

Pasado y futuro del estado de derecho

LUIGI FERRAJOLI

Universidad de Camerino (Italia)

Dos modelos de «estado de derecho»

Con la expresión «estado de derecho» se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal.¹ En un segundo sentido, fuerte o sustancial, «estado de derecho» designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del *estado legislativo de derecho* (o *estado legal*), que surge con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del *estado constitucional de derecho* (o *estado constitucional*), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Sostendré, además, que estos dos modelos reflejan dos experiencias históricas diferentes, ambas desarrolladas en el continente europeo y fruto cada una de ellas de un triple cambio de paradigma: *a*) en la naturaleza y estructura del derecho, *b*) en la naturaleza de la ciencia jurídica, y *c*) en la de la jurisdicción. Identificaré, consecuentemente, tres paradigmas —el derecho premoderno, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho— analizando las transformaciones que, en estos tres aspectos, se han producido en el tránsito de uno a otro. No trataré, sin embargo, de la *rule of law* inglés, que aun representando la primera experiencia de estado de derecho en sentido fuerte, ha perma-

necido siempre ligado a la tradición de la *common law* y, por ello, no es reconducible a ninguno de los dos modelos aquí distinguidos.² Finalmente, me referiré a la crisis actual de los dos modelos de estado de derecho, frente a la cual hoy se proyecta un nuevo cambio de paradigma cuyas formas y contornos son todavía inciertos.

Estado legislativo de derecho y positivismo jurídico

Es totalmente evidente el alcance de la primera transformación, generada por la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica y, por tanto, del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y antes aún existente. Podemos identificar tres alteraciones, respecto a la experiencia jurídica premoderna, en las que tal transformación se manifiesta.

La primera alteración se refiere a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas. En el derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones—, ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El derecho «común» por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, por las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. *Veritas non auctoritas facit legem* es la fórmula, opuesta a la sostenida por Hobbes en polémica con el jurista en su célebre *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común en Inglaterra*, con la cual puede expresarse el fundamento iusnaturalista de la validez del derecho premoderno.³ Entonces tenía razón el jurista. En efecto, con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El estado de derecho moderno nace, con la forma del *estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa.

De aquí se sigue un cambio de paradigma también en la ciencia jurídica. En la experiencia premoderna la ciencia jurídica, al ser el derecho no «puesto» como

su «objeto» sino recibido por tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba, de hecho, con el derecho mismo. Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto —el derecho positivo— autónomo y separado de ella. Nuestros manuales de derecho privado, más allá de las semejanzas de contenido, difieren de los tratados civilistas de la época premoderna porque ya no son sistemas de tesis y conceptos inmediatamente normativos, sino interpretaciones, comentarios o explicaciones del código civil, única base a partir de la cual son argumentables o sostenibles, más allá de las inevitables y siempre opinables opciones interpretativas.

De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación. De ello se sigue el carácter también tendencialmente cognoscitivo del juicio. Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, según la fórmula hobbesiana, sirve, en efecto, para transformar el juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, según el principio simétrico y opuesto *veritas non auctoritas facit iudicium*. Y sirve, pues, para dar fundamento a todo el complejo de las garantías: desde la certeza del derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa.

Se evidencia el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica. Se trata de un cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si comparamos el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las *Instituciones* de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos. *Auctoritas non veritas facit legem*: éste es el principio convencional del positivismo jurídico recogido por Hobbes en el ya recordado *Diálogo*, como alternativa a la fórmula contraria que expresa el principio opuesto, ético-cognoscitivo, del iusnaturalismo.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico, derecho natural y derecho positivo, bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas. No se comprendería bien el predominio milenarista del iusnaturalismo como «corriente de pensamiento según la cual una ley, por ser ley, debe ser conforme a justicia»⁴ si no se tuviese en cuenta el dato de que en el derecho premoderno, en ausencia de un

sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas, era precisamente el derecho natural el que valía, como sistema de normas a las que se suponía intrínsecamente «verdaderas» o «justas», como «derecho común», es decir como parámetro de legitimación tanto de las tesis de la doctrina como de la práctica judicial.⁵

Estado constitucional de derecho y constitucionalismo rígido

Si este primer cambio de paradigma del derecho se produjo con el nacimiento del estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente, un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo, con la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Lo que se ha traducido también en tres alteraciones del estado legislativo de derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente.

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y

las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.

Hay, finalmente, una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia,⁶ para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático. Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del derecho*, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez».

Por lo demás, existe una interacción entre transformaciones institucionales y transformaciones culturales. Quiero decir que las filosofías jurídicas y políticas son siempre un reflejo y a la vez un factor constitutivo y, por decirlo así, performativo de las concretas experiencias jurídicas de sus respectivos momentos: el iusnaturalismo en sus muchas variantes fue la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó el monopolio estatal de la producción jurídica; el iuspositivismo lo ha sido a partir de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno; el constitucionalismo lo es hoy, o en todo caso, está llegando a serlo, después de la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez de las constituciones.

La crisis actual de ambos modelos de estado de derecho

Ambos modelos de estado de derecho aquí ilustrados están hoy en crisis. Identificaré dos aspectos y dos órdenes de factores de la crisis, que afectan uno al estado legislativo de derecho y otro al estado constitucional de derecho: en una palabra, al estado de derecho tanto en sentido débil como fuerte. En ambos aspectos, la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes.

En el primer aspecto, la crisis afecta al *principio de legalidad*, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del *estado legislativo de derecho*. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el clásico principio de que la *ignorantia legis* en materia penal no excusa. Así, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la «*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados» del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del derecho, según el antiguo modelo premoderno, con la consiguiente pérdida de certeza, de eficiencia y de garantías.

Bajo un segundo aspecto, la crisis afecta al papel garantista de la constitución en relación con la legislación, que es el rasgo distintivo del *estado constitucional de derecho*. Es una consecuencia del fin del estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. Es emblemático al respecto el proceso de integración de Europa. Por un lado, tal proceso está deformando la estructura constitucional de las democracias nacionales, tanto en el aspecto de la representatividad política de los órganos comunitarios dotados de mayores poderes normativos, como en el de su rígida subordinación a límites y controles constitucionales claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales. Por otro lado, ha situado fuera de los límites de los estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía.⁷ Así, se corre el riesgo de que se produzca, en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes y confluyentes entre sí,⁸ y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos que fueron propios del derecho premoderno. Expresiones como «principio de legalidad» y «reserva de ley» tienen cada vez menos sentido.

Por lo demás, todo el proceso de integración económica mundial que llamamos «globalización» bien puede ser entendido como un vacío de derecho público producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza, tanto de los estados con mayor potencial militar como de los grandes poderes económicos privados. A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización viene modelándose cada día más, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del

contrato,⁹ signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. De tal manera que la regresión neoabsolutista de la soberanía externa (únicamente) de las grandes potencias, está acompañada de una paralela regresión neoabsolutista de los poderes económicos transnacionales, un neoabsolutismo regresivo y de retorno en que se manifiesta la ausencia de reglas abiertamente asumida, por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico internacional.

El futuro del estado de derecho. ¿Hacia un tercer modelo ampliado de estado de derecho?

No es posible prever la salida de esta doble crisis. Sabemos únicamente que dependerá, una vez más, del papel que pueda desempeñar la razón jurídica y política. La transición hacia un reforzamiento y no una disolución del estado de derecho dependerá de la refundación de la legalidad —ordinaria y constitucional, estatal y supraestatal— a la altura de los desafíos procedentes de los dos aspectos de la crisis más arriba ilustrados.

El primer desafío, el dirigido al estado legislativo de derecho por la crisis del principio de legalidad, llama en causa al papel crítico y proyectivo de la razón jurídica en la refundación de la legalidad ordinaria. Señalaré dos posibles líneas de reforma, una relativa a la dimensión liberal del estado de derecho, la otra relativa a su dimensión social.

Las indicaciones relativas a la reforma del estado liberal de derecho se refieren esencialmente al campo del derecho penal, en el que, no por casualidad, nació aquél. Un eficaz correctivo de la crisis actual del principio de legalidad penal y de su papel garantista provendría de su fortalecimiento a través de la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*, en virtud de la cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través de una modificación o una integración en el texto del código penal o procesal, a aprobar mediante un procedimiento agravado.¹⁰ Se obtendría así una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una meta-garantía frente al abuso de la legislación especial, idónea para poner fin al caos existente y para proteger los códigos de la arbitrariedad, de los que Hobbes llamó los «jueces desordenados», y también de los actuales legisladores «desordenados». El código penal y el procesal se convertirían en textos normativos exhaustivos y a la vez exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería ser responsable. Así se vería acrecentada la certeza, la capacidad reguladora y la credibilidad del derecho penal, y además su grado de eficiencia y garantismo.

Más difícil y compleja es la refundación de la legalidad del estado social,

desarrollado en el siglo pasado a través de la progresiva expansión de la mediación burocrática, el crecimiento de sus espacios de discrecionalidad y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares responsables tanto de la ineficacia de las prestaciones públicas como de sus degeneraciones ilegales. Una refundación del estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es el de la satisfacción *ex lege*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos, a partir de la mayoría de edad.¹¹ Pero a un esquema semejante responden las formas generalizadas, gratuitas y obligatorias de prestaciones como la asistencia sanitaria y la educación para todos, que hoy ya existen con modalidades diversas a cargo de la esfera pública según el paradigma de la igualdad, que es el propio de la forma universal de los derechos a la salud y a la educación. Naturalmente estas garantías sociales tienen un alto coste económico. Pero se trata, precisamente, del coste de la efectiva satisfacción de los correspondientes derechos, que, por otra parte, se vería compensado con la reducción de los despilfarros producto de los enormes aparatos burocráticos y parasitarios que hoy administran la asistencia social de manera a veces corrupta y con criterios arbitrarios y discriminatorios.

El segundo desafío es el dirigido a la dimensión constitucional del estado de derecho por la pérdida de soberanía de los Estados, por el desplazamiento de las fuentes del derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las constituciones nacionales. Frente a estos procesos, la única alternativa al ocaso del estado de derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto, el desarrollo de un constitucionalismo sin estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se han desplazado el poder y las decisiones: por un lado, un constitucionalismo europeo y, por el otro, un constitucionalismo internacional, idóneos para limitar el absolutismo de los nuevos poderes.

Una perspectiva semejante se está realizando, aunque con límites o dificultades, en el proceso constituyente de la Unión Europea. El paso más significativo en esta dirección ha sido la reciente aprobación en Niza, el 7 de diciembre de 2000, de una Carta Europea de los derechos fundamentales que prevé, junto a los tradicionales derechos civiles y de libertad, un amplio elenco de derechos sociales y de derechos de la última generación en tema de *privacy*, de tutela del cuerpo humano y de protección del medio ambiente. Puede considerarse que esta Carta, aunque formalmente no integrada en el Tratado de la Unión, ha sido

recibida por éste conforme a su art. 6, que reclama como «principios generales del derecho comunitario» los derechos fundamentales resultantes de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» por ella misma explicitados.¹² En apoyo de esta tesis, creo que cabe invocar un argumento decisivo y es que de su aceptación depende la legitimidad de todo el derecho comunitario. En efecto, si es verdad que tal derecho —como dijo el Tribunal de Justicia en sentencia de fecha 15-7-1964, caso *Costa/Enel*— no puede ser derogado por ninguna ley o sentencia de un Estado miembro «sin que pierda el propio carácter comunitario y sin que resulte afectado el fundamento jurídico de la propia Comunidad», es igualmente innegable que ningún Tribunal constitucional, como ha afirmado repetidamente, por ejemplo, la Corte italiana,¹³ puede admitir la incorporación a su ordenamiento de normas en conflicto con los principios de la propia constitución. Es evidente que el único modo, no ya de reducir si no de eliminar esta virtual antinomia, es el anclaje de la validez de las fuentes comunitarias y, consiguientemente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en una tabla de derechos fundamentales no menos rica que la contenida en las constituciones nacionales. Por ello, la Carta europea de derechos aprobada en Niza colma una insostenible laguna. Aunque puede afirmarse que, en este aspecto, peca por defecto. Pues, para evitar toda posible antinomia del tipo indicado, deberían incluirse en ella todos los principios constitucionales contenidos en las constituciones de los estados miembros y así, garantizar un control de legitimidad más riguroso o, cuando menos, igual al permitido a los Tribunales constitucionales nacionales.

Naturalmente, la nueva Carta de derechos no es suficiente para rediseñar el ordenamiento europeo según las formas del estado constitucional de derecho. A tal fin sería necesario, además de su transformación formal en una Constitución comprensiva de todos los principios y derechos fundamentales sancionados en las constituciones nacionales, una refundación de toda la organización de los poderes de la Unión, basada, por un lado, en el clásico principio de la división de poderes y, por otro, en una más precisa distribución de las competencias entre las instituciones europeas y las instituciones de los estados, según el modelo federal. La construcción de un estado de derecho europeo tiene que seguir, por esta razón, un itinerario inverso al realizado por los estados de derecho nacionales, pues el constitucionalismo no va a completar el estado legislativo de derecho, sino que va operar, más bien, como su presupuesto. Sólo cuando se realice la integración constitucional de la Unión —a través de la ampliación de sus competencias más allá de la originaria materia económica y de la atribución al Parlamento europeo de funciones legislativas sobre ellas—, será realmente posible promover formas cada vez más avanzadas de integración y de unificación legislativa,¹⁴ como alternativa a la actual tendencia a la formación de un derecho comunitario jurisprudencial confusamente entrelazado con el derecho de los ordenamientos estatales.

A más largo plazo está la perspectiva de un constitucionalismo internacional, diseñado ya por la Carta de la ONU y por muchas Declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos, pero hasta el día de hoy desmentida, a pesar del final de los bloques y del incremento de las interdependencias, por el recurso a la guerra como medio de solución de los conflictos internacionales, por el aumento de las desigualdades y por la rígida clausura de nuestras fortalezas democráticas ante la presión de las masas crecientes de excluidos sobre nuestras fronteras. Queda el hecho de que, frente al vacío de derecho público representado por la globalización, la realización de una similar perspectiva, a través de garantías idóneas de la paz y de los derechos humanos, representa hoy la única alternativa a un futuro de guerra, violencia y crecimiento exponencial de la miseria y de la criminalidad, que acabaría ya no sólo por desacreditar, sino también por amenazar la supervivencia de nuestras propias democracias.

Se trataría, evidentemente, en el caso del constitucionalismo europeo, y todavía más, del constitucionalismo internacional, de un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales. Naturalmente, no tendría sentido discutir las formas que podrían asumir el sistema y la jerarquía de las fuentes de un posible estado de derecho supranacional y específicamente europeo. Se puede sólo formular una hipótesis en la perspectiva de un constitucionalismo y de una esfera pública ya no exclusivamente estatales sino supraestatales, un espacio de la constitución supraordenado a cualquier otra fuente y la refundación sobre él del paradigma constitucional como dimensión necesaria del derecho en cualquier nivel y como límite intrínseco de todo poder legítimo.

Precisamente, la perspectiva de este tercer modelo ampliado de estado de derecho, diseñada por las cartas supranacionales de derechos, suscita todavía en la cultura politológica resistencias y dudas teóricas, tanto en lo relativo a su posibilidad como sobre que sea predecible. Faltarían, se dice, un pueblo, una sociedad civil y una esfera pública europea, y más aún, mundial, que serían los presupuestos indispensables del constitucionalismo y del estado de derecho;¹⁵ de manera que una integración jurídica supranacional, aunque limitada a la tutela de los derechos fundamentales, equivaldría a la imposición a escala planetaria de un único modelo normativo, en contraste con la pluralidad de las culturas, de las tradiciones y de las experiencias jurídicas.

Esta objeción —más allá de las hipótesis, a mi parecer irreales, de la existencia de una homogeneidad política y cultural en el origen de nuestros estados nacionales— implica una concepción de la constitución como expresión orgánica de un *demos*, o cuando menos, de un vínculo prepolítico y de un sentido

común de pertenencia entre los sujetos a los que está destinada a servir. Creo que esta concepción comunitaria debe ser invertida. Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un *demos*, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.

Sentido común de pertenencia y constitución, unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad están, por otra parte, como enseña la propia experiencia de nuestras democracias, íntimamente ligadas. Es también cierto que la efectividad de cualquier constitución supone un mínimo de homogeneidad cultural y prepolítica. Pero es todavía más cierto lo contrario: que es sobre la igualdad en los derechos, como garantía de la tutela de todas las diferencias de identidad personal y de la reducción de las desigualdades materiales, como maduran la percepción de los otros como iguales y, por ello, el sentido común de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política. Se puede, más aún, afirmar que la igualdad y la garantía de los derechos son condiciones no sólo necesarias, sino también suficientes para la formación de la única «identidad colectiva» que vale la pena perseguir: la que se funda en el respeto recíproco, antes que en las recíprocas exclusiones e intolerancias generadas por las identidades étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas.

Las razones que hoy no nos permiten ser optimistas en lo que se refiere a la perspectiva de un constitucionalismo ampliado a escala internacional, no son por tanto de carácter teórico, sino exclusivamente de carácter político. Nada autoriza a afirmar que la perspectiva de un estado internacional de derecho, sea, en el plano teórico, irrealizable. Su realización depende únicamente de la política y precisamente de la voluntad de los países más fuertes en el plano económico y militar. Es únicamente éste el verdadero problema: la crisis de aquel proyecto de paz y de igualdad en los derechos que precisamente la política había diseñado tras el final de la segunda guerra mundial. La paradoja es que la crisis de este proyecto ha surgido en un momento de transición de alcance epocal, en la que es cierto que, en el espacio de pocas décadas, los actuales procesos de integración nos conducirán, de todos modos, a un nuevo orden planetario. La calidad de este nuevo orden dependerá de la política y del derecho. De que Occidente se cierre en una fortaleza asediada, se acentúen las desigualdades y la

pobreza, y se desarrollen nuevos fundamentalismos, nuevas guerras y violencia, o bien de que prevalezca la voluntad de dar alguna actuación a aquel proyecto racional de un orden internacional informado por el paradigma constitucional, de la que dependen la paz y la propia seguridad de nuestras democracias.

NOTAS

1. Véase por ejemplo, H. Kelsen (1960), *La dottrina pura del diritto* (trad. it. de M.G. Losano), Einaudi, Turín, 1966, p. 345: «si se reconoce el estado como ordenamiento jurídico, cada estado es un estado de derecho y por ello se convierte en pleonástico»; ibídem, p. 351: «cada estado debe ser un estado de derecho en el sentido de que cada estado es un ordenamiento jurídico».

2. Es oportuno precisar que «estado constitucional de derecho» y «estado de derecho en sentido fuerte» no son términos sinónimos. El «estado de derecho en sentido fuerte» implica simplemente que la ley, más en general, la producción jurídica, no solo de hecho —sino también de derecho— está subordinada a principios normativos como las libertades fundamentales y la división de poderes; y esto, obviamente puede llegar a ser, como demuestra la experiencia inglesa, porque aquellos principios están enraizados social y culturalmente por la ausencia de una constitución formal. El nexo biunívoco, hoy prácticamente generalizado entre estado de derecho en sentido fuerte y constitucionalismo, reside en el hecho de que las constituciones rígidas han positivizado aquellos principios, confiando la sujeción a ellos de los poderes públicos, no ya simplemente a su espontáneo respeto por parte de los jueces y los legisladores, sino también al control jurisdiccional de constitucionalidad sobre sus violaciones. Es evidente que, aunque sin constitución, la experiencia de la *rule of law* integra un modelo de estado de derecho en sentido estricto y fuerte, tanto como para haber inspirado el pleno acontecimiento del estado de derecho en el continente europeo. Pero es igualmente claro que esta experiencia permanece ajena a este acontecimiento y a las transformaciones del paradigma que la determinaron, a los cuales se dedica este ensayo, no siendo calificable ni como «estado legislativo de derecho» ni como «estado constitucional de derecho».

3. Compare la fórmula «auctoritas non veritas facit legem», en realidad en la traducción latina de 1670 del *Leviatano* (1651), T. Hobbes, *Leviathan sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia* (1839-1845) (ed. de W. Molesworth), rist. Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202. Una máxima sustancialmente idéntica es, sin embargo, enunciada por Hobbes en *A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681), en *The English Works* (1839-1845) (ed. de W. Molesworth), rist. Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: «No tiene duda, pero la autoridad es la que hace el derecho».

4. Es la definición de iusnaturalismo propuesta por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Turín, 1958, parágrafo 12, pp. 49-54.

5. «El derecho natural —escribe Bobbio— se concebía como “derecho común” (“koinos nomos”) lo llamaba precisamente Aristóteles), y el positivo como derecho especial o particular en una determinada civitas; por tanto, en base al principio por el que el derecho particular prevalece sobre el general (*lex specialis derogat generali*), el derecho positivo prevalecía sobre el natural, siempre que entre los dos hubiese un conflicto» (*Il positivismo giuridico* [1961], Giappichelli, Turín, 1996, pp. 13-14). La relación entre derecho natural o común y derecho positivo o estatutario, no era todavía unívoco: tales instituciones de ius naturale, como la propiedad y los intercambios comerciales, eran sin embargo «sustraídos al arbitrio del legislador» (cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 34).

6. He ilustrado repetidamente esta tesis en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1999), 6.^a ed., Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 898-900, 904-907 y 926; y en «Il diritto come sistema di garanzie», *Ragion Pratica*, I, n.º 1 (1993), pp. 150-153. Finalmente en tres ensayos: «Diritti fondamentali», *Teoria Politica*, XIV, n.º 2 (1998), pp. 7 y 14-18; «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», *ibídem*, XV, n.º 1, pp. 67-71; y «I fondamenti dei diritti fondamentali», *ibídem*, XVI, n.º 3 (2000), pp. 70-80, todos reeditados, junto al debate que ha seguido, en un volumen en prensa editado por Laterza.

7. Se ha calculado que son directa o indirectamente de origen comunitario el 80 % de nuestra legislación; cfr. M. Cartabia y J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 50.

8. Según la jurisprudencia constante del Tribunal europeo de justicia, «el derecho nacido del Tratado no puede encontrar un límite en cualquier provisión de derecho interno sin perder el propio carácter comunitario, y sin que así resulte alterado el fundamento jurídico de la propia Comunidad», «la transferencia realizada por los estados a favor del ordenamiento jurídico comunitario de los derechos y de las obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos, ante la cual un acto unilateral ulterior, incompatible con el sistema de la Comunidad, estaría totalmente privado de eficacia» (sentencia 15-7-1964, causa 6/64 *Costa/Enel*). En el mismo sentido están las sentencias de 9-3-1978, causa 106/77 *Simmmenthal*, y la de 17-12-1970, causa 106/70 *Internationale Handelsgesellschaft*. Opuesta, obviamente, es la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en la que —llegando a admitir (corrigiendo una primera sentencia n.º 14 del 7-3-1964, en el caso *Cosia/Enel*, que provocó pocos meses después la sentencia aquí citada del Tribunal de justicia) la prevalencia de las normas comunitarias sobre nuestras legislaciones ordinarias en forma de «limitaciones de soberanía» generadas por el Tratado de la Unión, con base en el art. 11 de la Constitución (sentencias n.º 163 del 29-12-1977 y n.º 170 del 8-6-1984, y n.º 389 del 11-7-1989)— siempre se ha excluido que tales limitaciones «puedan sin embargo comportar para los órganos de la CEE un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana» (sentencia n.º 183 del 27-12-1973; del mismo tenor son las sentencias n.º 98 del 27-12-1965, n.º 170 del 8-6-1984 y n.º 399 del 19-11-1987, n.º 232 del 21-4-1989).

9. Es la tesis ilustrada por M.R. Ferrarese, *La istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000. Sobre el derecho en la época de la globalización, cfr. también S. Rodotà, «Diritto, diritti, globalizzazione», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n.º 4 (2000), pp. 765-777; U. Allegretti, «Globalizzazione e sovranità nazionale», *Democrazia e Diritto*, 3-4 (1995), pp. 47 ss.; *id.*, «Costituzione e diritti cosmopolitici», en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 53 ss.

10. He sostenido el principio de la reserva de código en materia penal en «La pena in una società democratica», *Questione Giustizia*, 3-4 (1996), pp. 537-538; «Giurisdizione e democrazia», *Democrazia e diritto*, 1 (1997), pp. 302-303; «Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice», *ibídem*, n.º 2 (2000) (en prensa). Un intento de introducirlo en el ordenamiento italiano —sin la previsión de procedimientos agravados para la modificación del código, con la inclusión también de la reserva de leyes orgánicas y con la exclusión de normas procesales— fue completado en el borrador de reforma de la Constitución aprobada por la Comisión bicameral, que en artículo 129 establecía que «nuevas normas penales serán admitidas solamente si se modifica el código penal, o bien si se contienen en leyes que disciplinan orgánicamente la materia a la que se refieren».

11. Se trata, como es sabido, de una propuesta ampliamente debatida en la literatura sociológica y política. Me limito a recordar los estudios de James Meade, que propone un «divi-

dendo social» o «prestación social de base» («Full Employment. New Technologies and the Distribution of Income», *Journal of Social Policy*, n.º 13 [1984], pp. 142-143); de Ralph Dahrendorf, que plantea un «rédito mínimo garantizado como derecho constitucional», mediante la fórmula de una «suma modesta» pero «inatacable» (*Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 135-147 y 156); de Massimo Paci, que propone a su vez el modelo sueco de un «régimen universal de tutelas de pensiones de base» (*Pubblico e privato ne in moderni sistemi di Welfare*, Liguori, Nápoles, 1990, pp. 100-105; ídem, *La sfida della Cittadinanza sociale*, Edizioni Lavoro, Roma, 1990, pp. 131-146).

12. El Consejo Europeo de Colonia de 3/4-6-1999, que instituyó la Convención encargada de elaborar la Carta de derechos, estableció, reproduciendo casi literalmente el artículo 6 cpv del Tratado de la Unión, que ésta «debe contener» además los derechos garantizados por la Convención Europea de 1950 como «resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros, en cuanto principios generales de derecho comunitario».

13. Véanse las sentencias señaladas *supra*, en la nota 8.

14. Es en este sentido, por otra parte, en la que ya se está orientando el proyecto jurídico. A finales del año 1999 se presentó la segunda versión, elaborada por una comisión de juristas coordinada por Christian von Bar, de los *Principles of European Contract Law*, publicados con una introducción de G. Alpa, «I principi del diritto contrattuale europeo», *Rivista critica del Diritto Privato*, XVIII, n.º 3 (septiembre, 2000). Véase también, sobre esta cuestión, otra importante colección de escritos: *Towards a European Civil Code* (2.ª ed., rev. y ampl.), Nijmegen, The Hague, Londres, 1998; G. Alpa, «Nuove frontiere del diritto contrattuale», *Contratto a impresa* (1997), pp. 961-979; íd., «Il codice civile europeo: "ex pluribus unum"», *Contratto e impresa / Europa* (1999), pp. 695-710. Además, sobre la iniciativa de la Comisión Europea, ha sido elaborada por un grupo de penalistas coordinados por Mirièl Delmas-Marty un proyecto denominado pomposamente «*Corpus Iuris* para la tutela penal de los intereses financieros de la Unión europea», que entre otras cosas prevé la institución de un ministerio público europeo independiente y vinculado al principio de legalidad: véase pues, el texto en el volumen coordinado por G. Grasso, *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Giuffrè, Milán, 1998. Cfr. también, sobre el mencionado proyecto, L. Picotti (ed.), *Posibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milán, 1999; M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, Lonrai, 1994; íd., «Union Européenne et droit pénal», *Cahiers de Droit Européen* (1997), pp. 613 ss.; íd., «Verso un diritto penale comune europeo?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 5-6 (1997), pp. 543-554; K. Tiedmann, «L'europeizzazione del diritto penale», *ibídem* (1998), pp. 3-21; S. Manacorda, «Le droit pénal et l'Union Européenne: esquisse d'un système», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 1 (2000), pp. 95-121.

15. Véase, en este sentido, P. Grimm, «Una costituzione per l'Europa?» (1994), tr. it. en *Il futuro della costituzione* (ed. de G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro y J. Luther), Einaudi, Turín, 1996, pp. 339-367; D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milán, 1995, pp. 155-160; M. Luciani, «La costruzione giuridica della cittadinanza europea», en G.M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamento giuridici mondiali*, Edizioni Ets, Pisa, 1999, pp. 87-88; A. Baldassarre, «La sovranità dal cielo alla terra», *ibídem*, p. 80. Me parece manifiesta, en esta tesis, la influencia del concepto de constitución de Carl Schmitt como expresión de la «unidad política de un pueblo», o bien como acto que «constituye la forma y el tipo de unidad política, cuya existencia es preexistente» (*Verfassungslehre* [1928], tr. it. de A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milán, 1984, párr. 1, p. 15, y 3, p. 39; cfr. también, *ibídem*, párr. 18, pp. 312 ss.). Para una crítica más analítica de estas tesis, y en particular de la contraposición entre pluralidad de culturas y universalismo de los derechos fundamentales, remito a mis «I diritti fondamentali nella teoria dal diritto», cit., pp. 74-76, y «I fondamenti...», cit., pp. 68-69 y 85-90.

Luigi Ferrajoli (Florencia, 1940) es catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Camerino (Italia). Ha escrito numerosos ensayos sobre teoría del derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho. Ha publicado obras como «Teoria assiomatizzata del diritto» (Milán, 1970), «Democracia autoritaria e capitalismo maturo», en colaboración con Danilo Zolo (Milán, 1978), «La cultura giuridica nell'Italia del Novecento» (Roma, 1999). En castellano han aparecido las siguientes traducciones: «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal» (1987), «Derechos y garantías. La ley del más débil» (1999), y «Los fundamentos de los derechos fundamentales» (2001).