
Los derechos en el contexto contemporáneo

La constitucionalización^(*)

Franciso Javier Ansuátegui Roig^(**)

Cuando centramos nuestra atención en la situación de los derechos en el contexto contemporáneo, tenemos frente a nosotros dos posibilidades. Por una parte, podemos constatar la deficiente situación en la que aquellos se encuentran en buena parte del planeta. Por otra, podemos atender a los rasgos de los contextos en los que los derechos han logrado un nivel de reconocimiento y protección al menos aceptable para analizar dichos rasgos y estudiar la viabilidad de su operatividad en otros contextos de manera que se puedan superar las situaciones de déficit respecto a los derechos. Propongo que exploremos esta segunda posibilidad. Reconozco que esta opción podrá ser acusada de un injustificado optimismo o si se prefiere de un inocente idealismo o irrealismo, ya que se ha reconocido que en realidad la constatación de las deficiencias nos permitiría disponer de una imagen más ajustada a la realidad. Creo que se pueden ofrecer dos argumentos en descargo de la anterior acusación. En primer lugar, la constatación de que en determinados contextos los derechos están garantizados de manera razonable no quiere decir que esas situaciones justifiquen una disminución del potencial emancipador de los derechos y de su capacidad transformadora de la realidad. Los derechos contienen un componente utópico, que constituye en buena medida el motor de la evolución histórica de los derechos. El discurso de los derechos constituye una perenne llamada al inconformismo respecto a las condiciones en las que los individuos ven reconocida su libertad y su igualdad. Las situaciones en las que se encuentran los derechos nunca son perfectamente óptimas; por el contrario, la de los derechos es la historia de la continua reivindicación de las exigencias de la dignidad humana. En segundo lugar, como se podrá

observar a lo largo de estas líneas, lo que puede ser reconocido como un optimismo inicial, es compatible con el reconocimiento de las dificultades de los sistemas de derechos y de los retos que nos plantea su pretensión universalizadora. Conviene recordar que los retos a los que se enfrentan hoy los derechos humanos no están situados solo en el ámbito externo a los Estados. También en las estructuras constitucionalistas existentes (Estados) existen temas pendientes o sin resolver. Pensemos por ejemplo en la necesidad de un constitucionalismo de los derechos sociales, al que ha aludido Ferrajoli, o en la reformulación de los ámbitos en los que se desarrolla la deliberación política. Es importante, en un contexto democrático, la existencia de un "ágora" en el que el *demos* adquiere el protagonismo de la deliberación. Planteémonos, por ejemplo, hasta que punto el déficit democrático del proyecto de constitucionalización europea ha tenido que ver en el fracaso, por el momento, del mismo⁽¹⁾. Y en la actualidad, ese ágora se traslada a nuevos espacios, muchas veces virtuales, como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías.

Pues bien, la situación contemporánea de los derechos fundamentales -en los contextos en los que se respetan- viene determinada por el proceso de constitucionalización de los mismos. En efecto, los sistemas constitucionales de las democracias contemporáneas se caracterizan por albergar una compleja estructura normativa que incluye los diversos mecanismos de reconocimiento y protección de los derechos.

La constitucionalización de los derechos adquiere sentido en el marco del constitucionalismo contemporáneo -o si se prefiere, del neoconstitucionalismo-. El constitucionalismo, entendido como una propuesta en relación con la

(*) Agradecemos al autor por la autorización prestada para la publicación de este artículo inédito. El presente trabajo está basado en la conferencia pronunciada en el Congreso Internacional de Derechos Humanos organizado por el Instituto Universitario de Historia Simancas de la Universidad de Valladolid (España), el 18 de octubre de 2006.

(**) Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid (España).

(1) Véase, ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Constitucionalismo y Constitución Europea*. En: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. y otros (editores). *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*. Madrid: Dykinson, 2005. pp. 219-251.

limitación del poder mediante estrategias jurídicas, se basa en una determinada filosofía sobre los límites al poder que hunde sus raíces en la Ilustración. Esa filosofía no se limita a constituir una propuesta de filosofía política, ya que, además, tiene directas manifestaciones en el marco del ordenamiento jurídico. Como se ha señalado, las limitaciones a las que el constitucionalismo pretende someter al poder son de naturaleza jurídica. En este sentido, la Constitución, se presenta una pieza insustituible del entramado constitucionalista y de su vocación limitativa del poder.

El constitucionalismo contemporáneo es en realidad el resultado de un entramado de factores jurídicos, políticos y morales o, si se prefiere, ideológicos.

Comenzaré por estos últimos. Nuestras Constituciones se caracterizan por ser directa expresión del punto de vista moral asumido por el ordenamiento. En efecto, como posteriormente podremos observar, la Constitución del constitucionalismo se caracteriza por un conjunto de rasgos formales y por incluir determinados contenidos. Esos contenidos están referidos, por una parte, a la regulación de instituciones y procedimientos, y por otra a valores, principios y derechos mediante los cuales se manifiesta en última instancia la concepción moral asumida por el sistema en su conjunto. No parece necesario subrayar que en este orden de cosas los derechos fundamentales ocupan una posición determinante e insustituible. A través de ellos se expresa una concepción del individuo a partir de la cual el Derecho y el Estado -o, mejor dicho, cualquier organización política- adquieren una naturaleza instrumental y artificial, careciendo de fines propios y autónomos que no sean los de aquel.

Desde el punto de vista político, el contexto en el que hacemos referencia al constitucionalismo es el de los sistemas democráticos. Creo en este punto que se puede subrayar la vinculación entre la Constitución del constitucionalismo y la democracia. El contexto natural del constitucionalismo es el democrático. Y eso porque la Constitución no se limita a condicionar la estructura de las fuentes a partir de su posición de superioridad jerárquica respecto al resto de normas del Estado, sino que por el contrario presenta una caracterización cualificada por los contenidos sustantivos a los que aludí anteriormente. Esos contenidos, en forma de derechos, forman parte de una determinada comprensión de la democracia, que es la que aquí se comparte, de acuerdo con la cual la democracia es un sistema de adopción de decisiones colectivas configurado a través de la regla de las mayorías en contextos que aseguran la

participación, es decir, de la regla de las mayorías rectificada por el sufragio universal. Así, la democracia implica no solo procedimientos y mecanismos de adopción de decisiones, sino que también se vincula a determinadas opciones respecto a los contenidos de esas decisiones. En otras palabras, la democracia implica una determinada respuesta a las cuestiones de "quién manda y cómo se manda", pero también a la cuestión de "qué se manda".

Desde el punto de vista jurídico, el constitucionalismo implica un determinado modelo de Constitución que, en la senda marcada por el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ("Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"), se caracteriza por su vocación limitativa del poder. En este punto, conviene subrayar que, de la misma manera que tenía razón Elías Díaz cuando afirmaba que no todo Estado con Derecho es un Estado de Derecho⁽²⁾, podemos afirmar también que no todo Estado con Constitución es un Estado Constitucional. Por el contrario, la Constitución del constitucionalismo no se caracteriza de manera exclusiva por situarse en un lugar de superioridad jerárquica respecto al resto de normas que configuran un ordenamiento jurídico, sino por presentar una serie de rasgos e incluir determinadas dimensiones que son expresión de su vocación limitativa. Así las cosas, el constitucionalismo, en sus versiones más robustas y completas, caracteriza a la Constitución de acuerdo con los siguientes rasgos⁽³⁾: (i) en primer lugar, la Constitución presenta un evidente carácter normativo. No estamos frente a un documento meramente programático, o a una declaración de principios o de buenas intenciones. Por el contrario, estamos frente a una norma jurídica que comparte fuerza vinculante con el resto de elementos normativos del sistema jurídico; (ii) además, la Constitución ocupa una posición privilegiada en el sistema de fuentes. En efecto, a ella le corresponde la superioridad jerárquica respecto al resto de normas del sistema; superioridad de la que derivan consecuencias respecto a los criterios de validez a satisfacer por los elementos del sistema -desde el momento en que esos criterios se refieren en última instancia a lo establecido en la Constitución-, y consecuencias en relación a los criterios, también últimos, de interpretación; (iii) en tercer lugar, la Constitución es una norma directamente aplicable, cuya fuerza vinculante no depende de la ulterior intervención de una autoridad cuyas decisiones puedan tener efectos normativos; (iv) junto a lo

(2) Véase DIAZ, E. *Estado de Democrático y Sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973.

(3) Véase PRIETO SANCHIS, L. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*. En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. pp. 116 y 117.

anterior, la Constitución está protegida por diversos mecanismos de garantía judicial; (v) en quinto lugar, el contenido de la Constitución se caracteriza por la inclusión de principios, valores o derechos, que vinculan tanto en las relaciones entre los poderes públicos y los individuos (caracterizadas por la verticalidad), como en las relaciones respectivas entre los individuos (en un plano horizontal). Esos principios, valores o derechos son en realidad expresión de determinadas afirmaciones morales, que son por tanto asumidas por el ordenamiento; y, (vi) en último lugar, las Constituciones suelen estar protegidas mediante cláusulas más o menos estrictas de rigidez constitucional, que condicionan los comportamientos de las mayorías a la hora de emprender una reforma constitucional y que contribuyen a diferenciar a la Constitución del resto de normas del sistema.

Como he señalado anteriormente, el constitucionalismo constituye el escenario en el que se articulan los sistemas de reconocimiento y protección de derechos propio de nuestros sistemas jurídico-políticos. Ese escenario se caracteriza en mi opinión al menos por determinados rasgos⁽⁴⁾. Así, en primer lugar, asistimos a una superación de lo que bien se podría considerar la concepción “canónica” de los derechos, a través de la cual se expresa una comprensión de los derechos, vinculada a determinadas clasificaciones (derechos individuales -liberales- frente a derechos económicos, sociales y culturales, o derechos de autonomía frente a derechos de prestación) de los mismos, a partir de la cual se procede -entre otras cosas- a la diferencia entre derechos caros y derechos baratos, que permitiría justificar posteriormente una mayor o menor atención a la materialización efectiva de los mismos. Pero, en realidad, estamos frente a clasificaciones o distinciones que funcionan de acuerdo con criterios diferentes, como por ejemplo los referidos a las influencias o componentes ideológicos, de un lado, o los requisitos estructurales que determinan la efectiva garantía y ejercicio de los derechos, de otro. En todo caso, la distinción entre derechos caros y derechos baratos -además de ser interesada desde el punto de vista ideológico- se torna problemática y difícilmente defendible desde el momento en que todos los derechos exigen, en su funcionamiento efectivo, una determinada acción por parte de los poderes públicos.

En segundo lugar, asistimos a una transformación del sujeto de los derechos derivada de la superación de la comprensión abstracta del mismo, al que se le identificaba con un tipo de individuo del que

genéricamente se presumían cualidades morales que lo hacían merecedor de garantías en forma de derechos. Por el contrario, asistimos a una ampliación en los criterios de identificación de los sujetos titulares de derechos, que ya no son los del individuo abstracto, sino los del individuo situado, en función de las posiciones sociales que ocupa. Y ello, como directa consecuencia de una cada vez mayor conciencia de que en ocasiones el sujeto se encuentra en determinadas circunstancias que justifican un trato específico por parte del ordenamiento, a través, precisamente, del reconocimiento de derechos.

Posiblemente lo anterior comparta algún “aire de familia” con el tercer factor al que quiero hacer referencia, y que es el constituido precisamente por lo que podríamos considerar la proliferación de los derechos. Los derechos fundamentales se presentan como instituciones jurídicas encaminadas a defender determinadas pretensiones morales, valores o a satisfacer necesidades cuya relevancia ha sido constatada como resultado de un discurso fundamentador. Quiere decirse con ello que solo los contenidos o exigencias que aparezcan justificadas o que superen el *test* que consiste en la identificación de su vinculación con los contenidos últimos de ese discurso (pensemos en el valor dignidad) pueden considerarse susceptibles de constituir el argumento moral sobre el que se apoyen determinados derechos. De lo anterior se puede deducir que no cualquier pretensión en relación con la cual concurren razones morales ha de disfrutar, de por sí, de la protección específica que acompaña a los derechos. Por el contrario, solo aquellas respaldadas por su estrecha vinculación con los valores y principios últimos vinculados a la dignidad humana estarán en condiciones de merecer ese disfrute.

En cuarto lugar, la presencia de normas de derechos fundamentales en las Constituciones del constitucionalismo contemporáneo es expresión de un proceso de materialización o sustancialización del Derecho, caracterizado por la inclusión de contenidos morales específicos y determinados. De este modo se evidencia el punto de vista sobre la moral asumido por las Constituciones y en última instancia por los ordenamientos en su conjunto. Es precisamente en la opción moral asumida en donde radica la diferencia entre los ordenamientos comprometidos y respetuosos con los derechos, y aquellos otros que no lo son, desde el momento en que las diferencias formales y estructurales entre ambos no tienen por qué ser necesariamente relevantes.

Y por último y en quinto lugar, el constitucionalismo contemporáneo constituye el escenario de una

(4) Me he detenido en esta cuestión en: *Derechos, Constitución, Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las Constituciones actuales)*. PEREZ-PRENDES, J. M. y otros. *Derechos y libertades en la Historia*. España: Universidad de Valladolid, 2003. pp. 161-191.

tensión, que considero consustancial al sistema mismo tal y como está configurado, como aquella que se produce entre Constitución y democracia, o si se prefiere entre derechos y decisiones mayoritarias. La tensión, que adquiere relevancia precisamente en el marco de los sistemas democráticos -ya que estos son los únicos en los que las limitaciones a las decisiones de la mayoría se tornan problemáticas y exigen una justificación-, deriva de la evidente barrera que los contenidos constitucionales vinculados a los derechos, y los procedimientos relacionados con ellos oponen frente a las decisiones que de acuerdo con la regla de las mayorías y disfrutando de una legitimidad de origen pueden pretender adoptar los representantes de la soberanía popular. Nos encontramos frente al problema de la justificación de una determinada "relectura" de la Constitución por parte del parlamento en su enfrentamiento con los dispositivos -en los que el juez asume un protagonismo relevante- encaminados a proteger a la Constitución. En definitiva, en mi opinión, una versión actualizada de la tensión que de una u otra manera aparece y reaparece tras las cuestiones básicas de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política: aquella que se produce entre razón y voluntad.

El reconocimiento constitucional de los derechos implica la existencia de un mínimo moral común y compartido que constituye el núcleo de la ética pública que se asume como base para construir un determinado modelo jurídico-político. Me parece difícil imaginar un modelo de convivencia en el que no existan determinados elementos aglutinadores o en relación con los cuales exista un consenso básico respecto a su valor o importancia. Ello no implica desconocer la existencia y el valor enriquecedor de la diversidad. Y tampoco implica desconocer el valor de la capacidad de desarrollar planes de vida individuales, evidentemente compatibles con los de los demás. Supone solamente constatar la necesidad de elementos en torno a los cuales se puede articular una comunidad que, en el caso de una comunidad construida en torno a los derechos, una comunidad de derechos, se identifican con los elementos básicos de la moralidad de los mismos. Sin admitir que el reconocimiento del valor del individuo, de su dignidad, de la construcción autónoma de sus planes de vida individuales, de la necesidad de satisfacer pretensiones y necesidades morales básicas necesarias para esa construcción, y del carácter artificial e instrumental de la organización jurídica y política en relación con lo anterior, es difícil imaginar un sistema de derechos. En definitiva, "aceptar el pluralismo y asumir un 'punto de vista moral' no

significa desatender las exigencias concretas y los compromisos reales con los demás individuos y sus culturas así como con la propia sociedad. Lo que se requiere, más bien, es la aceptación de algún consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer para el logro de una vida autónoma y digna"⁽⁵⁾.

Ciertamente, una tesis como la que se acaba de mantener puede ser interpretada como contradictoria con un planteamiento como el de Luigi Ferrajoli cuando afirma que dentro de un esquema liberal a nadie se le puede imponer una concepción ética, derivando de ello la conclusión de que un sistema liberal-democrático no debería exigir adhesión a los valores éticos que impone el Derecho, desde el momento en que serían esos mismos valores los que impedirían cualquier imposición⁽⁶⁾. Pero la cuestión que se plantea es la de si es posible la articulación de un sistema basado en derechos sin ningún tipo, no ya de adhesión, sino al menos de reconocimiento de la prevalencia individual. Posiblemente, el discurso de Ferrajoli se sitúa en un plano diferente de aquel que se está intentando desarrollar aquí, de manera que Ferrajoli estaría pensando en que no se debe limitar la construcción de planes de vida individuales, mientras que aquí se está enfatizando la necesidad de afirmar los valores de acuerdo con los cuales la construcción de los planes de vida individuales está garantizada. Es decir, por una parte se estaría reclamando la primacía de la autonomía, mientras que por otra se estaría acentuando la necesidad de un contexto moral compartido que haga posible la primacía de la autonomía. En todo caso, lo cierto es que estamos ante el desafío que acompaña al liberalismo, y que es el que consiste en la justificación de las restricciones de la libertad que se consideran necesarias para la articulación de un determinado modelo jurídico-político, en este caso un modelo basado en derechos.

Ciertamente, la identificación de ese núcleo de afirmaciones morales comunes y compartidas se presenta como una necesidad. Pero es una necesidad cuya satisfacción va a ser más o menos compleja en función del escenario en el que nos encontremos. Estoy pensando básicamente en el escenario caracterizado por los componentes morales, ideológicos, o culturales en sentido amplio. A este respecto, creo que es fácil entender la diferencia entre contextos homogéneos desde el punto de vista cultural y contextos heterogéneos. Lo cierto es que la reivindicación liberal de la autonomía individual conduciría a la afirmación de que todos los

(5) VÁZQUEZ, R. *Estado de Derecho y globalización. Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Trotta, 2006. p. 220.

(6) Véase FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. pp. 366 y 367.

contextos sociales son heterogéneos y plurales, o por lo menos deberían poder serlo. Pero en todo caso, también es cierto que la reivindicación de la individualidad no niega la posibilidad de ámbitos de acuerdo y confluencia (ámbitos que, como se ha recordado, son imprescindibles para articular un sistema de derechos). La cuestión que nos plantean las sociedades en las que vivimos es que esos ámbitos de acuerdo están condicionados por su progresiva heterogeneidad cultural interna. Esa progresiva heterogeneidad, que se traduce en un aumento de la complejidad de las relaciones sociales de todo tipo, tiene mucho que ver con el sistema de derechos, con su garantía o con su desconocimiento: con su garantía, desde el momento en que la heterogeneidad solo es posible -o, si se prefiere, es el resultado- del disfrute de condiciones de libertad garantizadas por los derechos; con su desconocimiento, ya que la heterogeneidad social viene provocada también por fenómenos como el de la inmigración, que de un lado tiene origen en situaciones caracterizadas entre otras cosas por la ausencia de derechos y, de otro, provoca zonas de exclusión respecto a los derechos también en los países de acogida.

En todo caso, la complejidad es un dato sin el cual no podemos vivir y que hay que gestionar por tanto de manera adecuada. Por lo que interesa en esta reflexión, la complejidad constituye un auténtico reto a la hora de identificar ese mínimo moral común y compartido, cuya definición va a conducir a identificar lo que podríamos considerar zonas de irrenunciabilidad, lo cual implica la elaboración de un determinado discurso respecto a la tolerancia y sus límites. Pero un reto que en todo caso exige ser afrontado. Y un reto cuya complejidad aumenta en función del aumento de la heterogeneidad que se percibe cuando en la tarea de universalización de los derechos se traspasan los confines de los Estados.

La reflexión sobre la constitucionalización de los derechos en el marco de una más amplia reflexión sobre la historia de los derechos conduce a la cuestión sobre si el constitucionalismo constituye el fin de la historia de los derechos. Se podría pensar en una respuesta positiva desde el momento en que seguramente la situación en la que se encuentran los derechos en los contextos constitucionales -entendemos por situación lo referido a sus niveles de reconocimiento y protección- es la mejor de la que han disfrutado en cualquier momento histórico. Sin embargo, pensar en el constitucionalismo como materialización del fin de la historia de los derechos implicaría varias cosas en mi opinión. En primer lugar, desconocer que estamos centrando nuestra atención

exclusivamente en la situación que se produce en contextos localizados y determinados, referidos a aquellas situaciones democráticas en las que los derechos gozan de buena salud (al menos en el marco de una comparación con lo que ocurre en otros escenarios). En segundo lugar, implicaría desatender -o despreciar- el potencial emancipador que ha caracterizado a la historia de los derechos, al que se ha aludido anteriormente. Y en tercer lugar, supondría renunciar a una determinada filosofía de la historia, que reivindica la idea de progreso -también moral- y que, creo, tiene mucho que ver con el desarrollo y la evolución de los derechos.

En todo caso, identificar el constitucionalismo, como contexto contemporáneo de los derechos, con el fin de la historia de los derechos implicaría también desconocer el carácter programático del constitucionalismo. En efecto, como ha señalado Ferrajoli, el constitucionalismo es un programa para el futuro que en la actualidad presenta un carácter embrionario. Desde este punto de vista, incluye determinadas líneas de desarrollo que el mismo Ferrajoli resume en tres básicas⁽⁷⁾: la garantía de todos los derechos, liberales y sociales; la protección frente a todos los poderes, políticos y económicos; y la internacionalización de los derechos. De esta manera se refiere a la necesidad de desarrollar el constitucionalismo en una triple dirección: un constitucionalismo social, un constitucionalismo de Derecho Privado y un constitucionalismo internacional. Pues bien, en mi opinión, tanto el constitucionalismo social como el constitucionalismo de Derecho Privado pueden y deben ser considerados no de manera aislada, sino también como exigencias internas del constitucionalismo internacional.

Pero, junto a lo anterior, la superación de los márgenes del constitucionalismo "estatal" es una condición de la propia idea de derechos sobre la que aquel se ha edificado. En efecto, los derechos se entienden como universales. Pues bien, como parece evidente, tomarse en serio la universalidad de los derechos implica, como poco, proponerse superar las fronteras estatales para construir un sistema de derechos que las trascienda y que se libere de los condicionamientos internos. Lo anterior no significa desconocer las exigencias y las dificultades que tiene hablar de universalidad de los derechos, en sus dos versiones, la universalidad moral y la universalidad jurídica.

La vocación de universalidad de los derechos nos conduce a una superación de los marcos estatales en los que hasta el momento estos demuestran una mayor operatividad. La cuestión es cómo materializar ese proyecto de universalización de los derechos.

(7) Véase FERRAJOLI, L. *Derechos fundamentales*. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (traducción de De Cabo, A. y G. Pisarello) Madrid: Trotta, 2001. pp. 374 y siguientes.

En este sentido, considero que es razonable pensar en una deseable constitucionalización de la esfera internacional, es decir una traslación a ese ámbito de los esquemas básicos a través de los cuales se ha articulado el reconocimiento constitucional de los derechos. En resumidas cuentas y de manera clara: si logramos identificar aquellos contextos en los que el reconocimiento y protección de los derechos ha sido más eficaz -y en este punto creo que puede ser complicado encontrar una alternativa a las democracias constitucionales-, de lo que se trataría es de intentar trasladar las estructuras de aquellos contextos a aquellos otros -como el ámbito internacional- en los que el reconocimiento y la protección de los derechos sigue siendo un reto, o por lo menos no ha llegado a alcanzar las cotas del constitucionalismo democrático. Estamos frente a un ejercicio basado en la analogía entre el ámbito doméstico y el ámbito internacional⁽⁸⁾. En realidad, la aplicación del paradigma del Estado Constitucional a la esfera internacional puede ser justificada de dos maneras diferentes. Por una parte, puede ser considerada como el resultado lógico de la vocación de universalidad de los derechos. Y por otra puede ser entendida como resultado de la necesidad de superar déficits o carencias perceptibles en el contexto constitucionalista. En todo caso, el sentido último de la traslación o ampliación del paradigma constitucionalista está constituida por la pretensión -sin la cual este es incomprendible- de limitar al poder. En el contexto supranacional, el constitucionalismo debe demostrar no solo una capacidad limitativa, sino también una potencialidad constructiva⁽⁹⁾ en relación con la creación de las condiciones en las que los derechos puedan ser materializados.

No se trata en este momento de explicitar un programa de fundamentación o de acción. Disponemos de relevantes propuestas al respecto, desde Kant hasta Rawls o Ferrajoli. En todo caso, sí me interesa aludir a los problemas de esa superación, a sus exigencias y a las estrategias para llevarla a cabo.

La situación con la que nos encontramos en el escenario internacional contemporáneo es aquella caracterizada por la globalización y al mismo tiempo por la multiculturalidad. Se ha subrayado al respecto la caracterización del escenario globalizado como aquel en el que se produce una proliferación de poderes ausentes de control jurídico⁽¹⁰⁾, de manera que la globalización económica no está siendo acompañada necesariamente por un reconocimiento del imperio de la ley en los ámbitos globalizados; y la comunidad de Estados como una reproducción de la situación hobbesiana en la que hoy, "los 'hombres artificiales', después de haber pacificado y domesticado a los humanos 'lobos naturales', para protegerlos de sus recíprocas agresiones e intemperancias, corren hoy el riesgo de volverse contra ellos como 'lobos artificiales' y amenazar, por las lógicas de poder o de miedo que les animan, la supervivencia general"⁽¹¹⁾. La multiculturalidad, por su parte, parecería presentar una tendencia centrífuga no necesariamente coincidente con la sustancialización o materialización que el constitucionalismo supone al identificar determinados contenidos morales comunes mínimos y al garantizarlos a través de su reconocimiento en forma de derechos fundamentales⁽¹²⁾.

Por tanto estamos ante una situación en la que prevalece la disgregación cultural y al mismo tiempo se constata una disminución del valor de las reglas como mecanismos de resolución de conflictos. A partir de ahí es posible materializar el proyecto constitucionalista en el ámbito internacional siempre y cuando se satisfagan determinadas exigencias, morales, políticas y jurídicas.

Desde el punto de vista moral -ya se ha dicho- hablar de universalidad de los derechos implica la identificación de elementos morales comunes y compartidos, ya que si se pretende una efectividad de los derechos desde el punto de vista jurídico, se necesita una base axiológica de la que partir. En este sentido, en ocasiones llama la atención la ligereza con la que se alude a la universalidad de los derechos

(8) Véase FERRAJOLI, L. (traducción de Andrés P. y A. Greppi). *La soberanía en el mundo moderno. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 152; y, PARIOTTI, E. *Diritti umani e giustizia internazionale. Sul ruolo della giurisdizione internazionale*. En: DICIOTTI, E. y V. VELLUZZI (editores). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Giispichelli. Torino. 2003. p. 153.

(9) Véase BARBERA, A. *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. En: ID (editores). *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Bari: Laterza, 1998. p. 41.

(10) Véase DE ASIS ROIG, R. *Cuestiones de derechos*. Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 77.

(11) FERRAJOLI, L. (traducción de Andrés Ibáñez P. y otros) *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 939.

(12) Cossio ha aludido a las diferencias entre el constitucionalismo y el multiculturalismo. Así, se ha referido entre la filosofía política (normalmente comunitarista) en la que se apoya en multiculturalismo y el liberalismo asumido por el constitucionalismo. En segundo lugar, ha aludido a las distintas formas de concepción de los individuos y de su integración en la sociedad, ya que en el multiculturalismo se parte de la fragmentación social y de la necesidad de formas específicas de regulación y de reconocimiento, mientras que el constitucionalismo subraya la homogeneidad social. También, y conectado con lo anterior, el multiculturalismo reivindica, frente a una regulación uniforme, otra que asuma las diferencias entre las diferentes culturas y pertenencias. En cuarto lugar, frente a los mecanismos de democracia representativa asumidos por el constitucionalismo, el multiculturalismo reivindica -sobre todo en las culturas indígenas- la aceptación de los contenidos propios de cada cultura en lo que a la elección de representantes o determinación de contenidos jurídicos se refiere. Por último, el multiculturalismo implica una concepción fragmentada de la sociedad, que ha de tener un necesario reflejo en la Constitución, que se diferencia de la homogeneidad social asumida por el constitucionalismo. Véase COSSIO, J. R. *Constitucionalismo y multiculturalismo*. En: *Isonomía*. Número 12. 2000. pp. 90 y 91.

sin identificar al mismo tiempo los contenidos en relación con los cuales existe un acuerdo universal. Pareciera que solo por predicar la universalidad de los derechos, estos ya lo van a ser. El esfuerzo fundamentador que se ha llevado a cabo en el ámbito interno y que ha cristalizado en las estructuras del constitucionalismo debe reproducirse en el ámbito internacional. No es que la internacionalización de los derechos exija una fundamentación diferente, sino que, posiblemente, la tarea consistente en identificar valores y principios morales comunes y compartidos sea más ardua desde el momento en que los planteamientos morales y culturales posiblemente estén más lejanos los unos de los otros. Sin esa identificación, y sin el consiguiente compromiso moral respecto a esos contenidos, cualquier hipotética juridificación de unos supuestos derechos universales va a ser ficticia, quizás un ejercicio de voluntarismo que otra cosa.

Pero, posiblemente, la dificultad no radique solo en la compleja identificación de ese ámbito de acuerdo, sino también en los problemas con los que nos encontramos a la hora de materializar ese ámbito de acuerdo. Eso es lo que ha tomado en consideración Ernesto Garzón Valdés cuando se ha mostrado escéptico en relación con la efectividad del coto vedado constituido por los contenidos que operan como restricciones constitucionales a las decisiones de las mayorías, que configuran el ámbito de lo despolitizado en los sistemas democráticos, y que requieren una intervención política normativa para asegurar su realización efectiva⁽¹³⁾. Y ha basado su escepticismo en tres diferencias entre el nivel nacional y el nivel internacional: la diferencia entre persona individual y Estado soberano; la diferencia entre la aplicación de sanciones a nivel nacional y a nivel internacional; y la diferencia entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional. En realidad, podríamos reconocer que las dificultades derivan de que la idea de coto vedado implica tanto la identificación de determinados contenidos como toda una arquitectura institucional tendente a proteger y garantizar esos contenidos. Se trata, por tanto, de desarrollar esas dos dimensiones en el ámbito internacional. De ello se deriva la necesidad de atender también a las exigencias políticas y jurídicas de la constitucionalización de la esfera internacional.

La universalización de los derechos exige descansar en un determinado modelo de organización política. En este sentido, la estrecha

vinculación entre los derechos y la democracia parece una referencia difícilmente sustituible, no solo en relación con las situaciones nacionales sino también con el escenario internacional⁽¹⁴⁾. Ciertamente, en este punto nos podemos encontrar con un razonamiento circular, con un círculo vicioso, que es aquel que se produce cuando se afirma que sin democracia no hay derechos humanos y que sin derechos humanos no hay democracia. Y uno de los problemas con los que nos podemos encontrar es el de la viabilidad del modelo operativo en las democracias constitucionales en situaciones y contextos diferentes al de éstas. En este punto, una tesis como la de Amartya Sen contribuiría a afirmar la universalidad de los valores democráticos a través de una consideración de la democracia que va más allá de su mera identificación con la regla de las mayorías y con los procesos electorales. Para Sen, una concepción de la democracia vinculada al valor de la discusión libre y de la deliberación permite superar la tesis de acuerdo con la cual la democracia es una idea exclusivamente occidental que responde a una forma de occidentalización o si se prefiere a un "excepcionalismo europeo"⁽¹⁵⁾. De esta manera la democracia constituye un auténtico valor universal, lo cual significa, en opinión de Sen, no tanto que tenga que ser aceptado en todo el mundo ("Si esto último fuera verdaderamente necesario, entonces la categoría 'valores universales' estaría seguramente vacía") como que la gente tenga buenas razones para considerarlo valioso: "la reivindicación de universalidad reside en que la gente, en todas partes, haya decidido considerar un determinado valor como universal"⁽¹⁶⁾. Así, la aceptación de la democracia dependería del reconocimiento de sus virtudes, de sus méritos, de las formas en que la democracia enriquece la vida de los ciudadanos⁽¹⁷⁾. En este sentido, la libertad política es una parte importante de la libertad, indispensable para la vida buena de los individuos en su consideración de seres sociales. Así, la participación política constituiría un valor intrínseco para la vida de los individuos, desde el momento en que su prohibición constituiría una privación o un mal mayor. Por otra parte, la democracia presentaría un valor instrumental desde el momento en que asegura la atención a las reivindicaciones de la ciudadanía. En fin, la democracia presenta un valor constructivo ya que permite a los individuos aprender los unos de los otros en la tarea de fijación de valores y prioridades compartidos.

(13) Véase GARZÓN VALDES, E. *Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del "coto vedado" a nivel internacional*. En: *Derechos y Libertades*. Número 12. pp. 57-69.

(14) Véase BONANATE, L. *Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani*. En: FERRAJOLI, L. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, a cura di E. Vitale*. Bari: Laterza, 2001. pp. 261 y siguientes.

(15) Véase SEN, A. (traducción de Lomelí Ponce, J.) *El valor de la democracia*. El Viejo Topo, 2006. pp. 17 y 37.

(16) *Ibid.*; p. 79.

(17) *Ibid.*; pp. 73 y 74.

Pues bien, en mi opinión, una propuesta como la de Sen exige la prueba derivada del contraste con la realidad y con las prácticas políticas realmente existentes. Y ello porque la democracia, como sistema de adopción de decisiones colectiva y de organización social en sentido más amplio, no debe limitarse al ámbito de la teoría sino que debe materializarse en comportamientos efectivos. Solo la verificación de esos comportamientos puede certificar la validez de la afirmación de acuerdo con la cual la democracia constituye un valor universal.

Y en tercer lugar, es en el terreno de las exigencias jurídicas en el que, posiblemente, se observa de manera más nítida el sentido de la “analogía doméstica”, mediante la cual se propone una traslación de las estructuras nacionales al ámbito internacional. Como podrá observarse, en realidad estamos ante exigencias mínimas del constitucionalismo democrático que, si bien en este caso puede considerarse objetivos alcanzados, en el ámbito internacional se presentan todavía como objetivos a alcanzar. Objetivos que por otra parte parecen irrenunciables desde el momento en que en buena medida son expresión de los aspectos básicos del *rule of law*, entendido como estrategia limitadora del poder: la soberanía limitada por el Derecho, el principio de legalidad formal y la afirmación de la prioridad del gobierno de las reglas sobre el gobierno de los hombres⁽¹⁸⁾. En todo caso, son requisitos imprescindibles para articular una esfera pública que contribuya a colmar el “vacío de Derecho Público” que en opinión de Luigi Ferrajoli distingue el ámbito internacional, que se caracteriza por la ausencia de reglas y límites efectivos a los que someter los poderes, tanto públicos como privados, cuya actuación, en el marco de la globalización, certificaría la crisis del Derecho⁽¹⁹⁾. Así, en primer lugar parece imprescindible la realización de las exigencias del principio de legalidad y del imperio de la ley en el ámbito internacional. Ello implica que, de la misma manera que en el interior de un Estado de Derecho los sujetos -públicos y privados, individuales o colectivos- están sometidos a las normas jurídicas, también en el ámbito internacional se debe producir tal sometimiento. En segundo lugar, debe reivindicarse la efectividad del principio de igualdad ante el Derecho en el ámbito de la sociedad internacional. De la misma manera que así se propugna en el marco del Estado de Derecho, también en el ámbito internacional todos los sujetos deben ser iguales ante el Derecho y el Derecho debe ser el mismo para todos. Estamos aludiendo por

tanto a la igualdad formal. Pero, también en paralelismo con lo que ocurre en los Estados, las exigencias exclusivas de la igualdad formal son *per se* insuficientes: deben ir acompañadas y completadas por la satisfacción de las exigencias de la igualdad sustancial. Además, para satisfacer las anteriores exigencias, se presenta como irrenunciable la existencia de una autoridad, con el suficiente grado de localización y fortaleza, capaz de imponer, en última instancia a través de la fuerza, las normas del Derecho Internacional. Eso es lo que ocurre, también, en el interior de los Estados de Derecho respecto a las normas jurídicas nacionales. Por último, las anteriores condiciones necesitan desarrollarse en un marco de legitimidad derivado, básicamente, del origen y del ejercicio de la autoridad encargada de producir y hacer cumplir las normas.

En definitiva, si queremos evitar que los derechos terminen convirtiéndose en privilegios de los que disfrutamos algunos y lograr, por el contrario, que desarrollen las exigencias de su universalidad, hemos de ser conscientes de que tenemos ante nosotros un desafío de triple naturaleza: moral, política y jurídica. Estamos obligados a desarrollar un esfuerzo tendente a la identificación de un sustrato moral sobre el cual construir unos derechos asumibles por los distintos planteamientos culturales. La cuestión es si eso puede ser posible, desde el momento en que lo que se trata de evitar es que, con el pretexto de universalizar el discurso moral de los derechos, estos se desfiguren como tales o terminen instalados en el ámbito de la retórica. Estamos obligados, también, a construir una estructura política capaz de crear los escenarios adecuados para que los derechos se puedan materializar de manera efectiva. Creo que la lección de la historia en este punto es que la democracia -con todas sus dificultades y exigencias- no tiene alternativa. Estamos obligados, en último lugar, a construir un orden jurídico internacional que, desde el punto de vista estructural y formal garantice la viabilidad de los derechos. Creo que, posiblemente, esta afirmación se pueda reconducir a una reivindicación del imperio de la ley. Si bien es cierto que el imperio de la ley, el respeto por la regla como garantía de la convivencia, no asegura el respeto de los derechos, también lo es que sin imperio de la ley la satisfacción de los derechos va a depender de voluntades arbitrarias. Lo que estamos reivindicando, así, es el respeto por el Derecho, el reconocimiento de su valor como criterio básico de organización, también en el ámbito internacional; en definitiva, la dignidad del Derecho de los derechos. ^{FF}

(18) Véase, entre otros: TAMANAHA, B. Z. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge University Press, 2004. pp. 114 y siguientes.

(19) Véase FERRAJOLI, L. *Derechos fundamentales*. p. 380; *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*. En: *Analisi e Diritto*. 2002-2003. p. 345.