



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Ferrajoli, Luigi

Sobre los derechos fundamentales

Cuestiones Constitucionales, núm. 15, julio-diciembre, 2006, pp. 113-136

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501505>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES\*

Luigi FERRAJOLI\*\*

**RESUMEN:** ¿Cuáles son los derechos fundamentales? y ¿qué hacer frente al desafío del mercado global y los particularismos? Con base en estas dos interrogantes, el autor considera que los derechos que por su importancia deben ser garantizados son aquéllos cuya defensa es necesaria para la paz, los derechos de igualdad de las minorías que garantizan un pleno multiculturalismo y los derechos que protejan a los débiles frente al más fuerte. El Estado no sólo debe garantizar los derechos fundamentales frente a lo público sino también frente a lo privado, incluyendo los derechos sociales y el marco del derecho internacional, para así combatir la crisis del constitucionalismo frente a una globalización sin reglas ni controles que acentúa las diferencias entre las personas.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, globalización, universalismo.

*ABSTRACT: Which are the fundamental rights? And what to do with challenge of the global market and particularisms? This two questions are the basis of this paper. The author considers that the rights which should be guaranteed by their importance are those which their defense is necessary for peace, the equality rights of minorities permitting an entire multiculturalism, and rights which protect weak persons facing the strongest ones. The State must guarantee fundamental rights not only in public areas, but also in private ones, including social rights and international law to combat the constitutionalism crisis in a globalization without rules and controls that increases differences among people.*

**Descriptors:** Fundamental rights, globalization, universalism.

\* Traducción de Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

\*\* Universidad de Roma III.

## I. EL CONSTITUCIONALISMO COMO NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO POSITIVO

¿Cuáles son los derechos fundamentales? ¿y qué respuesta puede ofrecer el constitucionalismo al doble desafío del mercado global y de los particularismos?

Comenzaré por esta segunda pregunta, la que se refiere al constitucionalismo. Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la *rigidez* de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el *Estado constitucional de derecho*, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del *Estado legislativo de derecho*: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía.

Gracias a la rigidez de las constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión. De esta manera, del derecho resulta positivizado no solamente su “ser”, es decir su existencia o vigor, sino también su “deber ser”, es decir sus condiciones de “validez”; ya no solamente los vínculos formales relativos al “quién” y al “cómo” de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativos al “qué cosa” de las decisiones mismas y que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio. Bajo este aspecto, el constitucionalismo representa el complemento del Estado de dere-

cho, como una extensión que comporta la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional.<sup>1</sup>

Este cambio de paradigma se ha extendido, por otro lado, al menos en el plano jurídico y normativo, también al derecho internacional. Gracias a ese embrión de constitución del mundo que está formado por la Carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, también la soberanía estatal externa ha sido jurídicamente limitada, por la sujeción de los Estados al imperativo de la paz y a la garantía de los derechos humanos establecidos en esas cartas internacionales. Desgraciadamente, como ha demostrado trágicamente la guerra de Kosovo, este segundo cambio ha sucedido solamente en el papel, ya que permanece sin ningún tipo de garantía de efectividad. Falta todavía una jurisdicción penal internacional capaz de sancionar los crímenes contra la humanidad; falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de la ONU que violen los derechos humanos internacionalmente establecidos; falta, sobre todo, una organización permanente (incluso en forma de monopolio) de la fuerza a cargo de la ONU.

El constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizás el legado más importante del siglo XX. Es también, y diría que sobre todo, un programa normativo para el futuro. En un doble sentido. En el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino

<sup>1</sup> He ilustrado este cambio de paradigma en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004; en *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004; y en *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

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.

Frente a los desafíos de la globalización no tenemos alternativas a un futuro de guerras y de violencia, fuera del desarrollo, en estas tres direcciones, del paradigma constitucional heredado de la tradición. Este paradigma, como sabemos, nació en tutela solamente de los derechos de libertad, y ha sido conjugado sólo como sistema de límites frente a los poderes públicos y no frente a los poderes económicos y privados que el pensamiento liberal ha confundido con los derechos de libertad, y ha permanecido anclado solamente a los confines del Estado-nación. El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, está por el contrario confiado a esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, junto al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, junto al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal.

Una expansión similar se encuentra por lo demás en la lógica misma del constitucionalismo. La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas.

## II. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Pero, ¿cuáles son estos “derechos fundamentales”? A esta otra pregunta se pueden realizar 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. Es de hecho la definición de un concepto teórico que, en cuanto tal, no puede decírnos nada sobre los contenidos de tales derechos, es decir, sobre las necesidades y sobre las inmunidades que son 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”.<sup>2</sup>

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 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 “cuáles derechos *deben ser* garantizados como fundamentales”. Se trata de una respuesta de tipo no asertivo sino normativo. Por esto debemos formular, para fundarla racionalmente, 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

<sup>2</sup> 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*, Madrid, Trotta, 2001.

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 siempre 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 sociales.<sup>3</sup>

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en 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 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. 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 so-

<sup>3</sup> Sobre este nexo entre igualdad y derechos fundamentales, cfr. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 905-918.

cial— de cuya satisfacción dependen, en las sociedades contemporáneas, los mínimos vitales. Existe de hecho 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 las garantías de los derechos vitales están extendidas y son efectivas.

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, con base en 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 por “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 trabajos,<sup>4</sup> 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 ser, si no se supera, una fuente permanente de peligros para la paz y para la credibilidad misma del derecho internacional. Es actualmente el problema más grave de la humanidad; del cual 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 enfrentado, aspecto que dramáticamente nos ha sido propuesto también por 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.

<sup>4</sup> “Derechos fundamentales” y “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, *Derechos y garantías..., cit.*, nota 1, pp. 40-44 y pp. 172-180, respectivamente.

¿Qué significa, y cuál es el alcance normativo de este derecho a la autodeterminación? La Carta de la ONU 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 del 16 de diciembre de 1966: “Todos los pueblos”, afirma el primer inciso, “tienen el derecho de 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 complejo 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 disponibilidad de las propias riquezas y recursos.

De estas dos dimensiones, la más simple 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 se resolvió con la creación de nuevos Estados independientes, nada en esta norma autoriza a entenderlos como un derecho a volverse 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 la naturaleza y las razones de esta crisis en el actual tiempo de la globalización. Sólo diré que las funciones primarias del Estado, que han justificado históricamente su na-

cimiento 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 fundación de nuevos Estados. El Estado no sólo ha dejado de ser un instrumento de la unificación y pacificación interna, sino que se ha convertido en un obstáculo tanto para una como para otra. La globalización, de hecho, está haciendo surgir, precisamente a causa de la creciente integración mundial, el valor tanto de las diferencias como de las identidades. Y está revelando, a veces de manera explosiva y dramática, el carácter artificial de los Estados, sobre todo de aquellos 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 que 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 derecho mismo 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 la ONU 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, de hecho, 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.

via, en la construcción todavía más nefasta de Estados étnicos o tribales, basados en la exaltación de las identidades nacionales y en la recíproca intolerancia, hasta alcanzar incluso las formas atroces de la “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: un “derecho al Estado” es incluso inconcebible ya que es autodestructivo. Siempre habrá en la minoría que lleva a cabo la secesión otra minoría que querrá a su vez realizarla 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” el derecho a constituir un Estado es en suma su no universabilidad, es decir la imposibilidad, en contraste con la noción teórica de este tipo de derechos, de que sea reconocido por igual a todos los pueblos. Admitiendo que sepamos qué sea un “pueblo” o una “minoría” —cualquier cosa que sea lo que entendamos con 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 tiene como presupuesto 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 la ONU parece sin duda la ofrecida por el modelo federal: no pues por el nacimiento de nuevos Estados sino, por el contrario, por la reducción de los existentes, mediante formas de organización federal o confederal, como está ocurriendo en la Unión Europea, que por un lado descentralicen tanto como sea posible las funciones administrativas y de gobierno local hoy en 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 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 cuyos 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 en general, 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 sus

razones de ser y el problema de la autodeterminación sería de hecho bastante menos dramático.

## 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 han sido manifestadas por muchos 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 Grimm<sup>5</sup> y, en Italia, por Massimo Luciani<sup>6</sup>— es que no existen los presupuestos sociales: que no existe todavía un pueblo europeo, o por lo menos una unidad y una homogeneidad cultural de los diversos países europeos, y que esta homogeneidad es una precondition 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”.<sup>7</sup> Incluso la misma perspectiva ya diseñada por la Carta de la ONU 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”, faltando la “adhesión por parte de todos los pueblos a

<sup>5</sup> Grimm, Dieter, “Una Costituzione per l’Europa”, en Zagrebelsky, G., Portinaro, P. P. y Luther, J. (eds.), *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 339-367.

<sup>6</sup> Luciani, M., “La costruzione giuridica della cittadinanza europea”, en Cazzaniga, G. M. (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Pisa, Ediciones ETS, 1999, pp. 87 y 88.

<sup>7</sup> Zolo, D., “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...*, cit., nota 2, p. 103.

los valores supremos a los cuales referir el sentido efectivo de la paz y de la seguridad internacional".<sup>8</sup>

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 pre-políticos e identidades colectivas —de lengua, de cultura, de lealtades políticas comunes— idóneas para unir a campos y ciudades, campesinos y burgueses, masas analfabetas emigradas desde los campos y gentilhombres 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 del mundo. 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 por lo 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 de hecho 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, que se funda la percepción de los otros como iguales y como asociados; y es sobre 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 recípro-

<sup>8</sup> Baldassarre, A., “La sovranità dal cielo alla terra”, en Cazzaniga, G. M. (ed.), *Metamorfosi della sovranità..., cit.*, nota 6, p. 80.

cas 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 conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar. Al mismo tiempo, debemos abandonar, cuando pensamos en entidades supranacionales como esa, el viejo paradigma de la democracia dirigido a la primacía 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 deviene la garantía de la paz y 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 y 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 tanto más reducida debe ser la esfera de las decisiones que competen a la democracia política o formal, o sea a los órganos representativos, y tanto 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 de libertad que se afirmó históricamente fue 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 mí-

nimos de igualdad sustancial, también necesarios para la convivencia civil.

### *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 otras tantas *leyes del más débil*. Se puede de hecho 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 policíacos o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia. Y han correspondido, cada vez, 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 de hecho en el plano histórico y político. No ha sido casualidad que los derechos humanos, y con ellos cada progreso de la igualdad, hayan siempre nacido al develarse una violación de la persona que se ha vuelto 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 lo 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, de hecho, 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 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 su 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 Levy 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 nazistas o las mafiosas, por otro la separación-segregación de las demás culturas.

Hay un segundo orden de falacias, de tipo *jurídico* o mejor dicho *metajurídico*, 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 bien con la regla de oro de Hare sobre la universalidad de los juicios morales. Como convención jurídica es una norma que es creada para tutela de los individuos contra la ley del más fuerte y que por esto 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 universalismo de los derechos como teoría y convención jurídica y el mismo universalismo como doctrina moral, o sea en la suposición que el primero implique y/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, y ni siquiera imponen que se compartan los valores morales que sostienen a los derechos y al principio de igualdad.

Que las normas sobre los derechos fundamentales supongan de hecho su condivisión 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 lo he recordado, el primer derecho de libertad conquistado por el liberalismo fue la libertad religiosa o de conciencia, que nace como respeto a las demás culturas, o sea a las herejías y a las religiones diversas a la dominante. Pero eso no era de hecho compartido por la cultura vulgar, que era justamente católica, que más bien se opone con fuerza. El liberalismo, comenzando por la libertad de conciencia, estuvo en el índice de la iglesia católica incluso 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 incluso 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 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 condición sea debida por 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 misma 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 por el contrario a su efectividad. Acabo de decir que la convención jurídica no solamente no requiere, sino que excluye 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, es 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 hago la cola porque entiendo y comparto su sentido normati-

vo. 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 mayoría 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 de hecho sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado la “esfera de lo no decidible (que sí o que no)”. Esta 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: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustraerá a la política, es decir a los poderes de la mayoría, y por otro lado al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción.

Este 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 concurrido también la concepción del proceso constituyente inducida, directa o indirectamente, por las doctrinas contractualistas. Se supone que el contrato social, o sea el pacto constituyente, es un contrato suscrito por la mayo-

ría, 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 feminista<sup>9</sup> 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 revela, 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 vale también al interior de 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 cliteridectomía o de las prácticas de segregación impuestas por los talibanes. Es 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 idéntica razón por la cual no es justificable el código de honor mafioso, o el homicidio “por causa de honor” o el duelo.

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 con-

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, Pateman, Carol, *El contrato sexual*, Barcelona, Anthopos, 1995.

ciencia, 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, o sea como el principio del igual respeto y valorización 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, primeros entre todos los de 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 por otro lado 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.

### III. 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 entre ellos en conflicto, como lo ha sugerido Elisabetta Galeotti,<sup>10</sup> 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, sino más bien, por una conver-

<sup>10</sup> Galeotti, A. E., “I diritti collettivi”, en Vitale, E. (comp.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turin, Rosemberg and Sellier, 2000, pp. 30-46.

gencia 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 policíacos, 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 mujeres. En todos estos casos los derechos fundamentales se han configurado al mismo tiempo como leyes del más débil y como contrapoderes, límites y vínculos a poderes de otro modo absolutos.

Hoy en 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 la ONU 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, al interior 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 fundamental, 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 desigualdades: de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, del hambre y de la explotación. Menos de 300 multimillonarios poseen tanta riqueza como la mitad de la población mundial, es decir 3,000 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 suceden sistemáticamente a favor de los países más ricos y de las grandes empresas. Basta 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 paleo-capitalista y, por otro lado, 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 estamos ahora asistiendo a una crisis del constitucionalismo y más en general de la legalidad y de los derechos humanos, tanto al interior de nuestros ordenamientos como en las relaciones internacionales. Y sin embargo, justamente 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-eti-

cos— 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 para ser optimistas, es cierto que de esta perspectiva depende no sólo la legitimación sino también la supervivencia de nuestras ricas pero frágiles democracias.

**C**