

LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Luigi FERRAJOLI

Universidad de Camerino (Italia).

1. PREMISA

Una vez acabada la división del mundo en bloques, tras la caída, hace quince años, del régimen soviético, parecía que ya nada podría oponerse a la instauración de la paz en el mundo, y a la difusión y consolidación de la democracia en el nivel planetario. Y precisamente a partir de entonces se ha ido gestando, en los ordenamientos de los principales países occidentales y en las relaciones internacionales, una crisis no coyuntural que afecta a los dos niveles del constitucionalismo actual: por un lado, las formas de la democracia diseñadas por las rígidas constituciones de la última posguerra y, por el otro, el proyecto de paz y de garantía de los derechos humanos formulado en ese embrión de constitución mundial que representan la Carta de la ONU, y las distintas declaraciones y convenciones sobre los derechos fundamentales.

Mencionaré sucintamente, en la primera parte de esta ponencia, los múltiples elementos y factores de esta doble crisis, por cuya causa corremos el riesgo de perder las dos conquistas más grandes logradas por el constitucionalismo del siglo XX: la democracia constitucional, en el nivel de los ordenamientos internos, y el principio de la paz y la garantía universal de los derechos humanos en el ordenamiento internacional. Intentaré a continuación, en la segunda parte, formular algunas indicaciones surgidas del análisis del paradigma constitucional y que a mi entender son necesarias, aunque obviamente resulten insuficientes, para afrontar la actual crisis.

2. LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

Por lo tanto, analizaré en primer lugar la crisis de la democracia por el modo en que ésta se manifiesta en el nivel de los ordenamientos internos de muchos países occidentales; de manera nítida, en el ordenamiento italiano; y de formas no tan evidentes, aunque no por ello menos insidiosas, en otros ordenamientos. Identificaré al efecto tres aspectos y factores distintos, aunque interconectados, de esta crisis, que afectan —siguiendo la hipótesis aquí propuesta— a las tres dimensiones en que se articula la democracia constitucional: la política, de la *democracia representativa*; la institucional, de la *separación de poderes* y la más propiamente garantista, del *Estado constitucional de derecho*.

El primer factor de crisis lo constituye la personalización y verticalización de la representación política. En casi todos los países democráticamente avanzados, hemos asistido a lo largo de estos años a un reforzamiento del poder ejecutivo, con la consiguiente pérdida de autoridad de los parlamentos. Desde los Estados Unidos a Inglaterra, desde España a Italia, a Francia, a Rusia y a los países de América Latina, la representación política, debido a la difusión del modelo presidencialista o de sistemas electorales que favorecen claramente a las mayorías, tiende cada vez más a identificarse con la personalidad del jefe de Estado o de gobierno. Siguiendo la concepción subyacente a este modelo, la democracia política consistiría, más que en la representación de los diversos intereses sociales y su discusión parlamentaria, en la selección, por vía electoral, de una mayoría de gobierno y, con ella, del jefe de esa mayoría, quien sería por tanto la máxima expresión de la voluntad popular. Las consecuencias han sido, por un lado, el debilitamiento de los partidos como ámbitos e instrumentos de adhesión social, de formación colectiva de programas y opciones políticas, de representación de intereses y propuestas diferenciadas e incluso en conflicto; por otro lado, una involución anti-representativa de la democracia política dado que, como nos enseñó Hans Kelsen, un órgano monocrático no puede representar la voluntad de todo el pueblo y ni tan siquiera la de la mayoría. En efecto, “una voluntad colectiva así constituida”, advertía Kelsen, “no existe”, y su aceptación ideológica sólo sirve para “enmascarar el contraste de intereses, efectivo y radical, que se manifiesta en la realidad de los partidos políticos y en la realidad, aún más importante, del conflicto de clases que hay detrás de éstos”.¹

El segundo, y aún más grave, factor de crisis consiste en el proceso de progresiva confusión y concentración de los poderes que se está imponiendo en nuestras democracias. Me estoy refiriendo —en mayor medida que a la erosión, que en Italia por ejemplo se intenta producir, del principio clásico de separación de los poderes públicos—, a la pérdida progresiva de una separación aún más importante, que forma parte sustancial del constitucionalismo de los Estados modernos aún antes que de la democracia: la separación entre la esfera pública y la esfera privada, es decir entre los poderes políticos y los poderes económicos. El proceso de esta confusión de poderes y de intereses se inicia al postular la primacía del mercado sobre la esfera pública, a lo que sigue como consecuencia

1. H. Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” (1931), traducción italiana: “Chi deve essere il custode della costituzione?” en Id., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 275-276. Por esto, asegura Kelsen, “la idea de democracia implica la ausencia de jefes”. Y añade: “Siguen plenamente este espíritu las palabras que Platón, en su *República* (III, 9), pone en boca de Sócrates, en respuesta a la cuestión sobre cómo debería ser tratado en el Estado ideal un hombre dotado de cualidades superiores, en suma un genio: ‘Nosotros lo honraríamos como a un ser digno de adoración, maravilloso y amable; pero tras haberle hecho notar que no hay ningún hombre de ese tipo en nuestro Estado, y que *no debe* haberlo, una vez ungida y coronada su cabeza, lo acompañaríamos hasta la frontera” (*H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, cap. VIII, en Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bolonia, 1981, p. 120).

la subordinación de los poderes del gobierno a los grandes poderes e intereses económicos privados, y el establecimiento de una estrecha alianza entre poderes políticos y poderes mediáticos. El ejemplo extremo es el caso italiano, donde el fenómeno ha llegado al punto sin precedentes de concentrarse en las manos de una misma persona todos estos poderes: los poderes políticos del gobierno, los poderes mediáticos —asegurados por el cuasi monopolio de la información televisiva—, y un ingente sistema de intereses y de poderes económicos que chocan abiertamente con los intereses públicos. Pero los conflictos de intereses y el clientelismo político en lo que antaño se llamaba el “cuarto poder” son fenómenos actualmente endémicos en todos los ordenamientos,² al haberse ido estrechando cada vez más la relación entre dinero, información y política: dinero para hacer información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero, dinero para hacer política e información, siguiendo un círculo vicioso y perverso que se resuelve con el creciente condicionamiento anti o extra-representativo de la acción de gobierno. No se trata de una simple subordinación de los intereses públicos a intereses privados, sino de un fenómeno patológico que descompone las formas mismas de la representación política en tanto que representación libre de coerción, aniquilando así un presupuesto elemental de la democracia, que es la libertad de información y el pluralismo de las fuentes informativas y que, ante la ausencia de límites y de equilibrios entre los poderes, conduce a dos modalidades convergentes de absolutismo: el absolutismo de la mayoría y el absolutismo del mercado; la omnipotencia de los poderes políticos mayoritarios, y la ausencia de reglas y de controles sobre los poderes económicos.

Consecuencia de todo lo dicho es el tercer factor de crisis de la democracia constitucional: la crisis de la legalidad, tanto ordinaria como constitucional, y con ella del paradigma del Estado de derecho como sistema de límites y de restricciones impuestos a los poderes políticos de la mayoría, y a los económicos del mercado. La verticalización, concentración, confusión y vocación absolutista de los poderes públicos y privados equivalen, de hecho, a una nueva y más actual versión del ‘gobierno de los hombres’, en lugar del ‘gobierno de las leyes’, como resulta del hecho de haberse recurrido a la guerra (incumpliendo la Carta de la ONU), de la práctica de torturas, de las leyes de emergencia (como la *Patriot Act* americana) lesivas para las más elementales garantías del *habeas corpus* y, por otra parte, de la progresiva erosión de la esfera pública, como conjunto de funciones y de instituciones sometidas a reglas y a controles, a afectos de garantizar los derechos de todos. Por consiguiente, no se debilitan únicamente las garantías institucionales de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, sino que se apunta directamente a la privatización progresiva de la esfera pública y de las funciones que a ella corresponden: en materia de enseñanza, de seguros sociales,

2. Véase al respecto, G. Rossi, *Il conflitto endemico*, Adelphi, Milán, 2003, pp. 21-23 y 27-29, que denuncia en sentido figurado la transferencia del conflicto “del estado endémico al estado epidémico”, en tanto que desviación que caracteriza ya no sólo a “la actividad de algún protagonista del mercado”, sino al comportamiento de “*todos* los actores de nuestros mercados” (Ib., p. 23).

de asistencia sanitaria, y también en materias tradicionalmente reservadas a las competencias del Estado incluso en el viejo modelo liberal, como son la jurisdicción civil, la ejecución de las penas de cárcel, las funciones de orden público y hasta las de defensa militar, que pueden confiarse a fuerzas mercenarias privadas. Queda así dinamitada en su totalidad la estructura del estado constitucional de derecho, entendido como instrumento para garantizar los derechos fundamentales, los cuales quedan degradados a derechos patrimoniales, mercantilizables y negociables, en claro contraste con su carácter universal y con su rango constitucional; que por el contrario deberían auspiciar su mantenimiento al margen del mercado y de la lógica de obtención de beneficios, en favor de dar idénticas garantías que benefician a todos por la acción de la esfera pública.

3. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO EN LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL. LA AUSENCIA DE UNA ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL

Asimismo, se ha producido otro cambio en los sistemas políticos que afecta al paradigma constitucional tanto en el nivel de los ordenamientos internos, como en el del ordenamiento internacional. Me estoy refiriendo a la deformación de las líneas tradicionales de la democracia política y del estado de derecho iniciada a partir de la crisis del estado nacional soberano, y de su ubicación fuera de las fronteras nacionales, derivada de los procesos de mundialización de crecientes parcelas de poder, tanto público como privado. En la era de la mundialización, el futuro de cada país depende cada vez en menor medida de la política interna y progresivamente más de decisiones externas, tomadas en foros políticos extraestatales o por poderes económicos mundiales. Esto puede aplicarse a todos los países, con la posible excepción de los Estados Unidos, y sobre todo a los países pobres, a los que Occidente exportó durante el siglo pasado un modelo ya en crisis de Estado nacional, conjuntamente con el espejismo de que éste bastaría para garantizar la autodeterminación y la independencia, y cuyo futuro, por el contrario, depende cada vez más de decisiones tomadas en el centro del mundo: es decir, de las políticas decididas democráticamente por las mayorías ricas y acomodadas de un número reducido de potencias occidentales que controlan las instituciones internacionales —el Banco Mundial, el Fondo Monetario, la Organización Mundial de Comercio, el G-8, el mismísimo Consejo de Seguridad de la ONU—, así como por las grandes empresas multinacionales.

En resumidas cuentas, ha saltado el nexo entre democracia y pueblo, entre poderes de decisión y estado de derecho, que tradicionalmente se encontraba en la representatividad, y en la primacía de la ley y de la política, de la que la ley es un producto. En un mundo de soberanías desiguales y de creciente interdependencia, ha dejado de ser verdad que las decisiones relevantes correspondan a poderes directos o indirectamente democráticos; que los procedimientos democráticos garanticen la coincidencia entre gobernantes y representantes; que, en suma, la elección del

presidente o del parlamento de una gran potencia por parte de su pueblo resulte indiferente para el futuro de los demás pueblos. En tal caso, deberemos preguntarnos: ante este cambio de paradigma en la esfera pública y en la política, ¿podemos hablar aún —y en qué sentido, y bajo qué condiciones— de “democracia”? ¿La correlación de estado y democracia es un nexo necesario, hasta el punto de que el deterioro de la relación representativa entre gobernantes y gobernados, de la que es intermediario el Estado nacional, conllevaría el deterioro de la democracia; o es posible, en cambio, emprender un proceso de refundación de las formas de la democracia, a fin de ponerlas a la altura de lo que Jürgen Habermas ha llamado una “política interna del mundo”?³ En resumen: ¿estamos en condiciones, si no queremos archivar el concepto mismo de “demo-cracia”, de prefigurar una democracia que vaya más allá del Estado?

Idéntico problema se plantea en relación al Estado de derecho. Finalizado el monopolio estatal sobre la producción jurídica, debido al hecho de que gran parte de las normas vigentes en los distintos ordenamientos nacionales tiene un origen extraestatal (europeo o internacional), ¿se puede seguir hablando, como en el pasado, de un vínculo genérico entre “Estado” y “derecho positivo”, o por lo menos entre “Estado” y “Estado de derecho”, hasta el extremo de que el deterioro de los Estados nacionales equivaldría a un deterioro inevitable del Estado de derecho y del principio de legalidad? ¿O es, en cambio, posible prefigurar una ampliación hacia la política y el derecho internacional del paradigma del estado constitucional de derecho, mediante el cual se pueda someter a derecho, superando el viejo esquema estatista, a los nuevos sujetos —la Organización Mundial de Comercio, el Fondo Monetario, el Banco Mundial y la tupida red de los poderes económicos transnacionales— que hoy operan en la escena internacional sin legitimación democrática ni vínculos constitucionales? En definitiva, ¿qué futuro cabe augurar a la democracia política y al Estado de derecho al haber entrado en crisis sus premisas, es decir, el Estado como ordenamiento soberano y la ley estatal como expresión de la voluntad popular a la que están sometidos todos los poderes?

El dilema que afronta la teoría de la democracia y del Estado de derecho es, en resumidas cuentas, radical. En el plano de las relaciones internacionales, el efecto principal de la crisis de los antiguos Estados nacionales ha sido, de hecho, un *vacío de derecho público*, es decir una falta de reglas, de límites y de vínculos para garantizar la paz y los derechos humanos en relación a los nuevos poderes transnacionales, públicos o privados, que han depuesto a los viejos poderes esta-

3. “Con el final del equilibrio del terror”, escribe Habermas, “parece que, en el plano de la política internacional, de la seguridad y de los derechos humanos se haya entreabierto —pese a todos los contratiempos— una perspectiva para aquello que C. F. von Weizsäcker definió como la ‘política interna del mundo’ [*Weltinnenpolitik*]”. (*Die Einbeziehung des Anderen* (1996), trad. it., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milán, 1998, p. 139. La expresión “política interna del mundo” es retomada por J. Habermas en *Die postnationale Konstellation* (1998), trad. it., *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milán 1999, pp. 26 y 90-101.

tales, o se han sustraído a su acción de gobierno y de control. Consecuencia de eso ha sido una regresión neo-absolutista por parte tanto de las grandes potencias, como de los grandes poderes económicos mundiales, que se manifiesta en una anomia general bajo el pabellón de la ley del más fuerte: por un lado, en el deterioro de la ONU como garante de la paz, acompañado del renovado recurso a la guerra, guerra ésta que no por casualidad ha sido definida como “infinita” en tanto que instrumento para gobernar el mundo, y para solucionar los problemas y las controversias internacionales; por otro lado, en la ausencia de reglas, reivindicada abiertamente por el capitalismo mundializado actual como una especie de *grundnorm* del nuevo orden económico internacional. La mundialización misma de la economía puede ser identificada, en el plano jurídico, con esta ausencia de un derecho público internacional adecuado para someter a los grandes poderes económicos transnacionales: no se trata —advírtase— de una ausencia de derecho, a todas luces imposible, sino de un vacío de derecho público, colmado inevitablemente en su totalidad por el derecho privado; es decir, por un derecho de producción contractual⁴, en vez de por uno de producción legislativa, que se convierte en expresión inexorable de la ley del más fuerte.

Es, por tanto, la falta de una esfera pública internacional capacitada para enfrentarse a los nuevos poderes supraestatales —entendiendo por “esfera pública” el conjunto de las instituciones y de las funciones dedicadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales— el auténtico, colosal problema derivado de la crisis de soberanía de los Estados y que se ha revelado de manera dramática en las tragedias de los últimos años: en las guerras, en los muchos crímenes contra la humanidad, en el aumento de las desigualdades, en las catástrofes ambientales. La crisis de los Estados, y por tanto del papel que deben desempeñar las esferas públicas nacionales, no se ha visto compensada con la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de mundialización que se están produciendo. La Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y los Pactos internacionales de 1966, que en su conjunto conforman una especie de Constitución embrionaria del mundo, prometen paz, seguridad, garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales a todos los habitantes del planeta. Pero brillan por su ausencia las que podríamos denominar sus leyes de actuación, es decir las garantías de los derechos proclamados: estipular las prohibiciones y obligaciones que les corresponden, la justiciabilidad de sus infracciones y la creación de las instituciones internacionales de garantía que precisaran. Es como si un ordenamiento estatal estuviese compuesto solamente por su Constitución y por unas pocas instituciones básicamente faltas de poderes. El ordenamiento internacional no es más que un ordenamiento dotado únicamente de una constitución y poco más: carente, en otras palabras, de instituciones de

4. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000.

garantía. En resumidas cuentas, es un conjunto de promesas que no pueden ser mantenidas.

La consecuencia más notoria de la mundialización, ante la ausencia de una esfera pública mundial, ha sido pues el crecimiento exponencial de la desigualdad, señal de un nuevo racismo que da por descontada la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Se trata de una desigualdad —como nos dicen las estadísticas referidas a las crecientes diferencias en los niveles de renta entre países ricos y países pobres, y a las decenas de millones de muertos cada año por falta de agua, alimentos y medicamentos esenciales— que no tiene precedentes en la historia. La humanidad es hoy, en su conjunto, incomparablemente más rica que en el pasado. Pero es también, si nos fijamos en la cantidad creciente de seres humanos exterminados, incomparablemente más pobre. Las personas son, sin lugar a dudas, en el plano jurídico, incomparablemente más iguales que en ninguna otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero son también, en la práctica, incomparablemente más desiguales. La “era de los derechos”, por usar la expresión de Norberto Bobbio,⁵ es también la era en que está más extendida la violación de éstos, la era de las más profundas desigualdades.

Resulta claro que este vacío de derecho público —en una sociedad mundial cada vez más frágil e interdependiente— no podrá mantenerse por mucho tiempo sin que dé lugar a un futuro de guerras y violencias capaz de derribar nuestras mismas democracias. Por eso, poner fin a la brecha creciente que hay entre nuestras cartas constitucionales y su generalizada infracción cotidiana no es solamente un deber jurídico, sino también una condición para nuestra propia seguridad y para la supervivencia de nuestras democracias. En el preámbulo mismo de la Declaración del 48 se establece, con realismo, este vínculo entre paz y derechos, entre violación de los derechos humanos y violencia. Sería pues urgente que las grandes potencias comprendieran, de una vez por todas, que al mundo lo une no sólo el mercado mundial sino también el carácter mundial e indivisible de la seguridad, la paz, la democracia y los derechos; y que no podremos seguir hablando, con realismo y decencia, de paz y seguridad futuras, y mucho menos de democracia y derechos humanos, si no se elimina o, cuando menos, se reduce la opresión, el hambre y la pobreza que padecen miles de millones de seres humanos. Éstos representan un desmentido categórico a las promesas contenidas en las numerosas cartas constitucionales e internacionales.

4. REPENSAR LA ESFERA PÚBLICA. INSTITUCIONES DE GOBIERNO E INSTITUCIONES DE GARANTÍA

Existe un elemento común a todos estos aspectos y factores de la crisis del constitucionalismo democrático, en el nivel tanto estatal como internacional.

5. Es el título del libro de N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990.

Al aumento de la complejidad de los problemas, de las interdependencias, de las asimetrías y de las relaciones de poder originadas por la mundialización, ha correspondido, paradójicamente, una simplificación y verticalización de los sistemas políticos, en vez de una más compleja articulación institucional por parte de éstos; una confusión y concentración de los poderes, en vez de una limitación y separación mayor de los mismos; una reducción, pues, de la esfera pública respecto a los ordenamientos internos y al internacional, en lugar de su ampliación y reforzamiento para garantizar las promesas contenidas en sus modelos constitucionales. Sin embargo, frente a esta paradójica escisión entre el deber ser normativo y el ser efectivo de nuestros sistemas políticos, es el paradigma mismo del constitucionalismo democrático el que puede sugerirnos, si se lo toma en serio, algunas indicaciones adecuadas para afrontar la crisis en relación tanto a nuestros ordenamientos internos como, y sobre todo, al ordenamiento internacional.

La primera indicación consiste en la necesidad de repensar la estructura de la esfera pública. La estipulación del principio de la paz y de los derechos fundamentales en las cartas constitucionales e internacionales obliga, en la práctica, a que se instauren en su apoyo unas garantías adecuadas, y las correspondientes funciones e instituciones de garantía. Mucho más que la diferenciación y separación montesquiana entre los tres poderes clásicos —legislativo, ejecutivo y judicial— es esencial hoy, en virtud de lo dicho, otra distinción entre *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía*, cuya separación es demandada por sus distintas fuentes de legitimación: la *representatividad política* de las instituciones de gobierno, sean éstas legislativas o ejecutivas, y la *sujeción a la ley*, y concretamente a la universalidad de los derechos fundamentales en ella establecidos, por parte de las instituciones de garantía. Resulta evidente que, en el nivel internacional, el auténtico problema, la verdadera, enorme laguna, es la ausencia de las funciones y de las instituciones de garantía, aún más que de las funciones de gobierno, al no tener sentido, y ni tan siquiera ser concerniente a las funciones de defensa de los derechos humanos, una hipotética democracia planetaria basada en el principio de un hombre, un voto. En este nivel, lo que se hace preciso, más aún que reforzar las *funciones* y las *instituciones de gobierno* —que guardan relación con la esfera de la discrecionalidad política y, por ende, son tanto más legítimas cuanto más las ejercen los organismos representativos de los Estados nacionales—, es la creación de *funciones* y de *instituciones de garantía*; no sólo de las tradicionales *garantías secundarias* o jurisdiccionales, encargadas de intervenir en caso de violación de los derechos, sino incluso antes, en relación a las *garantías primarias* y a sus correspondientes instituciones encargadas directamente de tutelarlas y satisfacerlas.

Desde esta perspectiva, el acontecimiento más importante sin duda ha sido la entrada en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional por crímenes contra la humanidad, aun cuando todavía no haya dado muchas señales de vida, por lo que corre el peligro de fracasar, además de por la falta de aceptación de algunas de las máximas potencias, como es el caso de los Estados Unidos, Rusia, China e Israel. Pero son muchas más las instituciones de garantía que sería preciso instaurar. Habría que establecer de manera prioritaria, ante los gigantescos pro-

blemas sociales del hambre y la miseria derivados de una mundialización carente de reglas, instituciones dedicadas a la satisfacción de los derechos sociales, como está previsto por los Pactos de 1966. Algunas de estas instituciones, verbigracia la FAO y la Organización Mundial de la Salud, existen desde hace tiempo, y se trataría sobre todo de dotarlas de los medios y poderes necesarios para que puedan brindar los servicios alimentarios y sanitarios que corresponden a sus funciones. Otras, como las instituciones para garantizar la paz, aun cuando estén previstas en el derecho internacional actual, tendrían que ser instauradas de una vez por todas: me refiero a la Fuerza de Policía Internacional prevista en el capítulo VII de la Carta de la ONU y, por otra parte, a la ejecución de las competencias del Tribunal Penal Internacional, como figura en el párrafo *d*) del art. 2 de sus Estatutos, relativas al crimen que es la “guerra de agresión”. Otras instituciones más —en materia de defensa del ambiente, de garantía de la enseñanza, de vivienda y de otros derechos vitales— deberían finalmente ser no sólo creadas, sino antes incluso debidamente proyectadas mediante nuevas convenciones internacionales.

Bien es cierto que la construcción de una esfera pública internacional precisaría también del establecimiento de una fiscalidad mundial, a fin de obtener los recursos necesarios para financiar las instituciones de garantía. Pero antes de alcanzar esto, dichos recursos podrían obtenerse, sobre la base de principios elementales del derecho privado, mediante la imposición de una indemnización adecuada por enriquecimiento injusto a las empresas de los países más ricos, debido al uso y explotación, cuando no deterioro, de los comúnmente llamados bienes comunes de la humanidad; como las órbitas de los satélites, las bandas electromagnéticas y los recursos minerales de los fondos oceánicos, actualmente utilizados como si fuesen *res nullius* en vez de, como son reconocidos por las Convenciones internacionales sobre el mar y el espacio extra-atmosférico, “patrimonio común de la humanidad”.⁶

5. EL COSTE DE LOS DERECHOS Y EL COSTE DE LA FALTA DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS

La segunda indicación que nos sugiere el paradigma constitucional concierne a la sinergia de los derechos fundamentales. En oposición al tópico, ampliamente

6. Es la expresión usada en el art. 136 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre derecho marítimo*, del 10/12/1982: “El Área (de alta mar) y sus recursos son patrimonio común de la humanidad”. “Todos los derechos sobre los recursos del Área”, se añade en el art. 137, 2º párrafo, “se confieren a la humanidad en su totalidad, en cuyo nombre actúa la Autoridad [Internacional de los Fondos Marinos]. Estos recursos son inalienables”. “Las actividades en el Área”, establece asimismo el art. 140, “se realizarán en beneficio de toda la humanidad, y se tomarán en cuenta especialmente los intereses y las necesidades de los Estados en vías de desarrollo”, siendo que así se “asegura el reparto equitativo de las ventajas que se obtengan sobre una base no discriminatoria”. Como “renta de toda la humanidad” se clasifica asimismo al espacio extra-atmosférico ya en el art. 1 del correspondiente *Tratado*, del 27/1/1967, que impone su “utilización por el bien y en interés de todos los países, sea cual sea el nivel de su desarrollo económico o científico”.

subrayado por la reciente filosofía política y jurídica, de que los conflictos entre derechos fundamentales se producen inevitablemente, e incluso de la “suma cero” a que acabaría conduciendo la satisfacción de cualquier derecho, dado que siempre va en perjuicio de otro,⁷ debemos reconocer, basándonos en la experiencia de nuestros países occidentales, que todos los derechos fundamentales se refuerzan recíprocamente, y que cada uno de ellos se debilita al disminuir las garantías de otro. De hecho, no se puede concebir una autonomía efectiva en el ejercicio de los derechos políticos sin que estén garantizados los derechos de libertad, ni un ejercicio efectivo de las libertades fundamentales sin satisfacción de los derechos sociales, desde los que conciernen a la subsistencia y la salud hasta los de enseñanza e información. De lo contrario, no sería posible, sin la garantía de los derechos de libertad y de los derechos civiles y políticos, la defensa, ni tan siquiera la conquista previa, de garantías adecuadas para los derechos sociales.

Pero es, sobre todo, el tópico del conflicto entre garantía de los derechos sociales y desarrollo económico el que debe ser rechazado y desmantelado. Sin lugar a dudas, los derechos sociales a la salud, a la enseñanza, a la subsistencia cuestan;⁸ al igual que cuestan, por otra parte, los derechos de libertad. Y consiguientemente también cuesta la democracia constitucional. Pero resulta aún más costosa la no satisfacción de tales derechos. Como ha quedado demostrado por Amartya Sen, cuando faltan las libertades fundamentales y los derechos políticos, no resulta posible no ya la mera participación popular ni el control sobre el ejercicio correcto de los poderes públicos, sino ni tan siquiera la iniciativa económica, la seguridad de los mercados y de las inversiones, ni el desarrollo intelectual, cultural o tecnológico.⁹

Ahora bien, la tesis mencionada de Sen merece ser, a mi entender, ampliada. Sirve claramente, además de para las libertades fundamentales, también para los derechos sociales —derecho a la sanidad, a la enseñanza y a la subsistencia—, que son quizás más esenciales, si cabe, para el desarrollo de la seguridad y de la economía. El mismo Sen ha demostrado los resultados extraordinariamente positivos que ha tenido, sobre el desarrollo industrial y sobre el aumento de la riqueza, primero en el Japón y luego en China, el aumento de los niveles de instrucción y,

7. Cfr. A. Pintore, “Diritti insaziabili”, en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cargo de E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 189-190. Según este autor, mi planteamiento de que los derechos fundamentales, por mi llamados “garantías primarias”, conllevan sus correspondientes obligaciones y prohibiciones conduciría a un “espacio moral ilimitado, y por tanto expandible indefinidamente” de la “*extensión*” de los derechos, cada uno de los cuales tendría una “‘superficie’... nítidamente delimitada”. Para mi réplica, véase *I fondamenti dei diritti fondamentali*, 6, pp. 318-332.

8. S. Holmes y C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000.

9. A. Sen, *Resources, Values and Development* (1984), trad. it., *Risorse, valori, sviluppo*, Bollati Boringhieri, Turin, 1982, cap. V, pp. 122-141; Id., *On Ethics and Economics*, (1987), trad. it., *Etica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2001; Id., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milán, 1999.

en consecuencia, de los trabajos cualificados, de la investigación y del desarrollo tecnológico.¹⁰ Pero lo mismo puede decirse, y con mayor razón, respecto de los derechos a la alimentación básica y a la salud, incluso más prioritarios que todos los demás derechos. La garantía de todos estos derechos —el acceso al agua y a los llamados “medicamentos esenciales”, no menos que la enseñanza básica— es el presupuesto sobre el que se asienta no sólo la supervivencia individual, sino también el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto. El hambre y la desnutrición, en efecto, no sólo llevan a la enfermedad y la muerte, sino que impiden toda posibilidad de desarrollo: de desarrollo de la persona, cuyas capacidades cognitivas y productivas quedan mermadas, afectando pues a sus aptitudes tanto manuales como intelectuales; de desarrollo de la economía, puesto que se estanca, por la escasa productividad de los individuos, el crecimiento de la riqueza general. El hambre, en suma, da lugar a un terrible círculo vicioso: enfermedades que, debido al gasto en medicamentos, merman las ya de por sí escasas rentas de las familias; reduce las capacidades productivas de la población; provoca revueltas, conflictos sociales y desórdenes civiles; es, finalmente, el principal factor de la criminalidad por la subsistencia. Hoy, más de mil millones de personas padecen el hambre y la sed, y decenas de millones mueren cada año por enfermedades, o por falta de agua y de una alimentación básica. Ésta no es sólo una catástrofe moralmente intolerable. Es también el principal motivo de la falta de desarrollo económico en gran parte del planeta.

Los derechos fundamentales son, en suma, un factor y un motor del desarrollo, no sólo civil sino también económico. Pensemos en los derechos de las mujeres, y en concreto en el derecho a poder decidir autónomamente sobre la maternidad. El grado de efectividad de este último derecho supone, y es a la vez, uno de los principales factores de independencia de la mujer respecto del hombre, de su nivel de instrucción, de sus posibilidades de acceso al mercado del trabajo, en suma, de la garantía de todos sus demás derechos civiles, de libertad y sociales. Es la premisa, como ha explicado también Amartya Sen, para la emancipación de las mujeres respecto de los vínculos domésticos, y por ello de sus libertades y de su participación en la vida civil, política y productiva. Y es también la forma de (auto-) control y de reducción de la natalidad, y por tanto de desactivación de la conocida como “bomba demográfica”, que resulta menos lesiva para la dignidad de las personas.¹¹

La garantía de todos los derechos fundamentales catalogados como vitales —no sólo de los derechos de libertad, sino y sobre todo de los derechos sociales— no es por tanto un mero fin en sí mismo, sino también un medio para el desarrollo económico. La demostración histórica de este vínculo entre satisfacción de los derechos sociales y desarrollo se encuentra, por lo demás, a la vista de todos, y la podemos extraer de la experiencia de los países occidentales ricos. Seguramente

10 . A. Sen, *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milán 2002, pp. 142-143.

11. *Ib.*, pp. 110-113.

el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, las mayores riquezas de estos países respecto al resto del mundo, así como respecto a su propio pasado, se deben, además de a la explotación del resto del planeta, a la mejora de las condiciones generales de vida: una mejor instrucción, un mejor estado de salud, mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. Tanto es así que podemos afirmar con claridad, desmontando la falacia de la contraposición entre garantías de los derechos y desarrollo económico, que la mejor política económica, la más eficaz para fomentar el desarrollo, así como la mejor política en materia de seguridad y de prevención de los delitos, es una política social dirigida a garantizar los derechos vitales de todos; y que el gasto público necesario al efecto no debe ser considerado como un gravoso pasivo en los presupuestos públicos, sino seguramente como la más productiva forma de inversión pública.

6. POR UNA CARTA DE LOS BIENES FUNDAMENTALES Y DE LOS BIENES ILÍCITOS

Encontramos finalmente una tercera indicación, impuesta por el desarrollo tecnológico que ha llevado a la destrucción, al derroche y a la mercantilización de una cantidad creciente de bienes vitales para el individuo y para la humanidad en su conjunto; se trata de los *bienes comunes*, como el aire, la integridad del ambiente y el futuro del planeta, cuya degradación levanta las ampollas dramáticas de la *ecología*; los bienes que llamaré *personalísimos*, como son los órganos del cuerpo humano y su integridad, y cuya manipulación lleva a los problemas no menos vitales de la *bioética*; finalmente, los bienes que llamaré *sociales*, como el agua, la alimentación básica y los medicamentos esenciales, de cuya prestación depende igualmente la supervivencia de las personas. Podríamos, con propiedad, llamar *bienes fundamentales* a todos estos bienes; de manera opuesta a los bienes patrimoniales, que son objeto de derechos patrimoniales, aquéllos son en la práctica objeto de derechos fundamentales, bien por tratarse de derechos negativos o de protección ante daños, bien por tratarse de derechos positivos a prestaciones, cuyas garantías consisten en prohibiciones u obligaciones, impuestos los primeros a expensas de todos y los segundos a expensas de la esfera pública.

La estipulación de estos límites y de estos vínculos corresponde a una dimensión nueva, aunque ya inderogable, de la democracia y del constitucionalismo. La determinación de los vínculos fundamentales para garantizar la prestación de los bienes sociales es relativamente nueva respecto al antiguo paradigma liberal, en tanto que ligada a la dimensión social de la democracia, y suscita fundamentalmente problemas de redistribución y de política económica. Pero aún más nueva, puesto que ligada a los recientes y crecientes desarrollos de la industria y de las tecnologías, es la identificación de los límites fundamentales para garantizar los bienes comunes y los bienes personalísimos, que se resuelven con sendos límites al desarrollo, en defensa tanto de las generaciones que habitan el planeta como de las generaciones futuras. Y por tanto acarrear, quizás por vez primera en la

historia, un conflicto entre derechos y tecnología o, peor aún, entre derechos y ciencia, lo que contradice la idea tan asentada en la cultura occidental sobre el carácter progresivo que tienen tanto el desarrollo tecnológico, como la libertad de investigación o la experimentación científica. Por este motivo, en los actuales sistemas constitucionales, la definición de estos límites y de sus correspondientes garantías se encuentra tan ausente, como improrrogable es el abordarlo. Y precisamente porque los problemas a los que se refiere imponen la toma de decisiones difíciles, costosas y en ciertos casos “trágicas”,¹² se hace preciso dar urgentemente soluciones normativas todo lo meditadas y racionales que sea posible y que, siguiendo la lógica del Estado de derecho, minimicen los poderes, y garanticen los derechos y bienes fundamentales tanto de las personas hoy vivientes, como de las futuras.

Por lo dicho, considero conveniente anexar a las cartas constitucionales de los derechos fundamentales una *Carta constitucional de los bienes fundamentales*; en la que, por una parte, se estipulen los vínculos para la producción y la distribución de los bienes sociales; y, por otra, se establezcan, sobre la base de un nuevo “contrato natural” destinado a la tutela de los bienes personalísimos y de los bienes comunes,¹³ límites rigurosos tanto al mercado, como a la política. En particular, por lo que respecta a los bienes comunes, debemos ser conscientes de que una política racional que se encargue de su defensa, haciéndolos inviolables, inalienables e imprescriptibles, supone también en el momento presente una lucha contra el tiempo. Se da, en efecto, una terrible novedad respecto a todas las crisis del pasado. Nuestra generación ha infligido daños irreversibles, y cada año crecientes, a nuestro ambiente natural. Estamos destruyendo nuestro planeta en una carrera alocada hacia el desarrollo insostenible. Hemos exterminado especies animales enteras, consumido gran parte de nuestros recursos energéticos, envenenado los mares, contaminado el aire y el agua, desforestado, desertizado y sepultado bajo el cemento millones de hectáreas de tierra. De las demás catástrofes, incluso de las más terribles —como la Segunda Guerra Mundial o los horrores del Holocausto—, la razón política siempre ha sido capaz de extraer lecciones y de formular, a fin de prevenir su repetición, nuevos pactos sociales de convivencia, nuevos “nunca más”. A diferencia de todas las catástrofes anteriores de la historia humana, la catástrofe ecológica es en gran parte irremediable, y quizás no lleguemos a tiempo de sacar las debidas lecciones. Por vez primera en la historia, existe el peligro de que la conciencia de tener que cambiar el rumbo y de estipular un nuevo pacto se alcance cuando ya sea demasiado tarde.

12. Respecto a este problema, conviene recordar el ensayo clásico de G. Calabresi y P. Bobbit, *Tragic Choices*, (1978), trad. it., *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milán 1986. Sobre la relación entre derecho y tecnología, vs. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bolonia 1995; Íd., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 2004, cap. VIII.

13. Es el título del ensayo de M. Serres, *Le contrat naturel*, (1990), trad. it., *Il contratto naturale*, Feltrinelli, Milán 1991.

Hay finalmente una última clase de bienes, que podríamos considerar opuesta a los que hasta ahora se ha enunciado, y que convendría regular en una hipotética Carta de los bienes fundamentales, prohibiendo su producción y posesión. Me refiero a los bienes que se puede calificar como *bienes ilícitos* porque, en tanto que son ilícitos (o deberían serlo), está prohibido su uso y comercio. Actualmente, la principal clase de estos bienes es la compuesta por las sustancias estupefacientes. Pero resulta claro que, para una teoría garantista del derecho, los bienes ilícitos más claramente lesivos de la integridad de las personas deberían ser sobre todo las armas, hechas para matar, y cuya prohibición sería una garantía esencial de los dos derechos fundamentales de cuya tutela depende la justificación externa de todo sistema: el derecho a la vida en los ordenamientos estatales y el derecho a la paz en el ordenamiento internacional. Una indicación de esta clase, aun cuando pueda parecer utópica, si encontrara apoyo al menos en su aspecto teórico, serviría de estímulo para una campaña por el desarme progresivo, tanto de las personas como de los Estados, hasta alcanzar verosímelmente un monopolio de la fuerza a escala no ya estatal sino internacional, como dicta la lógica contenida en la Carta de la ONU. Supondría la medida más eficaz para prevenir el terrorismo y la criminalidad, además de las muchas guerras que afligen al planeta.

7. POR UN CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL

Creo que la perspectiva aquí planteada de ampliación del paradigma del estado constitucional de derecho a las relaciones internacionales —en resumen, la construcción de una esfera pública mundial— supone hoy el máximo reto lanzado por la crisis del derecho y del Estado a la razón jurídica y a la razón política. Añadiré que un enfoque de estas características resulta, si nos tomamos en serio el derecho, no sólo implícita y, por tanto, normativamente impuesto por el diseño normativo de la Carta de la ONU, y de las Declaraciones y convenciones sobre derechos humanos, sino que representa la única alternativa racional a un futuro de guerras, de violencias y fundamentalismos. Por mucho que la actual anarquía internacional equivalga en la práctica a la primacía de la ley del más fuerte, ésta no beneficia a largo plazo ni siquiera al más fuerte, pues conduce a una inseguridad y precariedad generalizadas: porque siempre “el más débil”, como dejó escrito Thomas Hobbes, “tiene suficiente fuerza para matar al más fuerte, sea mediante intrigas secretas o bien aliándose con otros”.¹⁴

Lamentablemente, no existen razones para ser optimistas. Pero es preciso, al menos, evitar la falacia en que incurre buena parte de la filosofía política y jurídica “realista”. En los procesos que se están desarrollando, no hay nada de natural ni de necesario; y, por tanto, tampoco de inevitable. Estos procesos son

14. T. Hobbes, *Leviathan*, trad. it., *Leviatano*, edición bilingüe con el texto inglés de 1651, a cargo de R. Santi, Bompiani, Milán 2001, cap. XIII, 1, p. 203.

fruto de elecciones políticas o, si se prefiere, de un vacío de política, y por tanto, si queremos plantarles cara, la política —y previamente la cultura jurídica y política— deberá elaborar las garantías nuevas y específicas de que tendrá que estar dotado un Estado de derecho internacional para poder hacerles frente. Siempre ha sido así en la historia de las instituciones. No confundamos, pues, problemas teóricos con problemas políticos. No presentemos como utópico o irrealizable, ocultando las responsabilidades de la política, aquello que simplemente no se quiere hacer porque entra en conflicto con los intereses dominantes, nada proclives a un cambio, y que sólo por esto resulta altamente improbable que llegue a hacerse. Pues esta modalidad de “realismo” acaba por legitimar y asumir como inevitable aquello que, a fin de cuentas, es simplemente obra de los hombres, teniendo gran parte de la responsabilidad los poderes económicos y políticos más fuertes.

Por todo lo expuesto, quisiera concluir apelando al optimismo metodológico que Norberto Bobbio expresaba en uno de los más bellos pasajes de sus últimos escritos. Ciertamente, escribe Bobbio parafraseando a Kant,¹⁵ el progreso “no es necesario”, sino “sólo posible”. Pero esto también depende de nuestra confianza en esa “posibilidad” y de nuestro rechazo a dar por inevitables “la inmovilidad y la monótona repetición de la historia”. “Respecto a las grandes aspiraciones del hombre”, formuladas en las numerosas cartas y declaraciones de derechos, advierte, “llevamos ya un retraso considerable. Intentemos que éste no aumente por nuestra desconfianza, nuestra indolencia, nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder. La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad abriéndose en dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. La vía de la paz y de la libertad pasa ciertamente por el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre... No cierro los ojos al hecho de que el camino será difícil. Pero no hay alternativas”.¹⁶

15. La cita se refiere a I. Kant, *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio* (1798), en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. it. de G. Solari, Utet, Turin 1965, 6 y 7, pp. 218-226; Íd., *Sopra il detto comune: 'Questo può essere giusto in teoria ma non vale nella pratica'*, (1793), ib., III, pp. 273-281.

16. N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* (1989), ahora en Íd., *Teoria generale della politica*, a cargo de Michelangelo Bovero, Einaudi, Turin 1999, pp. 439-440.

