridad de los derechos fundamentales. También ellos, en otras palabras, «criaturas» positivas según las palabras de Hobbes, están sometidos, como los poderes públicos, a la carga de la justificación y de la legitimación, tanto formal como sustancial. Y también su minimización equivale a la maximización de la libertad, y consiguientemente de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de derecho.

DERECHOS VITALES Y POLÍTICAS DE MUERTE. POR UN CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

1. DOS CONQUISTAS DEL SIGLO XX

En el origen de la civilización jurídica moderna hay una paradoja. La idea del contrato social como pacto constitutivo del vivir civil, elaborada por la filosofía iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, identifica en la protección de la vida el fundamento y la razón del artificio jurídico y estatal. Pero este mismo artificio —el Estado soberano—, a quien es confiada la protección de la vida a través del pacto de convivencia, se configura originalmente como un poder absoluto, de vida y de muerte: *ius vitae ac necis* internamente¹, respecto de los asociados, y *ius ad bellum* externamente, en las relaciones con los otros Estados. Sólo un poder soberano —ésta es la hipótesis aporética colocada como fundamento del Estado— puede garantizar, con el

Traducción de Nicolás Guzmán.

1. Es la aporía sobre la cual Cesare Beccaria fundó su crítica a la pena de muerte: «Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho» (De los delitos y de las penas, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, cap. 2, p. 29); «¿Qué derecho pueden atribuirse éstos [los hombres] para despedazar a semejantes? Por cierto no el que resulta de la soberanía y de las leyes. ¿Son éstas más que una suma de cortas porciones de libertad de cada uno, que representan la voluntad general como agregado de las particulares? ¿Quién es aquel que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir? ¿Cómo puede decirse que en el más corto sacrificio de la libertad de cada particular se halla aquel de la vida, grandísimo entre todos los bienes? Y si fue así hecho este sacrificio, ¿cómo se concuerda tal principio con el otro en que se afirma que el hombre no es dueño de matarse? Debía de serlo si es que pudo dar a otro, o a la sociedad entera, este dominio» (ibid., cap. 28, p. 74). monopolio de la fuerza y, por tanto, del poder de muerte, la defensa de la vida. De este modo, la protección de la vida resulta confiada al poder de infligir la muerte. Hasta la mitad del siglo XX, convivían en los mismos ordenamientos tanto la proclamación de los derechos humanos, en cuanto derechos inviolables, como la soberanía del Estado, en principio ilimitada y, por tanto, en condiciones de violar tales derechos gracias al carácter flexible de las constituciones en las cuales éstos eran sancionados. La «soberanía», como poder de vida y de muerte, representa, por lo tanto, una aporía no resuelta de las doctrinas contractualistas.

Esta aporía es superada —aunque no sea más que en el terreno jurídico-normativo— precisamente con el fin de la soberanía, que se produce con la refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas, tanto estatales como internacionales, provocada en el siglo pasado por las duras lecciones impartidas por las tragedias de la primera mitad: los totalitarismos y las guerras mundiales, Auschwitz e Hiroshima. Esta refundación se expresó en dos grandes conquistas, ambas en crisis actualmente (como se verá), que invistieron, como otros tantos rechazos a los horrores del pasado, por un lado la forma institucional de los Estados nacionales y, por el otro, las formas de las relaciones entre los Estados. Estas dos conquistas se realizaron a través de la misma operación: la constitucionalización rígida de los derechos humanos y del principio de la paz como límites y vínculos normativos —una suerte de solemne «nunca más» a los horrores de la guerra y de los fascismos— impuestos a la política, es decir, a los poderes supremos, internos e internacionales. Ambas conquistas produjeron, en el plano normativo, un cambio profundo de paradigma —una del derecho estatal, la otra del derecho internacional—, no tematizado adecuadamente, a mi parecer, por la reflexión jurídica y política².

La primera conquista fue la forma constitucional conferida a la democracia por la rigidez de las constituciones. Gracias a ella, el *derecho positivo* cambió de naturaleza: ya no es sólo regulador, sino que está reglado por vínculos jurídicos que condicionan su *validez* al respeto no sólo de las normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre sus contenidos, es decir, respecto de los principios y derechos fundamentales establecidos por las constituciones. También cambió la estructura de la democracia, que ya no

^{2.} Sobre estos cambios de paradigma, me remito a mi artículo «Pasado y futuro del Estado de derecho», en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, y «Derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, ³2007, pp. 19-57.

consiste en el poder ilimitado del pueblo y, por tanto, de la mayoría, en condiciones de degenerar —como mostraron el fascismo y el nazismo— en formas totalitarias. Más bien, ella es ahora un «poder del pueblo» dentro de los límites y de los vínculos impuestos por las constituciones. Por ello, su ejercicio está sujeto al derecho, al principio de la paz y a los derechos humanos: no sólo está sujeto a los tradicionales derechos a la vida y libertad, sino también a los derechos a la supervivencia, que son los derechos a la salud y a la subsistencia y los otros derechos sociales constitucionalmente establecidos.

La segunda conquista jurídica del siglo XX, que lamentablemente se quedó en gran parte en la carta, fue el cambio de paradigma ocurrido en las relaciones internacionales. Con la institución de las Naciones Unidas, el derecho internacional pasó de ser un sistema de relaciones basadas en pactos entre Estados ilimitadamente soberanos, fundado sólo sobre las relaciones de fuerza y, por esa razón, destinado —como mostró la catástrofe de los dos conflictos mundiales— a degenerar en la guerra, a ser un ordenamiento jurídico supra-estatal, fundado sobre la prohibición de la guerra y sobre los derechos fundamentales de todos los seres humanos, establecidos como límites y vínculos a los poderes de los Estados. También este cambio se expresó en la estipulación de un pacto constitucional de convivencia: la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y, luego, la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 y los dos pactos internacionales sobre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966, que forman, en su conjunto, una suerte de constitución embrional del mundo.

2. UN CAMBIO DE PARADIGMA. CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS VITALES

¿Cuáles fueron los efectos de este cambio de paradigma del derecho, producido con el constitucionalismo democrático de la segunda mitad del siglo XX, sobre el sistema político y sobre la política misma? Pienso que el efecto más relevante, aun cuando generalmente pasado por alto, fue la inversión —en lo que se refiere a los fundamentos de su legitimación— de la vieja relación entre política y derecho.

En el viejo modelo paleoiuspositivista del Estado legislativo de derecho, el derecho positivo no era otra cosa que un producto de la legislación y, por tanto, de la política. Su única fuente de legitimación, cualquiera que fuese su contenido, era la potestad legislativa, en el mejor de los casos expresión de la soberanía popular. No era, por tanto, la sustancia o los contenidos de las normas producidas, sino su forma de

producción, la decisión política. La política era, por ende, omnipotente, y el derecho no era otra cosa que un instrumento suyo de actuación.

Esta relación entre política y derecho se invierte, en el plano jurídico, en las actuales democracias constitucionales. El derecho es siempre derecho positivo, es decir, producido por la política. Sin embargo, en presencia de constituciones rígidas, no es ya el derecho el que está subordinado a la política como un instrumento suyo, sino que es la política la que se vuelve instrumento de actuación del derecho y, más precisamente, de los principios y de los derechos establecidos en las constituciones. Ellos, identificando la *esfera de lo indecidible* —de lo que no debe ser decidido, en violación de los derechos de libertad, y de lo que no debe no ser decidido, en satisfacción de los derechos sociales—, circunscriben a la vez la *esfera de lo decidible*, es decir, los espacios legítimos, discrecionales y autónomos, tanto de la política como del mercado. En suma, con el constitucionalismo rígido el derecho y la política se disocian, volviéndose el primero normativo respecto de la segunda.

En realidad, la política —en sus diversas tradiciones, de derecha y de izquierda, comunistas y liberales— jamás aceptó esta subordinación al derecho. Ni tampoco la aceptó nunca la filosofía política, que tanto en sus orientaciones realistas como en las normativistas generalmente la ignoró, junto a la virtual divergencia que de ella deriva entre derecho y política, uno como «deber ser» de la otra. Pero ha sido precisamente ésta la revolución institucional llevada a cabo por el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo xx: el fin —en el plano jurídico-normativo, obviamente— de la omnipotencia de la política y, con él, de la soberanía como potestas legibus soluta, reducida tanto en su dimensión interna, gracias a las formas del Estado constitucional y de derecho, como en su dimensión externa, gracias a la Carta de las Naciones Unidas y a las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Estas Cartas equivalen, de hecho, a programas y a proyectos normativos —utopías positivas, porque están positivizadas en forma de normas jurídicas— que sujetan a todos los Estados a los vínculos de la paz y de la igualdad en los derechos humanos. Con ellas, cambia la antropología subvacente al derecho, que se vuelve una antropología de la igualdad, en oposición a la antropología de la desigualdad subvacente al derecho premoderno y en buena parte sobreviviente en el viejo Estado liberal. Es la igualdad de todos los seres humanos, más de allá de sus múltiples derechos, la que representa el significado antropológico de la universalidad de los derechos fundamentales y del principio de la paz.

¿Pero igualdad en qué? ¿Qué significa la igualdad en los derechos fundamentales? Significa, en última instancia, igualdad en el valor asociado a la vida de cada ser humano. Todos los derechos fundamentales, tal como fueron históricamente reivindicados y luego consagrados en forma positiva en las constituciones, son, directa o indirectamente, derechos a la vida o, si se quiere, derechos vitales: no sólo los derechos de primera generación —el derecho a la vida y a la integridad personal, el habeas corpus y las otras libertades fundamentales— sino también, en un mundo donde sobrevivir es cada vez menos un hecho natural v cada vez más un hecho social v artificial, los derechos sociales a la supervivencia, es decir, los derechos —como el derecho a la salud, a la previsión y a la subsistencia— de cuya satisfacción dependen los mínimos vitales, que en la sociedad actual ya no están asegurados —como todavía podía imaginar John Locke— por la simple voluntad individual de buscar un trabajo, vendo tal vez a cultivar nuevas tierras, «pues hay tierra suficiente en el mundo para abastecer al doble de habitantes»³.

Si esto es verdad, podemos interpretar el nuevo paradigma de la democracia constitucional con las categorías, elaboradas por Michel Foucault, de la bio-política y del bio-poder. Con «bio-política» Foucault entiende una tecnología del poder afirmada en el siglo XIX, consistente en «hacerse cargo de la vida»⁴, es decir, en el hacer objeto de poder —de bio-poder— el nacimiento y la muerte, la salud y las enfermedades, a través de políticas demográficas de control o de incremento de los nacimientos, de protección de la salud mediante vacunas y servicios sanitarios públicos, de protección de la higiene y de prevención de los infortunios; en pocas palabras, a través del desarrollo del Estado social. A propósito de este fenómeno, Foucault habla de un cambio de paradigma del poder, desarrollado a partir del siglo XIX con el nacimiento del Estado social burocrático y paternalista: se pasa del poder de hacer morir (al que corresponde el de dejar vivir), propio de la soberanía clásica, al poder de hacer vivir (al que corresponde el de dejar morir)5.

- 3. J. Locke, Second Treatise of Government [1690], trad. castellana de A. Lázaro Ros, Ensayo sobre el gobierno civil, Orbis, Barcelona, 1985, cap. V, § 36, p. 43.
- 4. M. Foucault, «Corso del 17 de marzo de 1976», en *Bisogna difendere la società* [1997], trad. italiana de M. Bertani y A. Fontana, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 206-227. Véase también M. Foucault, *La nascita della medicina sociale* [1977], en *Archivio Foucault* 2. 1971-1977. *Poteri, saperi, strategie*, trad. italiana de A. Dal Lago, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 220-240.
- 5. «Si el viejo derecho de soberanía consistía en el derecho de hacer morir o de dejar vivir, el nuevo derecho que viene instaurándose será el de hacer vivir y dejar mo-

Pero mucho más radical, a la luz de estas mismas categorías, resulta el cambio de paradigma del derecho, tanto estatal como internacional, que apenas ilustré. Es lo que sostiene, en un ensayo sobre la guerra, Salvatore Senese, quien interpreta ese cambio, ocurrido con el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, como el paso de una bio-política negativa, de la muerte, a una bio-política positiva, de la vida o, mejor, al proyecto jurídico de una bio-política de la vida, basada sobre la dignidad de la persona y sobre la intangibilidad de los cuerpos humanos⁶.

Podemos afirmar que con la constitucionalización rígida del principio de la paz y de los derechos humanos, los poderes públicos de los que habla Foucault —el poder de hacer morir (y de dejar vivir) y el poder de hacer vivir (y de dejar morir)— se transformaron en otros tantos deberes, uno negativo y otro positivo. Precisamente, gracias al principio de la paz en las relaciones exteriores y a la prohibición de la pena de muerte en los ordenamientos internos, el poder de hacer morir (y de dejar vivir) se convirtió en la prohibición de hacer morir (y en la obligación de dejar vivir), correlativos al derecho a la vida. Por otro lado, gracias a la constitucionalización de los derechos sociales, que equivalen a otros tantos derechos a la supervivencia, el poder de hacer vivir (y de dejar morir) se convirtió, en cambio, en la obligación de hacer vivir (y en la prohibición de dejar morir).

Bajo este aspecto, el nacimiento del Estado constitucional de derecho puede ser concebido como el traspaso de un bio-derecho de la muerte a un bio-derecho de la vida, de la dignidad de la persona, de la integridad y sacralidad de los cuerpos humanos y de la igualdad. Así, se entiende de qué modo este traspaso es una única cosa junto con la desaparición, en el plano jurídico, de la soberanía, que en cuanto potestas legibus soluta es un poder de muerte: sea que se trate de la soberanía interna, cuyo principal atributo es el ius vitae ac necis, que equivale, como dice Foucault, al derecho-poder de matar⁷, sea que se trate de la soberanía exterior, cuyo principal atributo es el ius ad bellum, que es también un derecho-poder de matar. En ambos casos, el valor de la vida —asegurado por la paz y por los derechos fundamentales, que son todos, en las constituciones actuales, dere-

rir» (M. Foucault, «Corso...», cit., p. 207; y más adelante: «La soberanía hacía morir y dejaba vivir. Ahora aparece un poder que definiría como un poder de regulación, el cual consiste, al contrario, precisamente en el hacer vivir y en el dejar morir» (*ibid.*, p. 213).

^{6.} S. Senese, «Guerra e nuovo ordine mondiale»: Questione giustizia 2 (2002), pp. 482-483.

^{7.} M. Foucault, «Corso...», cit., pp. 206-207.

chos vitales— es colocado en la base tanto de la validez jurídica como de la legitimidad política del ejercicio de los poderes públicos.

Consecuentemente, cambia la fuente de legitimación de las instituciones políticas, la cual, a partir del constitucionalismo democrático de la segunda mitad del siglo XX, deja de identificarse con la soberanía del Estado y, en cambio, coincide con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Cambia, en definitiva, la norma fundamental, la *Grundnorm* de los sistemas políticos: no más el poder soberano (poco importa si de un soberano democrático como el parlamento) titular del derecho-poder de vida y de muerte, sino más bien los derechos fundamentales de los ciudadanos y, por ello, los correlativos deberes públicos —la prohibición de hacer morir y la obligación de hacer vivir— que constituyen sus garantías. «La declaración de los derechos», afirmó el artículo 1 de la segunda parte de la Constitución francesa de 1795, equivale a la declaración de las «obligaciones de los legisladores».

Se trató de una verdadera inversión de la relación entre instituciones políticas y ciudadanos, paralela a la inversión de la relación entre política y derecho. El ordenamiento se funda y se legitima ya no sobre un poder soberano, sino más bien sobre un sistema de deberes al que el soberano (por eso no es tal) está sometido frente a los ciudadanos, ellos sí titulares de esos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales. Es en el conjunto de estos deberes (o funciones) institucionales, correlativos a los derechos fundamentales, en lo que consiste la *esfera pública*: deberes negativos o prohibiciones de lesión, correspondientes a las inmunidades, es decir, a los derechos de libertad que no es lícito violar; y deberes positivos, es decir, obligaciones de prestaciones, correspondientes a los derechos sociales que no es lícito no satisfacer.

3. CRISIS DEL PARADIGMA Y POLÍTICAS DE MUERTE

Hoy, el paradigma de la democracia constitucional, fruto de esas dos grandes conquistas del siglo XX, está en crisis. En efecto, estamos asistiendo a una crisis del constitucionalismo tanto estatal (y no sólo en Italia) como internacional. Una crisis que se debe a muchas razones: al hecho ya señalado de que la política jamás aceptó realmente su sujeción al derecho; a la ausencia —sobre todo en el derecho internacional— de garantías y, antes aún, de instituciones de garantía; a la pérdida de la memoria de las tragedias del pasado y de esos «nunca más» que después de la segunda guerra mundial estuvieron en el origen

del nuevo constitucionalismo democrático. Hoy, a un bio-derecho de la vida se oponen una bio-política y una bio-economía de la muerte.

La crisis de la democracia constitucional de nuestros ordenamientos se manifiesta en el paulatino abandono, tanto en la praxis como en la concepción de la democracia, del principio de la sujeción de los poderes de la mayoría a la ley y en la tendencia de todos los poderes, tanto políticos como económicos, a acumularse y relegitimarse en formas absolutas. Sus factores específicos son muchos. Son, sobre todo, factores objetivos: piénsese, por un lado, en la crisis del principio de legalidad que siguió a la transferencia de cuotas crecientes de funciones normativas, tradicionalmente reservadas a los Estados, más allá de sus confines nacionales, y, por otro lado, en la inflación legislativa, que provocó, en los países avanzados, un colapso de las capacidades regulativas del derecho. En segundo lugar, están los factores de carácter subjetivo y más propiamente político: la vocación creciente a la ilegalidad de todos los poderes, privados y públicos, reforzada por el triunfo de las ideologías liberales en el terreno económico y plebiscitarias y populistas en el político, unas y otras contrarias a los límites y a los vínculos garantistas propios del constitucionalismo democrático; la consiguiente concepción de la libertad y de la democracia —en una palabra, de la «liberal-democracia»— como ausencia de reglas y de controles, de límites y vínculos, tanto para la autonomía privada y, por tanto, para los poderes económicos del mercado, como para las decisiones de la mayoría y, por tanto, para los poderes políticos del gobierno.

Se afirma así una suerte de neoabsolutismo de estos poderes, en contraste con los principios del Estado constitucional de derecho, que no admiten poderes absolutos, es decir, no sujetos a la ley y a los consiguientes controles jurisdiccionales. El resultado es una agresión a todo el sistema de los derechos fundamentales: al derecho al trabajo, a los derechos sociales a la salud y a la instrucción, al pluralismo de la información, a las mismas garantías del *habeas corpus* contra los arrestos ilegales y las torturas. Piénsese en las jaulas de Guantánamo y en los horrores de la cárcel de Abu Ghraib durante la ocupación de Irak por parte de Estados Unidos, en las leyes de emergencia restrictivas de la libertad personal en Inglaterra y, en Italia, en las violencias y torturas policiales ocurridas después de las manifestaciones de protesta en Nápoles y Génova.

Todavía más grave es la crisis de la legalidad internacional, es decir, de esa segunda gran conquista del siglo XX que fue el pacto de convivencia pacífica y de tutela de los derechos humanos estipulado con la institución de las Naciones Unidas. Este pacto, en realidad, más que una conquista ha sido lamentablemente una promesa no

mantenida, dado que no le siguió la introducción de adecuadas garantías: ni de las que he llamado «garantías primarias», es decir, de prohibiciones de lesión y de obligaciones de prestaciones a cargo de los correspondientes organismos internacionales; ni de las que he llamado «garantías secundarias», es decir, de un sistema adecuado de instituciones judiciales capacer de reparar o de sancionar las violaciones a los derechos y sus relativas garantías primarias⁸. Ciertamente una gran conquista, aun cuando trampeada desde el inicio por Estados Unidos, fue la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, actualmente, el ordenamiento internacional, con todas las cartas y convenciones sobre derechos humanos, es parangonable a lo que sería un ordenamiento estatal compuesto solamente por la Constitución y por alguna débil institución dotada de escasísimos poderes.

Más grave aún es la crisis, en estos últimos diez años, de esta débil legalidad internacional y la reaparición, en contraposición o, más bien, en violación del bio-derecho constitucional de la vida, de una bio-política de muerte. Fue reasumida y puesta en práctica la doctrina de la «guerra justa». Cuatro veces en el curso de poco más de un decenio, se infringió la prohibición de la guerra, que es la norma fundamental del orden internacional instituido por la Carta de las Naciones Unidas. La guerra, con su carga de víctimas inocentes, fue así rehabilitada como instrumento de solución de las controversias internacionales o, peor aún, fue propuesta —como en Kosovo, en Afganistán, en Irak y en Palestina— como nueva forma de intervención policial y de «justicia» penal sumaria. El orden internacional retrocedió así a una sustancial anomia, a causa de la debilidad del derecho público internacional por la ausencia de instituciones de garantía idóneas.

Todo el fenómeno de la globalización de la economía, por otro lado, puede ser a su vez identificado, en el plano jurídico, con este vacío de un derecho público internacional idóneo para disciplinar los grandes poderes económicos transnacionales: no un vacío de derecho, que no podría darse, sino un vacío de derecho público, relleno, inevitablemente, de derecho privado, es decir, de un derecho de producción contractual que sustituye a las formas tradicionales de la ley⁹ y que re-

^{8.} Sobre esta cuestión, me remito a «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri, *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica, Bari, 1998, pp. 907-949, trad. castellana en *Doxa* 20 (1997), pp. 235-278; «Garanzie»: *Parolechiave* 19 (1999), pp. 15-32; «Derechos fundamentales», cit., pp. 45 ss.

^{9.} Como mostró Maria Rosaria Ferrarese, en ausencia de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización se modela progresivamente,

fleja, generalmente, la ley del más fuerte. A ello le siguió una regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales; un neoabsolutismo regresivo y de retorno, que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumida, por el actual capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *Grundnorm* del nuevo orden económico y político internacional.

El efecto más visible de la globalización, en ausencia de una esfera pública mundial, es, por esta razón, un crecimiento exponencial de la desigualdad, señal de un nuevo racismo que da por descontadas la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene precedentes en la historia. Hoy, la humanidad es, en su conjunto, enormemente más rica que en el pasado. Pero también es, en lo que respecta a masas extendidas y crecientes de seres humanos, enormemente más pobre. Ciertamente, en el plano jurídico los hombres son incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, gracias a las tantas cartas y declaraciones de derechos. Pero también son incomparablemente más desiguales en concreto. La «edad de los derechos», para usar la expresión de Norberto Bobbio, es también la edad de su más masiva violación y de la más profunda e intolerable desigualdad. Se calcula que la diferencia de riqueza entre países pobres y países ricos, que era de uno a tres en 1820 y de uno a once en 1913, pasó de uno a setenta y dos en 1992, y que menos de trescientos millonarios son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, que tres mil millones de personas¹⁰. Según el informe sobre el desarrollo humano y la globalización, aunque haya aumentado enormemente la producción pro capite de alimentos, cerca de mil millones de personas no tienen acceso al agua y a la alimentación básica, lo cual provoca quince millones de muertes cada año. No obstante el incremento global

más que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las formas privadas del contrato (M. R. Ferrarese, Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Il Mulino, Bologna, 2000). Sobre el derecho en la edad de la globalización, cf. también S. Rodotà, «Diritto, diritti, globalizzazione»: Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale 4 (2000), pp. 765-777; U. Allegretti, «Globalizzazione e sovranità nazionale»: Democrazia e diritto 3-4 (1995), pp. 47 ss.; íd., «Costituzione e diritti cosmopolitici», en G. Gozzi (ed.), Democrazia, diritti, costituzione, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 53 ss.; Diritti e Stato nella mondializzazione, Città Aperta, Troina, 2002.

10. UNDP, Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione, Rosenberg & Sellier, Torino, 1999, p. 55. La divergencia de rédito entre la quinta parte de la población mundial que vive en los países más ricos y la quinta parte que vive en los países más pobres era de 30 a 1 en 1960, de 60 a 1 en 1990 y de 74 a 1 en 1997 (ibid., p. 19).

de la asistencia sanitaria, de la tasa de instrucción y de las esperanzas de vida y las fuertes reducciones de combustibles contaminantes, se ha más que duplicado el número de enfermos de sida, ochocientos cincuenta millones de personas son analfabetas, cerca de tres millones mueren cada año a causa de la contaminación atmosférica y más de cinco millones a causa de la contaminación del agua. En definitiva —y éste es el dato más alarmante— diecisiete millones de personas mueren cada año víctimas de enfermedades infecciosas y, aún antes, del mercado, por no poder pagar los costosos medicamentos «esenciales» patentados o, peor, porque los medicamentos más simples que podrían curarlos han dejado de producirse, pues combaten enfermedades en gran parte desaparecidas en los países occidentales¹¹. Se entiende así por qué masas enormes de hambrientos comprimen, rechazados, nuestras fronteras.

Y, bien, la crisis que se está produciendo del constitucionalismo democrático puede ser interpretada como crisis de efectividad del bio-derecho de la vida y como regreso a una bio-política y a una bio-economía de la muerte. En un mundo cada vez más desigual, que parece haber olvidado las catástrofes del pasado de las que había nacido el paradigma de la democracia constitucional, volvió a proponerse una bio-política negativa, que se expresa en el desarrollo del poder de muerte en sus dos significados: como poder de dejar morir, de hambre, miseria y enfermedades, a millones de personas cada año, y como poder de hacer morir, a través de la rehabilitación de la guerra como instrumento de conservación y defensa de un orden injusto, no gobernable de otro modo.

Está claro que este regreso al pasado, que se resuelve en la violación de los derechos vitales, equivale a la ruptura del pacto social de convivencia pacífica: una ruptura que justifica, más que el disenso, el conflicto, hasta el ejercicio —como proclamaron muchas constituciones del siglo XVIII— del derecho de resistencia. Hay una diferencia profunda entre resistencia y disenso. El disenso se refiere a la esfera de lo decidible: de lo que puede ser decidido por la mayoría

11. Cf. G. Tognoni, «I farmaci essenziali come indicatori di diritto»: Giornale italiano di farmacia clinica 12/2 (1998), pp. 116-122, que recuerda que en 1977 la Organización Mundial de la Salud compiló una lista de «medicamentos esenciales», objeto en cuanto tales de distribución obligatoria, de los que propuso la siguiente definición: «se definen como 'medicamentos esenciales' aquellos que satisfacen las necesidades sanitarias de la mayor parte de la población y que deben por tanto estar disponibles en todo momento en cantidad suficiente y en la forma farmacéutica apropiada». La lista contemplaba originariamente poco más de doscientos medicamentos. En 1997 contenía poco menos de trescientos, casi todos no costosos.

en la esfera política y por el mercado en la esfera de la economía. La resistencia y la desobediencia se refieren, en cambio, a la esfera de lo indecidible, es decir, a las violaciones, inaceptables, de los derechos humanos colocados en la base del pacto de convivencia. Sobre estas cuestiones de vida y de muerte no se acepta ser reducido a minoría.

4. EL RACISMO INSTITUCIONAL

¿Cómo se explica esta bio-política de muerte? Se explica, sostuvo Michel Foucault hace veinticinco años, con el *racismo*. El racismo, escribió Foucault, «representa el modo en que ha sido posible introducir una separación entre lo que debe vivir y lo que debe morir». Y es «la condición de aceptabilidad de la decisión de matar [...], la condición sobre cuya base se puede ejercitar el derecho de matar»¹².

A la opinión pública occidental le es posible tolerar las decenas de millones de muertos cada año por hambre y falta de atención médica mientras esta tolerancia sea sostenida por el racismo. Podemos aceptar las políticas actuales contra la inmigración y, por tanto, remover de nuestro horizonte la tragedia de miles de personas rechazadas cada año de nuestras fronteras y de decenas de personas que para huir a nuestros controles mueren cada año ahogadas, antes de arribar a nuestros territorios, mientras compartamos el latente racismo sobre el cual se basa nuestro sistema de vida. En fin, podemos tolerar y hasta aplaudir las actuales guerras desde el cielo «sin pérdida de vidas humanas», en las cuales ni un solo soldado occidental arriesga la vida y en las que las únicas víctimas son miles de personas inocentes, mientras estas guerras sean legitimadas por un sentido común racista, que considera a las víctimas como seres «inferiores».

Sólo el racismo, en otras palabras, permite la promoción y la práctica de políticas de muerte: sean las víctimas los inmigrantes que intentan penetrar en nuestras fortalezas de bienestar, o los millones de seres humanos excluidos por nuestros paraísos democráticos, o los cientos de no ciudadanos arrestados, humillados y torturados sin siquiera poder aspirar al estatuto de prisioneros de guerra o de detenidos en espera de juicio. La relación entre política de muerte y racismo es un círculo vicioso: la una es legitimada y secundada por el otro. Las guerras en Afganistán y en Irak fueron decididas también para satisfacer el reclamo de venganza —indiscriminada y racista,

12. M. Foucault, «Corso...», cit., pp. 200 y 221.

porque contaba la muerte de miles de inocentes— nacido después de la tragedia del 11 de septiembre de 2001 y, a su vez, alimentado y legitimado por el estado de guerra.

Se explica así, con este racismo tanto institucional como social. la victoria de las derechas y la crisis de las izquierdas en estos años. Las izquierdas de los países occidentales están en crisis porque la única política no puramente conservadora debería hoy hacerse cargo, ante todo, de los problemas del hambre y de la miseria en el mundo: debería consistir en una «política interna del mundo», según la denominación de Habermas. Pero esta política, reivindicada por los movimientos no-global, no puede ser «popular» ni puede aspirar a un consenso mayoritario, dado que equivaldría a poner en cuestionamiento nuestros ricos y despreocupados estilos de vida, que se fundan, precisamente, sobre la miseria de las cuatro quintas partes de los habitantes del planeta. De aquí el éxito de las derechas xenófobas, racistas y, ellas sí, anti-globalistas, penosamente seguidas por las izquierdas moderadas. El racismo —la concepción del «distinto» como enemigo, como peligroso, como criminal, como salvaje, como incivil e inferior— es el único modo para legitimar el exterminio en masa, la bio-política, la bio-economía y el bio-poder de la muerte.

Se explican también, con esta política y con el racismo que está detrás de él, la voluntad de deslegitimar el disenso, la tentativa de criminalizar el movimiento de los no-global y la violación masiva —de Seattle a Praga, de Nápoles a Génova— de los principales derechos de libertad: de la libertad de reunión y de manifestación, de la libertad de palabra y, sobre todo, de la libertad personal y de la inmunidad de arrestos arbitrarios y torturas, en un palabra, del habeas corbus. En Italia, esta política fue clara: primero la represión salvaje, luego la agresión a la magistratura que indagó sobre los abusos de la policía, finalmente la difamación del movimiento calificándolo de «terrorista». Todo esto, puesto que los no-global representan para todos una suerte de fea conciencia. Su protesta, dirigida a reivindicar la necesidad de modificar la agenda política y de adecuarla a los grandes problemas del mundo, la idea misma de que «otro mundo es posible», representan los factores de desestabilización, dado que rompen el velo de normalidad que ocultan las actuales políticas de muerte y opresión.

5. APORÍAS Y PARADOJAS DE LA DEMOCRACIA

Hay, luego, un segundo orden de razones que explica la actual biopolítica de la muerte. Se trata de tres aporías, de tres paradojas de la democracia que están determinando otros tantos divorcios entre democracia y racionalidad política.

La primera aporía se refiere a la desaparición del valor garantista del principio de la mayoría. En el pasado tuvimos una bio-política de la vida, que se manifestó en la construcción del Estado social, puesto que los pobres, en nuestros países, eran mayoría. La democracia, en el sentido de poder de la mayoría, derrotó al bio-poder de la muerte que caracterizó al viejo sistema político de sufragio restringido y promovió, con la reivindicación y consagración constitucional de los derechos fundamentales y con la construcción del Estado social, una bio-política de la vida. En las actuales sociedades occidentales de los dos tercios, en las cuales los pobres se han transformado en una minoría, vuelve a afirmarse, en cambio, un bio-poder de la muerte, fundado en la exclusión y dirigido al desmantelamiento de las garantías sociales. De este modo, la relación entre Estado de derecho y democracia política parece invertirse. Es la mayoría la que se vuelve portadora de una política de exclusión y de muerte, mientras que el Estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales son los que imponen un bio-derecho y una bio-política de la vida. De aquí el valor de las constituciones que garantizan los derechos de todos, incluso contra el poder democrático de la mayoría. En suma, en el pasado era el Estado de derecho el que tenía un valor conservador, mientras la democracia política, que permitía la representación de una mayoría de pobres, tenía más bien un valor progresista. Hoy ocurre lo contrario: el Estado constitucional de derecho es un factor de garantía de los sujetos más débiles contra las tendencias conservadoras de las mayorías. Y es precisamente la ideología liberal la que, paradójicamente, descubrió —como corolario de la libertad del mercado— el valor de la democracia en el sentido rousseauniano de omnipotencia de la voluntad general.

La segunda aporía consiste en el fin de la relación entre democracia, derecho y Estado. En todos los países del mundo —excluidos los Estados Unidos y mucho más acentuado en los países pobres— se rompió la relación entre democracia y Estado, es decir, entre pueblo y representantes. Por otro lado, se rompió la relación entre derecho y monopolio estatal de la producción jurídica. Los pueblos ya no son gobernados por sus representantes, pues las decisiones más importantes para su vida son tomadas fuera de los confines de sus Estados.

El orden internacional no es democrático y, de hecho, es gobernado —sin reglas, límites ni controles— por la mayoría de una minoría, los países ricos de Occidente, que equivalen a una quinta parte de la humanidad. Está claro que la bio-política de esta minoría, si quiere mantener los actuales privilegios, es inevitablemente racista y de muerte. La conservación de nuestros estilos de vida *implica* la miseria y la exclusión del resto de la humanidad, aun cuando esté en contraste con el bio-derecho de la vida establecido en las cartas internacionales. De aquí el valor de estas cartas: garantizarían, si fuesen tomadas en serio, los derechos de todos los seres humanos del planeta.

Finalmente, la tercera aporía se refiere al cambio de la relación entre democracia y tiempo: me refiero a la amnesia y miopía crecientes de la política actual en nuestras sociedades democráticas. El horizonte de la democracia, también a causa de sus degeneraciones videocráticas y de la práctica cotidiana de los sondeos, está limitado a los tiempos breves, brevísimos. La política está perdiendo las dimensiones del tiempo, tanto la memoria del pasado como la perspectiva del futuro. Por un lado, la amnesia, la pérdida de la memoria de las guerras mundiales y de los fascismos, es decir, de los dos nunca más de los que nacieron las constituciones y las cartas de la segunda posguerra. De otro modo, no se explicaría la rehabilitación de la guerra como medio de solución de las controversias internacionales. Por el otro lado, la miopía y la irresponsabilidad frente al futuro no inmediato. Sólo así puede explicarse la destrucción del medio ambiente, la remoción de nuestro horizonte de los grandes problemas del hambre y de la miseria en el mundo y de los peligros que pueden amenazar la paz y la seguridad, la indiferencia por las prognosis infaustas en torno al futuro de nuestro planeta. Sólo así se explica, en definitiva, la ilusión de que la economía puede autogobernarse y prescindir, en el vacío de derecho público que caracteriza a la globalización, de una esfera pública internacional.

La democracia actual, fundada en los sondeos, conoce, en suma, sólo tiempos sumamente breves: no recuerda —es más, remueve— el pasado, no va más allá de la semana o, a lo sumo, del mes y no se hace cargo del futuro, es decir, de lo que ocurrirá más allá de una semana. Está claro que la óptica miope de los tiempos breves no puede más que limitarse a considerar los intereses inmediatos y, por tanto, excluir toda perspectiva proyectiva capaz de hacerse cargo de los problemas del futuro. La democracia entra así en conflicto con la racionalidad política, es decir, con los intereses generales de largo período de los mismos países democráticos, que se refieren a su seguridad y a su misma supervivencia futura. Es evidente que existe un

nexo indisoluble, como advierte en forma realista el preámbulo a la *Declaración universal de los derechos* de 1948, entre paz y derechos e, inversamente, entre violaciones de los derechos y violencia. Por esa razón no podremos hablar de paz y de seguridad futura si no son eliminados —o al menos reducidos—, por medio de la construcción de una esfera pública global, las enormes desigualdades, el hambre y la pobreza de millones de seres humanos que representan un clamoroso desmentido de las promesas contenidas en las tantas cartas constitucionales e internacionales. La alternativa es tan simple como dramática: o un futuro de guerras y terrorismos, al compás de la disolución general de la legalidad y la democracia, o bien la refundación constitucional de ambas a la altura de los nuevos problemas y de los nuevos poderes supranacionales.

6. UNA ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL. INSTITUCIONES DE GOBIERNO E INSTITUCIONES DE GARANTÍA

La perspectiva de una refundación de la legalidad a la altura de los nuevos poderes —en pocas palabras, de un constitucionalismo mundial— es juzgada irrealista por gran parte de la filosofía política y jurídica. Es este irrealismo el que pretendo poner en cuestión, distinguiendo, sobre todo, las razones políticas que hacen inverosímil esta perspectiva de las razones teóricas que se opondrían a ella. De hecho, una cosa es decir que esta perspectiva es improbable, a causa de los potentes intereses que se oponen a ella, y otra cosa es decir que ella es, en el plano teórico, imposible. Generalmente, las dos cosas son confundidas. Creo, en cambio, que, desde la filosofía política y la teoría del derecho, deben ser rigurosamente distinguidas. Podemos también considerar políticamente improbable la perspectiva de una refundación de la democracia y del Estado de derecho a la altura de los desafíos actuales. Pero esto no quiere decir que ella sea teóricamente imposible. No debemos confundir, si no gueremos ocultar las responsabilidades de la política, entre conservación y realismo, descalificando como «irrealista» o «utópico» lo que simplemente contrasta con los intereses y con la voluntad de los más fuertes. Por ello, tampoco podemos considerar esa perspectiva apriorísticamente impracticable y, por tanto, irrealista. Una actitud así equivaldría a una abdicación de la razón. Y de hecho confortaría —si no legitimaría— los procesos de disolución actuales. Es más, equivaldría a una falacia naturalista que confunde lo que ocurre con lo que no puede no ocurrir e ignora que el derecho es producido por los hombres y que depende también de la cultura jurídica el sentido común que se desarrolla en torno a él y el hecho de que sea o no tomado en serio.

Debemos ser conscientes de que el fin de la crisis dependerá —como siempre— del papel que estén en condiciones de desarrollar la razón jurídica y, aún antes, la razón política. Precisamente, la transición hacia un reforzamiento de la seguridad, de la democracia y del Estado de derecho dependerá de una refundación de la política y de la legalidad, a través de instituciones a la altura de los grandes y dramáticos problemas que conlleva la crisis aquí ilustrada. Contra esta perspectiva, son principalmente dos las objeciones que en general se presentan desde los enfoques realistas: una, de carácter público, se refiere a la imposibilidad de configurar un sistema político mundial dotado al mismo tiempo de capacidad de gobierno y de los rasgos propios de las democracias nacionales; la otra, de carácter económico, se refiere en cambio a la imposibilidad de sostener los enormes costos requeridos para la satisfacción de los derechos sociales en beneficio de todos los habitantes del planeta.

La primera cosa que, en el plano teórico, debemos señalar, a propósito de la primera objeción, es que de cara a la consecución de los fines de una refundación de la democracia constitucional a nivel internacional, lo que se requiere no es tanto la institución de una improbable y tal vez ni siguiera auspiciable reproducción de la forma del Estado a nivel supranacional —una suerte de super-Estado mundial, probablemente a través de la democratización de las Naciones Unidas—, sino más bien la introducción de técnicas, de funciones y de instituciones adecuadas de garantía. ¿Cuáles son estas funciones y estas instituciones? Retorno aquí sobre una distinción que va tuve ocasión de formular: la distinción, parcialmente diversa de la que se encuentra en la base de la clásica separación de los poderes, entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía¹³. Las instituciones de gobierno son aquellas investidas de funciones discrecionales, políticas, de elección y de innovación en orden a la que he llamado esfera de lo decidible: no sólo, por ende, las funciones propiamente gubernativas de dirección política y de elección administrativa, sino también las funciones legislativas. Las instituciones de garantía, en cambio, son aquellas investidas de las funciones vinculadas a la aplicación de la lev y, en particular, a la tutela de la paz y de los derechos fundamentales y, por tanto, de la que he llamado esfera de lo indecidible (qué o qué no): las funciones jurisdiccionales, sobre todo, pero

^{13. «¿}Democracia sin Estado?», en Razones jurídicas del pacifismo, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 137-150.

también las administrativas dirigidas a la garantía, en primer lugar, de los derechos fundamentales, como las instituciones escolares, las sanitarias, las de previsión y similares. Las instituciones del primer tipo, destinadas a las elecciones políticas, ciertamente no preordenadas por el derecho, diseñan el espacio de la política, cuvos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad en el interés general de los resultados obtenidos. Por ende, están tanto más legitimadas cuanto más representativas y cercanas al cuerpo electoral. Una democracia representativa planetaria, basada en el clásico principio una persona/ un voto, no tendría mucho sentido. Pero sobre todo no sería pertinente para las funciones de defensa de la paz y de los derechos humanos, que reclaman instituciones de garantía, separadas de las políticas, dirigidas a la comprobación imparcial de la observancia de los deberes impuestos por el derecho y legitimadas por la tutela —incluso contra las contingentes mayorías— de los derechos fundamentales de todos. No se requieren decisiones discrecionales de mayoría, sino, al contrario, intervenciones vinculadas al derecho y a los derechos a la vida y la salud, para prevenir y reprimir crímenes contra la humanidad o devastaciones ambientales, o para asegurar a todos la distribución del agua, de la alimentación básica y de los medicamentos esenciales.

Está claro que la construcción de un orden mundial informado por los principios del Estado de derecho requiere la creación, a nivel internacional, antes que de funciones y de instituciones de gobierno —que, refiriéndose a la esfera de la discrecionalidad política y obteniendo su legitimación de la representatividad política, está bien que sigan siendo competencia de los Estados nacionales—, de funciones e instituciones de garantía. Se trata, sobre todo, de crear las que podemos llamar las funciones y las instituciones de garantía secundaria, es decir, jurisdicciones capaces de reparar o sancionar las violaciones de las garantías primarias. En esta dirección, poco o nada se ha hecho. La sola innovación, indudablemente de enorme importancia, fue la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad que más arriba recordé. Pero lo que es aún más esencial es la creación de las que llamaré instituciones de garantía primaria: por un lado, las garantías de la paz v la seguridad; por el otro, las funciones v las instituciones de garantía de los derechos fundamentales, comenzando por los derechos sociales —a la alimentación, a la salud y a la instrucción—, en sustitución de v si es necesario incluso contra los Estados.

Bajo el primer aspecto, el relativo a la paz, debería tenderse —sobre la base de los fracasos de las guerras recientes y, más que nunca, de la última guerra contra Irak—, por un lado, a una rehabilitación de

las Naciones Unidas y de la prohibición de la guerra; por el otro lado, a la institución —en vistas a un tendencial monopolio de la fuerza en cabeza de las Naciones Unidas— de la fuerza de policía internacional bajo la «dirección estratégica» del «Comité de Estado mayor», previsto en el artículo 47 de la Carta. Por ello, debería también retomarse el proceso de desarme global iniciado en los años ochenta. Pero, sobre todo, debería tenderse a considerar como bienes ilícitos, porque están destinados a matar, todas las armas, cuya fácil disponibilidad es el principal factor tanto de las guerras como de la criminalidad. Se trata de prohibir radicalmente —ne cives ad arma veniant— no sólo el comercio de armas, sino también su producción y su tenencia.

Bajo el segundo aspecto, el de los derechos humanos, son muchas las instituciones de garantía primaria que deberían introducirse o refundarse. Sobre todo, deberían reformarse las actuales instituciones internacionales de gobierno de la economía —el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio— dirigiéndolas al fin, opuesto al que hoy persiguen, del desarrollo económico de los países pobres. Luego, frente a los gigantescos problemas sociales del hambre y la miseria, deberían organizarse instituciones dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales previstos en los Pactos de 1966. Algunas de estas instituciones, como la FAO y la Organización Mundial de la Salud, existen desde hace tiempo. Habría que dotarlas de los medios y poderes necesarios para las funciones de erogación de las prestaciones alimenticias y sanitarias. Otras —en los temas de protección del medio ambiente, de garantía de la instrucción, de la vivienda y de otros derechos vitales— deberían en cambio ser instituidas.

Obviamente, atendiendo a los fines del funcionamiento de instituciones semejantes y de la construcción de una esfera pública internacional, sería necesario introducir una fiscalización mundial, dirigida a reunir los fondos necesarios para financiar las instituciones de garantía y sus funciones redistributivas. En esta dirección se mueve la propuesta de la *Tobin tax* sobre las transacciones internacionales, sostenida por el movimiento no global. No menos justificada estaría, sobre la base de principios elementales del derecho privado, la imposición de un resarcimiento o de un adecuado pago por el indebido enriquecimiento de las empresas de los países más ricos, que proviene del uso, el aprovechamiento e incluso el daño de los llamados bienes comunes de la humanidad, como las órbitas de los satélites, las bandas electromagnéticas y los recursos minerales de los fondos oceánicos. Estos bienes son actualmente utilizados como *res nullius*, en lugar de ser considerados —según lo establecido por las conven-

ciones internacionales sobre el mar y sobre los espacios extra-atmosféricos— como «patrimonio común de la humanidad»¹⁴.

Creo que, hoy, la perspectiva de la construcción de una esfera pública mundial es el principal desafío lanzado por la crisis del Estado a la razón jurídica y política. No es sólo la perspectiva impuesta por el diseño normativo de la Carta de las Naciones Unidas y las Declaraciones y convenciones sobre derechos humanos. Es, antes bien, la única alternativa racional al actual dominio de la ley del más fuerte, que no favorece, a largo plazo, ni siquiera al más fuerte, pues se resuelve en una inseguridad y precariedad general, dado que siempre el «más débil», como escribió Thomas Hobbes, «tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte o con una maquinación secreta o aliándose con otros»¹⁵.

7. DEMOCRACIA Y ECONOMÍA. LOS COSTOS DE LOS DERECHOS Y LOS COSTOS DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS

La segunda objeción dirigida por la filosofía política realista a la perspectiva de un constitucionalismo global es su carácter utópico e irrealizable en el plano económico. Al respecto, creo que deben eliminarse muchos lugares comunes. El primer lugar común parte de un dato de hecho indiscutible: los derechos fundamentales y, en particular, los derechos sociales, son costosos. De este dato se extrae, generalmente, la consecuencia de que una plena garantía de los derechos fundamentales, al menos en los países más pobres, sería imposible

- 14. El artículo 1 del Tratado del Espacio Extra-Atmosférico del 27 de enero de 1967 califica tales espacios como «patrimonio de toda la humanidad», imponiendo su «utilización para el bien y en el interés de todos los países, cualquiera sea el grado de su desarrollo económico o científico». Análogamente, los artículos 136-140 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982 afirman que «la Zona [de alta mar] y sus recursos son patrimonio común de la humanidad», que «las actividades en la Zona se realizarán [...] en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la ubicación geográfica de los Estados, ya sean ribereños o sin litoral, y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo» y que se «dispondrá la distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la Zona mediante un mecanismo apropiado, sobre una base no discriminatoria». Sobre estas bases se propuso una tasación internacional por el aprovechamiento de los recursos minerales de los fondos oceánicos (cf. D. E. Marko, «A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and proposed Alternative»: Journal of Natural Resources and Environmental Law [1992]), así como también por el uso de las órbitas de los satélites en torno a la tierra y las bandas electromagnéticas (cf. G. Franzoni, Anche il cielo è di Dio. Il credito dei poveri, EdUP, Roma, 2000, pp. 91-113).
- 15. Th. Hobbes, *Leviatán* [1651], trad. castellana de A. Escohotado, Nacional, Madrid, 1983, cap. XIII, 1, pp. 221 ss.

y equivaldría a una utopía. Sería un lujo sólo de los países ricos de Occidente, subordinado, más allá de todo, a las exigencias del desarrollo de la economía. El segundo lugar común es que los derechos fundamentales, con sus límites y vínculos, constituirían un freno al desarrollo económico. De ahí que la ausencia de obstáculos jurídicos a las dinámicas de la libre empresa representaría el principal factor de incremento de la riqueza.

A mi parecer, todas estas son tesis ampliamente infundadas. Ciertamente, los derechos fundamentales, sobre todo los derechos sociales, cuestan¹⁶. Y cuesta, consecuentemente, la democracia. Pero las instituciones políticas, comenzando por el Estado, no son sociedades comerciales con fines de lucro. El crecimiento económico y la producción de la riqueza no son sus fines, ni mucho menos sus parámetros de legitimidad. Sus fines, su razón social, son los establecidos en esos pactos de convivencia que son las cartas constitucionales, estatales e internacionales: la garantía de la paz y de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Por ello, es absurda la tesis que sostiene que la democracia cuesta demasiado. Si pensamos en la manifiesta inobservancia de los derechos sociales, en la gran miseria y en las enormes desigualdades en el mundo e incluso dentro de los países más ricos, debemos, al contrario, concluir que la democracia cuesta demasiado poco, vergonzosamente poco. Bien distintos deberían ser los costos, los medios y las sumas destinadas a cumplir las promesas constitucionales a nivel estatal y, todavía más a nivel internacional, para derrotar la pobreza, las enfermedades, el hambre y el analfabetismo. El lugar común más difundido y miserable es la idea de que la calidad de un sistema político se mide por el producto interior bruto, cuyo aumento terminaría por favorecer también a los más débiles. Sin embargo, como la experiencia enseña, el simple aumento de la riqueza genera principalmente el crecimiento de la desigualdad, cuya percepción, más allá de ciertos límites, es todavía más intolerable que la pobreza.

Pero, sobre todo, si es verdad que los derechos fundamentales cuestan, también es cierto que cuestan aún más, también en el plano económico, sus violaciones e inobservancias. Éste es un hecho generalmente ignorado. Comúnmente, el desarrollo económico va asociado, en la ideología liberal, al ejercicio sólo de los derechos civiles de propiedad y de autonomía de empresa. Sólo el mercado sería, gracias a la perspectiva de los beneficios, un factor de producción de riqueza. Pero ésta es una visión restringida de las causas del desarro-

^{16.} S. Holmes y C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000.

llo, no menos que la que mide su crecimiento solamente en función del aumento del producto interior bruto. Como mostró ampliamente Amartya Sen, todas las libertades fundamentales son, en cambio, otros tantos factores de desarrollo del bienestar y de la producción, dado que sirven para promover las —así llamadas por él— capacidades fundamentales de la persona¹⁷. Sin libertad de prensa y sin democracia política no se tiene control sobre el correcto ejercicio de los poderes públicos. Sin libertad de pensamiento no se tiene investigación ni desarrollo intelectual, cultural y tecnológico. Sin garantía de las libertades civiles y personales no se tiene ni siquiera iniciativa económica ni seguridad en los mercados y en las inversiones.

Creo que la tesis de Amartya Sen debe ser ampliada. Todos los derechos fundamentales, y no sólo los derechos de libertad, son, cada uno por razones y en maneras diversas, presupuestos y factores del crecimiento económico. Inversamente, su violación e inobservancia no sólo producen un empobrecimiento de las condiciones de vida de las personas, sino que también se resuelven siempre en una reducción de la productividad y la riqueza. Ello vale, claramente, además de para las libertades fundamentales, también para los derechos sociales —a la salud, a la instrucción y a la subsistencia—, probablemente más esenciales para el desarrollo de la seguridad y de la economía. El mismo Sen mostró los extraordinarios efectos positivos que tuvo, en el desarrollo industrial y sobre el crecimiento de la riqueza, primero en Japón y luego en China, el aumento en estos países de los niveles de instrucción y, consecuentemente, de los trabajos cualificados, de la investigación y del desarrollo tecnológico¹⁸. La misma cosa se puede decir, con mayor razón, respecto a los derechos a la alimentación básica y a la salud, cuya garantía es el presupuesto no sólo de la supervivencia individual, sino también del desarrollo económico. La mala alimentación y la desnutrición, de hecho, no sólo llevan a la enfermedad y a la muerte, sino que además perjudican todo posible desarrollo: el desarrollo de la persona, cuyas capacidades cognitivas y productivas minan, comprometiendo sus aptitudes tanto físicas como intelectuales; el desarrollo de la economía, dado que sofocan, con la productividad, el crecimiento de la riqueza. El hambre lleva a un círculo vicioso perverso: provoca enfermedades que desvían los escasos ingresos de las familias hacia los medicamentos, reduce la capacidad productiva de la población, genera revueltas, conflictos, desórdenes

^{17.} A. Sen, Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia (1999), Mondadori, Milano, 2000; íd., *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milano, 2002. 18. Íd., *Globalizzazione e libertà*, cit., pp. 141-143.

civiles y, finamente, es la principal causa de las diversas formas de criminalidad, desde la criminalidad de subsistencia de los pequeños hurtos y robos, a la gran criminalidad organizada. Hoy, tal como recordé más arriba, más de mil millones de personas sufren hambre y sed, y decenas de millones mueren cada año por enfermedades y por falta de agua y alimentación básica. Ésta no es solamente una catástrofe intolerable para la humanidad. Es también la principal razón de la falta de desarrollo económico de gran parte del planeta.

Los derechos fundamentales, en definitiva, son un factor y un motor esencial del desarrollo no sólo civil sino también económico. Pensemos en los derechos de las mujeres y, en particular, en el derecho a la autodeterminación de la maternidad. La efectividad de este derecho supone y, al mismo tiempo, está entre los principales factores de la independencia de la mujer respecto del varón, de su grado de instrucción, de sus posibilidades de acceso al trabajo y, en general, de la garantía de todos sus otros derechos civiles, de libertad y sociales. Es, por ello, el primer presupuesto de la emancipación de las mujeres respecto de sus vínculos domésticos y, por tanto, de su libertad y su participación en la vida civil, política y productiva. Y es también la forma de (auto-)control y de reducción de los nacimientos —y, por ello, de la desactivación de la llamada «bomba demográfica»— más respetuosa con la dignidad de la persona 19.

La garantía de todos los derechos fundamentales sancionados como vitales, de los derechos de libertad y sociales, no es, por tanto, solamente un fin en sí misma sino también un medio de desarrollo económico. La prueba histórica de este nexo entre satisfacción de los derechos sociales y desarrollo está a la vista de todos. Basta observar la experiencia de los países occidentales ricos. Seguramente el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, la mayor riqueza de estos países con respecto al resto del mundo, así como con respecto a su propio pasado, se deben principalmente al mejoramiento de sus condiciones generales de vida: a la mayor instrucción, al mejor estado de salud, a las mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. Podemos decir, invirtiendo el prejuicio de la contraposición entre garantías de los derechos sociales y desarrollo económico, que la mayor política económica, la más eficaz para incrementar el desarrollo, así como la mejor en materia de seguridad y de prevención de los delitos es una política social, dirigida a garantizar los derechos vitales de todos. Una «bio-economía» de la vida, por decirlo de alguna manera, supone la construcción de una esfera pública

^{19.} Íd., Lo sviluppo è libertà, cit., cap. VIII, pp. 192-205.

garante de los intereses y derechos de todos, sin la cual es imposible el desarrollo. Por ello, los gastos sociales no son concebidos como un costoso pasivo en los balances públicos, sino más bien como la forma de inversión pública seguramente más productiva.

Si todo esto es cierto, es posible invertir otro de los lugares comunes recordados al inicio: la idea de que el conjunto de los derechos no podría superar un determinado límite de garantías, dado que cada expansión de cualquiera de ellos tendría lugar a expensas de otros derechos: la así llamada tesis de la «suma cero»²⁰. Una tesis semejante está desmentida en forma clamorosa por la experiencia histórica de nuestros países, que en los últimos dos siglos conocieron un crecimiento constante de la cantidad de derechos fundamentales conferidos a las personas, así como también de la calidad y efectividad de sus garantías, en forma simultánea al máximo desarrollo de sus economías y de la producción de la riqueza. En todo caso, se puede formular un principio opuesto al de la suma cero: el principio de la tendencial sinergia entre las garantías de todos los derechos fundamentales, cada una de las cuales forma el presupuesto de la garantía y efectividad de todas las demás. Sin garantías políticas se desvanecen las garantías civiles, no menos que las liberales y sociales. Inversamente, los derechos políticos son mera apariencia si no se aseguran las libertades fundamentales, desde la libertad de prensa, reunión y asociación, al derecho a la información. Tanto éstas como aquéllos están destinados a seguir siendo ineficaces si no están acompañados por garantías concretas de los derechos sociales, a su vez conquistadas y defendidas gracias al ejercicio de los derechos políticos y de libertad.

Es también verdad, en definitiva, que lo que está ocurriendo no nos da lugar a optimismo alguno. Pero en lo que está ocurriendo no hay nada de natural ni de inevitable. Existe siempre una alternativa, que depende de elecciones políticas y de las luchas por los derechos capaces de orientarlas. Y existe, de cualquier modo, un rol no sólo proyectivo sino también performativo, del sentido común, que es desarrollado por la teoría y, más en general, por la cultura jurídica y política, la cual está hoy formada por millones de operadores: juristas, jueces, abogados, periodistas, hombres políticos. Formamos parte del universo que indagamos, que es un universo en gran parte artificial, y contribuimos a construirlo con nuestras elecciones y con nuestras teorías. Y, por ello, llevamos una parte no irrelevante de responsabilidad de cómo es y de cómo será.

^{20.} Es la tesis sostenida por Anna Pintore, «Derechos insaciables», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 243-267.

POR UNA ESFERA PÚBLICA DEL MUNDO

1. LOS ESTRAGOS DEL TERRORISMO DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001. EL DERECHO A LA GUERRA

Resulta oportuna y fecunda la expresión «política interior del mundo», propuesta por Jürgen Habermas y Luigi Bonanate para designar una política a la altura de los problemas y de los retos generados por la actual globalización. «Tras la finalización del equilibrio bipolar —escribe Habermas— parece abrirse, a pesar de todos los retrocesos, la perspectiva de una 'política interior mundial' (*Weltinnenpolitik*) (C. F. von Weizsäcker) en el campo de la política de seguridad internacional y de los derechos humanos»¹. Cada vez tiene menos sentido, agrega Bonanate, distinguir entre «política interior» y «política internacional», una como lugar de la política propiamente dicha, la otra como lugar de la negociación, del conflicto y de la guerra². En efecto, la política internacional es cada vez más decisiva para la política interior, dado que cada vez más las decisiones que cuentan se toman en sedes extra- o supra-estatales³. Inversamente, gran parte de

Traducción de Corina Yturbe.

- 1. J. Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de J. C. Velasco y G. Vilar, Paidós, Barcelona, 1999, p. 104. La expresión es retomada en J. Habermas, *La constelación posnacional* [1998], trad. de P. Fabra, D. Gamper y L. Díez, Paidós, Barcelona, 2000, p. 197.
- 2. L. Bonanate, «2001: La politica interna del mondo»: Teoria politica XVII/1 (2001), pp. 3 ss.
- 3. L. Bonanate, *ibid.*, p. 16, recuerda las palabras, hoy más verdaderas que nunca, escritas en 1933 por L. Wolff (el marido de Virginia): «No hay duda de que la vida real de una gran mayoría de aquellos de nosotros que han vivido durante los últimos treinta años ha estado influida de manera mucho más profunda por lo que se llama po-

los temas clásicos de la política interior se han convertido en temas de política exterior o, mejor, internacional: no sólo el comercio y las finanzas, sino también las cuestiones relacionadas con el trabajo, la seguridad contra el crimen organizado, la justicia, la defensa del medio ambiente y la salud, las cuales ya no pueden enfrentarse de manera seria si no es a través de políticas coordinadas y concertadas en el nivel supra-estatal.

Este «cambio de paradigma» de la política, como lo llama Bonanate⁴, fue puesto a prueba de manera dramática por el terrible ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas de Nueva York. Esta horrible masacre puso en crisis la ilusión de la seguridad y de la invulnerabilidad de nuestro mundo. Naturalmente, en estos últimos cincuenta años, en el mundo han ocurrido otras tragedias terribles y no menos devastadoras. Sin embargo, las guerras y las violencias aun cuando involucraron o, peor aún, fueron provocadas por Occidente, siempre tuvieron lugar fuera de sus fronteras: las observábamos en televisión, como imágenes provenientes de otro mundo. Nunca había sucedido, desde hace más de medio siglo, que un país occidental sufriera una agresión con millares de víctimas como la del 11 de septiembre. Y era todavía menos imaginable que el centro del mundo, el World Trade Center y el Pentágono, pudieran ser atacados. El pánico provocado por esta catástrofe se debió no sólo al horror por la matanza, sino también a la sensación de ser también nosotros —en nuestra vida cotidiana, cuando abordamos un avión, cuando tomamos el metro, cuando estamos en casa o en la oficina— una de las posibles víctimas de la guerra y de las masacres que manchan de sangre el planeta. También nosotros, los privilegiados de la tierra, teníamos miedo por primera vez: un miedo tanto más fuerte y angustioso por cuanto el enemigo es invisible y sus posibles agresiones son tan previsibles como no prevenibles: ayer un monstruoso secuestro aéreo, hoy una misteriosa difusión de ántrax, mañana —dicen los expertos en tecnología militar— un coche bomba nuclear en el centro de una ciudad o, peor aún, una lluvia de bacterias o de otras armas químicas o biológicas no muy difíciles de construir.

Hay, por lo tanto, una segunda ilusión que la terrible jornada del 11 de septiembre disolvió o, mejor, debería disolver: la ilusión de que el Occidente rico y el resto del planeta son mundos separados; que el mundo, que creíamos unificado únicamente por el mercado pero

lítica exterior o relaciones internacionales que por cualquier acontecimiento ocurrido dentro de su país».

^{4.} L. Bonanate, «2001: La politica interna del mondo», cit., p. 10.

rígidamente dividido por fronteras y fortalezas, también es un mundo único por lo que ser refiere a la vida y a la seguridad. Los estragos del terrorismo de las dos torres nos dijeron que va no hay un «exterior»; que va no podemos distinguir entre una «política interior» y una «política exterior»; que estamos todos en la misma barca y que esta barca es extremadamente frágil. Y de este modo le confirió un valor explícitamente normativo a la fórmula de Habermas y de Bonanate. Teniendo en cuenta la división del mundo en bloques, la crisis de los Estados y de su soberanía, es necesario y urgente la refundación de una política a la altura de los retos, justamente, como política interna del mundo». Que se produzca, así, una globalización de la política, sobre todo respecto a la seguridad, dado que hoy la seguridad en el mundo es indivisible y la inseguridad es tan global como el mercado y la economía. Pero también, si es cierto que la inseguridad está generada por odios y conflictos cuyas causas es necesario atacar, una política interior del mundo con respecto a los otros problemas vitales del planeta: la pobreza, el hambre, las enfermedades y las guerras que martirizan a más de la mitad del género humano, además de los problemas de la protección del medio ambiente, de la criminalidad internacional y de la producción y comercio de armas.

Lamentablemente, ésta no ha sido la respuesta a la matanza del 11 de septiembre. Por una especie de inercia mental, casi un reflejo condicionado irracional, esta terrible masacre fue interpretada no como un crimen ante el cual era necesario reaccionar con la captura y castigo de los culpables y con el descubrimiento y la neutralización de la red compleja y ramificada de sus cómplices, sino como un acto de guerra, como Pearl Harbor, al cual era necesario responder, simétricamente, con la guerra.

No quiero detenerme aquí en la ilegitimidad de esta respuesta sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas, que en el artículo 51 admite como «legítima defensa» únicamente la reacción a una agresión en acto y sólo antes de que haya intervenido el Consejo de Seguridad⁵. Tampoco insistiré en la tesis de que la agresión del 11

5. Éstas son las dos razones —bien ilustradas por D. Gallo, «L'illegitima difesa»: Il Manifesto, del 21 de octubre 2001, p. 8— que le quitan fundamento al reclamo a la «legítima defensa» prevista por el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas para legitimar los bombardeos sobre Afganistán. Ante todo, aun admitiendo que el ataque al Pentágono y a las Torres Gemelas haya sido un acto de guerra, «la autotutela» de la que habla el artículo 51 es sólo aquella que consiste en la defensa, justamente, de la agresión, con el fin de neutralizarla o reducir los daños y, por tanto, la puesta en acto en la inmediatez del hecho. En segundo lugar, «el derecho natural de autotutela» es reconocido por el mismo artículo 51 «hasta que el Consejo de Seguridad no haya to-

de septiembre es un «crimen» horrendo, pero no un acto de «guerra», dado que la guerra es un conflicto entre Estados —publicorum armorum contentio, según la definición clásica de Alberico Gentilió— mientras que el terrorismo no es un Estado ni una fuerza pública, sino una organización criminal cuyos responsables se escondieron desde el principio, como hacen siempre los criminales. Debemos, en efecto, renunciar a la idea de que esté en cuestión la «verdad» o la «falsedad» de las posibles interpretaciones del drama, fruto en realidad de categorías teóricas y de opciones políticas distintas. Pero ello no reduce, sino que más bien acrecienta, nuestra responsabilidad en la formulación de nuestras hipótesis interpretativas, cuya validez depende completamente de su validez pragmática y simbólica, esto es, de la racionalidad de las respuestas, comprobables por sus efectos, previsibles en el terreno de la paz y de la seguridad, que resultan idóneas para acreditarlas.

Y, entonces, es justamente la distinta eficacia de las respuestas que nuestra civilidad jurídica ha elaborado frente a los dos fenómenos —los actos de guerra, a los que se responde con la guerra; los crímenes contra los humanidad, a los que se responde con el uso de la fuerza, con el objetivo de capturar y castigar a los culpables— lo que tendría que haber hecho que se optara por la segunda interpretación. Ya que la respuesta de la guerra, con los bombardeos aéreos sobre la ciudad de Afganistán, equivale a echar gasolina en el fuego, esto es, a alimentar el terrorismo ennobleciendo un crimen horrendo como el primer acto de una guerra santa, con el riesgo de transformar, a los ojos de millones de musulmanes, a Osama Bin Laden en un jefe político y a su banda de asesinos en la vanguardia de una masa de millones de fanáticos. Significa, en otras palabras, elevar el terrorismo al nivel de un Estado en guerra; o, lo que es lo mismo, rebajar a su nivel la respuesta de los Estados y de la comunidad internacional.

La guerra en acto es por ello una respuesta irracional que sólo puede agravar, con sus inútiles devastaciones, los problemas que pre-

mado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacional»: cosa que hizo el Consejo al día siguiente de la catástrofe con las resoluciones 1368 y 1373, las cuales, interpretando de hecho la agresión más como un crimen que como un acto de guerra, impusieron a todos los Estados el compromiso de perseguir el terrorismo y sus connivencias, además de una serie de medidas policíacas y preventivas —desde la identificación y la congelación de los fondos con los que estaban financiados hasta el intercambio de información entre los distintos países— consideradas, evidentemente, como las medidas más idóneas para «mantener la paz y la seguridad internacional».

6. A. Gentili, *De iure belli libri tres* [1588], ed. de J. Brown Scott, Clarendon Press, Oxford, 1933, vol. II, p. 12.

tendería resolver. Puede satisfacer la sed de venganza, puede disfrazar v movilizar las opiniones públicas (las occidentales, pero también las de los países islámicos), pero en verdad no sirve para combatir el terrorismo. Preanunciándose como una guerra «duradera», sin límites de tiempo ni de espacio, logrará crear millones de víctimas civiles v millones de prófugos, probablemente sin tocar a Bin Laden v a sus acólitos. Dejará intacta y más bien llegará a reforzar las bases del consenso y quizá del reclutamiento de su red terrorista que, por lo que parece, se extiende por todo el mundo. Acentuará hasta la exasperación las obsesiones de identidad del fundamentalismo islámico. pero también de los Estados Unidos, que por mucho tiempo habían quedado huérfanos, después de la caída del comunismo, de un «enemigo» que pudiera identificarse con el imperio del Mal. Provocará limitaciones crasas a la libertad de todos y acrecentará el secreto y la irresponsabilidad política de las decisiones cupulares muy reducidas sobre asuntos vitales para el futuro de la humanidad. Correrá el riesgo, finalmente, de desestabilizar toda el área de Oriente Medio, incluido el polvorín (nuclear) de Pakistán y, sobre todo, de desencadenar una espiral incontenible de odios, de fanatismos y de nuevas y terribles agresiones terroristas.

Todo esto en la lógica de la guerra y de su validez simbólica, simétrica a la del terrorismo y opuesta, en cambio, a la lógica de la validez simbólica del derecho. No se ha comprendido que el objetivo de todo terrorismo es precisamente la guerra, justo porque como guerra, simétricamente, se propone y quiere ser reconocido en el nivel, justamente, simbólico. Y por ello la respuesta al terrorismo es tanto más eficaz cuanto más asimétrica sea: mientras más se les atribuya a los terroristas no el estatuto de «beligerantes», sino sólo el de «criminales», y sus agresiones sean reconocidas no como actos de guerra sino como crímenes contra la humanidad.

Sin embargo, ya que es cierto que el terrorismo es siempre un fenómeno político, que debe ser comprendido y enfrentado también políticamente. Pero es justamente en la asimetría en relación con él, convencionalmente establecida por su calificación jurídica como «crimen» —violencia privada y no pública, como es el caso de la guerra—, donde reside el secreto de su despotenciación y aislamiento, y de ahí el papel del derecho como factor de paz y de civilización: instrumento, precisamente, del paso del estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil. Recordemos que en Italia, hace más de veinte años, en los años del terrorismo, todos —derecha e izquierda, críticos y defensores de la leyes de emergencia, defensores y adversarios de la negociación con los terroristas— estábamos

de acuerdo en una cosa: negarles el estatuto de «combatientes» y por ello en la refutación de cualquier simetría entre terrorismo y respuesta institucional, en aislar a los terroristas y finalmente derrotarlos.

Por lo demás, la destrucción terrorista de Manhattan debería hacernos comprender el carácter anacrónico de la guerra —con su séquito de ejércitos, armamentos y alianzas militares— como medio de defensa de las amenazas cotidianas a la paz, a la seguridad y a la legalidad internacionales. La guerra, en el sentido tradicional de encuentro armado y simétrico entre Estados, tuvo sentido mientras existieron Estados soberanos en conflicto mutuo. Después de 1989, terminados la división del mundo en bloques contrapuestos y el peligro de un conflicto mundial entre coaliciones de Estados, la guerra perdió sentido. Y debería haberse procedido, si hubiera prevalecido la razón, a la disolución antes que al reforzamiento de la OTAN y a la ejecución del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas: es decir, a la institución de una fuerza policial internacional capaz de intervenir de manera adecuada contra las amenazas a la paz y a la seguridad y contra las violaciones de los derechos humanos y de la legalidad internacional.

De hecho, éstas son las amenazas que hoy pueden atentar contra las relaciones internacionales y no los peligros de agresión por parte de Estados o coaliciones de Estados. Tan es así que las dos guerras desencadenadas en los años noventa por Occidente violando el derecho internacional —la de 1991 contra Irak y la de 1999 contra Serbia— fueron etiquetadas como «operaciones de policía» o como «guerras justas», cuyo fin era sancionar los ilícitos internacionales (la ocupación de Kuwait y la violación de los derechos humanos en Kosovo) cometidos por Estados no en vano estigmatizados como «Estados canallas» o «Estados criminales». Ciertamente, la intervención mucho más creíble y controlada de una fuerza militar de las Naciones Unidas hubiese evitado los resultados desastrosos que conocemos⁷: millares de víctimas inocentes, la devastación de los países bombardeados, la caída de sus economías, el agravamiento de gran parte de los problemas que las guerras pretendían resolver. Ya que la guerra no puede ser, por definición, ni una sanción ni mucho menos una reparación de las violaciones del derecho: porque no castiga a los responsables sino sobre todo a los inocentes; porque es por su natu-

^{7.} Recuérdese que el acuerdo de Rambouillet naufragó unos días antes del comienzo de los bombardeos sobre Belgrado, por la oposición de los Estados Unidos a la intervención en el territorio yugoslavo de las fuerzas de paz de Naciones Unidas, que incluso Serbia había aceptado, en lugar de las tropas de la OTAN.

raleza una violencia desproporcionada e incontrolada; porque está en contradicción con el derecho, que a su vez es su negación.

No por casualidad, por lo demás, una guerra contra el terrorismo como la actual se presenta como «infinita». Ya que, a diferencia de las guerras en sentido propio que se concluyen siempre con la derrota de uno de los Estados contendientes y por ello con la paz, una guerra contra una violencia privada, como es precisamente el terrorismo, es permanente de manera inevitable, siendo ilusorio que el crimen y la violencia puedan ser definitivamente desterrados y derrotados. Pero esto equivale a plantear una regresión al *bellum omnium*, es decir, a la guerra infinita propia del estado pre-civil y salvaje: cuando en el ciclo de la violencia todavía no se había interpuesto la intervención asimétrica del derecho, como instrumento de mediación y de civilización de los conflictos por vía de la prohibición de la venganza, descalificada por él como «delito».

2. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Nadie puede saber si esta guerra es la primera guerra global del tercer milenio, como declaró George W. Bush, o la última del siglo que acaba de terminar. Podemos, sin embargo, afirmar que esta alternativa —terminada la época de las guerras entre Estados, o sea, de las guerras en sentido estricto, que ahora ya son anacrónicas— equivale a aquella entre el desarrollo de una guerra civil planetaria de tipo endémico, que Occidente podrá combatir con la atómica pero que tendrá únicamente vencidos y ningún vencedor, y una refundación del pacto constituyente que dio vida, hace medio siglo, a las Naciones Unidas y a su proyecto de paz; entre la inseguridad global de una sociedad mundial salvaje y una «política interior del mundo» que se haga cargo, a través de un proyecto jurídico adecuado, ya sea de la represión ya de la prevención, tanto del terrorismo como de los otros crímenes contra la humanidad.

Para que prevalezca, por lo menos a largo plazo, esta segunda alternativa debemos convencernos de que todos somos vulnerables y al mismo tiempo todos estamos involucrados en —y somos corresponsables de— los grandes problemas y las grandes tragedias del mundo. Se acabó la ilusión de que el mercado puede ser la única ley de la convivencia mundial y que nosotros los occidentales podemos conservar de manera pacífica nuestras comodidades y nuestras irreflexivas formas de vida mientras millones de seres humanos están condenados a vivir en condiciones inhumanas. Si queremos garantizar nuestra seguridad,

debemos hacernos cargo de los problemas del mundo como si fueran los nuestros: si no por razones morales y jurídicas, al menos por conveniencia, para proteger nuestros propios intereses.

Regresemos, pues, a la hipótesis de una «política interior del mundo» formulada por Habermas y Bonanate. El problema planteado por Bonanate no es el de la seguridad internacional, sobre el cual regresaré después. Tiene que ver con los efectos sobre la democracia provocados por el cambio de paradigma de la política que expresa esa fórmula. Frente a este cambio, se pregunta Bonanate: ¿podrá hablarse todavía de «democracia»? Justamente la política exterior. observa, siempre fue la más desligada de la democracia, es decir, de la participación y el control popular, lugar privilegiado de esos arcana imperii que son los secretos de Estado8: en la época premoderna de los Estados patrimoniales, cuando aquélla era asunto exclusivo del soberano; después en la época de los Estados nacionales, cuando permaneció como concesión de los ejecutivos en nombre del «interés nacional», con un simple papel de control general de los parlamentos y con la total exclusión de la participación popular; finalmente hoy, en un ordenamiento como el italiano, en el cual no por casualidad el artículo 75 de la Constitución excluye del referéndum derogatorio —además de las leyes tributarias, presupuestarias, de amnistía y de indulto— también las leves de ratificación de los tratados internacionales.

El problema propuesto por Bonanate para nuestra reflexión es por ello tan simple como radical: el nexo Estado-democracia es «teóricamente indisoluble», de suerte que la declinación del Estado produciría la declinación de la democracia, o ¿es posible refundar la teoría de la democracia para convertirla en «adecuada a la situación original producida por la 'política interior del mundo'»⁹? Más específicamente: ¿existe un nexo entre demos, en el sentido comunitario del término —es decir, como «nación», o «cuerpo colectivo» o bien conjunto de individuos unidos por una lengua, una cultura y valores comunes— y democracia? ¿Es posible una democracia sin Estado? En el modelo occidental del Estado de derecho, el esquema es simple. Todos los poderes están, directa o indirectamente, sujetos a la lev. Todas las decisiones relevantes son, directa o indirectamente, legitimadas por la ley. Por eso la democracia política se realiza con el sufragio universal, esto es, con la participación de todos los sujetos interesados en las decisiones legislativas, o por lo menos en la elec-

^{8.} L. Bonanate, «2001: La politica interna del mondo», cit., p. 12.

^{9.} Ibid., pp. 20-21.

ción de representantes competentes para tomar esas decisiones. Es así como la democracia puede configurarse como autogobierno, o sea, como participación directa o indirecta de cada uno en el proceso de toma de decisiones que produce las normas que le conciernen.

Pero, sin embargo, es cierto que el paradigma de la democracia representativa no goza de buena salud en nuestros ordenamientos estatales: por la crisis de los partidos y de la participación política; por el nexo cada vez más estrecho entre política y dinero; por las degeneraciones videocráticas de la comunicación y del poder político. Pero ello se vuelve completamente inesperable cuando viene a menos la relación entre poder político y pueblo: cuando las decisiones relevantes ya no corresponden a los poderes estatales, sino a los poderes supraestatales o, peor, a los poderes de otros Estados o, peor aún, a los poderes económicos del mercado y, por tanto, quedan sustraídas a cualquier tipo de control popular, por lejano e indirecto que sea.

El problema es el de siempre: ¿quién y cómo decide?, ¿quién representa a quién? Según el criterio tradicional los representantes deberían coincidir con los gobernados: por lo tanto, con los ciudadanos o, todavía meior, con los residentes. Pero ¿son en verdad únicamente los ciudadanos y los residentes, y no otros sujetos, los que son gobernados por sujetos electos como sus representantes? De manera contraria, ¿son únicamente los sujetos electos como sus representantes, y no también otros sujetos no electos por ellos, los que gobiernan a los ciudadanos v a los residentes representados por ellos? Obviamente las respuestas a estas preguntas son negativas. En un mundo de soberanía desigual y de creciente interdependencia no es cierto que las elecciones de un pueblo de un determinado presidente o parlamento sean indiferentes para el futuro de distintos pueblos. Seguramente, la elección de un presidente pacifista o belicista en Israel tiene consecuencias más graves para los palestinos que para los ciudadanos mismos de Israel. La elección de un presidente de los Estados Unidos ecologista o filo-nuclear tiene efectos decisivos para la conservación del medio ambiente y para el futuro de la paz. Finalmente, la elección en Italia de un presidente del Consejo como Silvio Berlusconi no fue de ningún modo considerada indiferente para el futuro de la Unión Europea. Pero todo esto no depende en absoluto de un nexo misterioso entre un demos, concebido como un sujeto o de cualquier manera como una entidad orgánica, y el poder político, sino únicamente de la interdependencia creciente entre las distintas políticas de los Estados y, sobre todo, de la creciente dependencia de los países más débiles de las políticas de los más fuertes.

El déficit de democracia depende, en suma, del hecho de que gran parte de las decisiones que cuentan, traspasan los límites de los Estados nacionales individuales, en los cuales tan sólo están ancladas todavía las formas jurídicas y políticas tanto de la democracia como de las garantías constitucionales. Ello depende, precisamente, de la falta de lo que podemos llamar una *esfera pública mundial*. Entiendo por «esfera pública» el conjunto de las instituciones y funciones destinadas a la defensa de los intereses generales: como la paz, la seguridad, esos derechos de todos que son los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente y de los otros intereses colectivos¹⁰. Está claro que la existencia de una esfera pública, y por ello de las respectivas funciones e instituciones jurídicas, representa un supuesto necesario —por así decirlo, el terreno y el espacio— tanto de la política como de la democracia.

El problema de la democracia internacional planteado por Bonanate y el vinculado a éste de una política interior del mundo remiten por ello al problema, específicamente jurídico, de la construcción de una esfera pública mundial: esto es, de una articulación institucional de las Naciones Unidas que, con excepción de las competencias de los Estados en las funciones propiamente de gobierno cuya relevancia es exclusivamente estatal, se apropie de manera gradual, junto con los respectivos poderes e instrumentos de intervención, de las funciones supranacionales de garantía de la paz, de la seguridad y de los derechos fundamentales. Y este problema, relativo al derecho, es análogo al que se plantea para la democracia. Frente a la crisis innegable e irreversible de los Estados nacionales y de su soberanía, al fin del monopolio estatal de la producción jurídica, al hecho de que la mayor parte de las normas vigentes en los distintos ordenamientos, comenzando con el nuestro, son de origen extra-estatal (europeo o internacional), ¿es posible seguir hablando de un nexo indisoluble entre «Estado» y «derecho positivo», o incluso sólo entre «Estado» y «Estado de derecho»?

Este nexo se ha mantenido, hasta hace no muchos años, como uno de los postulados del positivismo jurídico, y por tanto de la modernidad jurídica y de la ciencia del derecho; ésta siempre concibió el derecho internacional como un derecho de identidad incierta, como sistema pactado de relaciones entre Estados o, peor, como simple apéndice del derecho estatal. Hoy este postulado se ha vuelto insostenible porque ha sido clamorosamente desmentido por la realidad.

^{10.} Recuérdese la definición clásica de Ulpiano: «Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem» (D. 1.1.1.2).

Ninguno de nosotros le explicaría hoy a sus estudiantes el sistema de las fuentes italianas levéndoles el artículo 1 de las Disposiciones preliminares al Código civil —«son fuentes del derecho, las leves, los reglamentos y los usos»— y agregando la Constitución y tal yez los reglamentos de las autorities. Es un hecho que gracias a los procesos de integración jurídica en acto, europea y mundial, el sistema de las fuentes se ha complicado enormemente, con la añadidura de fuentes que ingresan en el ordenamiento estatal sin siguiera la mediación formal de la ley de ratificación. Esto vale con seguridad para la integración europea, que ha trastornado el sistema de las fuentes, al punto de que la mayor parte del derecho actualmente vigente es ahora de origen comunitario. Pero vale también, aunque en menor medida, para la integración mundial. Como escribe Bonanate, tanto los Estados como los ciudadanos ya no son destinatarios únicamente de su derecho interno, sino cada vez más de una «red normativa planetaria apretadísima»¹¹, internacional y europea, de origen público en las convenciones internacionales, pero también de formación privada, a través de las reglas producidas por el mercado y por las empresas multinacionales. Y esta red de normas concierne a las cuestiones más dispares: desde la producción alimenticia hasta la salud, desde los transportes hasta las telecomunicaciones, desde el respeto de los derechos humanos hasta la protección del medio ambiente. La integración está muy avanzada seguramente en el terreno del derecho civil y comercial¹². Pero se está desarrollando también en el ámbito del derecho penal¹³.

- 11. L. Bonanate, «2001: La politica interna del mondo», cit., p. 7.
- 12. A finales de 1999 se presentó la segunda versión, elaborada por una comisión de juristas coordinada por Christian von Bar, de los «Principles of European Contract Law», publicada con una presentación de G. Alpa, «I principi del diritto contrattuale europeo», en la *Rivista critica del diritto privado* XVIII/3 (2000). Véase también, sobre esta empresa, la enorme recopilación de escritos *Towards a European Civil Code (Second Revised and Expanded Edition)*, The Hague/London/Nijmegen, 1998; G. Alpa, «Nuove frontiere del diritto contrattuale», en *Contratto e impresa*, 1997, pp. 961-979; íd., «Il codice civile europeo: 'ex pluribus unum'», en *Contratto e impresa/Europa*, 1999, pp. 695-710.
- 13. Por iniciativa de la Comisión Europea, fue elaborado por un grupo de penalistas, coordinado por Mireille Delmas-Marty, un proyecto denominado un poco pomposamente «Corpus Juris para la tutela penal de los intereses financieros de la Unión Europea», que, entre otras cosas, prevé la institución de un ministerio público europeo independiente y vinculado al principio de legalidad: véase el texto en el volumen editado por G. Grasso, Verso uno spazio giudiziario europeo, Giuffrè, Milano, 1998. Cf. también, sobre tal proyecto, L. Picotti (ed.), Possibilià e limiti di un diritto penale dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 1999; M. Delmas-Marty, Pour un droit comun, Seuil, Paris, 1994; íd., «Union Européenne et droit pénal»: Cabiers de droit

Digo de inmediato que no hay nada que lamentar. El Estado nacional, después de haber funcionado hacia el exterior como fuente permanente de guerras, hasta la catástrofe de las dos guerras mundiales, hoy ha perdido también la función originaria de pacificación v de unificación interna, habiéndose transformado, sobre todo en los países en los que fue transplantado durante el siglo pasado basándose en la antigua geografía colonial, en un factor de guerra civil y de disgregación. Los procesos que se encuentran en la base de su deterioro son, en todo caso, irreversibles y quizás, a la larga, progresivos. Está claro, no obstante, que el resultado de los procesos de integración en acto, que como todos los procesos históricos se desarrollan fuera de cualquier esquema teórico preordenado, es la crisis —en el límite de la desintegración— de las formas tradicionales del antiguo derecho estatal: la crisis, precisamente, de la unidad, de la coherencia y de la plenitud del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, de las formas elementales del Estado de derecho. Obviamente la coherencia y la plenitud no son características de hecho ni siquiera de los ordenamientos estatales, ampliamente viciados por antinomias y lagunas. En éstos, no obstante, esas características equivalen a principios normativos que bien pueden ser (y en gran medida son) realizados sobre la base de los criterios de los que disponen tales ordenamientos.

El problema del futuro del Estado de derecho y de la democracia se replantea, por eso, en los mismos términos que el del futuro de la paz y de la seguridad internacional. La declinación del Estado nacional ¿equivale (o está destinada a equivaler) a una declinación del uno y de la otra, ligados ambos a la sujeción de los poderes públicos a la ley como expresión de la voluntad popular? ¿O bien es posible anticipar, además de una «política interior del mundo», un derecho mundial, mucho más que internacional, fruto de una expansión del actual paradigma de la democracia constitucional? Los nuevos sujetos que hoy actúan en la escena internacional sin legitimación democrática ni vínculos constitucionales —el G-8, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la cerrada red de los poderes económicos transnacionales— ¿están destinados a permanecer sustraídos a las formas del Estado de derecho y de la democracia política, o es

européen (1997), pp. 613 ss.; íd., «Verso un diritto penale comune europeo?»: Rivista italiana di diritto e procedura penale 5-6 (1997), pp. 543-554; K. Tiedmann, «L'europeizzazione del diritto penale», ibid. (1998), pp. 3-21; S. Manacorda, «Le droit pénal et l'Union Européenne: esquisse d'un système»: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1 (2000), pp. 95-121.

más bien posible suponer como hipótesis un cambio de paradigma de tales formas, fuera del viejo esquema estatal?

Para responder estas preguntas, propongo dos lecturas distintas y complementarias de la crisis. Propongo leer la crisis desde dos puntos de vista: desde el punto de vista interior a los ordenamientos estatales, como por ejemplo el derecho interno italiano o el de los otros países de la Unión Europea, o bien desde el punto de vista exterior a ellos. Desde el primer punto de vista, tendremos la imagen de una crisis destructiva de los viejos ordenamientos estatales, en vía de disolución por exceso de fuentes y de normas. Desde el segundo punto de vista tendremos la imagen opuesta de una crisis de crecimiento, o sea, de nuevos órdenes supraestatales en construcción que pueden permanecer, con todo, visiblemente incompletos y hasta derrumbarse por la razón contraria: por la falta de fuentes y de normas.

Desde ambos puntos de vista nos encontramos frente a una alternativa, análoga a la de la «guerra global»/«refundación de la ONU», formulada con anterioridad, y «no-democracia»/«democracia sin Estado», enunciada por Bonanate: el final del Estado de derecho en sus dos formas históricas —la del siglo XIX del Estado legislativo de derecho y la del siglo XX del Estado constitucional de derecho— o bien su cambio de paradigma bajo la forma de un constitucionalismo mundial.

3. DOS PUNTOS DE VISTA SOBRE LA CRISIS: Desintegración o integración supranacional

Pongámonos entonces, primero, frente a estos procesos de transformación de nuestros sistemas jurídicos, desde el punto de vista del derecho estatal interno. Desde este punto de vista, la crisis que atravesamos corresponde a una disolución del Estado de derecho. Precisamente, nos encontramos frente a la disolución de los dos principios de legalidad sobre los cuales se fundan los dos modelos de Estado de derecho históricamente consolidados en el curso de los últimos dos siglos: a) del principio de mera legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente en todas y solamente las normas emanadas por el legislador competente en las formas preestablecidas, sobre el cual se funda el Estado legislativo de derecho o Estado de derecho en sentido lato y débil; b) del principio de estricta legalidad como norma de reconocimiento del derecho *válido* en todas y sólo las normas existentes que no se oponen, en cuanto al significado, a las normas supra-ordenadas de rango constitucional, sobre el cual se funda el Estado constitucional de derecho o Estado de derecho en sentido estricto o fuerte.

La crisis puede ser provocada ya sea por factores endógenos, que operan dentro de los ordenamientos estatales, ya sea, y sobre todo, por factores exógenos, ligados a los procesos de integración imperfecta o incompleta, actualmente en vigor. Bajo ambos aspectos, la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, en el colapso de la capacidad regulativa de la ley y en el regreso al papel creativo de la jurisdicción; por otro lado, en la pérdida de unidad y coherencia de las fuentes y en la convivencia y superposición de una pluralidad de ordenamientos en competencia.

La crisis del primer modelo, o sea, del Estado legislativo de derecho basado en lo que he llamado el «principio de mera legalidad», fue provocada por una especie de overdose de producción legislativa. Tiene como base, ante todo, los factores endógenos de la inflación legislativa y de la disfunción del lenguaje legal, ambas fruto de una política que ha degradado la legislación en administración, borrando la distinción entre las dos funciones. Hoy las leyes, y no sólo en Italia, se cuentan por decenas de millares. Y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso que en ocasiones da lugar a inextricables enredos y laberintos normativos; tanto que, en materia penal, nuestra Corte constitucional tuvo que archivar como irreal el clásico principio de la no excusabilidad de la ignorantia legis. De este modo, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la «iuris prudentia o sabiduría de jueces subordinados» del antiguo derecho común, fue trastornada por una legislación de legisladores aún más subordinados, dejando espacio a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, o administrativa o privada del derecho, según el antiguo modelo premoderno, con la consiguiente pérdida de certeza, eficiencia y garantía. Por lo demás, también se ha complicado el sistema de las fuentes del derecho interno, en virtud de la expansión de los poderes reglamentarios del gobierno y de las varias autorities y, por último, de la reforma en sentido federal del artículo 117 de la Constitución, que amplió de manera indefinida las competencias de las regiones: pronto será posible, por ejemplo, una ley lombarda de quiebras o una ley sanitaria siciliana. Resultan trastornadas o, en todo caso, debilitadas todas las características clásicas del Estado de derecho: la sujeción de los jueces a la ley, la obligatoriedad de la acción penal, la división de los poderes, la certeza del derecho, el principio de legalidad de la actividad administrativa, el carácter representativo y, por ende, democrático de las fuentes supremas del derecho. Pero a la crisis contribuve asimismo el factor exógeno del fin del monopolio estatal de la producción normativa y la acumulación, junto a las fuentes estatales, de fuentes extra-estatales cuya fuerza de ley y su posición en la jerarquía de las fuentes no siempre está clara. Gran parte del derecho actualmente vigente en los países europeos —el 80%, ya ha sido calculado¹⁴— es de origen comunitario. Sin contar con el sinnúmero de convenciones internacionales y las fuentes privadas de tipo reglamentario.

La crisis del segundo modelo ataca el papel garantista de la Constitución con respecto a la legislación, que es el signo distintivo del Estado constitucional de derecho. Dicha crisis es provocada por el desgaste interno al que ha estado sometido en los últimos diez años. por lo menos en Italia, el valor vinculante de la Constitución. Pero se sigue, sobre todo, de la caída de la tradicional jerarquía de las fuentes, derivada a su vez del fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. Resulta emblemático el proceso, indudablemente progresivo, de integración de Europa. Dicho proceso ha desplazado fuera de las fronteras de los Estados nacionales gran parte de los lugares decisionales y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservadas a su soberanía. Y, por ello, está deformando la estructura constitucional de las democracias nacionales, va sea bajo el perfil de la representatividad política de los órganos comunitarios dotados de mayores poderes normativos, ya sea bajo el de su rígida subordinación a los límites y controles constitucionales claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales. En la confusión de las fuentes y la incertidumbre de las competencias se corre el riesgo de que se produzca —mientras no se logre una refundación constitucional de la Unión, puesta en marcha por la aprobación en Niza el 6 de diciembre de 2000 de la Carta europea de los derechos— una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto derecho comunitario jurisprudencial, por obra de Cortes conflictivas y en competencia entre sí15, y la regresión

^{14.} Se trata del cálculo al que se refieren M. Cartabia y J. H. H. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 50.

^{15.} Según la jurisprudencia constante de la Corte Europea de Justicia, «el derecho nacido del Tratado no puede encontrar un límite en ninguna provisión de derecho interno sin perder su carácter comunitario y sin que el fundamento jurídico de la propia Comunidad resulte afectado» (sentencia de 15 de julio de 1964, causa 6/64 Costa/Enel). En el mismo, la sentencia de 9 de marzo de 1978, causa 106/77 Simmenthal, y la de 17 de diciembre de 1970, causa 106/70 Internationale Handelsgesellschaft. Opuesta, obviamente, es la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, que —a pesar de que llega a admitir el predominio de las normas comunitarias sobre nuestras leyes ordinarias en virtud de las «limitaciones de soberanía» generadas por el Tratado de la Unión con base en el artículo 11 de la Constitución (sentencias núm. 163 de 29 de diciembre de 1977, núm. 170 de 8 de junio de 1984 y núm. 389 de 11 de julio

al pluralismo y la superposición de los ordenamientos que fueron propios del derecho premoderno. Expresiones como «principio de legalidad» y «reserva de la ley» pierden sentido progresivamente. Así como pierden sentido las tradicionales divisiones de las fuentes y de la actividad jurídica en la legislación, jurisdicción, administración pública y negociación privada.

Pero coloquémonos ahora desde el punto de vista externo a los ordenamientos estatales y a sus procesos de desintegración: desde el punto de vista, precisamente, de los procesos de integración que se desarrollan en el nivel supraestatal, sobre todo europeo, y en segundo lugar internacional. Desde este punto de vista, la crisis se manifiesta, por el contrario, en un vacío de derecho público, o sea, de reglas supraordenadas a los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que han despojado a los viejos poderes estatales; no va, entonces, en una overdose de derecho, como he llamado a la inflación legislativa interna, sino en una carencia de normas y de instituciones a la altura de los nuevos problemas: carencia de medios idóneos para garantizar la paz y la seguridad internacional; déficit de democracia en las instituciones supranacionales; ausencia de instituciones de garantía de los derechos humanos. Podemos, entonces, leer la crisis no sólo como una crisis destructiva, sino también como una posible crisis de crecimiento de un nuevo orden —de un constitucionalismo sin Estado, europeo y hasta mundial— fruto de un cambio de paradigma tanto de la política como del derecho.

Leída en este sentido, la crisis corresponde a un reto a la razón jurídica y a la razón política. Pese a que no sea posible prever su éxito, es cierto que esto dependerá —como siempre, por otra parte— del papel que sea capaz de desempeñar el derecho y, antes que nada, la política. La transición hacia un reforzamiento y no un desplome de la seguridad, de la democracia y del Estado de derecho dependerá, en efecto, de una refundación de la política y de la legalidad a través de instituciones políticas y jurídicas a la altura de los retos que se les presentan por los dos aspectos de la crisis antes ilustrados.

Estas instituciones no pueden, ciertamente, ser provistas por el mercado. Aunque el fin de la seguridad sea del interés vital de todos

de 1989)— siempre excluyó que tales limitaciones «pudieran de cualquier manera consentirles a los órganos de la CEE un poder inadmisible de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana» (sentencia núm. 183 de 27 de diciembre de 1973; del mismo tenor son las sentencias núm. 98 de 27 de diciembre de 1965, núm. 170 de 8 de junio de 1984, núm. 399 de 19 de noviembre de 1987 y núm. 232 de 21 de abril de 1989).

v, por ello, también del mundo de los negocios, por su naturaleza no se puede alcanzar con medios privados, sino sólo con medios públicos. Pero el actual sistema de las relaciones internacionales está casi desprovisto de tales medios, marcado por un extraordinario vacío del derecho público. Al día siguiente de la segunda guerra mundial este sistema se erigió como ordenamiento jurídico, dotado de una constitución embrionaria que es, justamente, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 y los otros Pactos y Convenciones internacionales sobre los derechos. Para comprender la naturaleza actual de las Naciones Unidas, sin embargo, debemos imaginar qué sería un ordenamiento estatal si estuviera compuesto nada más por la Constitución republicana y por pocas instituciones sustancialmente privadas de poderes. El ordenamiento internacional, en efecto, no es otra cosa que un ordenamiento dotado de una constitución y poco más. En breve, es un conjunto de promesas no cumplidas. Su Constitución —la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración universal— promete paz, seguridad, garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales para todos los pueblos y todos los seres humanos del planeta. Y, sin embargo, faltan por completo las que podríamos llamar sus leves de actuación. Faltan, precisamente, las garantías de los derechos proclamados: la estipulación de las prohibiciones y de las obligaciones que les corresponden, la justiciabilidad de sus violaciones, las técnicas idóneas para obtener su tutela y satisfacción. La misma globalización de la economía, por otra parte, puede ser interpretada como un vacío de límites, reglas y controles y, todavía más, de instituciones públicas frente a los grandes poderes económicos privados transnacionales: un vacío colmado, inevitablemente, por un derecho de producción privada y negociada que sustituve las formas tradicionales de la ley16. De ello está resultando una anomia general y una regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales: es un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas

16. Como mostró Rosaria Ferrarese, a falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización se ha ido modelando cada vez más no bajo las formas públicas, generales y abstractas de la ley, sino bajo las privadas del contrato (M. R. Ferrarese, *Le istituzioni de la globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000). Sobre el derecho en la era de la globalización, cf. también S. Rodotà, «Diritto, diritti, globalizzazione»: *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 4 (2000), pp. 765-777; U. Allegretti, «Globalizzazione e sovranità nazionale», en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 53 ss.

abiertamente asumidas, del capitalismo globalizado de hoy en día, como una especie de nueva *Grundnorm* del nuevo orden económico y político internacional.

Es, por tanto, la falta de una esfera pública internacional, en el sentido aquí definido, la gran laguna dramáticamente puesta en evidencia por las tragedias de estos meses. A la crisis de los Estados, y por ello del papel de las esferas públicas nacionales, no ha correspondido la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización en acto. Faltan, o en todo caso son muy débiles, no sólo las garantías de los derechos solemnemente proclamados, o sea, la previsión de las prohibiciones y de las obligaciones que les corresponden, sino sobre todo las instituciones internacionales encargadas de las funciones de garantía, y así de la salvaguarda de la paz, de la mediación de los conflictos, de la regulación del mercado y de la tutela de los derechos y bienes fundamentales de todos.

Un análisis y un balance, aunque sea sucinto, de la actual organización internacional revela, en efecto, la existencia de instituciones de tipo universal —como la ONU, la FAO y la Organización Mundial de la Salud— que casi no cuentan; y de instituciones de tipo particular —como la OTAN, la Organización Mundial del Comercio y el G-8— dotadas, por el contrario, de enormes poderes de intervención y de gobierno. Esta separación se acentuó en el último decenio, después del fin del sistema bipolar, en el cual a la creciente globalización de la economía le ha correspondido, paradójicamente, un retroceso en la construcción de una esfera pública internacional: la progresiva marginación de las Naciones Unidas en la solución de las crisis internacionales y el relanzamiento de la OTAN, hasta la extensión indefinida de sus poderes de intervención en el documento del 23-24 de abril de 1999.

Este vacío de derecho público —en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente, expuesta a agresiones que la tecnología hace cada vez más mortales— no es sostenible por mucho tiempo. Deberemos comprender los graves peligros, para la seguridad y para la vida de todos, generados por la falta de una esfera pública internacional y por la ilusión de que el gobierno del mundo se puede confiar únicamente al mercado y a la superioridad militar de una sola potencia. Un mundo complejo como el de hoy no puede sobrevivir en el estado actual sustancialmente pre-jurídico, confiándose a la ley siempre precaria del más fuerte. El miedo, en este sentido, es un sentimiento perfectamente racional. Equivale al espíritu de autoconservación planteado por Hobbes como base del pacto de convivencia y al conocimiento de los peligros actuales. Puede esperarse, así, que la democra-

cia política y las propias exigencias del mercado impongan, más allá de ciertos límites, que se responda al miedo con medios adecuados.

Justamente la masacre de Manhattan, por otra parte, volvió a plantear, como demuestran las medidas extraordinarias aprobadas por el presidente Bush para ayudar a las empresas afectadas por el desastre, el papel de la intervención pública en la regulación de la economía, pero también la función insustituible de las Naciones Unidas, cuya intervención no por casualidad fue requerida por los Estados Unidos, que además se apresuraron a pagar sus cuotas de financiación atrasadas. Se comprendió, no obstante todo, que tanto la represión como la prevención de los actos terroristas y de otros crímenes contra la humanidad requieren no sólo la cooperación de todos los países del mundo, sino también una credibilidad y una legitimación política que sólo pueden asegurar los organismos internacionales de carácter universal.

4. UNA ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL

Todo esto vale seguramente para una política racional dirigida a la paz y a la seguridad. Contra la amenaza de un terrorismo fanático como el desencadenado el 11 de septiembre, que se vale de organizaciones ocultas y ramificadas por todo el planeta, la vieja idea de la seguridad y la defensa basadas en la guerra, en los ejércitos y en las armas de destrucción masivas no sólo ha perdido sentido sino que es una ilusión ridícula y peligrosa. Es necesario, por el contrario, la tendencial afirmación del monopolio jurídico de la fuerza a nivel internacional, no distinta de lo que fue el monopolio estatal de la fuerza —ne cives ad arma veniant— en los orígenes de la época moderna. Naturalmente, pues supone el desarme de los Estados miembros, se trata de un objetivo de muy largo plazo, que quizá, no obstante su absoluta racionalidad teórica, no se realizará jamás. Mientras tanto, sin embargo, para el propósito de la tutela de la paz y de la seguridad internacional, bastaría la institución de la fuerza de policía internacional prevista por el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas: si ésta hubiera sido instaurada al día siguiente de la caída del muro de Berlín, habría podido intervenir en todas las crisis de los años pasados con mucha mayor fuerza y credibilidad y sin las inútiles devastaciones provocadas por las guerras desde el cielo de los países occidentales.

Semejante organismo, articulado de manera conveniente por competencias y ubicaciones territoriales, podría unificar y coordinar las actividades de espionaie, los datos y las informaciones de los distintos archivos de las policías y de los servicios secretos de todos los países comprometidos en la lucha contra el terrorismo. Sería capaz de plantear estrategias racionales e intervenciones coercitivas para la tutela de la paz v contra el terrorismo, mucho más eficaces que los insensatos bombardeos aéreos en las montañas de Afganistán. Y desempeñaría un papel complementario al Tribunal Penal Internacional para los Crímenes contra la Humanidad aprobado en Roma en julio de 1999, el cual si fuese rápidamente ratificado por todos los Estados que lo aprobaron v si además recibiera la adhesión de los Estados Unidos, sería, asimismo, un signo importante de solidaridad. Por otra parte, sería necesario reforzar, al mismo tiempo, la cooperación judicial internacional, facilitando los intercambios de información y la colaboración en la aceptación de las pruebas, sin complicarlos con formalismos absurdos, como hizo descaradamente el gobierno italiano para proteger los intereses personales de nuestro presidente del Consejo.

Pero, obviamente, la respuesta policiaca no basta. La manera más eficaz de disuasión y prevención es la que proviene de la política: precisamente de una política capaz de enfrentar racionalmente, además de los problemas de la seguridad y de la lucha contra el terrorismo, también aquellos que se generan a partir de las tensiones y de las injusticias tremendas, de las que el terrorismo es un síntoma perverso.

En primer lugar, los problemas políticos. Debemos preguntarnos en qué medida contribuyó al desarrollo del fanatismo y del terrorismo una política imperial de Occidente dictada únicamente por intereses económicos y geopolíticos: desde la solución ausente de la cuestión palestina, agravada de manera dramática en estos años por la violencia del gobierno israelí, hasta la invasora presencia norteamericana en la región y la ambigüedad de las relaciones mantenidas con el propio fundamentalismo islámico, primero cultivado y utilizado en función antisoviética y después en rebeldía contra sus antiguos protectores.

En segundo lugar, y sobre todo, los gigantescos problemas sociales del hambre y la miseria generados por una globalización sin reglas. Naturalmente, no hay un nexo directo entre estos problemas y un terrorismo en manos de un multimillonario protegido él también, igual que el fanatismo religioso, por los propios Estados Unidos. Pero es precisamente este nexo, o sea, el cortocircuito entre terrorismo y consenso de los desheredados de la tierra, el que puede establecerse fácilmente. Debemos, en efecto, preguntarnos si la aspiración a la paz y a la seguridad es realista en un mundo en el que ochocientos millones de personas, es decir, una sexta parte de la población posee

el 83%, esto es, cinco sextas partes, de la renta mundial, y en el que la diferencia de riqueza entre países pobres y países ricos jamás había alcanzado formas tan evidentes y visibles como en el actual «tiempo de los derechos»: pasando de una diferencia de uno a tres en 1820 y de uno a once en 1913, a una de uno a setenta y dos en 1992¹⁷.

«Deberíamos haber escuchado las demandas que provenían de los movimientos antiglobalizadores. Estábamos convencidos de que se trataba de minorías ruidosas y violentas que rompían escaparates. Y, sin embargo, en Roma se dirigieron a la plaza 300.000 personas que pidieron que la globalización no fuera un camino de un solo sentido que favorece a los ricos y se olvida de los pobres», escribió Mijail Gorbachov en La Stampa del 27 de septiembre. Más allá de las etiquetas y de los eslóganes, en efecto, los verdaderos antiglobalizadores son justamente los países del G-8, es decir, los poderosos de la tierra, que hasta hoy defienden un orden del mundo fundado en la globalización de los mercados, pero no de los derechos, y en el cierre de la fortaleza de Occidente a los desheredados del resto del mundo. Mientras que los verdaderos globalizadores son precisamente los movimientos llamados «anti-G», que más allá de las diferencias están unidos por la reivindicación de una esfera pública mundial —en cuestión de defensa del medio ambiente, de medicinas esenciales, de lucha contra el hambre y del comercio de las armas, de cancelación de la deuda de los países pobres y de impuestos supranacionales— y por la asunción, como única comunidad de referencia, de toda la humanidad.

Sería entonces urgente que también la política de los Grandes de la tierra descubriera, finalmente, que el mundo está compuesto no sólo por el mercado global, sino también por el carácter global e indivisible de la seguridad y de la paz, así como de la democracia y de los derechos. Hoy, más de mil millones de personas carecen de la alimentación básica y de acceso al agua potable. Diecisiete millones de personas mueren cada año víctimas de enfermedades infecciosas e incluso del mercado, por no haber podido pagar las costosas medicinas patentadas o, peor, porque las medicinas ordinarias que los hubieran curado ya no son producidas debido a que tienen que ver con enfermedades en gran parte vencidas y desaparecidas en los paí-

^{17.} UNDP, Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione, Rosenberg & Sellier, Torino, 1999, p. 55. De manera más exacta, la diferencia de renta entre la quinta parte de la población mundial que vive en los países más ricos y la quinta parte que vive en los países más pobres era de 30 a 1 en 1960, de 60 a 1 en 1990 y de 74 a 1 en 1997 (*ibid.*, p. 19).

ses occidentales. Está claro que poner fin a esta gigantesca omisión de ayuda no sólo es un deber impuesto por el derecho a la salud sancionado por los Pactos internacionales de 1966, sino también condición indispensable para garantizar la seguridad y la paz. Por lo demás, es el propio preámbulo de la *Declaración universal de los derechos humanos* el que establece, de manera realista, estos nexos evidentes entre paz y derechos, entre violación de los derechos humanos y violencia.

Paz y derechos, por otra parte, exigen —mucho más que una democratización de las Naciones Unidas en las formas tradicionales de la democracia representativa— la introducción de garantías adecuadas y de instituciones correlativas de garantía. Una democracia representativa planetaria, basada en el clásico principio una persona/un voto, aun sin tener en cuenta los actuales procesos de vaciamiento videocrático de la representación política, tendría de hecho muy poco sentido y muy poca utilidad. Lo que se requiere es, por un lado, limitar y, por otro, vincular y obligar a trabajar en función de la paz y de la garantía de los derechos fundamentales a los poderes tanto de los Estados como de las instituciones internacionales, así como a los grandes poderes económicos transnacionales.

Bajo el primer aspecto es necesario llegar, si no a un desarme generalizado, incluso de los Estados, como presupuesto de un monopolio internacional de la fuerza, por lo menos a un desarme de los privados, a través de convenciones internacionales rígidas sobre la prohibición de la producción, el comercio y la posesión de armas. Las armas, destinadas de cualquier modo a matar, deberían finalmente ser consideradas como *bienes ilícitos* mucho más que las sustancias estupefacientes, y como tales proscritas en la convivencia civil. Se trataría, indudablemente, de la medida más segura y eficaz de prevención frente al terrorismo y la criminalidad, más allá de las numerosas guerras que afligen la tierra.

Bajo el segundo aspecto, sería necesario crear o reforzar de manera adecuada lo que llamaré las *instituciones internacionales de garantía*: no sólo la fuerza policial prevista por el capítulo VII y el Tribunal Penal Internacional sobre crímenes contra la humanidad, sino también de instituciones comisionadas para el cumplimiento de los derechos sociales previstos por los Pactos de 1966.

Naturalmente, la hipótesis de un constitucionalismo internacional, aunque diseñada por esta constitución embrionaria del mundo que es la Carta de las Naciones Unidas y el conjunto de las distintas Declaraciones y Convenciones internacionales sobre los derechos humanos, es una perspectiva de largo plazo, que equivaldría a un cambio de paradigma epocal tanto de la política como del derecho. Sin

embargo, es importante porque expresa la única alternativa racional a un futuro de guerras, de violencia y de fundamentalismos; y porque, además, permite considerar la actual falta de una esfera pública y de garantías internacionales como un conjunto de lagunas visibles, que es obligación jurídica de los Estados y de la comunidad internacional colmar y es tarea de la cultura jurídica y política denunciar.

Lamentablemente, lo que está sucediendo no admite ningún optimismo. Pero al menos es necesario evitar la falacia en la cual incurre gran parte de la filosofía política y jurídica «realista». No confundamos problemas teóricos con problemas políticos. No presentemos como utópico o irreal, ocultando las responsabilidades de la política, lo que simplemente no se quiere hacer porque se opone a los intereses dominantes y que sólo por ello resulta inverosímil que se realice. Ya que este tipo de realismo termina por legitimar y secundar como inevitable aquello que sigue siendo obra de los hombres, y de lo que en gran medida son responsables los poderes económicos y políticos más fuertes. No tiene ningún sentido, en particular, sostener que, de manera realista, el diseño universal de las Naciones Unidas es una utopía y que de cualquier modo falló, dado que sus fracasos pasados demostraron su impotencia, por carecer de los medios y de los poderes. La ONU no es una institución extraterrestre. Su actual impotencia, así como su futuro y, con él, el futuro de la paz y de los derechos humanos, no dependen de su naturaleza, sino únicamente de la voluntad de las grandes potencias de Occidente, comenzando por los Estados Unidos, y de su disposición a renunciar al papel de incontrastable dominación militar, económica y política, y a sujetarse, también ellos, al derecho internacional.

DE LA CARTA DE DERECHOS A LA FORMACIÓN DE UNA ESFERA PÚBLICA EUROPEA

1. ESCEPTICISMO CONSTITUCIONAL

La cuestión previa a toda discusión sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales es si para ella, o incluso más para una Constitución europea formal, existen o no los presupuestos políticos, sociales y culturales. «Así como no existe una lengua europea —ha afirmado por ejemplo Claus Offe—, no existe tampoco una esfera pública europea», al no existir una sociedad europea, ni un sentido de pertenencia a Europa parangonable al sentido de pertenencia a los Estados nacionales. Prevalecerían las diferencias y las desconfianzas entre pueblos que tienen a sus espaldas, además de una larga historia de guerras, tradiciones religiosas y culturales diversas, diferentes condiciones económicas y diferentes intereses nacionales. A su vez, Dieter Grimm v Massimo Luciani han vuelto a proponer sus tesis sobre la inoportunidad —en ausencia de un pueblo europeo, o por lo menos de una suficiente homogeneidad cultural en los diversos países de Europa— de dar vida a una Constitución europea. Esa Constitución sería no deseable e incluso ilegítima, a causa de la falta de vínculos pre-políticos que solamente provienen de la existencia de una opinión pública y de una sociedad civil que puedan permitir una discusión pública de nivel europeo¹. Existirían en suma, según estos

Traducción de Miguel Carbonell.

1. D. Grimm, «Una Costituzione per l'Europa», en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 339-367; M. Luciani, «La costruzione giuridica della cittadinanza europea», en G. M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità*. *Tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, ETS, Pisa, 1999, pp. 89-96; íd., «Legalità e legittimittà nel processo di

autores, un nexo fuerte, ya sea histórico o axiológico, entre Constitución, Estado y pueblo. No existiría una sociedad civil, dice Offe, sin Estado. No sería posible ni siquiera deseable, afirma Grimm, una Constitución europea sin la transformación de Europa en un super-Estado. Sólo el voto popular a través de un referéndum o de una asamblea constituyente, agrega Philippe Schmitter, podría legitimar una plena constitucionalización de Europa.

Son estos nexos a los que intento aquí contestar. E intento hacerlo sobre ambos planos en los que, a menudo de forma promiscua, son normalmente instituidos: sobre el plano empírico o factual v sobre el plano filosófico-político o axiológico. Ciertamente, el proceso constituyente de Europa está siguiendo un camino del todo nuevo, que no tiene precedentes en la historia y que es profundamente diferente del seguido en la formación de los Estados nacionales: sus actos constituyentes han estado hasta ahora, y seguirán probablemente estando, más vinculados a los Tratados entre Estados que a las votaciones de asambleas constituyentes o a los pronunciamientos populares, de tipo referendario o plebiscitario. Debemos sin embargo interrogarnos sobre dos cuestiones, que pertenecen ambas a la concepción que en el plano de la teoría del derecho y de la filosofía política tenemos de la Constitución: en primer lugar, si en el origen de nuestras actuales Constituciones nacionales ha existido en verdad el consenso, o por lo menos la adhesión de «naciones» o «pueblos» o «sociedades civiles» homogéneas; en segundo lugar, si la existencia de ese consenso o solamente de una cierta homogeneidad social o nacional es un presupuesto necesario de la legitimidad, además que de la efectividad, de una Carta constitucional.

Opondré por tanto a las tesis escépticas sobre la oportunidad y/o la legitimidad de una Constitución europea dos órdenes de consideraciones, relativos ambos a la relación entre Constitución y sociedad: una, relativa a la cuestión fenomenológica de la existencia, en los orígenes y en la base de las Constituciones nacionales, de un «pueblo» dotado de cierta homogeneidad social, hecha de tradiciones comunes, de cultura y de valores compartidos; la otra, más propiamente filosófico-política, relativa a la cuestión axiológica de si es la existencia, o más bien la inexistencia, de esa homogeneidad social la principal razón o justificación de una Constitución.

integrazione europea», en G. Bonacchi (ed.), Verso la costituzione europea. Una costituzione senza Stato. Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 71-87.

2. CONSTITUCIÓN Y PUEBLO. UNA CUESTIÓN DE HECHO

Las consideraciones de hecho se refieren al grado de homogeneidad social y cultural que existió en los orígenes de nuestros Estados nacionales y que permitiría hablar de los correspondientes pueblos europeos como sujetos dotados de una identidad relativamente unitaria. Pues bien, pienso que nada autoriza a afirmar que en la Francia o en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII, ni tampoco en la Alemania o en la Italia del siglo XIX, hayan existido vínculos pre-políticos e identidades colectivas —de lengua, de cultura, de intereses, de común lealtad política— idóneos para juntar campos y ciudades, campesinos y burgueses, trabajadores y empresarios, masas analfabetas y clases profesionales e intelectuales. Ni siquiera podemos suponer que haya existido, en cada uno de esos países, una opinión pública nacional o al menos una homogeneidad social mayor que la que hoy existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo. Y todavía más arriesgado sería suponer que en torno a los valores establecidos por las Cartas constitucionales, incluyendo los derechos más elementales, haya existido, o incluso exista actualmente, un consenso mayoritario. Un referéndum a favor de la libertad de conciencia o de las garantías penales y procesales que se hubiera convocado en los tiempos de Cesare Beccaria o de la Revolución francesa no habría desde luego recogido muchos consensos. Todavía hoy debemos temer una votación popular sobre los derechos sociales o sobre la pena de muerte.

El sentido cívico y de común pertenencia, así como el consenso en torno a valores políticos compartidos que hoy podemos encontrar en nuestros países, parece más bien un efecto que una precondición de la formación de nuestros Estados unitarios y de sus Constituciones. Intento afirmar que los «pueblos» y las «naciones» europeos y sus tradiciones han sido una invención de los dos o tres siglos pasados, fruto de voluntades constituyentes y de convenciones constitucionales, así como de los Estados nacionales y de sus instituciones jurídicas. Y no se ve por qué la construcción de un sentido común de pertenencia a una Europa caracterizada por un mismo patrimonio constitucional—sufragio universal, separación de poderes y derechos fundamentales— sea hoy más difícil o más improbable de lo que fue el proceso de formación de los Estados nacionales y no deba de todos modos exigir la responsabilidad civil de la cultura jurídica y politológica.

Debemos entonces preguntarnos: ¿cómo se afirman y cómo se radican en el sentido común los principios y los valores de un pacto constitucional de convivencia?, ¿antes o después de su formalización

en una Carta constitucional? En otras palabras, ¿la formación de una esfera pública y de una sociedad civil precede o es consecuencia de la estipulación de una constitución?

Para responder a estas preguntas es oportuno precisar qué debemos entender por «esfera pública». Se trata, como sabemos, de una expresión utilizada con múltiples significados. En el sentido hoy más difundido, teorizado por Jürgen Habermas, se refiere a la esfera de la acción comunicativa, y precisamente de la comunicación pública. Para los fines de nuestra discusión, por el contrario, la entenderé en el sentido, parcialmente distinto y más propiamente jurídico, contenido en la clásica definición de Ulpiano: «publicum est quod ad utilitatem rei publicae pertinet, privatum quod ad utilitatem singulorum»². «Esfera pública», en este sentido, es el lugar de la política, que se refiere a los intereses de todos, en oposición a la «esfera privada», que se refiere al interés de los individuos y por tanto es el lugar privilegiado de la economía. Pero los intereses de todos, prioritariamente los que están reconocidos como derechos de todos, o sea, como derechos universales y por tanto fundamentales. Su esfera equivale, consecuentemente, a la esfera de la igualdad, que como dice el artículo 1 de la Declaración de 1789 es una égalité en droits, obviamente fundamentales, en oposición a la esfera privada, que es la esfera de los derechos individuales (diritti singolari), o sea, patrimoniales, y por tanto de las desigualdades y de las diferencias³.

Está claro que, entendida en este sentido, la esfera pública se conforma —y, en este sentido, es fundada— sólo en el momento en el que los asociados, aunque sean diferentes e incluso hostiles, pueden reconocerse como iguales, como titulares de iguales derechos. Es constituida, en otras palabras, justamente con el pacto constitucional en el que se acuerda la igualdad, es decir, la tutela de los intereses de todos que, como se ha dicho, son los derechos fundamentales. Es en esta artificialidad y convencionalidad donde reside su carácter distintivo respecto a la esfera privada; la cual, consistiendo sobre todo en esos intereses de los individuos que son los derechos patrimoniales, no está fundada por ningún acto constituyente sino que coincide, en muy buena medida, con el mercado. Por esto podemos afirmar que no existe una esfera pública europea mientras Europa sea —o

^{2. «}Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem» (D. 1.1.1.2).

^{3.} Remito, sobre estos temas, a los trabajos *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, ³2007, y «Per una sfera pubblica del mondo»: *Teoria Politica* XVII/3 (2001), pp. 3-21.

haya sido hasta ahora— simplemente un mercado común, es decir, una unión económica y monetaria; y que la esfera pública es creada, precisamente, por la estipulación de la igualdad en esos derechos iguales, en tanto que de todos, que son los derechos fundamentales. Intento decir que la tesis vagamente comunitaria que está en el trasfondo del escepticismo de quien asocia constitución, esfera pública y homogeneidad social debería derribarse: en ambos planos, fenomenológico y axiológico, que he ya distinguido.

En el plano fenomenológico, justamente la formación histórica del Estado moderno ha demostrado la existencia de una interacción compleja entre sentido común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad. Es ciertamente verdad que un cierto grado de cohesión social y pre-política y de alguna identidad colectiva representan los más seguros factores, si no de la legitimidad, al menos de la efectividad de toda constitución y por tanto también de una Carta europea de los derechos. Pero es todavía más cierto lo contrario: es sobre la igualdad en derechos, como garantía de todas las diferencias de identidad personal, donde madura la percepción de los asociados como iguales; y es en la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales donde madura el sentido de pertenencia e identidad colectiva de una comunidad política. Es justamente la constitución, en suma, es decir, la igualdad en derechos, el presupuesto del reconocimiento de los otros como «iguales» y por tanto el principal factor, más allá de la identidad colectiva, de la esfera pública. Recordemos el paradigma hobbesiano: se entra en la sociedad civil y se sale del estado de naturaleza con el contrato social, o sea, con el pacto de convivencia que define y al la vez constituye la esfera pública, es decir, la esfera de los intereses vitales de todos, comenzando por el derecho a la vida. Es más: para los fines de la formación de la esfera pública en el sentido aquí expuesto, igualdad y garantía de los derechos son condiciones no solamente necesarias, sino también suficientes; son de hecho lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que se quieran fundar en el recíproco respeto en vez de sobre las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas o nacionales o religiosas o lingüísticas.

3. CONSTITUCIÓN Y ESFERA PÚBLICA. UNA CUESTIÓN AXIOLÓGICA

Paso así a la segunda cuestión enunciada al principio: la filosófico-política sobre el papel y por tanto sobre el fundamento axiológico de la

constitución. Si las constituciones no siempre, ni necesariamente, estás respaldadas por una esfera pública y una sociedad civil ya formadas —o sea, una cohesión pre-política y una comunidad de valores, de intereses y tradiciones—, ¿sobre qué se funda su legitimidad? Si no lo son el consenso ni la homogeneidad social y cultural, ¿cuál es la fuente de legitimación de una constitución? Entre esfera pública y sociedad civil, por un lado, y constitución, por otro, como se ha dicho, existe, en el plano fenomenológico, una interacción compleja, a partir de la cual las primeras son más bien el efecto que el presupuesto de la segunda. ¿Cuál es su relación en el plano axiológico? Creo que también, es más, sobre todo, en este plano debe ser abandonada la relación que comúnmente se ha instituido entre constitución y esfera pública, entre pacto constituyente y pueblo.

Viene aquí la cuestión de la naturaleza y la función de las constituciones. Tengo la impresión de que detrás de la idea dominante en la cultura iuspublicista de que las constituciones son el reflejo de una cierta homogeneidad social —que presuponen un *demos* y una voluntad o un consenso popular como fuente de su legitimidad, además de como fuente de su efectividad— existe una concepción organicista y metafísica del cuerpo social y de su relación con las instituciones políticas que se resuelve en un desconocimiento, o cuando menos en un debilitamiento, de su papel garantista. Se trata de una concepción anti-ilustrada, de la que son reconocibles los antecedentes en la iuspublicística alemana del siglo XIX y luego en el pensamiento de Carl Schmitt, que definió la constitución como una expresión de la «unidad política del pueblo», o bien como un acto que «constituye la forma y el tipo de la unidad política, cuya existencia es presupuesta»⁴.

Creo por el contrario que en una perspectiva garantista las constituciones deben ser entendidas, hobbesianamente, como pactos de convivencia, tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictivas son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a regular. No sirven, por tanto, para representar la común voluntad de un pueblo, o para recoger una cierta homogeneidad o identidad colectiva o sentido común de pertenencia, sino para garantizar los derechos de todos, incluso contra la mayoría, y por tanto para asegurar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. Son, en suma,

^{4.} C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, pp. 29 ss.; cf. también pp. 221 ss. Para una crítica más analítica de estas tesis remito a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 172-180, 329-338 y 362-371.

pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos, tanto más esenciales cuanto mayores, por las fuertes desigualdades y diferencias, son los peligros de guerra o los atropellos.

Está claro que, entendidas de este modo, las constituciones no tienen su principal fuente de legitimación en el consenso popular. Obviamente, una constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un común sentir. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, es evidente que no tendrá fuerza vinculante ni estará destinada a durar. Pero este sentido común, este consenso, y por ello la homogeneidad cultural en ellos contenida, son circunstancias de hecho, las cuales fundamentan la efectividad de la constitución, que es igualmente una cuestión de hecho y no ya de valor. La legitimidad, por el contrario, es una cuestión de valor, ligada no tanto al grado de consenso, que es una circunstancia de hecho, sino justamente a un valor: precisamente al valor de la igualdad, satisfecho por la forma de los derechos fundamentales que la constitución confiere a todos, cualquiera que sean sus opiniones y voluntades, y que son por tanto, en este sentido, «universales»: en el sentido de su universal titularidad en cada uno y por tanto en todos, y no en el sentido de que en torno a ellos existiría un improbable y quizá imposible consenso universal.

Es por tanto en este sentido, referido a los contenidos —los derechos de todos, y por tanto de todo el pueblo—, como las cartas de los derechos son intrínsecamente «democráticas». Lo son en el sentido de que los derechos fundamentales, estando sobre-ordenados a cualquier poder normativo, equivalen a fragmentos de soberanía pertenecientes a todos y a cada uno. El fundamento de su legitimidad, diferente del de las leves ordinarias y de las decisiones de gobierno, no es por tanto la forma de su producción, sino más bien su contenido o su sustancia; no el consenso de la mayoría, sino un valor todavía más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea, en derechos vitales de todos, estipulados como límites y vínculos precisamente a las decisiones de las contingentes mayorías y, a la vez, como factores constitutivos de una esfera pública democrática. Una constitución, en pocas palabras, es democrática no tanto porque es querida por todos, sino porque sirve para garantizar a todos.

Es por otro lado evidente que las dos cuestiones —la de hecho sobre la efectividad y la valorativa sobre la legitimidad y justificación de las constituciones— aunque son del todo diversas, están conectadas entre sí. De hecho, los principios y los derechos establecidos por una constitución son entidades lingüísticas. Funcionan como normas sólo si su sentido es generalmente compartido v tomado en serio por sus destinatarios. Crear consenso en torno a ellas es por lo demás el único modo de defenderlas. Inversamente, se convierten en nada, sin golpes de Estado formales, si son removidas del sentido común y negadas y violadas sin que su violación suscite disenso, indignación o rebelión. Peor aún: este consenso no es un fenómeno natural. Es generado también por la ciencia jurídica, v por tanto por la cultura política: es decir, por el hecho de que esos principios v esos derechos sean asumidos como «valores» v en conjunto como «razones» o «justificaciones» de la convivencia civil. En este sentido la cultura jurídica y política tiene en relación con las constituciones y con su valor normativo un papel no solamente cognoscitivo, sino por así decir constitutivo y performativo, del que conlleva el mérito y la responsabilidad. Los juristas forman parte del objeto sobre el que indagan y contribuyen a formarlo. Existe, en suma, una circularidad entre constitución y sentido común: las constituciones producen sentido común; éste, a su vez, representa su principal sostén.

4. VIEJOS Y NUEVOS DERECHOS EN LA CARTA EUROPEA

De ahí la extrema importancia de la Carta de derechos europea aprobada en Niza en diciembre del 2000. Con vistas a la creación de una esfera pública como esfera de la igualdad y lugar de la política, así como de sentido común de pertenencia, lo que cuenta, más que la institución de un improbable y ni siquiera auspiciable super-Estado europeo, es precisamente la estipulación de los derechos fundamentales en favor de todos los europeos. Es este sentimiento de la igualdad y de la comunidad en los derechos, me parece, lo que crea la cohesión política y la identidad colectiva, y no viceversa.

Por otro lado, si es verdad, como ha observado Massimo Luciani, que cuanto más extendida está la institución política y mayores son las diferencias de orden histórico y cultural que en ella conviven, tanto más improbable y secundaria es la representatividad de sus órganos de gobierno, es también verdad que tanto más importante se hace entonces la garantía de los derechos fundamentales como límites negativos y vínculos positivos a la esfera de la política; que tanto más restringida debe ser por ello la que he llamado «esfera de lo decidible» propia de la política y tanto más extendida debe ser la de lo «indecidible (que sí o que no)», es decir, de los derechos, de

libertad o sociales, que deben ser garantizados a todos⁵. Esto quiere decir que tanto más reducida debe ser la esfera de competencia de la democracia política, o sea, de los órganos políticamente representativos, y tanto más articulado y desarrollado debe ser el paradigma del Estado constitucional de derecho, esto es, la sujeción a la ley v por tanto a los derechos fundamentales tanto de la Unión como de cada uno de los Estados que la conforman. El caso extremo es el ordenamiento internacional. Una democracia representativa a nivel planetario basada sobre el principio una persona/un voto no tendría mucho sentido ni valor. En este nivel, de hecho, más que las funciones políticas de gobierno, que no tendría sentido sustraer a la competencia de los Estados, son esenciales las funciones y las instituciones de garantía de la paz y de los derechos fundamentales, es decir, esas pre-condiciones de la democracia que son justamente establecidas por las constituciones. Pero vale también, evidentemente, en lo que se refiere a la integración europea, que será tanto más legítima además de efectiva en cuanto pueda garantizar los derechos de todos los ciudadanos europeos.

Bajo estos aspectos, la Carta de derechos aprobada en Niza colma una insostenible laguna. Como ha observado Giacomo Marramao, tiene alguna cosa de más y alguna de menos respecto a las constituciones nacionales, incluida la italiana. Tiene de más una formulación más completa y precisa de los derechos de última generación, relativos a la persona, al cuerpo y a la bioética. Pensemos en la mejor tutela de la intimidad (privacy) y en la afirmación del derecho de acceso a los datos de carácter personal previsto por los artículos 7 y 8; en el importante artículo 3, que establece, además del derecho de todo individuo a la integridad física y psíquica, el deber de la práctica médica de informar y obtener el consenso de la persona interesada sobre las terapias e intervenciones que la afectan, así como la prohibición de las prácticas eugenésicas, de la clonación reproductiva de seres humanos y de cualquier mercantilización de partes del cuerpo humano; en la tutela del medio ambiente impuesta por el artículo 37; en los derechos de la persona frente a la administración establecidos por el artículo 41, como los de «ser oída antes de que se tome en contra suva una medida individual que le afecte desfavorablemente», de «ac-

^{5.} He llamado «esfera de lo no decidible (qué sí o qué no)» a la dimensión constitucional de la democracia, identificada a su vez por los derechos fundamentales y por los correlativos límites y vínculos que circunscriben la «esfera de lo decidible», o sea, la dimensión y el espacio de la democracia política (en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 35-40 y 339-355).

ceder al expediente que le afecte», así como a la «reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones»; en las garantías penales y procesales establecidas por los artículos 48-50, desde el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas hasta el *ne bis in idem*, desde la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario y a los derechos de defensa; en fin, en la prohibición incondicionada de la pena de muerte y la tortura, que bastaría por sí sola, si es que va a servir para salvar la vida de un turco o de un kurdo, para dar valor a esta Carta.

Pero en la Carta hay también muchas cosas de menos respecto por ejemplo a la Constitución italiana. El límite más grave es la falta del solemne repudio de la guerra, sustituido por un genérico empeño a «compartir un futuro de paz». Por lo que hace a los derechos sociales, hubiera sido oportuna una formulación más precisa. Y sin embargo hay en la Carta un sistema de garantías, sobre el trabajo y los derechos sociales, en algunos aspectos incluso más eficaz que el existente en las constituciones nacionales.

Así, por ejemplo, aunque no se hava previsto un «derecho al trabajo» sino solamente —cuestión bien distinta y del todo obvia— «el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida», hay en la Carta una norma, el artículo 30, que prevé el derecho, sobre el que no habla por el contrario ni siguiera nuestra Constitución [italianal, «a la protección frente a cualquier despido injustificado»: lo cual no es poco en los tiempos de triunfante flexibilidad. Si una norma parecida hubiera existido en la Constitución italiana, no hubieran sido necesarios los referéndums de los radicales y luego las sucesivas adiciones al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Son además garantizados, por los artículos 27, 28 y 31, el derecho de los trabajadores a «la información y a la consulta en el ámbito de la empresa» y a «condiciones de trabajo sanas, seguras y dignas», su derecho a formalizar contratos colectivos y a recurrir a acciones de defensa de sus intereses incluvendo la huelga, así como todos los clásicos derechos sobre el descanso, vacaciones y seguridad social. Aunque falte en esta Carta una formulación del principio de igualdad sustancial análoga a la contenida en el artículo 3 de la Constitución italiana, hay en ella, junto a las normas sobre la prohibición de las discriminaciones (artículo 21) y sobre el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística (artículo 22), una norma, el artículo 34, que impone a la Unión «el fin de combatir la exclusión social y la pobreza», para lo cual se reconoce «el derecho a una avuda social v a una avuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes»: en suma, una suerte de derecho a la vivienda que no contiene la Constitución italiana. Pero no sólo esto. Está explícitamente prevista, en el artículo 23 sobre la paridad entre hombres y mujeres, la posibilidad de acciones positivas, que fue por el contrario excluida en materia de candidaturas políticas por la Corte constitucional italiana en contra del deber, establecido en el artículo 3 de la Constitución, de remover los obstáculos que se oponen a una efectiva igualdad.

Conforme al principio de igualdad, el artículo 34 extiende los derechos sociales a «Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión», incluyendo por tanto a todos los inmigrantes; y el párrafo tercero del artículo 15 establece que los inmigrantes «tienen derechos a condiciones de trabajo equivalentes a las que disfrutan los ciudadanos de la Unión». Finalmente, se afirma la justiciabilidad de todos los derechos, tanto de libertad como sociales: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados», dice el artículo 47, «tiene derecho a la tutela judicial efectiva» de todas las garantías clásicas, incluido el derecho de defensa a costa del Estado para quienes no tengan recursos.

Por otra parte, sobre los límites de la Carta existe en ella una norma, el artículo 53, que establece que «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos» por otras cartas y convenciones europeas o por las constituciones de los Estados miembros. Se aplica, en suma, la protección constitucional más favorable. No se puede compartir la opinión de quienes han sostenido que muchos de los derechos establecidos en la Carta —los artículos 27, 30, 34 y 36— quedarían vaciados por la remisión, en cuanto a las «condiciones» y «modalidades» de su tutela, «al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales»: esta fórmula debe leerse junto al artículo 52, que requiere que «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades».

5. CARTA EUROPEA Y SISTEMA DE FUENTES

Concluyo con un último orden de consideraciones. Esta Carta y el proceso constituyente por ella iniciado son importantes no solamente porque son necesarios para la creación de una esfera pública europea, sino también porque sirven para colmar un déficit de principios constitucionales que ya no es sostenible sino al precio de gravísimas aporías.

Debemos reconocer que las constituciones estatales no bastan va para garantizar la igualdad y los derechos en ellas establecidos. Buena parte de las normas de nuestros ordenamientos tienen actualmente su base en el derecho comunitario, del que la Corte de Justicia de Luxemburgo ha afirmado su supremacía sobre las fuentes de derecho interno de los Estados. Gran parte de los lugares y de los poderes de toma de decisión se han trasladado por tanto a sedes externas a los confines nacionales, hasta ahora sustraídas tanto a controles parlamentarios como a juicios de ilegitimidad constitucional. De ahí la necesidad de subordinar estas nuevas fuentes y estos nuevos poderes a vínculos constitucionales de su propio nivel dirigidos a salvaguardar los principios del Estado de derecho, que no admiten poderes absolutos, evitando así conflictos indisolubles entre constituciones y jurisdicciones estatales y ordenamiento y jurisdicción comunitaria. Sin contar, por lo que respecta a Italia, que nuestra Constitución no goza de buena salud y está expuesta, hoy más que nunca, a riesgos de manipulación sobre todo en materia de derechos sociales.

Esta Carta (y, prospectivamente, una verdadera Constitución europea) es esencial no sólo porque introduce límites y vínculos a los órganos decisionales europeos de los que proviene actualmente gran parte de nuestro derecho, sino también porque contiene derechos y garantías que corren el riesgo de venir a menos en caso de manipulación de la Constitución italiana. La Carta será una barrera contra estas posibles manipulaciones, sirviendo para fundar un sentido común —un mínimo común denominador— en materia de derechos y Constitución, al que será mucho más difícil, incluso para nuestras derechas, sustraerse. Representa en suma un antídoto contra los riesgos futuros creados en toda Europa por el desarrollo de populismos étnicos y xenófobos, por las pequeñas patrias, por los resurgimientos fascistas, por las intromisiones católicas, por las políticas y las ideologías neoliberales. Y es esencial también a la vista de la extensión de Europa, ya que sirve para fijar parámetros mínimos —desde la prohibición de la pena de muerte hasta los derechos sociales y laborales— para los países que intentan entrar en la Unión. Son precisamente estos parámetros, por otro lado, los que sirven para diseñar un modelo de Europa alternativo al modelo americano.

En el peor de los casos, si alguna crítica se puede hacer a esta Carta es su falta de inclusión en los Tratados y por tanto su no clara colocación en la jerarquía de las fuentes y su incierta fuerza vinculante. Queda sin embargo su valor como primer momento del proceso constituyente. El proceso de integración europea, avanzado hasta ahora solamente en el terreno económico y monetario, es ya irre-

TRES DESARROLLOS DEL PARADIGMA GARANTISTA

versible. No podemos ilusionarnos pensando que los mercados y las economías se retirarán a los confines de sus Estados nacionales. A falta de una Constitución europea, existe un vacío de derecho público, tanto por lo que se refiere a los poderes políticos de los órganos de la Unión, como por lo que hace a los poderes económicos del mercado. De ahí la urgencia de llenar ese vacío de derechos con la estipulación de límites y vínculos a la acción de unos y de otros; y por tanto de considerar esta Carta como un paso todavía tímido y sin embargo necesario, dotado de un alto valor simbólico, en el proceso, que no se puede dar por descontado, de construcción de una democracia europea alternativa al tendencial neoabsolutismo tanto de los poderes políticos como de los económicos.

EL DERECHO A LA PAZ COMO NORMA CONSTITUTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. EL DERECHO A LA PAZ

Han transcurrido treinta años desde que, el 4 de julio de 1976, por iniciativa de Lelio Basso, se proclamó en Argel una «Declaración universal de los derechos de los pueblos»¹ como integración necesaria de las tradicionales cartas y declaraciones de los derechos fundamentales de las personas. El proceso de descolonización, que entonces estaba llegando a su fin, concluyó hace ya tiempo. Pero las desigualdades, las violencias y los crímenes contra la humanidad no han disminuido. A despecho de la igualdad en los derechos proclamada en tantas cartas constitucionales y convenciones internacionales, las desigualdades de hecho, en las concretas condiciones de vida, han adquirido formas y dimensiones sin precedentes en la historia. Sólo han cambiado las formas del dominio y la opresión. El «dominio» político del «impe-

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

1. Sobre la Carta de Argel y la Declaración de los Derechos de los Pueblos que contiene, cf.: Pour un droit des peuples, con prólogo de Lelio Basso, Berger-Levrault, Paris, 1978; Droits de l'homme et droits des peuples, Della Balda, San Marino, 1983; F. Rigaux, La Carta di Algeri. La Dichiarazione universale dei diritti dei popoli, Edizioni Cultura della Pace, Fiesole, 1988. Estrechamente asociada a esta iniciativa hay que evocar otra del propio Basso, que es la creación del Tribunal Permanente de los Pueblos, heredero de los dos Tribunales Russell sobre los crímenes de guerra en Vietnam (1966 y 1967) y sobre las dictaduras militares en Brasil (1974), Uruguay (1975) y Chile (1976). Sobre su actividad pueden verse: G. Tognoni (ed.), Tribunale permanente dei popoli. Le sentenze: 1979-1998, Stefanoni, Lecco, 1998, que recoge las primeras 26 sentencias del Tribunal; F. Rigaux, «L'autodeterminazione nelle sentenze del Tribunale Permanente dei Popoli», ibid., pp. 747-761; íd., Lelio Basso e i tribunali d'opinione, en VV.AA., Lelio Basso e le culture dei diritti, Carocci, Roma, 2000; L. Ferrajoli, «Tribunal Penal Internacional y constitucionalismo global», en íd., Razones jurídicas del pacifismo, Trotta, Madrid, 2004, pp. 115-124.

rialismo», evocado en el preámbulo de la Carta de Argel, ha sido sustituido en gran medida por el dominio económico del mercado que caracteriza a los actuales procesos de globalización. Y a la superación de las opresiones coloniales ha seguido el retorno de la guerra como instrumento de solución de los problemas internacionales.

En tales nuevas condiciones, el catálogo de los derechos de los pueblos que hoy están necesitados de garantía se ha modificado en gran medida y, sobre todo, se ha ampliado enormemente. El derecho a la autodeterminación que ahora habría que ejercer es más bien el derecho a la autodeterminación interna («a un gobierno democrático», como dice el artículo 7 de la Carta) y no el derecho a la autodeterminación externa («a liberarse de cualquier dominación colonial o extranjera», como dice el artículo 16). Y los derechos humanos cuya tutela y satisfacción se imponen son no sólo las tradicionales «libertades fundamentales», cuyas violaciones han dado ocasión a la mayor parte de los procesos del Tribunal Permanente de los Pueblos, y ni siquiera «el derecho sobre las propias riquezas y recursos naturales» de que habla el artículo 8 de la Carta, también ampliamente violado. Estos derechos son sobre todo los derechos sociales a la supervivencia —al agua, a la alimentación básica, a los fármacos esenciales— cuya falta de satisfacción, como documentan los informes de la ONU, causa cada año millones de muertes. En fin, las nuevas guerras desencadenadas por Occidente en los tres últimos lustros han provocado en la opinión mundial la toma de conciencia del valor del que muy bien puede considerarse el primer derecho de los pueblos: el derecho a la paz.

Es a este derecho a la paz —a la paz interna y a la paz exterior— al que voy a referirme. Sobre todo porque es el más importante derecho de los pueblos, en un doble sentido: como derecho de los pueblos de los Estados agresores y como derecho de los pueblos agredidos. En segundo lugar, porque el mismo, junto con la correlativa prohibición de la guerra, representa la norma fundamental y, por decirlo así, constitutiva del actual derecho internacional.

2. LOS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA PROHIBICIÓN DE LA GUERRA

«Derecho a la paz» es un concepto opuesto al de «derecho a la guerra» que da título a una publicación reciente de Robert Kagan². Esta

2. R. Kagan, *Il diritto di fare la guerra. Il potere americano e la crisi di legitimità* [2003], Mondadori, Milano, 2004.

última es una vieja categoría —el *ius ad bellum*— que equivale a una verdadera contradicción en los términos, al ser la guerra la negación del derecho y viceversa. Sobre ella sólo cabe repetir el juicio despectivo formulado por Kant hace dos siglos:

Entendiendo el derecho de gentes como un derecho *para* la guerra no se puede pensar, en realidad, nada en absoluto [...]; con un concepto así habría que entender, en ese caso, que a los hombres que así piensan les sucede lo correcto si se aniquilan unos a otros y encuentran la paz perpetua en la amplia tumba que oculta todos los horrores de la violencia y de sus causantes³.

Precisamente a Kant se remonta la primera formulación del derecho a la paz como derecho de los pueblos: de los pueblos agredidos, pero también de los pueblos mandados a la guerra por el Estado agresor. Con la guerra, escribió Kant, el Estado niega la identidad de «personas» a los que forman parte del pueblo, reduciéndolos a cosas, es decir, a instrumentos para fines ajenos. «¿Qué derecho tiene el Estado —se pregunta— frente a sus propios súbditos a servirse de ellos en la guerra contra otros Estados, a emplear o arriesgar en ellos sus bienes, e incluso su vida?». La respuesta es que tal derecho se deriva, claramente, «del derecho de cada uno de hacer lo que quiera con lo suyo (con su propiedad)», es decir, de la absurda pretensión del soberano de disponer de «su» pueblo y de «sus propios súbditos» como «propietario indiscutible»:

Por tanto, así como de las plantas (por ejemplo, las patatas) y los animales domésticos [...] puede decirse que se les puede utilizar, consumir y destruir (hacer que los maten), parece que también pueda decirse del poder supremo del Estado, del soberano, que tiene el derecho de mandar a la guerra a sus súbditos, que en muy buena medida son productos suyo, como a una cacería, y a un combate como a una excursión⁴.

La guerra, añadió Kant, además de las víctimas que provoca entre los pueblos enemigos, ofende también a la dignidad de los ciudadanos llamados a las armas, al someterlos a un dominio que

- 3. I. Kant, *La paz perpetua*, presentación de A. Truyol Serra, trad. castellana de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985 p. 25.
- 4. I. Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Segunda Parte, sección segunda, § 55, en íd., *La metafísca de las costumbres*, estudio preliminar de A. Cortina Orts, trad. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 183-184.

no puede aplicarse en modo alguno al hombre, sobre todo como ciudadano, que ha de ser considerado siempre en el Estado como miembro colegislador (no simplemente como medio, sino también al mismo tiempo como fin en sí mismo)⁵.

Así pues, la guerra es para Kant intrínsecamente antidemocrática, dado que con ella el pueblo obligado a hacerla no sólo pierde su soberanía, sino su propia dignidad humana y civil. Resulta reducido a cosa, es decir, a una propiedad de sus gobernantes, como las «plantas» o los «animales domésticos»⁶, con violación de la primera máxima de la moral según la cual ninguna persona puede ser tratada como cosa ni como instrumento para fines ajenos⁷. De ello se sigue que la guerra es el signo más inequívoco del despotismo; mientras la afirmación del derecho del pueblo a la paz es todo uno con su afirmación como «miembro colegislador»⁸. Ya había escrito Kant en un ensayo de 1793:

Lo que la buena voluntad humana hubiera debido hacer, y no hizo, finalmente tiene que hacerlo la impotencia: organizar internamente cada Estado de manera que no sea su jefe (a quien la guerra no cuesta realmente nada, porque traslada sus costes a otro, esto es, al pueblo), sino el pueblo, a quien sí le cuesta, el que tenga la última palabra sobre si debe haber guerra o no [...] Pues el pueblo se guardará muy bien de exponerse al peligro de caer en su propia y particular indigencia —peligro que no afecta al jefe— sólo por ansias de expansión o por mor de presuntas ofensas meramente verbales⁹.

- 5. Ibid., p. 184.
- 6. Ibid.
- 7. *Ibid.*, Segunda Parte, sección segunda, § 49, E, p. 166; íd. *Principios metafísicos de la doctrina de la virtud*, Segunda Parte, § 38, en íd., *La metafísica*, cit., p. 335: «el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad)». La misma contraposición axiológica entre persona y cosas se encontraba ya en Beccaria: «No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser *persona* y se repute como *cosa*» (*De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, introducción, apéndide y notas de J. A. del Val, Alianza, Madrid, 1968, § 20, p. 62).
- 8. I. Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., Segunda Parte, sección segunda, § 55, en íd. *La metafísica*, cit., p. 184.
- 9. I. Kant, En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica» (1793), en íd., Teoría y práctica, estudio premilinar de R. Rodríguez Aramayo, trad. de J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 57-58. Como prueba del carácter totalitario de todo legalismo o estatalismo ético, pueden compararse estos pasajes de Kant con los de Hegel que exaltan el «valor [militar]» como «la suprema abstracción que hace la libertad» y «la suprema autonomía

Kant no podía prever que, incluso en nuestras sociedades y hasta en las constituciones más avanzadas, la guerra quedaría sustraída al voto popular; que la guerra, y en general toda la política exterior, sería de la competencia de los gobiernos, es decir, del poder ejecutivo v no del legislativo; que los pueblos serían arrastrados como siempre. por la demagogia v el miedo v contra los dictámenes de la recta razón, a aceptar o a sufrir las guerras espantosas que han ensangrentado el planeta durante dos siglos, decididas siempre sobre sus cabezas. Menos aún podía prever Kant las actuales guerras asimétricas, que tienen como víctimas cada vez más a las poblaciones agredidas, ni la degeneración fundamentalista de nuestras democracias, cementadas por la idea de la propia identidad frente al diverso, asumido como enemigo y como mal absoluto, y por la idea de sí mismas como bien absoluto. Su advertencia sigue siendo inobjetable y más actual que nunca: la guerra, al reducir al pueblo a «cosa», equivale a la negación no sólo del derecho sino también de la democracia.

Pero existe otro fundamento filosófico-político del rechazo de la guerra, no menos apremiante, que constituye otro clásico topos de la filosofía política moderna. Es el paradigma contractualista del derecho positivo, expresamente consagrado por las actuales democracias constitucionales, según el cual la guerra contradice la propia razón de ser del derecho y de las instituciones políticas, que es la tutela de la vida. Desde este punto de vista, la guerra es asimilable a la pena de muerte, igualmente contradictoria del derecho a la vida que está en la base del pacto social y del papel del derecho. Si es verdad que, como escribió Cesare Beccaria, la pena de muerte es «una guerra de la nación contra un ciudadano» 10, es mayor verdad aún lo contrario: la guerra es una pena de muerte; infligida además a personas inocentes. Y esto vale sobre todo para las guerras actuales, como las de Irak o Afganistán, presentadas por los agresores como «justicia infinita», esto es, como pena de muerte, así pues, impuesta sin culpas y sin proceso sobre todo a las poblaciones civiles. Rechazo de la pena de muerte y rechazo de la guerra tienen, por tanto, el mismo fundamento. En el modelo contractualista de Thomas Hobbes, ambos forman un todo con la justificación racional y axiológica del derecho.

Es por lo que la guerra, más aún que la pena de muerte, equivale a la ruptura del contrato social: precisamente del pacto de convivencia

del ser por sí» (G. W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, trad. y prólogo de J. L. Vernal, Edhasa, Barcelona, 1988, §§ 327-328, pp. 411-412), o, más todavía, «la guerra» como el medio con el que «la salud ética de los pueblos es mantenida» (*ibid.*, p. 409). 10. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § 28, p. 74.

pacífica estipulado mediante la Carta de la ONU y en relación con el que la misma aparece concebida como una subversión violenta. Por eso la guerra es el máximo crimen contra los pueblos y contra la humanidad, por lo demás, previsto como tal en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Porque viola masivamente no sólo el derecho a la vida, sino también la razón y el fundamento mismo del derecho, que es, precisamente, la superación del estado de naturaleza, es decir, de la guerra de todos contra todos, y el tránsito al estado civil.

3. LA PROHIBICIÓN DE LA GUERRA COMO NORMA CONSTITUTIVA DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Esta naturaleza de la guerra, principal crimen contra los pueblos y, al mismo tiempo, disolución del ordenamiento internacional, es lo que hoy se impone como central en nuestra reflexión, junto con el carácter fundamental y fundante del derecho de los pueblos a la paz. En efecto, puede decirse que la estipulación de la prohibición de la guerra en la Carta de las Naciones Unidas ha refundado, al menos en el plano jurídico, el sistema de las relaciones internacionales, haciéndolo pasar de sistema pacticio fundado sobre tratados entre Estados igualmente soberanos, a verdadero ordenamiento jurídico, esto es, un sistema de normas heterónomo y supraordenado a todos los sujetos pertenecientes al mismo. La comunidad internacional que en el viejo «modelo Westfalia» era una comunidad anárquica, cuyas relaciones se fundaban únicamente en autónomos pactos bilaterales *inter partes* y en prácticas consuetudinarias, con la Carta de las Naciones Unidas se convierte en ordenamiento, dado que la prohibición de la guerra que establece junto con las declaraciones y los pactos sobre derechos humanos que le seguirán se conciben como normas heterónomas supraordenadas a los Estados. Así, la prohibición de la guerra dictada por la Carta de las Naciones Unidas y las declaraciones y pactos sobre derechos humanos ponen fin, cuando menos en el plano normativo, a la soberanía de los Estados como potestas legibus soluta. Y por ello son un embrión de constitución mundial, es decir, un conjunto de normas al que están sometidos todos los Estados adherentes. Por tanto, no un simple pactum associationis, sino un pactum subiectionis que refunda el derecho internacional como ordenamiento jurídico global.

De este modo, la prohibición de la guerra resulta concebida como la norma constitutiva o fundamental del ordenamiento internacional. Más en general, puede ser considerada como la norma constitutiva de cualquier ordenamiento jurídico. Tanto del ordenamiento inter-

nacional como del ordenamiento estatal, que asimismo se constituve con la prohibición de la guerra civil, el desarme de los asociados y la institución del monopolio público de la fuerza. Por eso, no sólo la guerra, sino también la teorización del derecho a la guerra bajo la enseña de una reexhumación de las vieias doctrinas de la «guerra justa». sirven para promover una regresión de las relaciones internacionales de carácter anárquico e irracional. En efecto, la doctrina de la guerra justa tenía sentido sólo en un sistema internacional anómico como el «modelo Westfalia», en el que valía para oponer a la guerra, no prohibida y por tanto lícita en el plano del derecho positivo, una limitación moral o política en el plano del derecho natural. Hoy, por el contrario, en presencia de la prohibición jurídica de la guerra. la apelación a la «guerra justa» deja de ser un factor de limitación éticopolítica de las guerras jurídicamente lícitas, para convertirse en factor de legitimación asimismo ético-política de las guerras jurídicamente ilícitas; de forma equivalente a lo que ocurriría con una hipotética doctrina moral o política del «justo homicidio» en relación con la prohibición penal del homicidio.

De otra parte, vale la pena recordar que la prohibición de la guerra, como norma constitutiva del ordenamiento internacional, fue estipulada a raíz de la segunda guerra mundial, como un «nunca más» a los horrores de la guerra actual, que hacen que ninguna guerra sea ya racionalmente justificable con las viejas cautelas iusnaturalistas de la «guerra justa», al resultar ineficaces todos los límites naturales a sus capacidades destructivas. En síntesis, el derecho internacional ha cambiado de naturaleza, constituyéndose en ordenamiento jurídico fundado en la paz, al haber cambiado la naturaleza de la guerra, que se ha convertido en un instrumento de destrucción indiscriminada, virtualmente destructivo de toda la humanidad. De ello son buena prueba las recientes guerras «globales», que, como he dicho, han golpeado sobre todo a las poblaciones civiles. Hablar de ellas como de guerras «justas», «éticas» o «humanitarias» es como hablar de «justas masacres», de «estragos éticos» o de «carnicerías humanitarias».

4. DOS ENSEÑANZAS DEL FRACASO DE LA GUERRA DE IRAK

La insensatez de la guerra como instrumento de solución de los problemas internacionales se ha visto confirmada de forma clamorosa con el fracaso de la última guerra, la de Irak, en relación con todas las finalidades invocadas para justificarla, la derrota del terrorismo la primera de todas. De este fracaso cabe extrar dos enseñanzas.

La primera es que la guerra no podía dejar de fracasar, precisamente por ser del todo inapropiada para el fin de la lucha contra el terrorismo. En efecto, porque la guerra sólo puede alimentar o acreditar el terrorismo. Más aún, la guerra ha representado por sí misma una victoria del terrorismo, dado que es, precisamente, la guerra la primera finalidad de toda organización terrorista. Así, resulta confirmado el nexo lógico entre derecho y seguridad, a su vez conexo con la asimetría entre derecho y terrorismo, que representa el principal secreto y la mayor fuerza disuasoria del primero en la lucha contra el segundo. En efecto, sólo la respuesta del derecho permite leer el terrorismo como crimen, y por esto desactivarlo políticamente, aislarlo socialmente y deslegitimarlo no sólo en el plano jurídico sino también en el plano moral. Mientras que la guerra, que hoy es a su vez terrorista, dado que como el terrorismo golpea indiscriminadamente a los inocentes, ha alimentado, como la gasolina el fuego, el fenómeno que pretendía combatir, reproduciendo y con ello legitimando sus formas, trasplantándolo y difundiéndolo en Irak, donde antes no existía, y acentuando en todo el mundo islámico el odio y la revuelta contra Occidente. En esta pérdida de la asimetría radica la verdadera razón del fracaso de la guerra, que ha hecho descender a los agresores al nivel del terrorismo o, lo que es lo mismo, ha elevado al terrorismo al nivel de un enemigo combatiente, generando una espiral imparable que ya sólo la restauración del derecho puede interrumpir.

La segunda enseñanza está conectada con la primera. El pacifismo jurídico es hoy considerado casi como una injuria, como un signo de rendición o de irresponsable aquiescencia al terrorismo o, cuando menos, de falta de realismo, una suerte de utopía o sueño de almas bellas. Pero es necesario desmantelar esta tesis. El pacifismo jurídico, es decir, la prohibición de la guerra v su lógica, es en la actualidad la única respuesta realista a la gravedad de los problemas globales y, más que nunca, a la explosión del terrorismo. En la lucha contra el terrorismo no existen alternativas al derecho. Y el hecho de que ésta sea la vieja receta del contractualismo y del pensamiento jurídico ilustrado no la priva de validez. El principio de la paz, repito, no es sino la norma constitutiva del orden jurídico, tanto interno como internacional. Y sólo la pérdida de la razón, generada por los miopes intereses de poder, puede hacer olvidar esta obviedad. Por eso, la batalla por la paz y sus garantías —del desarme generalizado al reforzamiento de las Naciones Unidas— es hoy principalmente una batalla de la razón, que debe discurrir sobre todo en el plano cultural v que ciertamente puede encontrar apoyo en el creciente repudio de la guerra en la conciencia civil de la gran mayoría del género humano.

FUENTES

«La democracia constitucional»: publicado en *L'accesso negato*. *Diritti, svilup-po, diversità*, ed. de P. Vulpiani, Armando Editore, Roma, 1998, pp. 53-66. Trad. castellana de Chr. Courtis, en íd. (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pp. 255-271.

«Sobre los derechos fundamentales»: publicado originalmente en T. Mazzarese (ed.), Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 95-116. Trad. castellana de M. Carbonell, en L. Ferrajoli, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2006, pp. 5-49.

«Garantías»: publicado en *Parole-chiave* 19 (1999), pp. 15-32. Trad. castellana de A. de Cabo y G. Pisarello, en *Jueces para la Democracia. Información y debate* 38 (2000), pp. 39-46.

«Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero». Trad. castellana de N. Guzmán, en M. Bovero y L. Ferrajoli, *Teoría de la democracia*. Dos perspectivas comparadas, Instituto Federal Electoral, México, 2001, pp. 11-31, y en *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho (México) 19 (2003), pp. 227-240.

«Razón, derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio»: laudatio de Norberto Bobbio con motivo de la concesión del doctorado honoris causa en Derecho por la Universidad de Camerino (Italia), el día 29 de mayo de 1997. Publicado en L. Ferrajoli y P. di Lucia, Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 5-14. Trad. castellana de P. Andrés Ibáñez, en Jueces para la Democracia. Información y debate 30 (1997), pp. 79-83.

«La esfera de lo indecidible y la división de poderes»: ponencia presentada en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en la ciudad de Monterrey, México, el 31 de octubre de 2007. Inédito. Trad. castellana de M. Carbonell.

DEMOCRACIA Y GARANTISMO

- «Las libertades en el tiempo del neoliberalismo»: publicado en *Questione* giustizia 2-3 (2004), pp. 333-244. Trad. castellana de M. Carbonell, en *Este* País. Tendencias y opiniones 203 (2007), pp. 4-11.
- «Derecho y dolor»: publicado en L. Rivera, H. C. Silveira, E. Bodelón y A. Recasens (eds.), Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 54-59. Trad. castellana de M. Carbonell, publicada en Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho (México) 27 (2007), pp. 195-204.
- «Laicidad del derecho y laicidad de la moral»: texto reducido y modificado de una ponencia presentada en el congreso «Valori e secolarizzazione nel diritto penale», celebrado en Verona el 9-10 de marzo de 2007 y publicado en Segno 290 (2007), pp. 68-78. Trad. castellana de P. Salazar Ugarte en Revista de la Facultad de Derecho de México 245 (2007), pp. 267-277.
- «Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo»: texto de la conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 30 de octubre de 2007, con motivo de la recepción del Premio Internacional de Investigación Jurídica «Héctor Fix Zamudio». Trad. castellana de M. Carbonell.
- «La cuestión del embrión entre derecho y moral»: publicado en *Politeia* XVIII/65 (2002), pp. 153-168. Trad. castellana de P. Andrés Ibáñez en *Jueces para la Democracia. Información y debate* 44 (2002), pp. 3-12.
- «La legalidad violenta»: publicado en *Democrazia e diritto* 3 (1989), pp. 153-169. Trad. castellana de B. Rivaya García en *Cuadernos de política criminal* 41 (1990), pp. 305-319.
- «Garantías y derecho penal». Trad. castellana de M. Gascón Abellán en *Iter criminis. Revista de Ciencias Penales* (Inacipe, México) 2 (2002), pp. 247-257.
- «Jurisdicción y democracia»: publicado en *Democrazia e diritto* 1 (1997), pp. 285-304. Trad. castellana de P. Andrés Ibáñez en *Jueces para la Democracia. Información y debate* 29 (1997), pp. 3-9.
- «Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal». Trad. castellana de N. Guzmán en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* IX/15 (2003), 15-29.
- «El 'derecho penal del enemigo' y la disolución del derecho penal»: publicado en *Questione Giustizia 5* (2006), pp. 798-812. Trad. castellana de P. Andrés Ibáñez en *Jueces para la Democracia. Información y debate 57* (2006), pp. 3-10.
- «Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo»: publicado en U. Curi y G. Palombarini (eds.), Donzelli, Roma, 2002, pp. 9-21. Trad. castellana de

- R. Brito Melgarejo, en M. Carbonell (ed.), *Garantismo penal*, UNAM, México, 2006, pp. 55-68.
- «Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica»: publicado en *La rivista del manifesto* 46 (2004), pp. 6-10. Trad. castellana de P. Salazar Ugarte, en M. Carbonell (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa, México, 2004, pp. 129-138.
- «El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada»: publicado en G. Azzariti *et al.*, *Ai confini dello stato sociale*, Manifestolibri, Roma, 1995. Trad. castellana de M. Carbonell.
- «El Estatuto de los trabajadores: un cambio de paradigma en sentido publicista de la relación de trabajo»: publicado en *Economia e lavoro* 2 (2001), 27-32. Trad. castellana de R. Brito Melgarejo, en *Cauces. Expresión de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAM* (2005-2006), México, pp. 92-96.
- «Contra los poderes salvajes del mercado o a favor de un constitucionalismo de derecho privado». Trad. castellana de M. Carbonell, en M. Carbonell, H. A. Concha Cantú, L. Córdova y D. Valadés (eds.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, UNAM, México, 2001, pp. 99-110.
- «Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global»: publicado en AA.VV., *Le forme del dissenso tra riformismo e globalizzazione*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, 2006, pp. 167-188. Trad. castellana de N. Guzmán.
- «Por una esfera pública del mundo»: publicado en *Teoria politica* XVII/3 (2001), pp. 3-21. Trad. castellana de C. Yturbe, en *Configuraciones* 14 (2004), 5-23.
- «De la Carta de derechos a la formación de una esfera pública europea»: publicado en *Annali 2001 della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Carocci, Roma, 2002, pp. 81-92. Trad. castellana de M. Carbonell, en P. Häberle, J. Habermas, L. Ferrajoli y E. Vitale, *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004, pp. 75-90.
- «El derecho a la paz como norma constitutiva del derecho internacional»: inédito. Trad. castellana de P. Andrés Ibáñez.