

# **LUIGI FERRAJOLI LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS**

Conversación con Mauro Barberis

E d i t o r i a l   T r o t t a

# **LUIGI FERRAJOLI LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS**

Conversación con Mauro Barberis

E d i t o r i a l   T r o t t a

Las páginas de este libro trasladan al lector el contenido de la interesante y riquísima conversación mantenida por Mauro Barberis (y, en momentos puntuales, Giorgio Pino) con Luigi Ferrajoli a finales de 2012. Versa sobre una gran variedad de asuntos, que van de la pericia vital-profesional de este a sus tesis en materia de teoría del derecho y de la democracia, pasando por toda una multiplicidad de cuestiones polémicas, entonces y ahora, de candente actualidad. Entre estas, las que hoy suscita el ejercicio de la jurisdicción, convertida en verdadero rompeolas de muchos de los graves conflictos que afligen a nuestros atormentados estados de derecho.

En tal brillante ejercicio de interlocución, y con frecuencia de inteligente provocación por parte de Barberis, este tiene la virtud de *sacar fuera* —en el que, a pesar de la densidad de los temas, es un ágil coloquio— no solo al penetrante estudioso, sino también al intelectual comprometido activamente con su tiempo que hay en el entrevistado. Ello permite ver de manera ejemplar que ambas dimensiones no solo pueden convivir a la perfección, sino que idealmente se implican. Y aquí también eficazmente, pues la reflexión teórico-formal (nunca ensimismada) de Ferrajoli sobre el derecho en el contexto político-cultural que le es propio trata, en su nivel de abstracción, sobre problemas bien reales, nacidos en la interacción y la experiencia colectiva de las personas de carne y hueso.

La obra, sugerente y movilizadora, se cierra con un índice de autores y, en especial, de materias, que permite al lector extraer el máximo provecho de su estimulante contenido.





## **Los derechos y sus garantías**



Los derechos y sus garantías  
Conversación con Mauro Barberis

Luigi Ferrajoli

Traducción de José Manuel Revuelta  
Revisión técnica de la traducción  
de Perfecto Andrés Ibáñez

E D I T O R I A L              T R A T A

La traducción de esta obra ha sido financiada por el SEPS  
Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche



Via Val d'Aosa 7 - 40123 Bologna - Italia  
seps@seps.it - www.seps.it

Questo libro è stato tradotto grazie ad un contributo alla traduzione assegnato dal Ministero degli Affari Esteri italiano – Este libro se ha publicado con una subvención a la traducción concedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores italiano

**COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS**  
**Serie Derecho**

Título original: Dei diritti e delle garanzie  
Conversazione con Mauro Barberis

© Editorial Trotta, S.A., 2016  
Ferraz, 55. 28008 Madrid  
Teléfono: 91 543 03 61  
Fax: 91 543 14 88  
E-mail: editorial@trotta.es  
<http://www.trotta.es>

© Luigi Ferrajoli y Mauro Barberis, 2016

© José Manuel Revuelta, para la traducción, 2016

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-9879-620-9  
Depósito Legal: M-2923-2016

Impresión  
Grupo Gráfico Gómez Aparicio

## ÍNDICE

Presentación: <i>Mauro Barberis</i> .....	9
1. Justicia y legalidad .....	13
2. Derechos y garantías .....	55
3. Democracia y política .....	105
Índice de nombres y de materias .....	153



## PRESENTACIÓN

Luigi Ferrajoli tal vez no necesite presentación como persona, pero sí la merece su teoría, el garantismo. El mayor exponente de la Escuela italiana de filosofía analítica del derecho, el principal heredero de Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, es uno de los no escasos italianos más conocidos fuera del país que en el suyo propio. Desde hace ya bastantes años se dedica a construir una teoría del derecho y de la democracia, analizada y discutida en todo el mundo, en especial en los países latinos del Viejo y del Nuevo Continente; una teoría que ha recibido muchas denominaciones aunque aquí la llamaremos simplemente garantismo. En comparación con las abundantes y brumosas visiones del mundo y con tantas milagreras recetas para salir de la crisis, el garantismo de Ferrajoli se distingue porque lee los problemas y propone soluciones en términos rigurosamente jurídicos, esencialmente en términos de garantías de los derechos de las personas.

El núcleo central de la conversación que sustenta este libro fue grabado en Roma, del 13 al 14 de diciembre de 2012, en casa de Ferrajoli, y reescrito después de las elecciones políticas de febrero y de la posterior formación del gobierno Letta, en el tormentoso clima de la reelección del presidente de la República. Pero, dado que es imposible seguir la actualidad del día a día, tan cambiante, lo que no deja de causarnos enorme consternación, hemos preferido afrontar algunos temas centrales de la teoría del derecho y de la democracia. La discusión gira en torno a tres grandes ejes: los viejos y nuevos problemas de la justicia de los que Luigi es uno de los grandes expertos en Italia; la cuestión de los derechos y de sus garantías, es decir, de los límites a los poderes, públicos y privados, nacionales o supranacionales; la actual crisis de la democracia representativa y de los partidos y también de la democracia constitucional. Cuestiones todas sobre las que Ferrajoli adelanta desde hace tiempo, en espe-

cial en sus libros *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989)\* y *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007)\*\*, propuestas originales que tanto el legislador como quienes participan en debates públicos harían bien en tenerlas presentes.

La conversación nace de un error, de una polémica y de una entrevista. El error, no solo mío, ha consistido en asemejar el garantismo de Ferrajoli con el neoconstitucionalismo de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Gustavo Zagrebelsky; esto es, con la teoría del derecho hoy dominante en el continente europeo en la que aflora con frecuencia la idea de que los principios constitucionales chirrían entre sí provocando conflictos que deben resolverse con la ponderación, tanto por parte del legislador como de los jueces. Ferrajoli ha reaccionado a esta asimilación atacando al neoconstitucionalismo y a la noción misma de ponderación de los principios, en un ensayo de 2010, aparecido primero en *Giustizia costituzionale* y después en la revista española *Doxa*, que ha originado un amplio debate. Como partícipe de la discusión he sostenido posiciones fuertemente opuestas a las de Ferrajoli dando lugar a una semana de polémicas, vía correos electrónicos que, como suele suceder entre interlocutores intelectualmente honestos, han acabado acercándose.

En ese momento hice una entrevista a Luigi, que apareció en la revista *Il Mulino*, dirigida por Piero Ignazi, que se centraba en la crítica a los populismos, tanto de derecha como de izquierda; tema común también de uno de los fundadores de *Il Mulino*, Nicola Matteucci. Al leer la entrevista, muchos, y en especial Daniela Bonato, se percataron de que había un abismo entre el modo de afrontar los problemas por parte de Ferrajoli, pormenorizado y rigurosamente jurídico, y el vaporoso de tantos *maîtres à penser* de nuestros días. Esta constatación nos ha llevado a ampliar la entrevista con otros temas, en un periodo de nuestra historia reciente en el que todo cambia de manera vertiginosa, en el que la experiencia de hoy parece enterrar la de ayer; precisamente por eso se atisbaba la urgencia, sobre todo para nosotros, los juristas, de ofrecer indicaciones precisas que pudieran paliar los desastres de la política. Añádase además, el psicodrama en que ha caído la izquierda italiana tras las elecciones políticas y presidenciales, con circunstancias que no podían quedar en el olvido en una reflexión crítica acerca de nuestra democracia.

\* Traducción española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Térnadas y R. Cantarero, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, <sup>10</sup>2011.

\*\* Traducción española de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Trotta, Madrid, 2011.

## PRESENTACIÓN

De todo eso nace la presente conversación que, en sus intenciones, pretendería ser vivaz como un *instant book*, aunque mucho más analítica, más puntual y concreta que muchos otros escritos panfletarios sobre los mismos argumentos. En la preparación del libro ha contribuido la editorial Il Mulino con un trabajo conjunto de su director editorial Andrea Angiolini, la disponibilidad de Luigi, las agudas observaciones de Daniela y la colaboración de Giorgio Pino, colaborador de la editorial y teórico del derecho y que, aunque mucho más joven, discute con Ferrajoli desde hace mucho más tiempo que yo. Los diversos defectos de la conversación deben achacarse, pues, a la cantidad y calidad de los problemas tratados y a las limitaciones de este otro conversador.

Génova, mayo de 2013

MAURO BARBERIS

Las preguntas (en cursiva) son de Mauro Barberis, salvo cuando se señala que pertenecen a Giorgio Pino, y las respuestas, de Luigi Ferrajoli.



## JUSTICIA Y LEGALIDAD

*Querido Luigi, empézemos presentándonos a los lectores, que es lo que hacen las personas bien educadas. Los dos somos profesores de Derecho, hemos tenido maestros comunes, somos amigos y discrepamos sobre un montón de cosas. Por indicar alguna: tú eres un demócrata radical, ilustrado y reformista, y yo un liberal de izquierdas, más escéptico aunque tal vez más realista que tú. O, dicho de otra manera, tú propones soluciones constructivas e ilustradas y yo trato de desmontártelas; aunque también podría ser al revés: optimismo de la voluntad y pesimismo de la razón pueden perfectamente intercambiarse. ¿Aceptas el reparto?*

Por supuesto. Tratar de desmontar las soluciones propuestas es la mejor manera de ponerlas a prueba. Te lo agradezco y también la iniciativa de esta conversación.

*Otra sugerencia preliminar para simplificar el discurso. Tu teoría jurídica y tu propuesta política han sido etiquetadas de muchas maneras: neo-iuspositivismo, ius-constitucionalismo, constitucionalismo garantista, constitucionalismo, o garantismo tout court. Todas las etiquetas, como es natural, suscitan problemas, pero «garantismo» es la menos problemática: baste aclarar que el garantismo penal, del que hablaste en Derecho y razón, pasó a ser garantismo social en Principia iuris. La propuesta es la siguiente: ¿nos olvidamos de los demás nombres y hablamos solo de garantismo?*

Me parece bien. El garantismo, tal como lo entiendo, no es más que la otra cara del constitucionalismo, la que trata de asegurar su cumplimiento mediante la introducción y la actuación de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos. Las garantías son de hecho las técnicas con las que se tutelan y se satisfacen los derechos; derechos que

consisten, en su totalidad, bien en necesidades, o bien en inmunidades, es decir, en expectativas pasivas, asociadas o no a facultades. He distinguido dos tipos: las *garantías primarias*, que son las prohibiciones y las obligaciones, correspondientes unas a los derechos consistentes en expectativas negativas de no lesión, y otras a los derechos consistentes en expectativas positivas de prestación; como la prohibición de matar, por ejemplo, que se corresponde con el derecho a la vida, y la obligación de recibir asistencia sanitaria, que corresponde al derecho a la salud; las *garantías secundarias* son, en cambio, las intervenciones jurisdiccionales tendentes a reparar o a sancionar las violaciones de las garantías primarias.

Propuse, hace más de veinte años, en el libro titulado *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), una primera teorización del garantismo en el terreno del derecho penal, que es donde la relación entre autoridad y libertad es más brutal. Poco después llegó Tangentopoli\* y desde entonces se ha hablado hasta la saciedad del garantismo, sobre todo para permitir que los poderosos queden al margen de la jurisdicción penal; sin embargo, la jurisdicción es en sí misma una garantía que interviene, por vía secundaria, contra las violaciones de las garantías formuladas por el derecho en vía primaria. La expresión «garantismo» ha acabado así designando, sobre todo en el uso que le ha dado la derecha, exactamente lo contrario de lo que es el paradigma garantista, esto es, un sistema de límites y vínculos impuestos a todos los poderes, no solo al judicial, como garantía de todos los derechos fundamentales, y no solo de los derechos de libertad frente a la intervención penal.

Nacido, pues, en el terreno penal, el garantismo puede extenderse de hecho en una triple dirección: como garantía de los derechos de libertad y también de todos los demás derechos constitucionalmente establecidos, desde los derechos políticos a los derechos civiles y sociales; como garantía de los derechos frente a los poderes públicos y también frente a los poderes privados del mercado, indebidamente asimilados por la tradición liberal a la simple libertad; como garantía, por último, no solo de los derechos establecidos por los ordenamientos nacionales frente a los poderes estatales, sino también de los derechos establecidos en las diversas cartas y convenciones internacionales. Es la *extensión* que propuse en el que ha sido el trabajo más importante y comprometido de mi vida: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, en 3 volúmenes (2007).

\* Tangentopoli fue un famoso escándalo de sobornos, dinero a cambio de favores, que derivó en el proceso Manos Limpias, gracias a las indagaciones de la Magistratura de Milán, en 1992. Fueron encausadas más de cuatro mil personas y supuso el fin de la Democracia Cristiana y del Partido Socialista. «Tangente» significa en italiano «soborno» (N. del T.).

Durante estos años, salpicados por los escándalos de la Segunda República, que han hecho empalidecer incluso a los de la Primera, «garantismo» ha corrido el riesgo de convertirse en lo opuesto a «justicialismo». ¿No debería emplearse, si acaso, como lo opuesto a «populismo»? ¿Puedes recordarnos cómo nace el término «garantismo»?

Aparte de unos pocos y esporádicos precedentes —los ha rastreado Dario Ippolito en un ensayo de 2011 titulado *Garantismo e libertà*— «garantismo» es un neologismo introducido en Italia en la segunda mitad de los años setenta. Hizo su aparición en la cultura de la izquierda de entonces en el terreno del derecho penal, como réplica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que en aquellos años degradaron el ya débil sistema de garantías de lo que debe ser el justo proceso. Creo que fui uno de los primeros en usarlo en una larga serie de artículos y ensayos de los años setenta y ochenta, y después en el subtítulo de *Derecho y razón*. Se produjo entonces, en la izquierda italiana, una división entre los responsables de la legislación de emergencia, como respuesta casi obligada a la amenaza del terrorismo, y quienes sostenían, por el contrario, la necesidad de responder a esa amenaza con la fuerza del Estado de derecho, cuya capacidad para no admitir ni excepciones ni cesiones fue puesta a prueba en momentos realmente difíciles. En este sentido, el garantismo penal se alía con la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa su compromiso, propio de la ilustración jurídica, de minimizar el poder punitivo: un compromiso identificado después con el proyecto de un *derecho penal mínimo*, expresión acuñada por mí en esos años, en polémica con las tesis abolicionistas del derecho penal, para designar un modelo de derecho capaz de vincular la intervención punitiva, en la previsión legal de delitos y en su comprobación judicial, a esos límites rígidos, impuestos como tutela de los derechos de la persona, que son las garantías penales y procesales. Después, la palabra «garantismo» ha sido desacreditada por el uso instrumental que de ella ha hecho la derecha, fundamentalmente para apoyar la impunidad de los poderosos.

«Justicialismo», por el contrario, es una palabra que no significa nada. Si acaso, lo opuesto a «garantismo», allá por los años setenta y ochenta, fueron palabras como «emergentismo», en apoyo de las leyes o las praxis de excepción, y más aún «sustancialismo», para indicar una orientación jurisdiccional que trataba de sustanciar las responsabilidades penales al margen de los llamados formalismos garantistas. De hecho, lo opuesto al garantismo es el despotismo judicial, y lo es también, como tú dices, el populismo penal, es decir, la demagogia que trata de obtener un consenso fácil mediante la represión punitiva: como si elevar las penas contra los delincuentes y disminuir las garantías de los imputados fuesen la panacea de todos los problemas penales, de la criminalidad organizada a la

corrupción e incluso a la violencia de género. En el *populismo penal* distinguiría, además, dos tipos: el *populismo legislativo*, que se manifiesta sobre todo en esas campañas a favor de la seguridad, donde la seguridad lo es todo, y en la producción demagógica de leyes-manifiesto que solo sirven para alimentar el miedo y, con él, el consenso popular; y el *populismo judicial*, del que son ejemplo algunos fiscales que luego se han pasado a la política, y que se manifiesta en su protagonismo en el debate público tendente también a procurar consenso a sus actuaciones y sobre todo a sus personas.

*No te pido, pues, tu opinión acerca de la entrada en la política de personajes como Di Pietro, De Magistris o Ingroia\*. Te pido más bien que propongas remedios a esta invasión del campo por magistrados; de la de los políticos ni siquiera vale la pena discutir.*

Me ha impresionado sobremanera el exhibicionismo, la capacidad de suplantación y el sectarismo de algunos magistrados puestos en órbita por los medios, primero en el desarrollo de sus funciones como fiscales y después en la campaña política en la que se han volcado con ocasión de las recientes elecciones. Por supuesto, no dudo de que tanto ellos como sus simpatizantes han obrado con la más absoluta buena fe, pero eso mismo hace que sea aún más necesario proponer una deontología judicial, opuesta a la concepción y a la praxis que ellos han expresado, en apoyo de la legitimidad de la jurisdicción como garantía de los derechos.

Reflexionando sobre estas formas de protagonismo propuse en el último congreso de Magistratura Democrática una serie de máximas deontológicas que voy a tratar de enumerar: *a)* los jueces y los fiscales deberían ser siempre plenamente conscientes del carácter «terrible» y «odioso» de su poder, como dijeron Montesquieu y Condorcet; es este un poder del hombre sobre el hombre capaz, más que ningún otro, de destrozar la vida de las personas; *b)* la duda como hábito, la prudencia en el juicio y la disposición a escuchar todas las diferentes y aun opuestas razones; la conciencia del carácter siempre relativo e incierto de la verdad procesal —probabilista de hecho y opinable en derecho— y por eso, de la permanente posibilidad de errar; las garantías procesales pueden reducir esa posibilidad, pero nunca suprimirla por completo; *c)* la equitativa comprensión de las circunstancias singulares e irrepetibles que hacen de cada hecho un caso irreduciblemente diferente a todos los demás, aunque subsumibles en la misma previsión legal; por eso, la indulgencia

\* Antonio Di Pietro, Luigi De Magistris y Antonio Ingroia, tras haberse distinguido como fiscales por investigaciones relativas a asuntos de corrupción, y a partir de la popularidad adquirida de este modo, dieron el salto a la política (*N. del T.*).

en la valoración de tales circunstancias sobre todo con los sujetos más débiles; *d)* el respeto debido a todas las partes en causa, víctimas e imputados, sean estos terroristas, mafiosos o corruptos, porque todos están dotados de «igual dignidad social», como dice el artículo 3 de nuestra Constitución; de ahí la asimetría que interponen las garantías entre la incivildad del delito y la civильidad del derecho como factor de deslegitimación del primero por obra del segundo; *e)* la capacidad del juez de absolver según lo que resulte de las actuaciones, aun cuando todos reclamen la condena, y de condenar aun cuando todos reclamen la absolución, preocupándose, no del consenso de la opinión pública, sino de la confianza de las partes en su imparcialidad y en su honestidad intelectual; *f)* por último, el hábito de sobriedad y reserva que debería manifestarse en el rechazo a hablar de los propios procesos en cualquier sede, tanto más si esta es pública, en huir de cualquier forma de popularidad y en no dar lugar a la sospecha de una instrumentalización política del ejercicio de la jurisdicción.

*Imposible refutar estas máximas, sobre todo porque se trata de principios deontológicos. ¿No será que los consensos que has recibido, incluso de los magistrados, se deben precisamente al carácter genérico y meramente deontológico de estos principios, es decir, a la renuncia a poner límites legislativos, o incluso, constitucionales, al tránsito de la magistratura a la política y viceversa?*

Sí, pero sucede que estas máximas siguen siendo ignoradas. Ni se acepta la duda como hábito intelectual y moral ni se respeta al imputado, al que se ve con frecuencia como culpable o peligroso o, peor aún, como enemigo. El mantenimiento del prejuicio y la tendencia a considerar las acusaciones como incuestionables son los elementos característicos de la nunca desaparecida lógica inquisitorial. El esquema argumentativo que constituye el rasgo inconfundible y falaz de esta lógica es, en efecto, la petición de principio, en virtud de la cual, la tesis que hay que probar, que debería ser la conclusión de una argumentación inductiva sustentada con pruebas y no desmentida por contrapruebas, está ya contenida en las premisas, apodícticamente asumida como verdadera. Es el prejuicio lo que condiciona rígidamente el juicio inquisitorial, funcionando como criterio de orientación de las investigaciones, como filtro selectivo de las pruebas —creíbles si las confirman, no creíbles si las contradicen—, como clave interpretativa de todo el material procesal.

Esta circularidad de la lógica inquisitorial que convierte las tesis acusatorias en hechos incuestionables es una peligrosa tentación, sobre todo en los grandes procesos en los que, dada su resonancia mediática, el magistrado inquirente llega a ver en la confirmación en juicio de las hipótesis acusatorias una condición de su propia reputación profesional.

Es esta fuerza del prejuicio la que transforma el procedimiento en lo que Cesare Beccaria llamó «proceso ofensivo». El juez, más que un «indiferente investigador de la verdad [...] se convierte en enemigo del reo» y «no indaga la verdad del hecho, sino que busca el delito en el preso, insidiándolo, y cree perder si no lo encuentra, y frustrada la infalibilidad que el hombre se arroga en todas las cosas».

En cuanto a la cuestión que propones en tu anterior pregunta acerca de los límites jurídicos que deberían ponerse en el tránsito de la magistratura a la política y viceversa, estoy absolutamente de acuerdo. Actualmente, el artículo 51, último apartado, de la Constitución, establece que «quien es llamado a ejercer funciones públicas electivas tiene derecho [...] a conservar su puesto de trabajo». Sin embargo, en tiempos como estos, en los que son tan frecuentes las acusaciones de politización de la jurisdicción, sería sumamente oportuna una más rigurosa disciplina de la participación de los magistrados en las contiendas electorales. Al menos, los magistrados no deberían ser elegibles en los lugares en los que han ejercido sus funciones durante los últimos años ni deberían volver a ejercerlas allí al final de su mandato electoral. Serían además muy oportunas las dimisiones de quien se postula a funciones públicas electivas: una carga que, aunque no establecida por la ley, debería ser propuesta por algún magistrado como un deber elemental de deontología profesional.

*Salimos de un veintenio en el que los problemas de la justicia y hasta la misma reforma constitucional han sido agitados, sobre todo por la derecha, en favor de su líder y sin más resultados que algunas leyes ad personam lentamente desmanteladas después por nuestro sistema constitucional y judicial. Pero los problemas, que ya existían en 1994, después de Tangentopoli, siguen estando ahí y se trata de afrontarlos sin la gigantesca coartada que durante todos estos años ha sido, y aún sigue siendo, Silvio Berlusconi...*

Sobre este veintenio «reformista» de nuestra derecha digamos solo dos cosas. Durante todos estos años, la reforma de la justicia ha girado casi exclusivamente en torno a los problemas personales de Berlusconi con la justicia. A este orden de «reformas» pertenece el verdadero *corpus iuris ad personam*, codificado por el Parlamento, consistente en la supresión del delito de falsedad contable, el boicot de las comisiones rogatorias, la reducción de los términos de duración de los procedimientos para llegar a la prescripción de los delitos, la prolongación de los procedimientos con el mismo fin, las abundantes apelaciones hasta asegurar la impunidad del tantas veces procesado Berlusconi, los intentos, por último, de reducir la independencia de los fiscales y la autonomía y las competencias del Consejo Superior de la Magistratura. Ni siquiera así se ha conse-

guido una reforma orgánica de la justicia, en la que la derecha nunca ha estado demasiado interesada; y dadas las premisas diré que por suerte.

Un discurso análogo vale para la reforma constitucional, también esta hecha a medida de los delirios de grandeza de quien la proponía. La incoherente reforma aprobada por la derecha, con la ley constitucional del 16 de noviembre de 2005, luego afortunadamente rechazada por una amplísima mayoría (el 61% de los votos) en el referéndum popular de junio de 2006, tendía a hacer de nuestra democracia parlamentaria lo que Leopoldo Elia llamó un sistema de «absoluto dominio del primer ministro». Con el pretexto de evitar los llamados «ribaltoni» [vuelcos], esto es, las normales crisis parlamentarias de gobierno, esa reforma imposibilitaba las mociones de confianza al gobierno, dado que disponía que esta solo podía ser votada por su misma mayoría. Mayoría que quedaba así escayolada, vinculada a las decisiones del jefe, y los gobiernos totalmente irresponsables frente al Parlamento; la dialéctica parlamentaria resultaba abolida. Ambas reformas fracasaron luego, por fortuna, dado su carácter absolutamente regresivo e instrumental. No obstante, los ataques a la Constitución han retornado en esta legislatura; pero sobre este tema volveremos más adelante.

*Creo que tus ideas acerca de los principales problemas de la justicia que el Parlamento debería afrontar con seriedad, sin digresiones sobre cuestiones ideológicas o de interés personal, como ha sucedido durante estos últimos veinte años, son bastante claras.*

Evidentemente son muchas las cuestiones sobre las que deberemos hablar. Lo primero que hay que decir, a propósito de la justicia penal, es que, en política, solo hay un modo de reducir el arbitrio judicial y de someter a los jueces a la voluntad democrática del Parlamento: que este sepa hacer su propio menester de legislador, es decir, que sea capaz de producir leyes suficientemente precisas y unívocas que vinculen efectivamente a los jueces en el momento de aplicarlas. No limitando la independencia de los jueces y de los fiscales, ni suprimiendo la obligatoriedad de la acción penal, ni restaurando la organización de los jueces en carrera, ni modificando la composición del Consejo Superior de la Magistratura, ni reduciendo con otros medios la separación de poderes, sino refundando radicalmente la legalidad, sobre todo la penal.

Este es hoy el verdadero problema. Estamos asistiendo a una profunda crisis de la capacidad reguladora de la ley y a una auténtica anarquía legislativa: no solo en el terreno cuantitativo, por la inflación de leyes y leyes-medida de excepción o de ocasión, sino también en el cualitativo. El lenguaje de las leyes ha llegado a ser tan oscuro, tan tortuoso, tan lleno de reenvíos a otros textos normativos y de inútiles diva-

gaciones y neologismos burocráticos, que comprender su significado es a veces una ardua y casi imposible tarea incluso para un jurista. Pero en materia penal la crisis de la certeza del derecho, provocada por esta disfunción del lenguaje legal, equivale a una pesada hipoteca sobre nuestras libertades. La primera garantía frente al arbitrio punitivo, como tal vez saben nuestros lectores, es el principio de absoluta reserva de ley: los delitos y las penas deben estar taxativamente fijados por la ley para que se sepa con exactitud lo que está prohibido y castigado, y los jueces deben estar estrechamente vinculados a la verificación de lo que la ley prohíbe y castiga. No olvidemos que la clásica tesis de Montesquieu según la cual el juez debe ser la «boca de la ley», fue una fórmula revolucionaria blandida por la ilustración penal contra el feroz y arbitrario despotismo de los jueces del *ancien régime*. Naturalmente, si se toma al pie de la letra, o bien se convierte en tesis descriptiva, entonces no pasa de ser una mera fórmula ideológica, basada en una teoría del juicio superficial e insostenible que posiblemente solo sirve para liberar de responsabilidad a los jueces ocultando las inevitables opciones determinadas por el carácter opinable de la interpretación de la ley y por el carácter probabilista de la inducción probatoria. Pero hoy, frente a la regresión del derecho legislativo, frente a la incertezza y a la arbitrariedad del derecho jurisprudencial premoderno, esa vieja fórmula vuelve a tener una valencia reformadora, bien como idea-límite o como parámetro regulador, nunca plenamente realizable, de legitimación de la intervención punitiva. Hoy, las leyes penales especiales o las figuras legales del delito se cuentan por millares, hasta el punto de que nuestro Tribunal Constitucional, con la Sentencia n.º 364, de 24 de marzo de 1988, debió archivar como irreal el clásico principio de que la ignorancia de la ley no excusa, ya que, hoy, es prácticamente imposible, no solo al ciudadano común, sino incluso a los abogados, saber qué comportamientos están prohibidos y cuáles permitidos.

En estas condiciones, la simple *reserva de ley orgánica*, esto es, el principio según el cual ningún hecho es punible si no está previsto y castigado por una ley del Estado, no es suficiente para garantizar la claridad y la certeza del derecho penal; de ahí, su cognoscibilidad y su capacidad reguladora frente a ciudadanos o jueces. Por eso he propuesto reiteradamente, desde hace años, su refuerzo mediante su transformación en *reserva de código*, entendiendo con esta expresión el principio, mucho mejor si de rango constitucional, según el cual ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, de penas o de procedimientos penales sino mediante una modificación o una integración del texto del código penal o del procesal, que debería aprobarse con un procedimiento legislativo agravado.

Resumiendo, todo el derecho penal en los códigos, nada fuera de los códigos. El código penal se convertiría, gracias a esta refundación de la le-

galidad, en un texto exhaustivo, y al mismo tiempo exclusivo, de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad debería hacerse cargo el juez, en cualquier circunstancia. Se incrementaría la capacidad reguladora de la ley, gracias incluso a su mayor taxatividad y precisión, resultantes de una más controlada calidad lingüística, tanto frente a los ciudadanos como frente a los jueces. Resultaría también, además del incremento de la certeza y de la credibilidad del derecho penal, una reducción de su área de intervención, conforme a su función de instrumento extremo de defensa de los bienes y de los derechos fundamentales no tutelables de otra forma. La despenalización radical que se seguiría, empezando por ese derecho penal burocrático, hoy formado por un confuso «maremágnum» de delitos, a veces ridículos, castigados como contravenciones o con simples penas pecuniarias, iría acompañada del incremento de la certeza, de la efectividad y de la tasa de garantismo del conjunto.

*Pero esta solución de la recodificación, ¿creeis que debe proponerse solo para el derecho penal o también para materias objetivamente más difíciles de codificar o de recodificar?*

Cierto, en materia penal la recodificación integral es más fácil y, sobre todo, absolutamente necesaria, dado que la estricta legalidad es la garantía básica de la libertad personal frente a la arbitrariedad y la prepotencia. Gracias a la reserva de código tendríamos un código mucho más voluminoso que el actual pero incomparablemente más simple y accesible que ese piélagos de normas penales hoy insertas en las innumerables leyes especiales. El problema, sin embargo, es bastante más amplio y general y afecta a los fundamentos mismos del Estado de derecho. Habría que poner un freno al hipertrófico desarrollo de la legislación y, sobre todo, al caos del lenguaje legal. Algunos textos, de nuestra legislación nacional y también de la europea, están llenos de verdaderos laberintos normativos que se desarrollan en larguísimos artículos con inextricables incisos y reenvíos no coordinados, de fórmulas oscuras y polisémicas, fruto casi siempre de opciones de compromiso o, peor aún, de ausencia de opciones normativas, que luego se delegan a la aplicación judicial.

Añádase la degradación de gran parte de una legislación hecha en favor de la Administración y originada por la proliferación de leyes-medida —casi las tres cuartas partes de toda la producción legislativa de un año— consistentes, no ya en normas generales y abstractas, sino en actos administrativos en forma de ley emanados casi siempre bajo presión de los intereses particulares y clientelares y, sobre todo, sustraídos, gracias a su forma legislativa, a la garantía del contencioso-administrativo. En este marasmo es donde naufragan la legalidad y la capacidad reguladora del derecho. Ya no es la vieja cuestión de escuela de los «términos vagos y

de valoración», no; nuestro legislador ya no habla, vomita palabras. Y consigue con ello una inevitable y patológica expansión de la discrecionalidad judicial: ante textos tan confusos, cuando no contradictorios, cualquier interpretación parece posible, hasta la más estrañaria.

El remedio, de nuevo, es la refundación de la legalidad. Habría que ampliar los espacios de la codificación civil y procesal, introducir leyes orgánicas, textos únicos acompañados de reservas de ley orgánica o de texto único, esto es, prohibir a los sucesivos legisladores que regulen las mismas cuestiones con otras leyes especiales, tal vez emanadas, como hoy sucede, sobre cuestiones completamente diferentes. En cada una de las principales materias —el urbanismo, la sanidad, la educación, la seguridad, las relaciones laborales, el medioambiente, la fiscalidad, etc— deberíamos tener una ley única sobre la que se podría intervenir, ocasionalmente, con modificaciones, integraciones o ampliaciones que se irían haciendo cargo de la coherencia y de la sistematicidad del conjunto. En caso contrario, tendremos un caos que equivale en último término al colapso del Estado de derecho, ya que todos los poderes públicos, empezando por el judicial, pueden resultar ilimitados y arbitrarios, no solo por la ausencia de leyes, sino por su inflación.

La cuestión del rigor semántico del lenguaje legal es, pues, condición para el mantenimiento del Estado de derecho y de la democracia. La legalidad es condicionante en cuanto ella misma esté condicionada: pues para que las normas jurídicas puedan regular los comportamientos de las personas deberán estar a su vez reguladas por una metarregla que les imponga taxatividad y precisión y, con ello, la verificabilidad y la falsabilidad de las tesis que enuncian sus violaciones. Solo sobre esta base, añado, puede restaurarse una correcta relación entre política y magistratura: el legislador, esto es, la política, puede realizar la separación de poderes y la sujeción de los jueces a las leyes solo si la aplicación de las leyes producidas consiste en la cognición —independiente, como debe ser toda actividad cognoscitiva— de cuanto dispongan unívocamente las leyes. La normatividad es, pues, tanto más fuerte y vinculante cuanto más unívoco y riguroso es el lenguaje normativo. Y esto vale tanto para la legislación, en cuanto referida a la jurisdicción y a la Administración, como para la Constitución, en cuanto referida a la legislación.

Por eso es hoy más actual que nunca la advertencia de Gaetano Filangeri en el íncipit de su *Scienza della legislazione* de hace doscientos treinta años: «la legislación», esto es, el derecho que hay que hacer, «es hoy ese objeto común de quienes piensan». Me parece absurdo que nuestra doctrina jurídica, incluso la de orientación analítica, haya producido bibliotecas enteras acerca de la interpretación de las leyes y poco o nada acerca de la legislación, es decir, del *drafting* legislativo. El grado de discrecionalidad presente en la interpretación de la ley depende siempre

de la semántica del lenguaje legal. Por eso, una ciencia de la legislación capaz de ofrecer una técnica de formulación de las leyes lo más rigurosa posible es lo que hoy necesitamos si queremos defender el Estado de derecho: una necesidad y una urgencia que compromete a la cultura jurídica y, en especial, a la opción ilustrada y analítica que tú y yo compartimos. Y no nos dejemos paralizar por absurdas pretensiones de neutralidad descriptiva y avalorativa de las disciplinas jurídicas, como las propuestas en nombre de la vieja obsesión de su científicidad y apoliticismo: a menos que queramos resignarnos a describir sin valorar la quiebra de la legalidad y con ella, de nuestro mismo objeto de estudio.

*Podríamos también preguntarnos: ¿es realmente el legislador —el legislador democrático, el Parlamento— el órgano más adecuado para hacer las leyes? Siguiendo los términos de tu distinción entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, de las que hablaremos más adelante, ¿no podría considerársele más una institución de garantía que de gobierno? No olvidemos que la función original del Parlamento inglés era la de aprobar los presupuestos, es decir, los impuestos, y esta parece ser de nuevo su función principal en muchos sitios una vez que el poder de iniciativa política ha pasado al ejecutivo. ¿Acaso no es cierto que cuando se deben hacer reformas importantes, códigos, textos únicos, se delega en el Gobierno, quien a su vez se dirige a los juristas? El tan vituperado «Porcellum»\*, que cuando este libro se publique posiblemente ya no exista, permitiría al menos seleccionar juristas pese a que algunos prefieren «nani e ballerine»\*\*.*

Dejemos de lado, por ahora, la penosa selección de la clase política y la tendencia a delegar en el juez y en la administración pública la solución de los problemas mediante el recurso, consciente o inconsciente, a normas de contenido vago o indeterminado. Con las reglas actuales, las reformas de los códigos no llegarán nunca a buen puerto; hasta parece increíble que se consiguiera reformar en 1989 el código de procedimiento penal. En casi todas las legislaturas de después de la guerra se han instaurado comisiones de reforma del código penal pero ninguna de ellas ha logrado concluir sus trabajos. En efecto, estas comisiones, al igual que la ley de delegación que ellas mismas elaboran y destinada en cada caso a ser aprobada por las dos Cámaras, con las acostumbradas idas y venidas

\* Se refiere a una ley electoral de Berlusconi, de 2005, aprobada a seis meses de las elecciones, que preveía un importante premio de mayoría en las dos cámaras para la fuerza más votada. Viene de «porcata» que significa «guarrada», que es como definió la ley su mismo promotor. Ha sido declarada inconstitucional en ese y otros aspectos (N. del T.).

\*\* Literalmente, «enanos y bailarinas». Una expresión atribuida a Salvatore (Rino) Formica, político socialista, para referirse en algún momento al entorno cortesano de Bettino Craxi en el partido, y que hoy se ha instalado en el lenguaje periodístico, como forma de referirse a la degradación de algún ambiente político.

de una a otra, duran el tiempo de la legislatura en la que han sido instituidas. Hacen un montón de trabajo, luego llega la crisis de gobierno, o las elecciones anticipadas, o el fin de la legislatura, y todo el trabajo se pierde para recomenzar de nuevo desde cero. Ninguna de las numerosas comisiones de reforma que se han sucedido en más de medio siglo ha concluido sus trabajos. Y así tenemos todavía códigos fascistas que se cuentan entre los más antiguos del mundo occidental. Para evitar este absurdo trabajo de Sísifo, bastaría con establecer que, una vez aprobada la ley de delegación para la reforma de un código, esta debería permanecer en vigor durante las legislaturas sucesivas junto con la comisión de reforma, salvo, claro está, el constante poder del Parlamento para aprobar enmiendas correctoras.

*(GIORGIO PINO) Volvamos a tus propuestas sobre la justicia. ¿Cuáles son las reformas sobre delitos y penas que, en tu opinión, deberían recibir una atención inmediata?*

Son muchas en verdad y requerirían una respuesta bastante más larga que la que voy a dar. El primer orden de reformas guarda relación con los delitos. Nuestro sistema penal, si queremos que tenga un mínimo de eficiencia y de garantismo, debe simplificarse radicalmente partiendo de ese principio básico de economía según el cual la intervención penal solo se justifica si es necesaria para garantizar derechos y bienes fundamentales no tutelables de otra forma. Ya he hablado de la reserva de código que es de por sí un factor de racionalización y de simplificación. Pero una mejora en esa maraña de figuras de delitos que desborda y paraliza nuestros tribunales requeriría hoy una radical despenalización, basada en otro elemental principio utilitarista y liberal: el principio de lesividad, en razón del cual la punición de un hecho como delito solo se justifica si es realmente idónea para prevenir daños a derechos o bienes fundamentales. Pues bien, estos dos principios demandan al menos tres tipos de despenalización, todos de enorme alcance. En primer lugar, reclaman la exclusión de la esfera de la intervención penal de todos los ilícitos no causantes de daño o dotados de escasa capacidad de dañar, como suelen ser las faltas y los delitos castigados con modestas penas pecuniarias para los que no tiene sentido que se moleste a la justicia penal y que esta moleste a los ciudadanos con un proceso. Se trata de una cuestión de seriedad y de credibilidad. Si un hecho es castigado como falta o con una pena pecuniaria, quiere decir que la lesión del bien jurídico afectado no merece en realidad ser sancionada como delito, sino solo como ilícito administrativo. Si por el contrario se considera que por su gravedad ese hecho merece ser castigado —pensemos en las violaciones más graves en materia de seguridad laboral, o de tutela del medioambiente, o de evasión fiscal— entonces debe ser prohibido y castigado como delito.

En segundo lugar, deben quedar excluidas, siempre basándose en el principio de lesividad, la prohibición y la punición de todos los hechos, aun considerados moralmente ilícitos, que no producen daños a terceros: del uso personal de sustancias estupefacientes a todos los delitos de opinión, incluidos los que tienen que ver con la religión. En un ordenamiento liberal, el derecho penal no puede ser utilizado como un instrumento de afirmación o de refuerzo de la, o mejor, de una determinada moral, sin contradecir la laicidad de las instituciones y, al mismo tiempo, la autenticidad de esos mismos comportamientos morales, los cuales son moralmente tanto más válidos cuanto más dictados por la autonomía de la conciencia y no por el temor a las sanciones penales.

En tercer lugar, el principio de lesividad requeriría hoy la supresión de todas las figuras delictivas y de sus correspondientes penas si estas no tienen en realidad una eficacia disuasoria, dado que afectan a comportamientos que se van a producir en todo caso y que lo único que consigue la pena es hacerlos clandestinos. Pensemos en la penalización del aborto, suprimida afortunadamente por la Ley 194 de 1978, y que ha conseguido reducir el número de abortos casi a la mitad; o bien en las normas contra la inmigración, empezando por la introducción del delito de inmigración clandestina que solo sirve para empujar a la ilegalidad a los inmigrados irregulares o, peor aún, a que sean reclutados por organizaciones criminales. Pero piénsese sobre todo en la insensata legislación contra la droga a cuyas elevadísimas penas está sometida casi la tercera parte de la población reclusa. Consignando el mercado de la droga al monopolio criminal, se favorece y se alimenta —como el prohibicionismo de las bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de los años treinta— no solo el gran crimen organizado, sino sobre todo la criminalidad callejera de los tóxico-dependientes y de los pequeños traficantes que luego resultan ser los únicos destinatarios de la represión penal. Está claro que la liberalización de las drogas blandas y la regulación y el control público sobre la producción y la distribución de las duras, reducirían radicalmente ambos tipos de criminalidad y tal vez hasta el fenómeno de la tóxico-dependencia, dado que atenuarían la capacidad de presión y de contagio que tiene hoy, especialmente entre los jóvenes, el pequeño tráfico, al inicio gratuito, a la puerta de los colegios, por ejemplo.

Habría que reescribir, por último, la tabla completa de los bienes penalmente protegidos establecida por el código fascista y ampliada por los legisladores republicanos. Tenemos todavía, en el código Rocco, todas las variadas figuras del desacato en flagrante contraste con la Constitución. Debería también reformarse la escala completa de las penas, al igual que la disciplina de las reincidencias y de las prescripciones, que en estos años —como puede constatarse en la composición de la población de nuestras cárceles, formada por tóxico-dependientes, inmigrados irregulares

y pobres marginados— ha incrementado enormemente la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley: penas draconianas y enormes exasperaciones punitivas en caso de reincidencia para el pequeño tráfico de droga y para la delincuencia callejera o de subsistencia; despenalizaciones y prescripciones breves para los diversos delitos de corrupción que, entre otras cosas, requieren investigaciones incomparablemente más largas y complejas.

*A propósito de las cárceles, la cuestión de las condiciones de vida de los presos —la sobresaturación, el elevado número de suicidios, o dicho brevemente, las lesiones de los derechos y de la dignidad de las personas encarceladas, por las que Italia ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 16 de julio de 2009, por violación del artículo 3 de la Convención sobre prohibición de tratamientos punitivos inhumanos o degradantes— suscitan el problema de las penas. ¿Cuáles son las propuestas de reforma que has sugerido basándote en tu modelo de derecho penal mínimo?*

Debería tenerse el coraje de privar a la cárcel del papel central que tiene en los actuales sistemas punitivos, no solo en el nuestro, aprobando medidas de drástica excarcelación. La cárcel, bien lo sabemos, es una invención moderna: una conquista de la ilustración penal como alternativa a la pena capital, a los suplicios, a los castigos corporales, al cepo y a otros horrores del derecho premoderno. Sin embargo, dado que consiste en la privación de un derecho fundamental como es la libertad personal, y además en lesivas vejaciones de la dignidad de la persona, solo se justificaría en la medida «mínima posible», según las enseñanzas de Beccaria: como *extrema ratio*, esto es, solo para delitos gravemente lesivos de otros derechos o bienes fundamentales constitucionalmente establecidos.

Esto requiere al menos tres reformas. La primera es la abolición de esa vergüenza que es la cadena perpetua, hoy ya solo existente en Italia dentro de los países europeos, abiertamente contraria al artículo 27 de la Constitución, según el cual la pena debe tender a la reeducación y a la reinserción social del condenado. El Tribunal Constitucional declaró, con dos famosas sentencias de 1974 y de 1983, que la cadena perpetua no es inconstitucional porque de hecho no es perpetua, ya que ha quedado reducida a veintiocho años de reclusión, gracias a la suspensión condicional también prevista por una ley de 1962, y a unos veinte años gracias a los beneficios penales introducidos por la reforma penitenciaria de 1975 y ampliados por la ley Gozzini, de 10 de octubre de 1986. Pero, aparte de que esto no es cierto, pues en nuestras cárceles muchos condenados han expiado más de veintiocho años de reclusión, el Tribunal Constitucional no debe decidir sobre hechos, sino sobre las normas,

censurando su invalidez, sea cual fuere el número de violaciones constitucionales que han hecho posibles.

Una segunda reforma debería consistir en la drástica reducción del tiempo de la reclusión hasta llegar al nivel de los demás países europeos: no, pues, los actuales treinta años, sino veinte o quince, como sucede en Francia, en Alemania, en Dinamarca y en los países escandinavos, y como potencialmente ocurre también en Italia cuando se conceden, en la forma de las actuales medidas alternativas a la detención, los beneficios penales previstos por la ley Gozzini basados en los progresos en la reeducación. Se conseguiría con ello, además de la restauración de la exactitud de las penas, la eliminación de todos esos extraños exámenes diagnósticos, hoy requeridos para la concesión de beneficios, consistentes, cuando no se resuelven en juicios meramente burocráticos, en lesiones de la libertad interior de la persona, es decir, de su derecho a ser y a seguir siendo lo que es.

La tercera reforma, tal vez la más importante, es la previsión de la reclusión solo para los delitos más graves; para todos los demás, las penas deberían ser otra cosa, como las actuales medidas alternativas, que habría que transformar en penas principales impuestas directamente por el juez en el momento de la condena: arrestos domiciliarios, arrestos de fin de semana, vigilancias especiales, libertad vigilada o prestación de servicios sociales a prueba.

Son tres reformas que servirían, no solo para reducir el papel central de la pena de reclusión, sino asimismo para restaurar la certeza del derecho penal que, también en lo referente a las penas, ha sido trastocada por la creciente divergencia entre la pena establecida por ley, la pena impuesta por el juez y la pena realmente cumplida, promovida en Italia por el habitual populismo punitivo. En el clima de perenne emergencia que ha pesado sobre la política penal de nuestro país, como no se han querido rebajar las penas, se ha elegido de hecho la vía de la atenuación discrecional: primero en sede judicial, gracias a las normas procesales sobre justicia negociada o ritos alternativos; después en sede de ejecución, mediante normas como las de la ley Gozzini sobre los beneficios de pena concedidos al preso por su buena conducta. Es decir, exactamente lo contrario de cuanto demandaba Beccaria: penas leves pero ciertas y, por eso mismo, sustraídas a la discreción decisional sobre su duración en sede de ejecución, basada en un tan poco liberal como arbitrario acuerdo que no hace sino jugar con la dignidad de los reclusos.

*¿Crees que con estas reformas se podría reducir la población carcelaria y resolver de esa manera el gravísimo problema, que ha estallado de nuevo en estos meses, de la superpoblación de las cárceles y de las precarias condiciones de vida de los presos? ¿Qué otras medidas podrían adoptarse contra estas violaciones de la dignidad de la persona?*

Evidentemente, las reformas de las penas que he esbozado reducirían ampliamente el número de presos. Pero mientras estas no se realicen —y nada permite ser optimistas al respecto— creo que debería adoptarse una medida urgente, en apariencia atrevida pero jurídicamente fundada y además necesaria. Deberíamos reconocer ante todo que la sobre-saturación —en Italia hay 67 437 presos en instituciones penitenciarias cuya capacidad máxima es de 45 281 personas, 140 para 100 plazas— contradice fuertemente el artículo 27 de la Constitución según el cual «las penas no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad», y el mismo reglamento penitenciario, que prevé que las celdas deben servir solo para pernoctar y que durante el día los internos deben estar en otros lugares, como salas comunes, talleres, bibliotecas o similares: cosa hoy imposible, puesto que estos locales están ocupados por los catres de los reclusos quienes pasan veintidós horas al día hacinados en celdas. Estamos, pues, ante un trato inhumano, como han declarado repetidamente las sentencias de condena contra Italia —la última pronunciada el 8 de enero de 2013— por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo prueba además, el creciente número de suicidios en la cárcel: 568 en el decenio 2000-2009, casi tres veces los del decenio 1960-1969 que fueron solo 100 sobre una población reclusa que era casi la mitad de la actual.

Pues bien, una eficaz garantía contra el hacinamiento podría consistir en establecer una especie de *numerus clausus* mediante el cual, al inicio de cada año, los reclusos que todavía tuvieran que cumplir penas o restos de pena de menor duración, deberían ser destinados, en número igual al que excede de la capacidad de nuestras cárceles, a medidas alternativas a la pena, como la libertad vigilada o los arrestos domiciliarios. El *numerus clausus*, normalmente utilizado para reducir el acceso a beneficios o bien a la satisfacción de derechos, redundaría en este caso en favor de los derechos del preso evitándole condiciones de vida indecorosas. Sin perjuicio de condonaciones a los reclusos de las penas breves o muy breves, que como está documentado por todas las investigaciones criminológicas, no tienen ninguna eficacia disuasoria; esta medida sería la única capaz de hacer compatible el tratamiento carcelario con el principio de dignidad de la persona y con la prohibición de tratos punitivos contrarios al sentido de humanidad establecidos por los artículos 3 y 27 de la Constitución y por el artículo 3 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No es ninguna tontería lo que digo, es lo que han establecido, basándose en esos dos principios, el de la dignidad de la persona y la prohibición de imponer penas inhumanas, los dos más importantes tribunales constitucionales del mundo: el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de febrero de 2011, que se remite a un análogo

pronunciamiento del Tribunal Federal Alemán de 11 de marzo de 2010, ha declarado incompatibles las inhumanas condiciones de reclusión de un ciudadano por efecto de la sobresaturación, con el principio de dignidad de la persona establecido incuestionablemente por el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana; en consecuencia, ha ordenado la interrupción de la correspondiente ejecución penal. Aún más clamorosa ha sido la sentencia de 23 de mayo de 2011 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que ha confirmado la liberación de 46 000 reclusos, dispuesta el 8 de abril de 2009 por el Tribunal Federal de California, dadas las terribles condiciones de vida provocadas por la saturación: condiciones consideradas incompatibles con la prohibición de imponer penas crueles y no estrictamente necesarias, establecida por la octava enmienda de la Constitución estadounidense.

*Hay una idea bastante difundida, sobre todo entre los ciudadanos que tienen relación con la justicia, de que esta no funciona. Los procesos civiles, en concreto, son interminables; la culpa suele atribuirse a la farragosidad de los procedimientos, a la escasa productividad de los magistrados e incluso al natural litigante de los italianos. Yo me he hecho, sin embargo, una idea algo diferente, sugerida por estudios empíricos publicados por Il Mulino desde hace unos años, y te la expongo aunque de manera dubitativa: ¿no será que la máquina de la justicia civil se ha construido cediendo a las exigencias de los abogados, esto es, de las últimas personas en el mundo interesadas en la rápida resolución de los pleitos? Cuando ejercía de penalista, allá por los años ochenta, casi lo único que me pedían era que solicitara aplazamientos, siempre puntualmente concedidos por el juez, con la excusa de que las negociaciones entre las partes, en realidad bastante improbables, no habían concluido.*

Tienes toda la razón. Los abogados, en Italia, se han convertido en un verdadero problema social: son 247 000 —solo en Roma hay más que en toda Francia—, la mayor parte sin trabajo y viviendo en condiciones precarias, siempre a la caza de clientes. Esta inflación de la profesión forense repercute en la calidad de la jurisdicción, siendo una causa no secundaria de la alta tasa de litigios y de la intolerable duración de los procesos. En contraste con los intereses de los asistidos, este ejército de abogados presiona a la administración de justicia, inundándola de una ingente cantidad de causas inútiles y banales, obteniendo la dilatación de los procesos con una cantidad inagotable de expedientes dilatorios. Incluso por esta razón, sería necesaria una simplificación de los procedimientos. Por ejemplo, en materia civil deberían introducirse filtros de inadmisibilidad o eficaces desincentivos contra las demandas temerarias o las maniobras claramente dilatorias: al menos para el recurso de casación, al

que hoy se accede con cualquier pretexto, y que se ha trasformado en una especie de tercera instancia.

*Como has denunciado con frecuencia, el aumento de la inseguridad, alimentado sobre todo por los medios de comunicación, y que incide en las personas que más tiempo pasan ante la televisión —jubilados, amas de casa— no se corresponde de hecho con un aumento de la criminalidad: más bien al contrario, las estadísticas muestran una disminución de los delitos más crueles, incluidos los de violencia de género, el más deleznable de todos.*

El modelo basado en la seguridad a toda costa refleja un uso instrumental del derecho penal apoyado abusivamente en el miedo con el fin de obtener mayores consensos: aumentemos las penas y así eliminaremos los delitos, como si la respuesta penal fuese la varita mágica. Se trata en realidad de un modelo demagógico, fruto del populismo penal del que hablábamos al principio. Al leer determinados periódicos o al ver determinados programas televisivos, se tiene la sensación de que Italia está sumergida en la criminalidad y que esta no para de crecer. La verdad es exactamente al revés. En el último veintenio del siglo XIX, en Italia, casi con la mitad de la población ahora existente, el número de homicidios fue de 4100 al año, de 3819 en los años veinte y de 1867 en los años cincuenta del siglo pasado, para descender luego a 1141 en 1992 y a una media de 620 en los últimos años; de los cuales, casi una tercera parte, especialmente los homicidios contra mujeres, se cometieron en los hogares familiares a manos de padres, maridos o amantes. Lo mismo vale para las lesiones personales, las reyertas, casi desaparecidas, y las violencias sexuales, aunque haya disminuido la cifra negra de las agresiones sexuales no denunciadas. Incluso los robos han disminuido, pese a que han aumentado las denuncias, necesarias para la renovación de documentos y tarjetas y para tratar con las compañías aseguradoras. Lo que sí ha aumentado, sin embargo, en Italia como en casi todos los países, es la percepción de la inseguridad, enfatizada y fomentada por esa fábrica del miedo en que se ha convertido la televisión. Se ha comprobado que el miedo ha crecido progresivamente en la medida en que ha crecido el tiempo dedicado por los telediarios, casi el doble que hace diez o quince años, a los debates y a las crónicas sobre los delitos más llamativos. La punta máxima de tiempos y de audiencias se alcanzó en los días de las elecciones políticas de 2008, ganadas por la derecha, al amparo del miedo y de promesas de mayores castigos contra la criminalidad callejera, para reducirse en los meses siguientes con su consiguiente y simultánea disminución de la percepción de inseguridad. En las elecciones municipales del mismo año, en Roma, Alemanno ganó porque el homicidio de una mujer a manos de un rumano desencadenó

otra campaña de seguridad; luego los homicidios continuaron con Alemanno como alcalde, lo que es obvio porque la criminalidad no depende de los alcaldes-sheriff, sino de la degradación de los barrios periféricos y de la ausencia de Estado. Ha habido, pues, una perfecta sincronía entre estos dos factores: sentido de inseguridad y crónica negra en alza, pese a la disminución de la criminalidad durante la campaña electoral, y descenso de ambas cosas tras la victoria de la derecha. El miedo siempre ha sido un recurso del poder que puede utilizarla para causar miedo él mismo, como sucede en los regímenes autoritarios, o proponiéndose como antídoto al miedo, dramatizándolo para obtener consenso y legitimación política como garante del orden y de la seguridad.

Pero el miedo alimentado por estas políticas debilita la lucha contra la criminalidad, en vez de reforzarla, dado que corroe la confianza entre las personas, erosiona los lazos sociales, alimenta tensiones y heridas, fomenta fanatismos, xenofobias y secesionismos, genera desconfianza, sospechas, odios y rencores hacia el diferente y el extranjero, y también hacia el vecino. En una palabra, envenena a la sociedad haciéndola retrotraerse al estado incivil y minando los elementales presupuestos de la seguridad y de la democracia misma. Así es como se conjuga el populismo penal con el político: alimentando y fomentando el sentido de inseguridad, la sospecha y la percepción del diferente —sea inmigrado, negro, árabe— como enemigo, deforma el sustrato simbólico de la democracia, que es el sentimiento común de la igualdad y de la solidaridad, y lo sustituye con el sustrato simbólico de los regímenes populistas y autoritarios, basado, por el contrario, en la general indiferencia, en las tristes pasiones del miedo y de la sospecha, en el enclaustramiento de cada uno en sus propios egoísmos e intereses privados.

(GIORGIO PINO) *El modelo basado en la seguridad, del tipo «Law & Order», presente en Italia en los últimos veinte años, persigue ante todo la pequeña criminalidad generando la alarma social que dice querer remediar. Este modelo, como ha escrito Tony Judt, se reafirmó sobre todo con Ronald Reagan y Margaret Thatcher, desmontando ese lugar común de que el liberalismo se lleva bien con el garantismo penal, y que luego fue adoptado por Bill Clinton y Tony Blair. En los países anglosajones, sin embargo, también se castigan con penas de cárcel la evasión fiscal, la corrupción, las quiebras fraudulentas y demás; entre nosotros, no.*

Así es. Y hay que añadir que el modelo basado en la seguridad, más aún si lo acompaña la impunidad de los delitos de guante blanco, se lleva mal con la racionalidad penal. No se puede hablar de la capacidad preventiva de las penas, como hacen a menudo los penalistas, de manera genérica e ideológica, como si fuese la misma frente a todo tipo de delito.

En materia de prevención, hay que reconocer lo que a mí me parece un principio teórico elemental, subrayado por la experiencia, aunque frecuentemente olvidado. La eficacia intimidatoria y disuasoria del derecho penal y de las exasperaciones punitivas es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas. La eficacia es máxima para delitos como el homicidio o la violencia contra las personas, pero también lo es en relación con el crimen organizado, la corrupción, los delitos de guante blanco y, en general, esa criminalidad de los ricos y de los poderosos que no tiene que ver con la necesidad y que prospera exactamente en la medida de su impunidad. La eficacia es, sin embargo, mínima, por no decir nula, para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, especialmente si están ligados a la indigencia, la drogodependencia o la marginación, es decir, para unos delitos cuyos autores, por lo general, ni siquiera tienen conocimiento de la dureza de las penas. *Ad impossibilia nemo tenetur*: cuando la desviación tiene su origen en causas materiales, que hacen difícil, aunque obviamente no imposible, el respeto al derecho penal, es igualmente difícil prevenirla con penas. Por eso, la respuesta penal debería estar especialmente dirigida contra la criminalidad del primer tipo, mucho más grave y amenazadora para la democracia, frente a la que es sumamente eficaz.

Lo que sucede es que el derecho penal se ocupa casi exclusivamente de la delincuencia callejera; baste ver los altísimos porcentajes de condenados y detenidos, negros en los Estados Unidos y emigrantes en Europa. La criminalidad del poder, la de guante blanco, apenas pasa por las cárceles italianas. El derecho penal, lugar de la igualdad, al menos formal, de todos ante la ley, se ha convertido en el lugar de la máxima desigualdad por culpa de una suerte de doble vía: derecho mínimo e inefficiente para los ricos y poderosos, derecho máximo e inflexible para los pobres y marginados. Piénsese en la ley Cirielli, la número 251 del 5 de diciembre de 2005, que introdujo incrementos masivos de pena para los reincidentes, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, y simultáneamente la reducción de los términos de la prescripción a la que está destinada, dada la complejidad de las investigaciones y a las aguerridas defensas, gran parte de los procesos de corrupción, cohecho, prevaricación o quiebra fraudulenta.

El resultado de esta política es la sustancial impunidad de la delincuencia de los poderosos. Casi el 90 % de las condenas por corrupción en los últimos veinte años, concretamente el 87,63 %, ha sido inferior a dos años, con la consiguiente suspensión condicional de la pena. Solo el 3,5 % de estos delincuentes ha recibido una condena superior a tres años. Por no hablar de la evasión fiscal, de hecho impune. El régimen de la prescripción deja además impune la mayor parte de los hechos de criminalidad económica: favoreciendo la defensa *frente al proceso*, mediante pérdidas de tiempo para llegar a la prescripción, y no *en el proceso*. Bajo este

aspecto es completamente inadecuada la reciente ley contra la corrupción, de 6 de noviembre de 2012, que ha rebajado las penas para la llamada «corrupción por inducción», con la consiguiente disminución de los plazos de la prescripción. Y sin embargo, la corrupción le cuesta a Italia entre cincuenta y sesenta mil millones de euros al año y la evasión fiscal unos ciento veinte mil millones. Y no solo es eso, la corrupción inhibe las inversiones, hace imposible la competencia, deforma el gasto público y mina la democracia en su raíz.

Este es el *spread* más grave de Italia con respecto a los países avanzados: el enorme peso de la corrupción, de la evasión fiscal y del crimen organizado. Y añado que la irracionalidad penal y la desigualdad en la respuesta penal son potentes factores criminógenos y, al mismo tiempo, una causa inevitable de destrucción del espíritu cívico. Por muchas razones. La percepción de la injusticia de un sistema que castiga a los pobres y deja inmunes a los ricos y a la gran criminalidad económica, integrada en el sistema político, es sobre todo un factor de disolución del espíritu público. Pero un factor criminógeno todavía más fuerte es una política que se jacta de que la prevención de los delitos de los pobres puede lograrse con medidas penales más que con medidas sociales, creyendo con ello contentar a los ciudadanos; con políticas de exclusión y de represión, y no con políticas de inclusión y de integración de los sujetos marginados.

*Deberemos, pues, preguntarnos si no existen políticas más eficaces y menos costosas que el aumento de la represión penal —¿quién se acuerda ya de la fábula del policía de barrio?— para reducir la criminalidad de la calle.*

Las políticas sociales, mucho más que las políticas penales, son precisamente las que pueden reducir la pequeña criminalidad que suscita los miedos. Debemos ser conscientes de que en las sociedades marcadas por visibles desigualdades, como lo es cada vez más la italiana, todos cuantos son excluidos de la sociedad civil y legal están dispuestos a integrarse en las comunidades inciviles y criminales; e inversamente, las organizaciones criminales están a su vez dispuestas a reclutar y a incluir a todos cuantos quedan excluidos o marginados de la sociedad civil. Por eso, las políticas sociales —la escuela, el pleno empleo, la superación de la precariedad y la estabilidad en el trabajo, la asistencia sanitaria y las garantías de los derechos sociales— son las únicas capaces de prevenir y de subsanar las causas estructurales de este tipo de desviaciones.

Queda así patente, en el terreno del derecho penal, la complementariedad y la convergencia entre garantismo liberal y garantismo social, entre garantías penales y garantías de los derechos sociales, entre seguridad pública y seguridad social. Es la ausencia de las garantías sociales del

empleo y de la subsistencia la principal causa de la delincuencia de los pobres, incluido el peonaje criminal, reclutado y explotado por las grandes organizaciones criminales y expuesto por ellas a la represión penal. Es esta, en efecto, una criminalidad subalterna al gran crimen organizado, constituida por la mano de obra delincuencial reclutada por aquellas, que por eso presentan también una estratificación de clase: los vértices sustancialmente invisibles y quizás integrados en las clases dirigentes, el peonaje expuesto a la represión penal. En cualquier caso, donde no hay garantía de un mínimo vital, no hay integración, sino exclusión y marginación. Y cualquier forma de exclusión impide la formación de un sentido cívico de pertenencia, y también la comprensión, antes incluso que la aceptación, del valor de la legalidad, que son los primeros e indispensables factores de prevención del crimen.

*A todo esto hay que añadir un problema, discutido a veces con exclusiva referencia a los Estados Unidos, sobre el que sé que tienes opiniones muy claras: la difusión de las armas.*

Es una cuestión de fondo indebidamente relegada. Yo creo que las armas deberían desaparecer por completo dado que solo sirven para matar; que su posesión, y antes aún, su adquisición y su fabricación, deberían estar absolutamente prohibidas, y que esta sería la primera y más elemental garantía primaria del derecho a la vida y a la integridad personal; la posesión y la circulación de armas deberían ser la evidencia de un no concluido tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad civil, tránsito cuyos rasgos distintivos deberían ser justamente el monopolio estatal de la fuerza y la prohibición de la venganza privada; el total desarme de los ciudadanos y la prohibición de llevar armas sería, más aún que la represión penal, la más eficaz medida de prevención de los homicidios y de todas las formas de violencia criminal.

En mi *Principia iuris* he introducido la categoría de *bienes ilícitos*, que he definido como esos bienes cuya producción, comercio y posesión deberían estar prohibidos. Pues bien, en esta categoría deberían estar incluidas, con más razón que las sustancias estupefacientes, que solo dañan la salud de quien las usa, las armas de fuego, destinadas a matar a otros. Para ello debería darse una batalla civil de nivel global. Solo en 2011 hubo en el mundo 468 000 homicidios, un tercio de los cuales fueron cometidos en países de las Américas donde es más fácil la disponibilidad de armas: 17 000 en los Estados Unidos, 27 000 en México, 44 000 en Brasil, frente a los 620 de Italia, 1,2 cada 100 000 habitantes, y tasas análogas en Europa donde casi nadie se pasea armado. Por no hablar de los millones de muertos provocados cada año por las guerras, cuya prohibición por parte de la Carta de la ONU requeriría la prohibición de las armas de

guerra, empezando por las nucleares, como señal y factor de civilización de la sociedad internacional. Es sencillamente absurdo que todas estas vidas humanas hayan sido sacrificadas en aras de los intereses de unas pocas fábricas de armas, algunas italianas. No hay de hecho ninguna razón, como no sea la de satisfacer los intereses de los mercaderes de la muerte, que explique estas masacres; a menos que se crea, como se ha defendido en los Estados Unidos tras la enésima carnicería en una escuela, que esta podría haberse evitado si los profesores hubieran estado armados!

*Estrechamente conectada con los problemas de la justicia penal está la conocida cuestión de la separación de carreras de jueces y fiscales. En la época berlusconiana, también esto se convirtió en una cuestión política: se estaba a favor o en contra de esta separación según se estuviese a favor o en contra de Berlusconi. Hoy, tal vez convendría dejar a un lado las preocupaciones políticas y discutir el problema en su realidad concreta; sé que tú tienes una posición bastante original al respecto.*

Es cierto. Más allá de estar a favor o en contra de Berlusconi, la cuestión de la separación de carreras ha estado viciada por un error lógico: por la idea de que la separación podría implicar una reducción de independencia del ministerio fiscal y su sumisión al poder ejecutivo, idea presente en quienes la apoyan y temida por los opositores. Esto es un clásico *non sequitur*. La separación de las carreras implica solo que se separen las funciones del órgano que juzga de las del órgano acusador, como requiere el modelo acusatorio del proceso penal con el fin de salvaguardar la imparcialidad y la equidistancia del primero frente a las partes en causa; de ahí la paridad entre acusación y defensa. Pero eso no implica de hecho una reducción de la independencia del ministerio fiscal: independencia que tiene sus autónomos fundamentos en el principio de legalidad, en la separación de poderes, en la obligatoriedad de la acción penal y en el principio de igualdad. Solo un ministerio fiscal totalmente independiente del poder ejecutivo está en condiciones de indagar —*sine spe et sine metu*, como dice una vieja máxima— los delitos de los poderosos, empezando por la delincuencia política y por la corrupción, y por eso, de garantizar la efectividad del principio de legalidad y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, con la obligatoriedad de la acción penal.

Añado que junto al fiscal de la acusación debería instituirse, para garantizar el derecho de la defensa y la paridad de las partes en causa, un ministerio público de defensa al que el imputado podría recurrir en cualquier momento, si acaso no quisiera valerse de un defensor de confianza. Es esta una institución ampliamente experimentada en América Latina —de Argentina a Uruguay y Brasil, de Chile a la República Dominicana y a Costa Rica— y con ilustres precedentes en la tradición del garantismo

penal, de Gaetano Filangieri a Jeremy Bentham, de Francesco Carrara a Luigi Lucchini. Se trata de una indispensable garantía del derecho de defensa, que es un derecho fundamental «inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento», como dice el artículo 24 de nuestra Constitución: un derecho cuya actuación no puede ser confiada a las lógicas del mercado, como si se tratase de un derecho patrimonial, ni reducida a ese simulacro de defensa que en Italia es la defensa de oficio para los que no pueden permitirse costosos abogados o que no entran en esa estrecha franja de los muy pobres a los que se les concede el patrocinio gratuito.

Como sucede con todos los derechos fundamentales, la garantía de la defensa debería estar asegurada por la esfera pública mediante la institución de un defensor público dotado de poderes de instrucción, análogos a los del fiscal de la acusación, y facultado para disponer de la policía judicial. Es cierto que una institución semejante encuentra la frontal oposición de ese ejército de abogados, hoy sin trabajo, y también de los magistrados, que soportan de muy mala gana el ojo crítico de un antagonista institucional sobre el modo en que ejercen sus funciones. Pero me parece claro que con una institución como esta resultarían reforzadas la credibilidad de la justicia, la efectividad de la estructura triangular del proceso, la rígida separación de todos sus actores y, con ello, la función garantista de los derechos que ejerce la jurisdicción.

*Además de los abogados y de los magistrados tal vez se oponga también el contribuyente, quien pensará que, además de pagar los impuestos para retribuir a los dos o tres mil fiscales, le tocaría pagar también a no sé cuántos defensores públicos de los delincuentes.*

Ya, pero se trata de defender a los inocentes y, en cualquier caso, a la parte débil del proceso, es decir, a los inmigrantes, a los que no tienen recursos y a todas esas personas que no pueden defenderse. Hace dos siglos se preguntaba Bentham: ¿realmente es más importante para los ciudadanos la condena del culpable que la defensa del inocente? ¿La tarea del ministerio público de la defensa es acaso menos necesaria que la del fiscal de la acusación? ¿Tiene menos interés la sociedad en la seguridad del inocente que en la persecución del crimen? Ya Montesquieu identificaba la libertad de los ciudadanos y su seguridad con la inmunidad frente a penas y condenas arbitrarias. En breve, quien es llevado a juicio queda expuesto, además de a la posible condena, a la lesión de su propia reputación y al estrés de un proceso que ni siquiera las absoluciones pueden resarcir. Así pues, que el Estado garantice al menos la efectividad de su derecho fundamental a la defensa.

(GIORGIO PINO) Volviendo a la separación de las carreras, ¿no hay riesgo al separarlas de hacer que las carreras de quien juzga y de quien inquiere ya no sean comunicantes, convirtiendo así al ministerio fiscal en una especie de abogado de la acusación llamado a conseguir la condena del imputado a cualquier precio?

Podría limitarme a contestar que, como todas las garantías, también la de la rígida separación entre acusación y defensa es un precio que hay que pagar en la lógica del proceso acusatorio. En realidad, el peligro que temes podría invertirse: si es cierto que una radical separación de funciones puede debilitar la cultura de la jurisdicción de los fiscales, un exceso de contigüidad, de fungibilidad, de familiaridad y de relación entre las dos figuras podría contaminar en sentido inquisitivo la cultura de los jueces. Pero el problema es bastante más simple de lo que hacen pensar las polémicas de estos años: lo importante es que se garantice una rígida separación funcional entre las dos figuras, que impida el fácil tránsito de una función a la otra, mientras que es relativamente secundaria la separación de las oposiciones de acceso a la magistratura y la institución de dos Consejos superiores distintos.

*Sentencias como las del G8, en Génova, han mostrado limitaciones graves en nuestro sistema de gestión del orden público, todavía oscilante entre la tolerancia con los violentos y la intimidación frente a la protesta pacífica. ¿No crees que habría que perseguir con más dureza los abusos cometidos contra las personas detenidas que los desórdenes en la plaza pública y que habría que recibir en nuestro ordenamiento la convención de 1984 sobre la tortura, cosa que hasta ahora no se ha hecho precisamente para proteger a los responsables de esos abusos?*

La agresión policial de Génova fue una página vergonzosa de nuestra historia. Recuerdo bien dos óptimos artículos tuyos, uno en *Ragion pratica*, titulado «Estado de naturaleza en la esquina de la calle Battisti», otro en *Il Mulino*, titulado «Carta desde Génova», en los que citabas la Magna Charta, que fueron atacados por los sedicentes garantistas, día sí, día no. Todas las denuncias que muchos de nosotros hicimos han sido confirmadas por las investigaciones y en los diversos grados del enjuiciamiento, incluida la casación; y aún en estos días [abril/mayo de 2013, N. del E.] los jueces han comenzado a negar la libertad condicional a los responsables de más alto grado, en ausencia de algún resarcimiento a las víctimas. El aspecto más increíble de las torturas, las vejaciones y las mortificaciones infligidas en Génova a los manifestantes ilegítimamente detenidos fue su gratuidad y al mismo tiempo su premeditación, como instrumento de humillación de las personas y de intimidación terrorista.

Pero una vergüenza no menos grave es la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico del delito de tortura, previsto, sin embargo, por el estatuto del Tribunal Penal Internacional como crimen imprescriptible contra la humanidad. En su ausencia, el ministerio público solo puede proceder, en Italia, por lesiones o por abuso de autoridad, esto es, en caso de delitos relativamente leves sujetos a breve plazo de prescripción. Habría que añadir que la introducción del delito de tortura es un deber impuesto por la Convención contra la tortura, de 10 de diciembre de 1984, y sobre todo por el artículo 13, 4.<sup>º</sup>, de nuestra Constitución, según el cual «será castigada toda violencia física y moral contra las personas, sometidas de cualquier modo a restricciones de libertad». Es la única vez que en la Constitución italiana se prevé expresamente el deber de castigar. Y resulta increíble, si se piensa en la inflación de legislación penal de estos años, que todavía no se haya conseguido colmar esta escandalosa laguna.

*Muchos saben que, ya hace casi cincuenta años, fuiste juez y que estuviste entre los fundadores de Magistratura Democrática, con la que no has cortado el diálogo. En un libro tuyo a punto de publicarse consideras la idea clásica del realismo jurídico —la teoría que identifica el derecho con las decisiones de los jueces— de que las sentencias sean fuentes del derecho como «inadmisible para la orientación garantista» por cuanto viola el principio de legalidad y la separación de poderes. ¿Cómo respondes a la objeción de que esta idea, aceptada incluso por Hans Kelsen y por gran parte de la cultura positivista, se corresponde con lo que de hecho sucede?*

Fue precisamente la experiencia como juez, hace ya años, la que me hizo descubrir la arbitrariedad judicial, causante de tanta jurisprudencia reaccionaria, que contradice la Constitución; de ahí, el valor de la sujeción del juez a la ley, pero *solo* a la ley constitucionalmente válida, como única fuente de legitimación del poder judicial. Puesto que el poder judicial es siempre un poder-saber, tanto más legítimo cuanto menor es el poder y mayor es el saber, son las garantías penales y procesales —la primera entre todas la estricta legalidad— las que hacen de la jurisdicción una actividad, aunque solo sea tendencialmente, cognoscitiva. Pero, debido a sus inevitables espacios de discrecionalidad, es por lo que el poder judicial, como he recordado al principio, es un poder terrible y odioso. Pero este poder se hace absolutamente intolerable cuando se desvincula de la ley.

Es posible que la rigurosa sujeción a la ley sea un principio normativo ampliamente desmentido por la realidad, y que sean, en consecuencia, los jueces quienes creen derecho; eso es ciertamente un hecho, pero un hecho que no puede ser considerado legítimo solo porque «se corresponde a cuanto de hecho sucede». Hay que reconocer que, en cierta manera, ese hecho no puede dejar de suceder. Pero eso debe llevarnos,

por un lado, a reconocer que la legitimidad del poder judicial, como la de todos los poderes públicos con respecto a sus fuentes de legitimación, es siempre imperfecta y, por otro, a reducir cuanto sea posible, mediante las garantías —en este caso con la máxima claridad semántica del lenguaje legal— el margen de ilegitimidad que, en democracia, sufre cualquier poder. Debo añadir que la conciencia de este margen de ilegitimidad es una cuestión de salud institucional, dado que vale para demandar su restricción y, en cualquier caso, para rebajar la arrogancia del poder. También por todo eso considero absurdas las tesis del realismo jurídico que, confundiendo lo que de hecho acontece con lo que válidamente debe acontecer, acaban legitimando las praxis judiciales, incluso las más desenfadadas, con la tesis de que el derecho, en realidad, es lo que hacen los jueces y que por eso las sentencias son fuente del derecho, como en el *common law*. En los sistemas continentales, al menos, la jurisdicción, como dice la palabra misma, consiste en decir o aplicar un derecho preexistente. Esta es la sustancia del principio de legalidad y de la separación de poderes, que son las dos caras de la misma moneda.

*A propósito de tu experiencia en la magistratura, ¿puedes decirnos de qué manera te ha marcado en tu itinerario intelectual como para contribuir a alejarte del mainstream marxista de la izquierda italiana?*

Es una cuestión de fondo y me vas a perdonar la extensión de la respuesta. Mi formación, en la primera mitad de los años sesenta, fue de carácter jurídico y filosófico-analítico, en la escuela de Bobbio, de quien soy deudor de todos mis estudios de base —de la teoría del derecho a la filosofía política, de la lógica a la filosofía del lenguaje— y también del estímulo para elaborar una teoría axiomatizada del derecho. El descubrimiento de la política del derecho y mi compromiso político se remontan, sin embargo, aunque pueda parecer extraño, a mi casi casual ingreso en la magistratura, en 1967, cinco años después de graduarme. La experiencia como juez me hizo descender de las nubes de la lógica y de la teoría a la tierra de la práctica judicial. Recuerdo que en los seis meses de aprendizaje como auditor judicial en los tribunales de Roma quedé impresionado por la injusticia cotidiana y no cedí a la tentación de renunciar porque encontré ese pequeño grupo de jueces que acababa de dar vida a Magistratura Democrática.

Luego ejercí como *pretore* durante ocho años en Prato. Esta era una figura absurda de juez monocrático, dotado de una especie de competencia general, como instructor y al mismo tiempo como juez en materia penal, y también en materia civil, laboral y familiar. Fue este trabajo el que me hizo experimentar la divergencia entre el modelo normativo y constitucional del derecho y su práctica concreta: entre la Constitución y

la legislación en aquellos años todavía prevalentemente fascista, y entre la legislación y la jurisdicción, que en los mismos años ignoraba sin complejos la Constitución y, a veces, incluso hasta la ley, gravitando sólidamente en la órbita del poder. Experimenté, dicho brevemente, la existencia del *derecho ilegítimo* —el mayor defecto, y también, como pienso desde entonces, el mayor valor del Estado constitucional de derecho, que, en mi opinión, ni la teoría, ni la doctrina, ni la jurisdicción deben ignorar sin que decaiga su función teórica y práctica, respectivamente—. Este derecho ilegítimo, negado por Kelsen como una «contradicción en los términos» —esta diferenciación, en cierta manera fisiológica pero también patológica—, ha representado siempre el tema principal de mi reflexión. Su reconocimiento me hizo entrar en polémica, en un seminario en Camerino en 1970, con el mismo Bobbio, quien defendía firmemente la equivalencia kelseniana de validez y existencia y el consiguiente enfoque avalorativo en el estudio del derecho, porque solo así sería considerado como científico.

Se comprende, pues, que no pudiera compartir la vulgata marxista de la izquierda de entonces. He tenido siempre, como es obvio, una gran admiración por el pensamiento de Marx, pero no creo haber sido propiamente marxista: al menos nunca me han considerado como tal los marxistas ortodoxos. Lo que siempre me ha parecido inaceptable de la ortodoxia marxista es el radical desprecio del papel del derecho como posible sistema de límites, de vínculos y controles frente a los poderes públicos y privados. Esa vulgata, pensaba ya entonces, debe ser no solo rechazada, sino combatida: el derecho positivo es un fenómeno absolutamente artificial y podría construirse, en lugar de como ley del más fuerte, reflejo o superestructura de la estructura capitalista, como *ley del más débil*, como ha sucedido con las actuales constituciones rígidas.

Leyes del más débil, como alternativa a la ley del más fuerte, que sería la vigente en su ausencia, son los derechos fundamentales, constitucionalmente establecidos, tanto de libertad como sociales, así como sus garantías, sobre cuya base se legitiman las diversas ramas del derecho: del derecho penal —que tutela al más débil, que en el momento del delito es la víctima, en el momento del proceso el imputado, en el momento de la ejecución penal el condenado— del derecho laboral, del derecho de familia, del derecho público, del derecho internacional; que tutelan a las partes débiles en las relaciones económicas, familiares, sociales, políticas o militares. Hasta el derecho de propiedad es la ley del débil frente a la fuerza de quien podría apropiarse de sus bienes con la violencia.

Es claro que el derecho puede ser sumamente injusto y puesto al servicio de la fuerza, sea esta física, económica o política, pero puede también ejercer una función exactamente opuesta. Su función de prepotencia o de garantía, de dominio o de tutela, depende por completo de la política

de la que es siempre un producto: de la política constituyente, y por eso de los derechos y de los principios de justicia establecidos en las constituciones, y de la política legislativa, y por eso de las garantías y de las instituciones de garantía introducidas por sus leyes de actuación. Pero la función ejercida por el derecho depende también de la cultura jurídica y política que teoriza o proyecta sus formas y sus contenidos.

*A propósito de tu experiencia como magistrado y de tu relación con Magistratura Democrática, en precedentes entrevistas has hablado al respecto como de un movimiento empeñado, ya en los años setenta del siglo pasado, en «descongelar» la Constitución republicana, promoviendo su irradicación por todo el cuerpo del derecho italiano. Pero esta configuración ¿no pertenecerá acaso al género, ampliamente cultivado, de una reescritura de la historia? Quiero decir, ¿no se tratará de una proyección tuya retrospectiva, de una anticipación al pos-sesenta y ocho de tu constitucionalismo garantista de hoy?*

No lo creo. Para entender la experiencia de Magistratura Democrática en aquellos años, hay que tener en cuenta el fermento del sesenta y ocho en que el grupo se fue formando y la heterogeneidad de culturas que confluyeron en él: el marxismo por un lado, que era entonces la cultura dominante de la izquierda, y por otro, eso que más tarde he llamado positivismo crítico (constitucionalismo garantista o garantismo sin más), basado en la opción por la Constitución como fundamento normativo de la República y como ruptura institucional con el fascismo. Es difícil valorar, para quien ha vivido personalmente esa experiencia, el peso y el grado de interacción entre estas dos diversas culturas. Las divisiones, ásperas incluso, estaban ligadas a la concepción del derecho, a la práctica de la jurisdicción y al modo de entender la función del grupo y sus relaciones con la sociedad. No obstante, entre marxismo y positivismo crítico se produjo entonces, en mi opinión, una singular y feliz convergencia.

El punto de encuentro fue la común referencia a los principios de justicia y a los derechos fundamentales sancionados por la Constitución y, en concreto, a la primacía atribuida en el segundo parágrafo de su artículo 3, a los sujetos más débiles, titulares de derechos fundamentales, «de hecho» violados o incumplidos, y por eso, verdadero banco de pruebas de los valores constitucionales. La asunción del punto de vista de tales sujetos fue la enseñanza marxista que nos unió a todos: «si no hubiésemos aprendido del marxismo a ver la historia desde el punto de vista de los oprimidos», había escrito Bobbio algunos años antes en uno de sus más hermosos ensayos, «no nos habríamos salvado. Habríamos buscado refugio en la isla de nuestra privada interioridad, o nos habríamos puesto al servicio de los viejos amos». También nosotros, como magistrados, habríamos seguido

estando separados de la sociedad en la vieja clausura castal, o habríamos seguido girando en la órbita del poder, o ambas cosas a la vez.

Así fue como la opción por los derechos constitucionales y por el apoyo a los sujetos más débiles se soldaron en nuestra concepción de la función del juez, dando un giro radical a la imagen tradicional: no la conservación del orden existente, sino su transformación en sentido constitucional. Era «tarea de la República» y, por tanto, también nuestra —decíamos repitiendo el segundo parágrafo del artículo 3, elevado por nosotros a norma fundamental de nuestro ordenamiento— la de garantizar los derechos de los sujetos más débiles, que son además los derechos mayormente lesionados —en las relaciones de trabajo, en las relaciones domésticas, en la misma administración de justicia— y no ignorar las discriminaciones y las desigualdades «de hecho» que la jurisdicción no puede secundar, sino que tiene el deber constitucional de reducir, por cuanto es de su competencia.

*¿Cómo se manifestó, en vuestro trabajo, esa oposición a la concepción tradicional de la función de los jueces?*

Recordaré solo dos ejemplos de lo que entonces llamábamos nuestra «jurisprudencia alternativa». Entre nuestras innovaciones interpretativas, aunque basadas rigurosamente en la letra de la ley, la dotada tal vez de mayor alcance garantista fue la ampliación del campo de aplicación del artículo 700 del código de procedimiento civil acerca de las medidas de urgencia idóneas para hacer frente a la amenaza de un «perjuicio inminente e irreparable» a un derecho subjetivo. Esta antigua institución del derecho romano, hasta ahora concebida y practicada exclusivamente como instrumento de tutela de los derechos patrimoniales, fue empleada por nosotros para tutelar también los derechos de los trabajadores y los derechos sociales. Otro ejemplo guarda relación con el reglamento carcelario de 1930. Dado que el reglamento es una fuente subordinada a la ley, y los jueces, según dice el artículo 101 de la Constitución, *solo* están sujetos a la ley, a su vez sujeta a la Constitución, muchos de nosotros empezamos a criticarlo y a dejar de aplicarlo en el ejercicio de las funciones de jueces de ejecución penal. Recuerdo todavía la fórmula lapidaria del juez Vincenzo Accattatis: «Leído y *no aplicado* el reglamento carcelario de 1930...».

Tal vez mi constitucionalismo de entonces, como tú dices, sea resultado de una proyección mía retrospectiva. Sin embargo, releyendo escritos míos de entonces no son muchas las tesis que hoy rechazaría. Lo peor de aquellos escritos eran el lenguaje y el estilo, a veces inútilmente extremista y presuntuoso. No obstante, lo que aprendí en aquellos años de trabajo judicial ha sido la actitud crítica frente al derecho vigente im-

puesto a los jueces y a los juristas por la separación entre la Constitución, por un lado, y por otro, la legislación ordinaria, en su mayor parte de origen fascista, y la jurisprudencia dominante que ignoraba los principios constitucionales. En Prato —ciudad industrial con altísima tasa de litigiosidad, donde ejercí durante ocho años como juez de lo penal, de lo laboral, de familia y hasta a veces, como juez instructor— media a diario la distancia entre la Constitución y la ley y entre la ley y la jurisprudencia por entonces dominante.

También de aquí proviene la crítica, que empecé a formular por aquellos años, de la confusión entre el deber ser (constitucional) y el ser (legislativo y judicial) del derecho positivo: confusión que lastraba, y que en parte sigue lastrando, el positivismo jurídico. Se trata de la confusión entre derecho válido y derecho vigente, esto es, entre validez y simple existencia de las normas legales. Esta confusión estaba plenamente fundada en autores como Bentham y Austin, que escribían en una época en la que la ley era la fuente suprema del derecho y debía ser obedecida fuera cual fuese su contenido. Pero la confusión ha seguido siendo sostenida por el mayor teórico del derecho del siglo xx, Kelsen —quien, como ya he recordado, consideraba inconcebible, una «contradicción en los términos», la idea misma de un derecho no válido o ilegítimo— y también por Bobbio, los cuales sin embargo, escribían en presencia de constituciones rígidas, es decir, de normas superiores que pueden ser violadas por la producción de normas legales en contradicción con ellas y, en consecuencia, inválidas aunque existentes.

Pues bien, fue precisamente esa contradicción en los términos lo que desde entonces me ha parecido el rasgo más precioso y fecundo del constitucionalismo rígido. Y fue aquella confusión entre vigencia y validez lo que entonces denunciamos en el debate promovido por Magistratura Democrática como cobertura ideológica de la invalidez de muchas leyes vigentes y de la ineffectividad de la Constitución con respecto a ellas. La cultura del grupo, incluso la de sus componentes marxistas, se cimentó en la crítica del derecho vigente y en la defensa de una jurisprudencia informada en los valores constitucionales. Fue, dicho brevemente, una cultura preferentemente liberal-socialista, constitucional y antifascista. No obstante, éramos magistrados que habían hecho del principio de legalidad de la jurisdicción y de la constitucionalidad de las leyes su divisa ideológica y profesional. En materia penal, además, la divergencia entre Constitución y código Rocco era tan evidente que la crítica del derecho vigente ilegítimo se tradujo, en el trabajo de muchos de nosotros, en una enorme cantidad de recursos de inconstitucionalidad con la que inundamos el Tribunal Constitucional, instituido desde hacia poco más de diez años.

*El mejor ejemplo de las reivindicaciones garantistas —iba a decir liberales— que promovisteis en vano en aquellos años fue tal vez el referéndum abrogativo de los delitos de opinión, muchos de ellos todavía vigentes.*

Así es. Fue el primer referéndum abrogativo propuesto en Italia al amparo de la Ley 352, de 25 de mayo de 1970, que instituía el referéndum, y tras miles de denuncias y procesos por delitos sindicales y de opinión que siguieron al bienio de las luchas estudiantiles y obreras de 1968-1969. Fui yo mismo quien propuso la recogida de firmas en el Congreso de la Asociación Nacional de Magistrados, que tuvo lugar en Trieste en septiembre de 1970, y quien redactó la propuesta y la lista de delitos que había que abrogar. La propuesta de un referéndum nos pareció el mejor instrumento jurídico para suprimir y, antes que eso, para dejar en evidencia, la contradicción y la divergencia entre las clásicas libertades de expresión consagradas por la Constitución y la legislación fascista saturada de delitos de opinión. Esta propuesta no fue entendida por el Partido Comunista italiano y menos aún por los grupos extraparlamentarios que la tacharon como batalla burguesa o, como entonces se decía, pequeño burguesa. El Partido Comunista en concreto, declaró que un gran partido como el suyo habría obtenido el mismo resultado en el Parlamento mediante una verdadera reforma democrática del código Rocco.

Se ha visto: el código de 1930, y la totalidad de sus delitos de desacato, siguen todavía en vigor. Nadie ha tenido el coraje de aprobar su supresión, solo la reducción de sus penas, con una ley de 2006. No conseguimos las quinientas mil firmas necesarias pero, solo con nuestras propias fuerzas y casi sin apoyos, llegamos a las trescientas sesenta mil. Hoy es difícil de imaginar el alcance de la ruptura cultural, y hasta existencial, vivida por un grupo de magistrados que, al tiempo que rompía el enclastramiento castal que desde siempre les había separado de la sociedad, criticaba en nombre de la Constitución la legislación vigente, iba a asambleas públicas a hablar de la justicia y del incumplimiento de la Constitución, y recogía materialmente las firmas para el referéndum en las mesas preparadas para la ocasión. Gracias a esa experiencia maduró en la magistratura el sentido y el hábito de la independencia del poder político y la idea de la función de garantía de los derechos constitucionales como fuente de legitimación del poder judicial. Ciertamente fue una iniciativa política, pero no creo que implicara, como hoy se podría pensar, una indebida politización de los magistrados. Esa iniciativa, de hecho, no pretendía la ampliación del poder judicial, sino al contrario, su reducción en beneficio de la garantía de libertad de los ciudadanos y en cumplimiento de los preceptos constitucionales.

*Tras haber dejado la magistratura para seguir tu vocación de teórico, durante la década de los ochenta, te entregaste en cuerpo y alma a la batalla garantista contra el derecho penal de excepción y contra la degradación de nuestra cultura jurídica, como medio para combatir el terrorismo: batalla documentada en Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, tu gran libro de 1989. ¿Nos cuentas algo de ese pasado nuestro que no acaba de pasar?*

Muchos de los grandes procesos por delitos de terrorismo de los años setenta, desde el seguido por el atentado de Piazza Fontana en 1969 al conocido como Proceso 7 abril, diez años más tarde, tienen algo en común: la petición de principio que, como ya he dicho, representa el rasgo distintivo de la lógica inquisitiva, en virtud de la cual el prejuicio acusatorio condiciona rígidamente el juicio condenatorio, derivado de él como teorema. Fue así como la hipótesis de la culpabilidad de Pietro Valpreda por la matanza del 12 de abril de 1969 en Milán prevaleció inamovible en varias sentencias de condena, a pesar de las innumerables contrapruebas; fue también por lo que los profesores de Padua arrestados el 7 de abril de 1979 —a pesar de la quiebra de todas las acusaciones originarias, de banda armada e insurrección armada como jefes de las Brigadas Rojas— fueron condenados por hechos consistentes en hurtos, robos y receptaciones que no tenían nada que ver con los delitos inicialmente atribuidos y con la pesada etiqueta de las imputaciones iniciales, que permanecieron inmutadas; y asimismo por lo que en tantos procesos de aquellos años, a causa del abuso de tipos penales indeterminados como los de asociación subversiva y banda armada, la individualización de los imputados se produjo a menudo, no a partir del reproche de concretas acciones delictivas, sino solo de su correspondencia a «tipos de autor» identificados sobre la base de las ideologías profesadas o de genéricas contigüidades con el terrorismo.

Experimentamos entonces los peligros a los que siempre están expuestos los procesos celebrados bajo la presión de la emergencia: la tentación de ceder a la petición de principio, con el consiguiente desplazamiento de la carga de la prueba sobre la defensa, obligada a ofrecer una imposible contraprueba de la inocencia; la falta de disposición a tener en cuenta las contrapruebas, que el prejuicio lleva a interpretar como no creíbles o, si acaso, como pruebas de la diabólica doblez de los imputados; la sumisión de muchos jueces y fiscales al clamor de los medios, tendenciosamente culpabilizadores, hambrientos de chivos expiatorios, y tendentes a transformar los procesos penales en campañas de prensa contra los imputados; su preocupación, más que por el establecimiento de la verdad, por el prevalecimiento de sus hipótesis originarias, para evitar la pérdida de prestigio consecuente al reconocimiento del error.

Naturalmente este modelo era favorecido por la estructura monologante e inquisitiva del viejo proceso penal, basado en la figura del juez instructor: «juez» y al mismo tiempo «instructor», esto es, no un tercero, sino parte encargada de formar las pruebas en apoyo de la acusación. La reforma del código de procedimiento penal de 1989 ha suprimido esta figura, al igual que la del pretor. Sin embargo, la cultura inquisitorial ha sobrevivido en muchos jueces y sobre todo en muchos fiscales, favorecida por los numerosos legados de la legislación de la emergencia presentes en el nuevo código.

*Quería precisamente preguntártelo: ¿qué queda en nuestro sistema penal de la legislación de aquellos años y aun de la que había antes?*

Me limito a recordar, de entre los muchos institutos antigarantistas heredados del viejo sistema, el interrogatorio policial sin la presencia de un defensor, permitido solo «en casos de absoluta urgencia», por la Ley número 59 de 1978, y previsto, sin embargo, por el artículo 350, 5.<sup>º</sup>, del nuevo código, simplemente «en el lugar o en la inmediatez del hecho»; el poder llevar a cabo «investigaciones sumarias», reconocido a la policía en el artículo 351 en términos aún más genéricos de cuanto estaba previsto en el artículo 225 del viejo código; el poder policial de realizar sin mandamiento judicial determinadas formas de registro, por ejemplo en casos de evasión o de flagrancia, previsto en el artículo 352. Y aún más: la lesión del derecho de defensa de las personas detenidas prevista, en la fase más decisiva de la recogida de pruebas, por el artículo 104, que establece que «en el curso de las investigaciones preliminares, cuando se den específicas y excepcionales razones de cautela, el juez, a solicitud del fiscal, puede, con decreto motivado, aplazar durante un tiempo no superior a cinco días, el ejercicio del derecho de comunicar con el defensor»: un poder enorme que «en la hipótesis de arresto o de detención», «lo ejerce el fiscal hasta el momento en que el detenido o el arrestado es puesto a disposición judicial».

En fin, gracias a los artículos 500, 503 y 511-513 del nuevo código de procedimiento penal, que han recibido la ley Mancino-Violante, número 20 de 1987, siguen teniendo relevancia —con derogación de los principios de oralidad del proceso y de utilización, a los fines de la decisión, solo de las pruebas formadas en el juicio oral y de la iniciativa de parte en materia de pruebas— las declaraciones recogidas en secreto en la fase de las indagaciones preliminares, mediante su «lectura», dispuesta por el juez «incluso de oficio», o su utilización con fines de réplica de parte, e incluso su simple «indicación» por parte del juez como «actuaciones utilizable a los fines de la decisión». El resultado es que un ciudadano detenido puede permanecer en manos de la policía sin asistencia del defensor

y, en consecuencia, expuesto a la arbitrariedad, a los abusos e, incluso, como a veces ha sucedido, a la tortura; que la fase de investigación acaba de nuevo condicionando, como en el viejo proceso semiinquisitivo, la fase del juicio y el pronunciamiento del juez; que el derecho de defensa es de hecho violado en el momento más delicado y decisivo del proceso que todavía sigue siendo, por desgracia, el de la investigación.

Por último, el nuevo código ha recibido, y en parte ha creado, cinco procedimientos sumarios: además del juicio directísimo, el juicio inmediato y el procedimiento por decreto, que calcan, aunque ampliando sus presupuestos, el viejo juicio directísimo y el viejo decreto de condena a sanciones pecuniarias, otros dos nuevos procedimientos, los negociados, con los que el proceso se cierra sin llegar al juicio. Son el «juicio abreviado», o «negociación sobre el procedimiento», que es una novedad creada por el nuevo código, y «la aplicación de la pena negociada por las partes», o «pacto sobre la pena», con el que se amplía el pacto introducido para pequeños delitos por la Ley número 689 de 24 de noviembre de 1981. Normalmente a estos procedimientos se los llama ritos alternativos. Se trata en realidad de «alternativas al proceso», consistentes en un absurdo intercambio de confesiones o denuncias de otros implicados por reducciones de pena. De ello se deriva la degeneración del proceso en una relación desigual y chantajista entre el enorme poder del fiscal y el estado de sujeción del ciudadano imputado: inducido, sobre todo si no hay defensa, a colaborar con la acusación en contra de sí mismo, aun siendo inocente. De lo que se sigue una acentuación de las actitudes inquisitivas de jueces y fiscales.

(GIORGIO PINO) *La separación de poderes y la sumisión del juez a la ley son principios fundamentales, pero ¿no se podría pensar que en el Estado constitucional de derecho la sumisión debería ser, no tanto a la ley, sino a la Constitución misma? ¿No podría entenderse la jurisdicción, en lugar de como aplicación imparcial de la voluntad del legislador, como contribución a la actuación del proyecto constitucional y, en consecuencia, como actuación de los principios constitucionales, por un lado, y como contrapoder en caso de que los poderes políticos trataran de congelar los principios constitucionales, por otro?*

La sujeción del juez es sí a la ley, pero a la ley en cuanto constitucionalmente válida: el juez tiene el poder/deber de aplicar la ley con una interpretación conforme a la Constitución, pero, cuando crea que esa interpretación conforme no es posible, debe promover la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Obviamente, todas estas operaciones son fruto de interpretaciones: el mismo acatamiento de la ley no es algo mecánico, pues implica una discrecionalidad interpreta-

tiva. El único modo que tiene el legislador de someter al juez a su voluntad y de reducir al máximo la discrecionalidad, es hacer bien su propio trabajo, esto es, producir normas legales con un significado lo másívoco y preciso posible. Pero, como ya he dicho, este es el gran problema de la crisis de la ley, que afecta no solo a la legislación estatal ordinaria, sino también a los reglamentos europeos, a veces enrevesados e ilegibles, y a las normas constitucionales, como, por ejemplo, el nuevo y descabellado artículo 81 de la Constitución, acerca del equilibrio presupuestario sobre el que volveremos más adelante.

Parece claro, pues, que la mera posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, que luego deberá ser resuelta por el Tribunal Constitucional, implica la participación del juez ordinario en el proceso de interpretación constitucional. En el ordenamiento estadounidense existe el *judicial review*: cualquier juez ordinario puede dejar de aplicar la ley inconstitucional aunque esta siga estando vigente. Se piensa que este control descentralizado, extendido a todos los jueces ordinarios, aunque sin capacidad para anular una ley del Parlamento, garantiza mejor la separación de poderes. En mi opinión, sin embargo, la separación está garantizada mucho mejor en nuestro modelo centralizado en el que el juez ordinario se limita a promover la cuestión ante un juez especializado, el Tribunal Constitucional, que tiene el poder de anular la ley inválida y expulsarla del ordenamiento. La anulación de la ley inconstitucional, de hecho, no es una usurpación del poder legislativo por parte del judicial, ya que los jueces constitucionales intervienen para censurar solo los espacios ilegítimos pero no los espacios legítimos de la legislación; bien se podría decir, en este aspecto, que la capacidad de anulación es una garantía de la misma función legislativa que queda al reparo de la aprobación de leyes constitucionalmente ilegítimas. Dicho esto, justamente porque tenemos que reconocer que la jurisdicción tiene un enorme poder y que contribuye a actuar los principios constitucionales, no me parece correcto el hecho de favorecer una ulterior ampliación de tal poder, legitimándolo como colegislador, como una fuente del derecho o incluso como un contrapoder, como dice Giorgio.

*Un eje central de tu garantismo es el principio de separación de poderes, en especial la separación entre legislativo y judicial: el legislador produce leyes generales y abstractas y el juez las aplica a casos particulares. Legislación y jurisdicción son desde siempre funciones distintas si bien complementarias; incluso el monarca medieval, que pretendía ser la fuente de la justicia, de hecho delegaba su administración en los jueces. Como veremos, para ti legislación y jurisdicción tienen dos fuentes de legitimación diferentes: para la legislación, una legitimación política, la democracia representativa; para la jurisdicción, una legitimación jurídica.*

*ca, los derechos y la verdad procesal. Siempre has negado que jurisprudencia y doctrina puedan volver a ser fuentes del derecho, como lo eran en el ancien régime, y como es la jurisprudencia en el common law: de acuerdo, pero, siendo realistas, ¿acaso la producción del derecho no acontece del modo ilustrado por los sociólogos del derecho, en concreto, por Niklas Luhmann? El legislador hace las leyes, el juez las interpreta y las aplica, la doctrina sistematiza legislación y jurisprudencia y, añado por mi parte, la teoría del derecho teoriza y problematiza todo esto.*

Todo eso es correcto: legislación y jurisdicción son funciones diferentes aunque complementarias. La fuente de legitimación de los órganos de aplicación judicial es la verdad procesal de enunciados del tipo: «Es cierto que Fulano ha ejecutado el comportamiento ‘p’, y que ‘p’ es una estafa, un homicidio, o un negocio inválido». El asunto radica en que tenemos que reconocer el carácter siempre relativo de esta verdad, probabilista en cuanto al hecho y opinable en derecho. La regla deontológica, tal vez más importante que las otras enumeradas al inicio, consiste en este reconocimiento: debemos ser conscientes de que para cualquier cuestión jurídica suele haber normalmente dos posibles soluciones opuestas —la del actor y la del demandado, la de la acusación y la de la defensa, la del particular y la de la administración pública— y que el juez adopta la que puede argumentar de manera plausible. Por eso la argumentación tiene un papel decisivo para fundar la legitimidad, incluso externa, política, de las sentencias.

*En tu garantismo, como en toda la tradición positivista, incluido Herbert Hart, la interpretación no es uno de los problemas centrales: en Principia iuris, el término «interpretación» aparece más en el sentido lógico de atribución de un valor a una variable que en el sentido jurídico de atribución de significado a los textos. Cuando explico a mis alumnos tu distinción fundamental entre vigencia de la ley (su existencia) y su validez (su conformidad con la Constitución), les advierto que la aplicación de la distinción depende por completo de la interpretación: para establecer si una ley es constitucionalmente válida, se necesitan dos interpretaciones, no solo una. Primero hay que interpretar la disposición legal, estableciendo lo que significa; después hay que interpretar la disposición constitucional, estableciendo qué significa también esta; por último, hay que establecer si el primer significado es conforme con el segundo y, por tanto, si la ley respeta o no la Constitución. Tú personalmente estás de acuerdo con todo esto, obviamente, pero tu teoría no se ocupa de ello.*

En *Principia iuris*, el término «interpretación» oscila efectivamente entre dos significados diferentes: en el sentido metateórico de interpre-

tación semántica de un sistema formalizado, como es la teoría del derecho, por parte de las disciplinas jurídicas positivas, elaborada en el primer volumen, y en el sentido jurídico de atribución de un significado a un texto de derecho positivo. En este segundo sentido, «interpretación», como también «prueba», es un término teórico, definido estipulativamente como los de «norma», «validez», «sanción» y otros. La teoría de la interpretación, sin embargo, no forma parte, en mi opinión, de la teoría del derecho, que es una teoría formal (o pura, como dice Kelsen) consistente en la construcción de un aparato conceptual mediante la definición de los conceptos teóricos y la identificación de las relaciones sintácticas existentes entre ellos. Igual que la teoría de la prueba o que la del método axiomático, la de la interpretación es una teoría del conocimiento jurídico, una metateoría, que no pertenece a la teoría del derecho *ratione materiae*. A diferencia de lo que tú y otros teóricos genoveses decís, pienso que la interpretación de la ley —aun consistiendo en la atribución y no en el reconocimiento de significados a los enunciados legislativos— no puede concebirse propiamente como una actividad de producción normativa sin lesionar el principio de la separación de poderes. Se trata simplemente de la específica actividad cognoscitiva —claramente opinable y, por tanto, conexa a un poder interpretativo más o menos amplio según el grado de univocidad del lenguaje legal— requerida por la naturaleza lingüística de su objeto de estudio: el discurso del legislador.

Con eso, no solo no infravaloro la importancia de la interpretación sino al contrario, considero que debe ser objeto de una disciplina completa, la teoría de la interpretación, distinta y autónoma de la teoría del derecho. Tal vez recuerdes, para confirmar la importancia que concedo a la interpretación, mi distinción entre *derecho vigente*, producido por entero por la legislación, y *derecho viviente*, producido por completo por la práctica jurídica y, por eso, por la interpretación, sobre todo la jurisdiccional. Ni el juez ordinario puede producir o alterar el derecho vigente, ni el legislador puede producir o alterar el derecho viviente: este es el sentido de la separación de poderes. Inútil decir que no tengo una concepción formalista de la interpretación y menos aún una teoría del silogismo judicial al estilo de Beccaria: imagínate que fue precisamente esta concepción de la jurisdicción el principal objetivo polémico de las primeras batallas de Magistratura Democrática. Si acaso me ocupase de la interpretación, no la insertaría en la teoría del derecho tal y como la desarrollo en *Principia iuris...* Tengo la impresión de que muchos de los equívocos que ha habido entre nosotros, entre el garantismo y la teoría positivista de la interpretación, al modo de Giovanni Tarello, se derivan precisamente de esta diferente concepción del objeto de las dos teorías.

*Es cierto. Hay, sin embargo, otra diferencia entre garantismo y realismo jurídico consistente en la diversa concepción de la función de la teoría del derecho. Mientras que para Tarello la teoría debe limitarse a conocer el derecho, la jurisprudencia y la doctrina, siempre que quiera seguir siendo una auténtica teoría (cognoscitiva) y no transformarse en una ideología (normativa), para ti, por el contrario, la teoría no puede no ser norma, comporta inevitablemente valoraciones en sentido lato políticas.*

Yo no pienso exactamente eso. La teoría del derecho, tal como la concibo, no implica valoración alguna. Sigue que su lenguaje, al ser un lenguaje artificial, está producido por una serie de axiomas —en *Principia iuris* son los 16 postulados y las 274 definiciones de los que se derivan casi 1700 teoremas— que son prescriptivos como todos los axiomas teóricos; y que son fruto de definiciones del tipo «convengo en entender el término tal en el siguiente sentido...», pero no como sucede con las nociones de las disciplinas jurídicas positivas, de redefiniciones léxicas ancladas en el lenguaje legal. He pasado una vida, desde la primera *Teoría axiomatizada del derecho*, que es de 1970, construyendo un sistema de conceptos jurídicos y la compleja red de sus relaciones sintácticas que se han convertido en *Principia iuris*. En este trabajo he cambiado infinitas veces de postulados y de definiciones, pero no por motivos de tipo político o ideológico, sino por cuestiones de carácter teórico o lógico ligadas a una mayor claridad, simplicidad y alcance empírico. Se trata de axiomas convencionales, ni verdaderos ni falsos, sino más o menos adecuados a finalidades explicativas de la teoría.

Es claro, pues, que cada uno de estos axiomas tiene un relevante valor pragmático. Pongo siempre el ejemplo de la diferencia entre mis definiciones de ilícito y de derecho subjetivo y las de Kelsen. Ni unas ni otras son verdaderas o falsas, sino dotadas de distintos referentes empíricos y por eso idóneas para generar diversas implicaciones. Para Kelsen, debido a su concepción imperativa del fenómeno jurídico, el ilícito es el presupuesto de una sanción y el derecho subjetivo es el reflejo del deber correspondiente y de la correlativa sanción; de manera que, si no existe la sanción o el deber correlativos al derecho, no hay ni acto ilícito ni derecho subjetivo. Así resulta que, para Kelsen, por ejemplo, la guerra no defensiva, por ejemplo, aunque prohibida por el derecho internacional y por muchas constituciones estatales, no es, solo por eso, calificable de ilícita, ya que no es sancionada ni por uno ni por las otras y en algunos casos hasta es concebible ella misma como sanción; catálogos enteros de derechos fundamentales, como muchos derechos sociales y gran parte de los derechos humanos estipulados en las cartas internacionales, al no haber sido actuados con la introducción de los deberes y las sanciones correspondientes, no son ni siquiera derechos, sino *flatus vocis*. En *Principia iu-*

*ris*, sin embargo, la falta de tales deberes y de las relativas sanciones, esto es, de las garantías, la entiendo como una laguna que no excluye de hecho la existencia de lo ilícito ni del derecho subjetivo establecidos por el derecho positivo: una laguna jurídicamente indebida, añado, que la ciencia jurídica debe señalar y que el legislador debe colmar. De aquí, un segundo valor pragmático del modelo teórico garantista: la normatividad fuerte asociada a las normas constitucionales, la consiguiente promoción de su efectividad fiada a la legislación y a la jurisdicción, y la función crítica y proyectiva que la teoría del derecho sugiere a las disciplinas jurídicas positivas en relación con su objeto, al estar este articulado en varios niveles normativos en nuestras democracias constitucionales. La teoría enuncia los principios de la coherencia y de la plenitud —como la contradicción entre permitido y prohibido, o la implicación entre expectativas y deberes correspondientes—, los cuales imponen al derecho positivo, como *principia iuris tantum*, la lógica que de hecho no tiene, pero que de derecho debería tener, y con ello la remoción de sus antinomias y la superación de sus lagunas respecto a los *principia iuris et in iure* estipulados en las constituciones.

*Se percibe en tus libros un punto de suficiencia respecto al positivismo jurídico de los siglos XIX y XX: tradición de investigación que tú rebautizas como paleo o vetero-positivismo. Ahora bien, como nos ha enseñado Bobbio, la teoría positivista, lo que él llamó por primera vez positivismo «teórico», está efectivamente superada en su mayor parte; pero esto no significa que los viejos positivistas, pobrecitos, no hubieran sido capaces de entender lo que hemos sido capaces de entender nosotros: simplemente, pensaban de otra manera y por óptimas razones. Por ejemplo, por seguir en la función, para ti normativa y para mí cognoscitiva, de la teoría, también Bentham y Kelsen reconocían la función crítica de la doctrina y de la teoría del derecho, solo que, cuando asumían esa función, la llamaban jurisprudencia censoria o política del derecho para que no se confundieran con la actividad cognoscitiva de los juristas y de los teóricos del derecho.*

No, nada de suficiencia. «Paleo» hace referencia al positivismo del Estado legislativo —también tú, en tu *Stato costituzionale* (2012) distingues entre Estado jurisdiccional, legislativo y constitucional, ¿no es así?—, por tanto, a un sistema normativo del pasado, diferente al nuestro, carente de Constitución rígida y por ello perteneciente a una fase superada de nuestra historia, digo de Italia y de gran parte de Europa continental. En el siglo XIX y durante gran parte del XX, la ley ha sido la fuente suprema y tendencialmente única del derecho, y solo cabía la posibilidad de una crítica externa, política, al derecho: la que Kelsen llama precisamente po-

lítica del derecho. La frase de Bentham «obedece puntualmente, critica libremente» presuponía que se debía obedecer al derecho y que se podía criticarlo libremente, pero desde fuera, de manera política, pero no jurídica.

Pues bien, el Estado constitucional hace posible también una crítica interna, jurídica, del derecho positivo, basada en sus mismos principios constitucionales. Obviamente, la crítica externa, política, sigue existiendo todavía como momento decisivo del debate político, pero a ella se ha añadido una crítica interna, jurídica, hecha posible por la virtual divergencia entre deber ser constitucional y ser legislativo del derecho positivo, extrañamente ignorada por Kelsen y por Bobbio. No hay más, nada de suficiencia y ningún riesgo de confundir las dos críticas. Una es una crítica jurídica ineludible que implica una superación, al menos en lo que afecta a las disciplinas jurídicas positivas, de la tesis de Bobbio y de los realistas según la cual los juristas deberían limitarse a describir el derecho vigente. La otra es la tradicional crítica política o externa, basada no en el derecho mismo sino en valores, en ideologías, en visiones del mundo particulares de cada cual. Lo que hace nuestro trabajo todavía más fascinante: si tomamos nuestros libros, los tuyos, los míos, los de Giorgio, se encuentran ambas cosas. Mi teoría de la democracia, contenida en el segundo volumen de *Principia iuris*, sobre la que volveremos en la tercera parte de nuestra conversación, es en algunos aspectos una crítica interna, pero además una crítica externa a nuestro sistema jurídico.



## DERECHOS Y GARANTÍAS

*Querido Luigi, esta segunda parte de nuestra conversación está dedicada a los derechos y en especial a los derechos sociales. Liberalismo y derechos sociales aparecen muchas veces como opuestos. Para ti, sin embargo, todos los derechos, los sociales y los de libertad, constituyen una especie de herencia indivisible del constitucionalismo occidental. Tu garantismo consigue conjugar el respeto de los derechos de libertad con la promoción de los derechos sociales, lo cual, si se me permite decirlo, está en sintonía con los resultados de mis estudios sobre el liberalismo: también para mí, como historiador, los derechos sociales los inventó la tradición liberal, cuyo mayor representante en el siglo xx fue tal vez John Maynard Keynes. ¿Quieres hablarnos del aspecto social de tu garantismo?*

Es cierto, la expansión del paradigma garantista, desde los clásicos derechos de libertad a los derechos sociales, es un rasgo distintivo del constitucionalismo europeo del siglo xx. Pero la estructura del paradigma, inventado por la tradición liberal, sigue siendo la de los límites o vínculos jurídicos impuestos al poder. La diferencia reside en el hecho de que mientras que los derechos de libertad —del *habeas corpus* a la libertad de prensa, de reunión y de asociación— consisten esencialmente en expectativas negativas, esto es, en inmunidades asociadas o no a facultades, de las que se siguen para los poderes públicos prohibiciones de lesión o limitación, los derechos sociales —a la educación, a la salud y a la subsistencia— consisten en expectativas positivas que comprometen a la esfera pública con obligaciones de prestación: la educación, la asistencia sanitaria, las medidas de previsión y de asistencia y similares. El elemento común viene dado por el garantismo, es decir, por las garantías, que son las modalidades activas —prohibiciones y obligaciones— impuestas como condiciones de efectividad por las correspondientes expectativas pasivas,

negativas o positivas, en las que consisten todos los derechos constitucionalmente establecidos. Los derechos de libertad imponen pues al Estado un paso atrás, esto es, prohibiciones de intervenir en la esfera de las libertades en garantía de la autodeterminación individual. Los derechos sociales exigen en cambio al Estado un paso adelante, esto es, lo obligan a intervenir en la vida de los ciudadanos para garantizar las correspondientes prestaciones sociales. Por eso hablo de *Estado liberal mínimo* y de *Estado social máximo*. Estas dos fórmulas, no solo no se contraponen, sino que se integran en el paradigma de la democracia constitucional, diseñando ambas en su conjunto lo que he llamado la *esfera de lo no decidible*: de lo «no decidible que», es decir, de cuanto no puede ser decidido en garantía de los derechos de libertad, y de lo «no decidible que no», esto es, de cuanto no puede dejar de ser decidido en garantía de los derechos sociales. En definitiva, a los derechos de libertad le corresponden prohibiciones para el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que esta sea, puede decidir que una persona sea condenada a muerte o privada de la libertad personal sin un proceso, o que se le limiten las demás libertades fundamentales. A los derechos sociales les corresponden, en cambio, por parte de la esfera pública, obligaciones de prestación, como la educación, la sanidad o la previsión social: ninguna mayoría, sea de derechas o de izquierdas, puede decidir no proporcionar a alguien los cuidados sanitarios o la educación elemental.

En ambos casos, las garantías son, al mismo tiempo, las prohibiciones y las obligaciones correlativas a los derechos fundamentales, y los límites y vínculos impuestos a todos los poderes, sean públicos o privados, políticos o económicos. En esta ambivalencia es donde reside el secreto del modelo garantista del constitucionalismo: en la correlación biunívoca que instituye entre las expectativas pasivas, en las que consisten los derechos fundamentales de las personas, y las modalidades activas, esto es, las prohibiciones y las obligaciones jurídicas de la esfera pública en que consisten sus garantías.

Se explica así la diferencia estructural entre constitucionalismo *jurídico* europeo, por ejemplo, el italiano, y constitucionalismo inglés, que desde siempre ha sido un constitucionalismo solo *político*, basado en el *rule of law*, que ciertamente incorpora de hecho las libertades clásicas pero solo como conjunto de límites, no jurídicos o internos, sino políticos o externos. La fuerza y, bajo este aspecto, la superioridad del constitucionalismo inglés reside en no haber tenido necesidad de constituciones formalmente rígidas para garantizar las libertades fundamentales, sólidamente arraigadas en su tradición política. Parece claro que, de este modo, los derechos sociales han quedado fuera de la tradición constitucional de los ordenamientos anglosajones. Aunque también es cierto que fue en estos ordenamientos donde nacieron el *new deal* y el *welfare state*, pero se

afirmaron como opciones y como proyectos políticos, no como vínculos jurídicos o como actuaciones de la Constitución.

Nosotros, por el contrario, al haber conocido el fascismo —en Italia, en Alemania, en España, en Portugal y también en muchos países de América Latina— nos dimos constituciones rígidas, dotadas por ello, en el plano jurídico, de mayor fuerza normativa y garantista. Gracias al paradigma del constitucionalismo rígido ha sido posible constitucionalizar, no solo los derechos de libertad, sino también los derechos sociales, como derechos fundamentales previstos por esa misma normatividad frente a la legislación. Dicho brevemente, el constitucionalismo continental es un constitucionalismo más fuerte y más extenso que el anglosajón porque está dotado de más eficaces garantías jurídicas y porque se extiende a los derechos sociales; mientras que el constitucionalismo de origen inglés tiene una más sólida tradición política y cultural que lo hace tal vez más eficaz en la tutela de los derechos de libertad.

Hay además otro nexo, no menos importante, entre garantismo penal y garantismo social, ligado, no a su común estructura normativa —como conjunto de límites y vínculos a los poderes—, sino a la relación de siner-  
gia que une al primero con el segundo. Ya he hablado de ello en la primera parte, en la página 33: las garantías de los derechos sociales son las verdaderas medidas capaces de prevenir la criminalidad, sea esta grande o pequeña, mucho más que la amenaza de las penas; las políticas sociales y las garantías de la educación y de la subsistencia son las políticas idóneas para garantizar la seguridad en sus dos significados, como seguridad pú-  
blica y como seguridad social, mucho más que las políticas penales. Por el contrario, la pobreza y la falta de garantías de supervivencia, son los factores criminógenos que llevan a las personas marginadas a echarse en los brazos de la criminalidad. Y no solo eso, sino que a causa de la ineeficacia de la esfera pública, inducen a esas mismas personas a buscar protección y seguridad en las organizaciones criminales, percibidas como instituciones suplentes, aunque delictivas, ante la desidia de las instituciones estatales. Es el fenómeno, bien conocido en Italia, del arraigo de la mafia y de la camorra en algunas regiones, y que solo una rehabilitación del papel de la garantía social del Estado puede contrastarlas con eficacia.

*A veces he llamado a esa dificultad anglosajona de concebir los derechos sociales «retraso causado por la anticipación»: quien ha recorrido antes el camino del constitucionalismo, como los ingleses, los americanos y hasta los mismos franceses, tiende a aceptar con dificultad las contribu-  
ciones de quien lo ha recorrido después, como los alemanes, los italianos o los hispanohablantes. Una de tus tesis más ilustrativas al respecto es la distinción entre derechos y poderes. La propiedad, el derecho a formalizar contratos o a constituir sociedades, esto es, los institutos típicos del mer-*

cado, tienen una doble dimensión: son tanto derechos a garantizar (todos deben tener la posibilidad de hacerse propietarios) como poderes privados (permiten influir sobre la vida de los demás). Poderes privados ciertamente diferentes de los poderes públicos, pero necesitados igualmente de garantías análogas. Es algo que siempre he pensado, desde mis primeros artículos en Il Mulino, dirigido por Matteucci. En efecto, ¿frente a qué debe garantizarse hoy el ciudadano? ¿Solo frente al Estado o también frente a la banca, las aseguradoras, los grandes suministradores de servicios?

Estoy de acuerdo contigo en eso del «retraso causado por la anticipación». El constitucionalismo inglés inventó ciertamente las libertades fundamentales, la separación de los poderes y hasta el *welfare*. Sin embargo, precisamente por la fuerza de su tradición liberal, que lo ha inmunizado frente a aventuras de tipo fascista, el sistema del *rule of law* ha podido permitirse permanecer en gran medida anclado en el viejo modelo jurisprudencial del derecho premoderno hasta el punto de no haber conocido, no solo una formal constitución escrita, sino ni siquiera las codificaciones, esto es, las dos grandes conquistas de la modernidad jurídica sobre las que el constitucionalismo continental ha edificado todo el sistema de las garantías y de los derechos fundamentales. La misma experiencia francesa —a la que se debe la Declaración de derechos de 1789, las primeras constituciones europeas y, sobre todo, las grandes codificaciones— ha quedado retrasada con respecto a Italia, Alemania o España en cuanto a las técnicas de garantía jurisdiccional de los derechos. Y hoy podemos registrar otro fenómeno análogo: *nuestro* retraso por anticipación respecto a las extraordinarias innovaciones —de las que espero que tendremos ocasión de hablar más adelante— introducidas por lo que bien podríamos llamar el constitucionalismo de tercera generación desarrollado en muchos países de América Latina tras la caída de las dictaduras.

Pero vayamos a otra cuestión de fondo que planteas: la de las garantías de los derechos del ciudadano frente a los poderes del mercado, esto es, de la banca, las aseguradoras, el capital financiero y en general de los poderes privados y empresariales. El garantismo, como he dicho al inicio de nuestra conversación, es un sistema de límites y vínculos impuesto en garantía de *todos los derechos*, no solo los derechos de libertad, frente a *todos los poderes*, no solo los públicos y políticos, sino también los privados y económicos, no solo los poderes estatales, sino también los supraestatales y globales. Pues bien, esta ampliación del paradigma garantista requiere que se disipe un equívoco teórico y conceptual que pesa, desde Locke en adelante, sobre nuestra tradición jurídica y política: la sustancial confusión en el seno de una misma clase —la de las libertades fundamentales— de los derechos de libertad, los derechos reales de propiedad, y los derechos civiles de autonomía o de iniciativa económica,

esto es, tres clases de derechos estructuralmente bien diferentes. La misma confusión que existe en el léxico jurídico, en el *Code civil* de Napoleón, después en el italiano de 1865, y antes aún en el Estatuto Albertino, ha reunido todos estos derechos, de la libertad a la propiedad, entendida esta, bien como derecho real sobre determinados bienes, o como derecho de autodeterminación en la esfera del mercado, en la categoría genérica y omnicomprensiva de «derechos civiles». La misma operación volvemos a encontrarla, primero en las «pandectas» alemanas, en Savigny y en Windscheid, y también en Thomas H. Marshall en la tipología clásica de los derechos que formuló en *Citizenship and Social Class* de 1950.

Pues bien, creo que esta confusión es el resultado de un defecto de análisis conceptual: los derechos reales de propiedad sobre determinados bienes, igual que los derechos de crédito, son derechos patrimoniales que corresponden a cada uno, con exclusión de otros, y son por su naturaleza alienables al ser el producto de actos preceptivos de carácter negocial. Por el contrario, los derechos de libertad y los de autonomía privada, esto es, los de convertirse en propietarios y disponer de los propios bienes, son derechos fundamentales, que corresponden a todos por igual, al ser conferidos de inmediato por normas generales y abstractas. Se trata de una diferencia radical de carácter lógico y estructural: los derechos patrimoniales son singulares y disponibles, y forman por eso la base de la desigualdad jurídica; los derechos fundamentales son universales e indisponibles, y forman por eso la base de la igualdad jurídica. No puedo vender o disponer de mis derechos de libertad ni de mis derechos políticos y civiles, mientras que cualquier derecho real de propiedad es siempre el resultado de un acto potestativo de disposición.

Pero incluso entre derechos de libertad y derechos de autonomía en la esfera del mercado, fundamentales unos y otros porque son universales, existen diferencias estructurales ignoradas por la tradición liberal. A diferencia de las libertades, como el *habeas corpus* frente a los arrestos arbitrarios o la libertad de prensa o de asociación, los derechos del mercado —a los únicos que en *Principia iuris* he reservado la denominación de «derechos civiles»— se basan también en poderes, igual que los derechos reales de propiedad, dado que su ejercicio produce efectos en la esfera jurídica de otros. El pensamiento liberal ha plasmado sobre los derechos de libertad estos dos derechos-poderes de propiedad —tanto el derecho real, por ejemplo sobre un bien inmueble, como el derecho civil de contratación y de iniciativa económica— con el efecto de atribuir a los derechos de propiedad el mismo valor atribuido a los derechos de libertad y, sobre todo, de ocultar su naturaleza de poderes que, en cuanto tales, deben estar —en la lógica del Estado de derecho, que no admite la existencia de poderes absolutos— sometidos a la ley, esto es, a límites y a controles en garantía de los derechos ajenos. Significativa resulta la

expresión «Estado de derecho»: señala el hecho de que solo el Estado y no el mercado, solo los poderes públicos pero no los privados, tienen que estar sujetos al derecho; mientras que el mercado, en la tradición liberal, y hoy más que nunca en la ideología neoliberal, se concibe como el lugar natural de la libertad, y los poderes privados de iniciativa económica como las libertades naturales, por lo que limitarlos o disciplinarlos sería algo antinatural, antiliberal.

Debemos, sin embargo, reconocer que también los derechos de autonomía de los particulares en la esfera económica, aunque fundamentales, son siempre poderes, dado que su ejercicio comporta la producción de normas —esto es, de contratos y reglas, de obligaciones y prohibiciones— en la esfera jurídica ajena, lo que demanda su sumisión a las leyes y a la Constitución en cuanto son de un nivel a ellas subordinado; por otro lado, el mercado no se puede autorregular, pues para funcionar —y para no caer en su negación, es decir, en un régimen de monopolio— requiere garantía jurídica, al menos de la propiedad, del contrato y de la competencia, sin olvidar la de los derechos fundamentales ajenos, y por tanto, su sujeción a límites, a reglas y a controles jurídicos; no es casual que el Estado moderno naciera al mismo tiempo que el capitalismo, como esfera pública separada de la economía, y heterónoma y supraordenada a ella. Hemos, pues, de reconocer que es a causa de la ausencia de límites jurídicos por lo que los poderes económicos privados, los financieros sobre todo, se desarrollan inevitablemente como poderes ilimitados y salvajes, capaces de condicionar e imponerse, como hoy está sucediendo, a los mismos poderes públicos; que, en fin —pero sobre esto espero volver más adelante— es de tal falta de límites al mercado financiero, hoy más visible que nunca a causa del carácter global de la economía y del capital financiero y del carácter todavía prevalentemente estatal de la política y la esfera pública, de lo que se sigue la inversión de la relación entre Estado y mercado —ya no el segundo subordinado al primero, sino al revés— y con ello la actual crisis de la democracia, e incluso de la misma economía productiva.

*Los derechos sociales han aparecido ya varias veces en nuestra conversación. Para aclarar el objeto de la discusión, tal vez sería conveniente que expusieras tu definición del concepto de derechos y tus tesis acerca de la relación entre derechos y sus garantías.*

Tienes razón. Según mi definición, todos los derechos subjetivos, sean fundamentales o patrimoniales, consisten en expectativas positivas (de prestación) o negativas (de no lesión), y estas se corresponden con obligaciones y prohibiciones: la deuda es la garantía del derecho de crédito, la prohibición de perturbar o causar daños es la garantía del de-

recho de propiedad, las prohibiciones y las obligaciones a cargo de la esfera pública son las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales. La diversa estructura de los derechos patrimoniales y de los derechos fundamentales —unos, como ya he dicho, singulares y producidos por actos contractuales o negociables; los otros, universales y expresados mediante reglas generales y abstractas— implica, sin embargo, una profunda diferencia en su relación con las garantías. Las garantías de los derechos patrimoniales nacen a cargo de otros sujetos, al mismo tiempo que los derechos que ellas garantizan: la deuda junto con el crédito, la prohibición de dañar al tiempo que el derecho real de propiedad. Están lógicamente implicadas por los derechos correlativos. Por eso Kelsen, y antes que él Karl Gerber, concibieron los derechos subjetivos como derechos reflejos de los deberes correspondientes; tanto que, en ausencia de deberes, negarían su propia existencia.

Los derechos fundamentales, no casualmente ignorados por Kelsen, consisten, por el contrario, en situaciones universales estipuladas directamente por normas generales para todos, y no implican de hecho la existencia de sus garantías, sino solo la obligación de introducirlas. La asistencia sanitaria o la enseñanza pública generalizada, por ejemplo, no nacen al mismo tiempo que la estipulación de los derechos a la salud o a la enseñanza, sino solo a partir de unas leyes de actuación, cuya introducción es impuesta como obligatoria por tales derechos. Lo mismo puede decirse de los derechos de libertad y del derecho a la vida: que carecerían de garantías penales si no se introdujeran, como sus propias normas de actuación, las prohibiciones, como delitos, de las ofensas a la persona, como el homicidio, las lesiones, el secuestro de personas y la violencia ejercida por particulares.

Esta, vuelvo a repetirlo, es una cuestión fundamental. Según Kelsen y la escolástica kelseniana, en ausencia de los deberes correspondientes y hasta de la garantía secundaria de la sanción no existe ningún derecho: una extraña tesis que, en apoyo de una definición teórica, contradice el principio positivista según el cual, las normas y las situaciones expresadas por ellas, existen simplemente en tanto que puestas, como indudablemente lo son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Sin embargo, en la tesis garantista que propongo, la ausencia de garantías debe entenderse como una *laguna* estructural, esto es, como un vicio generado por una violación por omisión que el ordenamiento debe corregir y la ciencia jurídica denunciar. Es ciertamente una obligación, jurídicamente impuesta y lógicamente implicada por esas expectativas pasivas en que consisten los derechos fundamentales, es decir, el introducir, como condiciones de su efectividad, las correspondientes modalidades activas: esto es, las prohibiciones y las obligaciones en las que consisten sus garantías. Resumiendo, el legislador tiene el deber jurídico de actuar la Constitución.

*Ya, pero aquí surge un enorme problema: ¿qué sucede si el legislador no actúa la Constitución, como tantas veces ha sucedido y no solo en Italia?*

Acabas de mentar la que es tal vez la cuestión central de la teoría garantista de la democracia constitucional, el problema de la divergencia deontológica, que virtualmente siempre subsiste entre deber ser constitucional y ser legislativo del derecho; de ahí la posible existencia del *derecho ilegítimo*: que es el mayor defecto pero también la mayor virtud del paradigma constitucional. Solo en los sistemas absolutistas, la ley del soberano, sea monocrático o democrático, es siempre válida al no estar sometida ni a límites ni a vínculos. En cambio, en el paradigma constitucional, la legislación, al estar sometida a los principios y a los derechos establecidos en las constituciones, puede muy bien entrar en contradicción con ellos. Precisamente los derechos fundamentales que consisten en expectativas negativas —como son todos los *derechos de libertad* y los *derechos de autonomía*— imponen límites, esto es, prohibiciones de lesión, cuya violación genera *antinomias*; los derechos fundamentales que consisten en expectativas positivas —como son todos los *derechos sociales*— imponen vínculos, es decir, obligaciones de prestación cuyo incumplimiento genera *lagunas*. En ambos casos, nos hallamos en presencia de *vicios* del ordenamiento a los que hay que poner remedio.

Hay, sin embargo, una diferencia entre esos dos tipos de vicios o violaciones, una por acción, la otra por omisión: las antinomias, aun consistiendo en la producción de leyes contrarias a la Constitución, son remediables en sede jurisdiccional mediante la anulación o la no aplicación de las leyes inválidamente producidas. Por el contrario, las lagunas, que consisten en la no producción de leyes debidas en actuación de la Constitución, solo son remediables en sede legislativa mediante la producción de leyes indebidamente no producidas. Por eso las lagunas son un vicio estructural bastante más grave que las antinomias: mientras que las antinomias pueden ser superadas con la anulación o el incumplimiento jurisdiccional de la ley inválida, las lagunas no pueden remediarse en sede jurisdiccional, dado que, al existir la separación de poderes, no cabe sustituir al legislador en su tarea de productor de esas leyes no existentes. Las antinomias son por eso un vicio contingente, responsable de una ineffectividad contingente, en relación con la ley inválida, de los derechos fundamentales violados por esta. Las lagunas, por el contrario, son vicios estructurales, responsables de una ineffectividad estructural de los derechos fundamentales, que resultan así totalmente inactuados.

*¿Quieres decir que las garantías de los derechos sociales están remitidas por completo al legislador, dado que las lagunas, en las que consisten sus violaciones, no pueden ser colmadas por los jueces?*

Tendencialmente así es, al menos para los derechos sociales. Digo tendencialmente porque la práctica judicial, e incluso la innovación constitucional, han buscado variadas técnicas con las que superar esta aporía. En Italia, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha recurrido con frecuencia a las sentencias llamadas «aditivas», «integradoras» o «manipuladoras», con las que a veces ha declarado constitucionalmente ilegítima, en oposición al principio constitucional de igualdad, una determinada norma «en la parte en que no prevé» que situaciones análogas o personas de la misma clase estén sujetas a ella, con el efecto de extender a estas situaciones o personas la disciplina indebidamente excluida para ellas. Pero se trata siempre de pronunciamientos anclados en una norma considerada inválida, es decir, en una violación consistente en una antinomia.

Naturalmente el problema es diferente para los derechos de libertad que no requieren en principio ninguna ley de actuación; en caso de lesión o de violación, el juez los aplica directamente y basta: basándose en el artículo 21 de la Constitución, todos tenemos derecho a expresar libremente nuestras ideas, por ejemplo; todos, según el artículo 32 de la misma Constitución, tenemos derecho a morir de muerte natural sin vernos sometidos, sin nuestro consentimiento, a encarnizamientos terapéuticos. Con respecto a este paso atrás del derecho, no son necesarias, por lo común, leyes de actuación.

Diferente es la gramática de los derechos sociales. En algunas constituciones, como la portuguesa o la brasileña, se ha introducido el control de constitucionalidad por omisión que, sin embargo, se limita al simple señalamiento de la laguna por parte del juez a los órganos legislativos, señalamiento que, obviamente, no es vinculante y que bien podría ir acompañado, como sucede en las sentencias de los tribunales supranacionales europeos, de la condena a una sanción pecuniaria que habría que pagar hasta que se introdujese la norma o la disposición ausente.

Pero seguramente, la invención más innovadora y original se debe a la Constitución brasileña que ha introducido, en materia de derechos sociales, los llamados vínculos presupuestarios, entendiendo por esta expresión —exactamente lo contrario de lo que significa en nuestra Constitución tras la introducción en el artículo 81 del vínculo de equilibrio presupuestario— la imposición de cuotas de gasto público reservadas para dar satisfacción al derecho a la salud y a la educación: el 18 % del presupuesto anual de la Unión y el 25 % del de los Estados o de los municipios debe ir a gastos para la educación y cuotas análogas para el gasto sanitario. Gracias a esta extraordinaria innovación, la posible laguna de las leyes de actuación de tales derechos se ha transformado en una antinomia, remediable y subsanable en sede judicial; pero, sobre todo, se han reforzado enormemente las garantías primarias de los derechos sociales, vinculados a los mínimos de gasto constitucionalmente establecidos.

*No estaría mal recordar aquí que en las sociedades tradicionales no había necesidad de derechos sociales porque la educación de los hijos, la asistencia a los ancianos, una rudimentaria instrucción, estaban garantizados por las familias o, subsidiariamente, por la Iglesia. Sin embargo, tras la industrialización, la urbanización, la proletarización —esto es, tras la gran transformación del siglo XIX, en el sentido que dice Karl Polanyi— los Estados han tenido que hacerse cargo del problema que antes se resolvía de otra manera o simplemente no se resolvía. No podemos ni siquiera imaginar, por ejemplo, cómo eran las condiciones sanitarias de la población en la civilizada Inglaterra antes de la introducción del servicio público de salud.*

Por eso precisamente nacieron los derechos sociales como cláusulas del pacto constitucional de convivencia, no menos esenciales que los derechos de libertad. No olvidemos, por ejemplo, que hasta finales del siglo XIX, la medicina prácticamente no existía. La sanidad pública, o la sanidad, sin más apelativos, aparece a finales del siglo XIX. Hasta hace ciento cincuenta años no había cirugía, dado que no había anestesias, no había penicilina ni antibióticos, no existían muchas de las medicinas de las que hoy disponemos. La vida humana era incomparablemente más breve, las enfermedades prácticamente incurables, pésimas las condiciones higiénicas de las casas, inadecuada la alimentación básica. Hoy, por el contrario, es posible, para bien o para mal, lo que en el pasado era imposible: para mal, como veremos más adelante, porque se ha hecho posible la destrucción del medioambiente y de muchos bienes naturales; para bien, porque se ha hecho posible la producción de bienes artificiales, como los fármacos, y con ellos la curación de muchas enfermedades. Por eso, las condiciones materiales de supervivencia, no solo el derecho negativo a no ser eliminados, se han convertido en cláusulas esenciales del pacto de convivencia.

Hay además otra razón que ha determinado la inclusión de los derechos sociales en el pacto constitucional de convivencia. En las sociedades modernas, sobre todo en las más complejas y avanzadas, el hecho de sobrevivir ya no es algo meramente natural, sino algo artificial y social que depende del grado de integración de los individuos en la sociedad. En las comunidades primitivas y en las esencialmente agrícolas, donde el hombre vivía en una relación directa con la naturaleza, cada cual podía vivir, o mejor, sobrevivir, de los frutos de la tierra o de la cría de animales. En cambio, en las sociedades industriales avanzadas, donde son máximas la división del trabajo y la lejanía de las condiciones de vida naturales, las personas son mucho menos autosuficientes y por eso menos autónomas e independientes, dado que su mera supervivencia depende de una esfera pública cada vez más compleja. Cuando se habla del derecho a la vida, habría que referirlo también a esta nueva dimensión: derecho, no solo a no

ser eliminados, sino a disponer de medios para vivir; no solo a sobrevivir, sino a vivir una vida libre y digna.

(GIORGIO PINO) *En efecto, se habla a menudo de los derechos sociales y del Estado social como si fuesen un lujo que no nos podemos permitir. ¿Qué piensas del problema del coste de los derechos, por usar el título del libro de Stephen Holmes y Cass Sunstein?*

Obviamente los derechos sociales cuestan, como también cuestan los derechos de libertad y los derechos patrimoniales cuyas garantías requieren inversiones en policía, en orden público, en tribunales, en registros catastrales, etc. Pero el Estado no es una sociedad con ánimo de lucro. Su razón social reside en la garantía de los derechos estipulados en su Constitución, exactamente como el fin de lucro define la razón social de una sociedad comercial. La garantía de los derechos sociales es, pues, ante todo una obligación constitucional en sí misma.

Dicho esto, el lugar común neoliberal del coste excesivo de los derechos sociales debe ser rechazado y desmentido: los derechos sociales cuestan, es obvio, pero su no satisfacción es mucho más cara. Cuando faltan la educación y los mínimos vitales, cuando las personas mueren de hambre, de inanición y de enfermedades, como les sucede a millones de personas en el África subsahariana, no puede haber productividad individual ni tampoco colectiva, ni desarrollo económico. A veces se piensa que las sociedades occidentales, primero se enriquecieron y después se permitieron, como un lujo, la educación, la sanidad, las pensiones; y que los gastos sociales siguen siendo un lujo que solo los países ricos pueden permitirse, aunque se reduzcan cada vez que llega una crisis. Lo cierto es exactamente lo contrario: justo porque han invertido en educación, en sanidad y en pensiones, asegurando de esta manera los mínimos vitales, los países europeos y en general los económicamente más avanzados son hoy más ricos en relación con los países pobres y su mismo pasado. En los países pobres, donde no están garantizados los derechos sociales, se crea más bien un circuito perverso —hambre, enfermedades, improductividad, pobreza— que perjudica cualquier posible desarrollo de la economía.

Por eso, los gastos en la garantía de los derechos sociales representan la principal inversión productiva: no son un coste, sino una inversión necesaria para el desarrollo de los países pobres y también para reflotar las economías occidentales en crisis. Prueba de ello es el crecimiento económico producido en Brasil gracias además a los vínculos presupuestarios introducidos en su Constitución. Prueba también de ello es el desarrollo económico de Italia en los primeros treinta y cinco años de la historia republicana, simultáneo a la construcción del Estado social, debilitado lue-

go por los recortes y por las restricciones de los sucesivos treinta años de estancamiento y de recesión. Se confirma de esta manera la complementariedad entre los diversos tipos de derechos a los que me he referido anteriormente: no se trata solo de una tesis teórica en conexión con la estructura formal del paradigma garantista como sistema de vínculos al poder, sino de una tesis empírica avalada por la experiencia. Derechos de libertad y derechos sociales, y los diversos derechos sociales entre sí, no están de hecho en conflicto, no forman un juego con suma cero, como ha defendido Anna Pintore, como si la garantía de un derecho llevara implícita la pérdida de otro. Esta es una tesis desmentida por el desarrollo histórico de todas nuestras democracias que han visto multiplicarse los derechos y sus garantías y que guardan entre sí una relación de sinergia: los derechos políticos presuponen los derechos de libertad, de la libertad de prensa a la libertad de reunión y de asociación, y estos y aquellos presuponen a su vez los derechos sociales a la educación, a la sanidad y a la subsistencia.

*Sin embargo, la idea de que los derechos son indispensables para el desarrollo ha sido cuestionada, visto el tumultuoso crecimiento de las potencias comerciales e industriales asiáticas, herederas de culturas que ni siquiera conocen el concepto de derechos. Esto no solo cuestiona las tesis clásicas de Max Weber sobre la ética protestante, sino que introduce la sospecha de que el capitalismo no es más que una técnica para la producción de riqueza, como la construcción del transistor, técnica que puede ser imitada sin necesidad de compartir su espíritu.*

No estoy de acuerdo. Hablando precisamente de China, Amartya Sen ha explicado su extraordinario desarrollo económico de los últimos decenios por el incremento de oportunidades generado por la educación y la sanidad, ausentes por completo en la China imperial y presentes a escala de masas, bien es cierto que no en la forma de derechos fundamentales, con el régimen comunista. Solo en este sentido es cierto, como muestra la experiencia china, que puede haber crecimiento sin derechos. Pero, esto puede suceder, como en el caso de China, al precio de una explotación ilimitada y de un control disciplinar solo posible con el despotismo de los poderes tanto políticos como económicos.

*Una de las tesis centrales del libro La rinascita dello Stato, de 2010, de Francesco Di Donato, es precisamente una que ya apuntaban Thomas Hobbes y Norbert Elias: en el continente europeo, y en especial en Francia, se ha desarrollado una forma de vida, la «civilización estatal», a la que han contribuido dos instituciones distintas aunque complementarias, el Estado y el mercado.*

Que el Estado moderno ha tenido un papel decisivo en el desarrollo de la civilización occidental podría parecer una obviedad si no fuese porque la tesis es exactamente opuesta a lo que apodícticamente sostienen las doctrinas neoliberales. Para estas, solo el mercado produce riqueza y el Estado no debería tener más funciones que las de asegurar el orden interno y externo. Se supone que todo lo que el Estado puede hacer es malgastar la riqueza producida por el mercado. De manera que cuando se trata de cuadrar el presupuesto, los liberales intervienen con recortes para la escuela pública y para la sanidad considerando los derechos sociales como un coste inmediato más que como una inversión a medio o largo plazo. Para el constitucionalismo garantista, sin embargo, el problema no es *si* deben garantizarse los derechos sociales, sino *cómo* garantizarlos mejor. Gracias a la rigidez de las constituciones que los establecen en el continente europeo, las garantías de tales derechos —la asistencia sanitaria pública, la escuela pública, las pensiones— ya no son lujo, opciones de la izquierda o de las políticas socialistas. Son obligaciones constitucionales, jurídicamente impuestas al legislador, y el hecho de que generalmente sean percibidas como vinculantes es constitutivo de nuestro sentido cívico y de los presupuestos culturales y sociales de nuestras democracias constitucionales.

*Ha llegado el momento de aclarar cómo debemos interpretar la etiqueta «derechos sociales» y las disposiciones constitucionales de principio, como el artículo 4 de la Constitución italiana sobre el derecho al trabajo y el artículo 32 sobre el derecho a la salud. A mí me parece que esta etiqueta abarca al menos dos tipos de cuestiones muy diversas. Por un lado, abarca auténticos derechos individuales, como los de no ser despedido del trabajo sin causa justa, o el de la tutela de la propia salud o el derecho a la educación: todos son derechos individuales que pueden encontrar la misma garantía judicial que los derechos de libertad, en el sentido de que siempre cabe dirigirse a un juez para obtener el «respeto» debido. Por otro, la etiqueta abarca también objetivos políticos colectivos, como la igualdad sustancial (art. 3, 2.º), el pleno empleo (art. 4), la salud, que presenta ambos aspectos (el art. 32 la caracteriza primero «como fundamental derecho del individuo» y después como «interés de la colectividad»), y, para mí, también la paz (art. 11), que tú, sin embargo, consideras un auténtico derecho individual. Los llamados derechos a la igualdad sustancial, al pleno empleo, a la mayor difusión posible de la salud y, en mi opinión, también la paz, no son verdaderos derechos individuales cuyo respeto deba ser garantizado judicialmente, sino objetivos colectivos que deben ser más bien «promovidos» por el legislador. Dicho de otra manera y con tu terminología, mientras que los derechos individuales son «principios regulativos», verdaderas reglas aplicables también por los jueces aun en ausencia de la intervención de un legislador, los intereses colectivos son promovidos*

*por «principios directivos, o directivas» sin más calificativos, cuya actuación la delega el constituyente en el legislador, con todos los problemas que ya hemos reseñado. Dicho brevemente, los derechos individuales, en caso de violación, los garantiza el juez; los objetivos colectivos, en cambio, solo pueden ser actuados por el legislador con la discrecionalidad que es propia de la política y que corresponde al espacio de la democracia política y de las decisiones de la mayoría.*

Estamos de acuerdo en una parte y en desacuerdo en otra. Los derechos fundamentales o universales (*omnium*), ya lo he dicho, consisten en expectativas negativas (de no lesión), como son los derechos de libertad y el derecho a la vida, o bien en expectativas positivas (a prestaciones), como la asistencia sanitaria y la educación, a los que corresponden, a cargo de la esfera pública, obligaciones y prohibiciones (*erga omnes*) de los mismos comportamientos. Se trata por eso de reglas y entiendo por «regla» cualquier prescripción general y/o abstracta de la que sean concebibles la observancia o la inobservancia. Es el caso de casi todos los derechos constitucionalmente establecidos, de los derechos de libertad a los derechos sociales a la salud o a la educación, para los que son identificables los comportamientos, que de los primeros son lesiones y de los segundos, actuaciones. Y es también el caso del derecho a la paz, formulado en forma de regla que manifiesta una prohibición expresa en el artículo 11 de nuestra Constitución. Por eso los he llamado principios *regulativos*, esto es, principios y reglas al mismo tiempo: normas que, gracias a esta ambivalencia, funcionan como principios cuando se utilizan como argumentos en sede de interpretación sistemática, pero como reglas en sede de aplicación a sus violaciones.

Hay además normas constitucionales que no son reglas ya que para ellas no cabe pensar en una específica violación, sino solo principios y que por eso los he llamado *principios directivos* o simplemente *directivas*. Los he llamado principios meramente *directivos* porque no consisten en la prescripción o en la prohibición de conductas determinadas, sino en la formulación de valores u objetivos perseguitables por las políticas públicas, esto es, un conjunto heterogéneo e indeterminado de posibles actividades, ninguna de las cuales es concebible como su actuación o, de ser omitida, como su violación. Por ejemplo, el llamado derecho al trabajo, previsto en el artículo 4 de nuestra Constitución, que no pudiendo ser garantizado por la obligación de alguien de contratar a los trabajadores en paro, no es, pese al nombre de «derecho», una regla observable, violable o justificable ante un juez, sino simplemente una directiva que señala el pleno empleo como algo a perseguir. Análogamente, son principios directivos, o directivas, los principios enunciados en el artículo 1 de la Constitución según el cual «Italia es una República [...] basada en el trabajo», en el ar-

título 3, 2.º, donde se habla de la tarea de la República de «eliminar los obstáculos de orden económico y social» que limitan «la igualdad» e «impiden el pleno desarrollo de la persona humana», y en el artículo 9, que habla acerca de la promoción del desarrollo de la cultura y de la investigación científica y similares.

Se trata, como se ve, de normas de enorme importancia política que definen la identidad democrática de la República y que se pueden utilizar como argumentos poderosos en apoyo de la interpretación constitucional de las normas en general. Por ejemplo, en materia de trabajo, los artículos 1 y 4 de la Constitución han servido para fundamentar la legitimidad de la ley sobre la justa causa de despido, impugnada como ilegítima por quien sostenía que eso era una auténtica violación del derecho a la iniciativa privada; y podrían servir mañana como argumentos en apoyo de las tesis de inconstitucionalidad de la reciente modificación del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, de nuevo el derecho a no ser despedidos sin justa causa y, por ende, a no ser tratados como cosas, máquinas o mercancías. Pero, aun siendo importantes, y en esto estamos de acuerdo, estos principios directivos no son reglas.

Son, sin embargo, reglas, y sobre esto *no* estamos de acuerdo, casi todos los derechos fundamentales a los que corresponden obligaciones y prohibiciones de comportamientos determinados, aplicables en cuanto tales a sus violaciones. En resumen, mi disenso con los neoconstitucionalistas, y también con realistas como Riccardo Guastini, consiste en la excesiva amplitud que dais a la noción de principio, en la que acabáis incluyendo todos los derechos fundamentales, entendidos estos como principios directivos incluso cuando se trata de expectativas positivas o negativas de determinados comportamientos. Parece claro que tratar estos principios como directivas objeto de ponderación y no como principios regulativos objeto de aplicación, debilita gravemente su normatividad y, con ello, la normatividad de las constituciones que los prevén. El peligro que veo en vuestras posiciones es un sustancial vuelco del sistema de las fuentes: legisladores y jueces, aunque rígidamente vinculados a los principios constitucionales, tendrían el poder de ponderarlos alguna vez privilegiando unos en detrimento de otros.

*Estamos de acuerdo, en realidad, en que la mayor parte de las disposiciones constitucionales que tutelan los derechos sociales no pueden ser interpretadas como meras directivas, y que también las directivas constitucionales son normas preceptivas y no meramente programáticas, porque, como ha afirmado el Tribunal Constitucional desde su primera sentencia, pueden hacer las veces de parámetros del control de constitucionalidad, es decir, servir para anular leyes inconstitucionales. Estamos también de acuerdo, me parece, en el hecho de que en caso de auténticos derechos, el*

*juez ordinario puede aplicar directamente la Constitución sin esperar la intervención del legislador: como ha sucedido, por citar un solo ejemplo, con la tutela del daño biológico basándose en el artículo 32, 1.º, de la Constitución. Me parece que, en este punto, la diferencia entre tu garantismo y la posición de los realistas genoveses, como Guastini y el que esto suscribe, es puramente teórica: para ti, todas las disposiciones constitucionales, excepto aquellas que expresan directivas, deben aplicarse por el juez ordinario (lo que es una tesis abiertamente normativa), mientras que nosotros sostenemos que para una auténtica teoría del derecho, cognoscitiva en cuanto tal, estas son solo cuestiones de interpretación que remiten a la doctrina y a la jurisprudencia (una tesis meramente cognoscitiva).*

Pero este disenso nuestro tiene enormes implicaciones prácticas. Según el garantismo, cuando el legislador no actúa los principios constitucionales que enuncian derechos, tenemos la violación de una obligación constitucional, la de garantizar tales derechos; ¿por qué no debe reconocerlo la teoría y considerar como ilegítima esa falta de actuación? ¿Qué quiere decir que estas son solo cuestiones de interpretación que remiten a la doctrina y a la jurisprudencia? Supongamos que no hubiese sido introducida la asistencia sanitaria para todos como garantía de nuestro derecho constitucional a la salud. Esto hubiera sido una omisión, una violación constitucional, un vicio al que, dada la separación de poderes, no se podría dar solución por vía judicial. Pero la teoría debería decirlo: debería configurar el caso como una laguna que había que colmar, como un ilícito legislativo que había que remediar. Resulta claro que una omisión semejante no puede remediarla en vía jurisdiccional: los jueces están sometidos a la ley, tienen el deber de aplicarla, y no pueden sustituir al legislador instituyendo ellos mismos la asistencia sanitaria nacional o la escuela pública. La separación de poderes es un postulado del garantismo. Pero, precisamente por eso, la laguna, no solo debe ser denunciada por la doctrina jurídica y por el debate público, sino que la teoría del derecho debe también calificarla como una inadmisible inobservancia constitucional, no remediable sino por vía legislativa.

*Antes has dicho que, bien mirado, entre derechos de libertad y derechos sociales no hay conflicto, pero la mayor parte de los teóricos del derecho, yo entre ellos, sostenemos que sí hay conflicto. Para hacer entender a los no introducidos en la materia cuál es el alcance práctico de esta discusión, porque de lo contrario esto parecería solo un elucubración entre teóricos, tomemos el caso dramático del ILVA\*, de Tarento, del que hemos discutido tanto con Gustavo Zagrebelsky, en la Universidad del Piamonte*

\* Siderurgia italiana radicada en Tarento, clausurada por sus vertidos tóxicos.

Oriental, como con Guido Corso y Aurelio Gentili, en la Universidad de Roma 3. El caso ILVA, en mi opinión, es un claro ejemplo del conflicto entre dos derechos: el derecho individual a la salud, artículo 32 de la Constitución, que afecta a todos los trabajadores del ILVA y a todos los ciudadanos de Tarento, amenazados por productos contaminantes, y el derecho al trabajo, o más bien, el interés colectivo en el pleno empleo, que afecta no solo a los trabajadores amenazados por el cierre de los altos hornos, sino también a sus familias e indirectamente a la economía de toda la ciudad. Sobre esta cuestión han intervenido tanto la magistratura como el Gobierno con soluciones diferentes: la magistratura ha hecho prevalecer el auténtico derecho, el de la salud, sobre el interés colectivo al trabajo; el Gobierno, sin embargo, como tal vez debía hacer, se ha inclinado más por el interés colectivo en el pleno empleo.

En mi opinión, la teoría del derecho no puede negar dos hechos que tu teoría tiende a ocultar: 1) el derecho individual a la salud y el interés colectivo al trabajo pueden entrar en conflicto; 2) cualquier posible solución de este conflicto —tutelar solo el derecho a la salud o tutelar solo el interés por el trabajo pasando por todas las soluciones intermedias— consiste esencialmente en eso que los teóricos y los constitucionalistas llaman «ponderación»: buscar un equilibrio de los intereses en conflicto que acaba casi siempre sacrificando algo de ambas partes. En el caso del ILVA, de hecho, un derecho individual a la salud ha sido atemperado con un interés colectivo al trabajo, sacrificando algo del derecho individual y algo también del interés colectivo. Se han cerrado las secciones más contaminantes, ofreciendo bonificaciones a los despedidos, sacrificando de esta manera el interés colectivo al trabajo, pero ha continuado la producción, sacrificando el derecho a la salud. Y no solo están así las cosas, sino que no pueden estar de otra manera: quiero decir, podría hacerse otro tipo de ponderación, pero alguna será siempre inevitable.

A mí, sin embargo, me parece que el caso ILVA es un caso ejemplar, no tanto de un conflicto entre derechos, sino de concurrencia de funciones diversas: una de *gobierno*, competencia de la política, y otra de *garantía*, competencia de la jurisdicción. Corresponde a la política la tutela del trabajo, que como he dicho hace poco, no es propiamente un principio regulativo, sino un principio directivo que las instituciones de gobierno tendrían que, y seguirán teniendo que, cumplir al máximo posible y, además, la tutela de la salud como «interés de la colectividad», mediante la imposición a los propietarios de las adecuadas medidas de seguridad contra las emisiones contaminantes. A la jurisdicción le corresponde, por su parte, la garantía de los derechos lesionados y justamente el de la salud como «fundamental derecho del individuo» y, de ahí, la intervención directa para sancionar y sobre todo para poner fin a sus violaciones. Son

los dos sentidos, el uno como principio directivo y el otro como principio regulativo, en los que, como bien has dicho, la salud es tutelada por el artículo 32 de nuestra Constitución. Parece claro que desde el momento en que se advierte un peligro o, peor, una lesión del derecho a la salud, el juez tiene el deber de intervenir incluso con actuaciones radicales, como la clausura de las instalaciones para salvaguardar a las personas ante situación de grave peligro en que se encuentran.

Pero antes de que estallase el escándalo, la política y la Administración —con sus instrumentos de inspección, como la policía, los inspectores de trabajo y las autoridades que tutelan el medioambiente— deberían haber impuesto a los propietarios la reparación o sustitución de las instalaciones y, en general, todas aquellas medidas necesarias para garantizar, como condiciones para el mantenimiento de la empresa y de los puestos de trabajo, además de la salud, el respeto al artículo 42 de la Constitución: «la iniciativa económica no puede actuar de manera que cause daños a la seguridad». En este caso, en el plano jurídico no hay conflicto alguno entre principios: los principios regulativos, que consisten en reglas y en derechos, prevalecen sobre las directivas. Pero, dado que no ha habido medidas de control o de prevención por parte de las autoridades administrativas, la intervención del juez ha resultado obligatoria. Y la perspectiva de esa intervención debería suponer, por vía preventiva, una razón de más para imponer con urgencia las medidas necesarias.

*En el caso del ILVA creo que tienes parcialmente razón: el conflicto es en parte solo aparente, dado que se confrontan un auténtico derecho individual —el derecho de los trabajadores y de los ciudadanos de Tarento a la salud, a favor del cual, no casualmente, ha podido intervenir la magistratura— y un interés colectivo, si bien sacrosanto, como es el del empleo, no por casualidad garantizado solo por el Gobierno y no por la magistratura. Pero, aun admitiendo que el derecho individual a la salud prevalece sobre el interés colectivo al trabajo, ¿no habría que tutelar los dos? ¿Cómo negar que cualquier solución imaginable asumirá siempre la forma de una ponderación, un ajuste de exigencias enfrentadas, una especie de compromiso si prefieres?; expresión que, al igual que Kelsen, no llegó a considerar denigratoria porque indica el modo mismo de funcionamiento de la democracia. Ahora bien, si esta es la sustancia, ¿no sería mejor hacerla transparente explicando la ponderación que se ha llevado a cabo, los intereses tutelados y los sacrificados? Por lo demás, es lo mismo que sucede desde hace un siglo: primero en la jurisprudencia administrativa alemana y hoy en todas las jurisprudencias constitucionales. ¿No sería mejor explicitar con claridad las opciones en vez de ocultarlas bajo la ficción de una jerarquía de principios constitucionales que no dejará de ser más que una construcción del intérprete?*

Pero aquí, repito, no hay tanto un conflicto resuelto con un compromiso, como la concurrencia de dos funciones, la del Gobierno y la judicial, una de las cuales no ha hecho sus deberes —la imposición de medidas que tutelen la salud y también el trabajo— y la otra que se ha visto obligada a intervenir por ineptitud de la primera. Y mientras que la intervención judicial, tendente a hacer cesar la violación de la salud es obligatoria, ya que se basa en la aplicación de la regla o principio regulativo consistente en el derecho a la salud, la intervención legislativa llevada a cabo con el decreto ILVA es el resultado de la discrecionalidad legislativa, ejercida en base al equilibrio entre valores constitucionales e intereses en juego: el trabajo, por un lado, y la protección de la salud como «interés de la colectividad» por otro, siempre según el artículo 32 de la Constitución.

Es, pues, evidente que el juez —cuando ha sido llamado a dilucidar si en los diversos casos sometidos a juicio se ha dado o no una violación del derecho a la salud— también ejerce una específica discrecionalidad judicial: la cual, sin embargo, no consiste en un compromiso entre las normas, sino en su interpretación operativa, como así la llamo desde 1966, en relación con los casos sometidos a su juicio: interpretación operativa que exige el ponderado equilibrio de las circunstancias singulares e irrepetibles que hacen de cada caso judicial algo irreduntiblemente diferente a cualquier otro.

*Perdona, Luigi, pero casos como el del ILVA los hay en gran cantidad todos los días y en todas las partes del mundo: el conflicto entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo; piensa, por ejemplo, en el incremento de la contaminación que se ha producido por el desarrollo industrial en China. La ponderación no es solo una valoración jurisdiccional del caso concreto, como tú lo presentas, sino, y antes aún, una valoración legislativa respecto al caso abstracto del conflicto entre derecho a la salud y derecho al trabajo, en general. Es el legislador, como mantenían los realistas americanos, quien debe sopesar los derechos e intereses en conflicto y será después el juez ordinario quien aplique la ponderación legislativa y, eventualmente, el juez constitucional quien controle su constitucionalidad. Tal vez pueda decirse así, tomando una distinción entre ponderación explícita e implícita, propuesta por Giorgio Pino. Toda decisión —constitucional, legislativa, judicial— nace de una ponderación de todos los intereses en juego, ponderación que normalmente suele quedar implícita; en casos como el del ILVA, sin embargo, en los que el conflicto exige opciones trágicas que suponen el sacrificio de intereses tan merecedores de tutela, como para ser llamados derechos, principios o valores, entonces conviene que la valoración sea explícita para permitir a los ciudadanos el control de las decisiones.*

De nuevo estoy de acuerdo contigo solo en parte. En abstracto, el caso ILVA, dejando aparte la enormidad y el dramatismo de sus dimensiones, no es muy diferente de los innumerables casos de violaciones de las normas antisiniestros o anticontaminantes por parte de las empresas: violaciones que reclaman la intervención del juez cuando las normas sean violadas, posiblemente por la escasa vigilancia de las autoridades administrativas. Cuando ejercía de juez instructor en Prato, centro de la industria textil, todos los días se producían accidentes de trabajo —manos y brazos amputados en los telares— por la violación de alguna medida de seguridad. Entonces yo intervenía, con mano dura, secuestrando la máquina carente de protecciones o sellándola hasta que no se tomaran las adecuadas medidas de seguridad; así es como disminuían los accidentes. Naturalmente, el caso ILVA es también una cuestión de política industrial, que va más allá de las violaciones de específicas medidas de seguridad que hay que sancionar: lo que hay que decidir es si nuestro país, y Tarento en particular, debe mantener abierta la segunda acería de Europa y salvaguardar la correspondiente tasa de empleo, aunque ello conlleve medidas demasiado costosas para tutelar la salud y el medioambiente. Solo que esto no son los jueces quienes deben decidirlo y menos aún con una ponderación: ellos tienen que aplicar las normas y será la política, si acaso, quien sopesa los intereses. La salud, en particular, es un derecho y su tutela es una regla, no un principio directivo: si así no fuese, decaería esa normatividad fuerte que debe tener una Constitución, si se la toma en serio.

Volvemos así a los términos teóricos de la cuestión que has suscitado sobre conflictos entre derechos. El poder legislativo, como en general el poder político de gobierno, es un poder discrecional, rígidamente limitado y vinculado por las reglas o principios regulativos, aunque no por las directivas o principios directivos entre las que el legislador lleva a cabo una ponderación. En esto estoy de acuerdo contigo, pero la ponderación es solo legislativa o administrativa y nunca afecta a los principios regulativos —vinculantes e indefectibles para el legislador a menos que estén expresamente limitados por normas del mismo nivel—, aunque sí a los principios directivos o directivas. Por otra parte, sobre las leyes y las resoluciones administrativas que son su producto, el control de constitucionalidad solo es admitido para verificar si esas violan una regla constitucional, aunque se haya realizado una buena ponderación entre directivas. Una ponderación así entra de hecho en las competencias de la política y sería una violación de la separación de poderes cualquier tipo de fiscalización por parte del juez.

Es obvio, pues, que los conflictos existen. Pero en una medida incomparablemente menor de cuanto los neoconstitucionalistas y los realistas se complacen en dramatizar. Además, la ponderación judicial de los principios no me parece que sea una buena reconstrucción de sus solucio-

nes. Normalmente, muchos de los llamados conflictos entre derechos, no son propiamente tales, sino límites impuestos por algunos de ellos al ejercicio de otros, no por casualidad de acuerdo con la máxima kantiana de la compatibilidad de las libertades de cada uno con las libertades de los demás: límites a veces implícitos en su misma estructura lógica, a veces explicitados por las normas constitucionales, o bien reconocibles, de manera general y abstracta, en sede interpretativa. Por ejemplo, son límites, a su vez no limitables por parte de los demás, los derechos fundamentales consistentes en meras inmunidades, como la libertad de pensamiento o de conciencia o la inmunidad frente a las torturas: al no ser ejercitables mediante ningún acto y no pudiendo por eso limitar o interferir en las libertades ni en los derechos de los demás, son un límite al ejercicio de todos los demás derechos y no son limitables por el ejercicio de ninguno de estos. Pero, los derechos civiles de autonomía o de iniciativa privada, aunque de rango constitucional, son, como ya he dicho, derechos-poder, cuyo ejercicio, al hallarse en un nivel normativo más bajo que el nivel constitucional al que pertenecen todos los derechos fundamentales, no puede derogarlos, dado que respecto a ellos está jerárquicamente subordinado. En estos casos, el conflicto se resuelve de un modo general: se tratará de soluciones opinables, como son todas las soluciones jurídicas, pero propuestas como válidas de una manera general y abstracta.

Cuando, por el contrario, la solución se propone con referencia a casos concretos, entonces lo que se pondera no son las normas, que son siempre las mismas y que siempre tienen el mismo peso, sino las circunstancias especiales del caso que son, más bien, siempre diferentes e irrepetibles. Esta es la ponderación que he llamado equitativa y que, aunque relegada por la doctrina, constituye una dimensión imborrable en cualquier juicio: la comprensión de las circunstancias específicas que hacen de cada caso algo diferente de todos los demás, aunque subsumibles todos en la misma familia legal, y que el juez debe tener siempre en cuenta. En mi opinión, en esto es en lo que se resuelve la única ponderación judicial, no solo admisible, sino inevitable: en la apreciación y en la valoración equitativa de las circunstancias del caso concreto sometido a juicio.

*Perdona una vez más, Luigi, pero ¿qué quiere decir «normatividad fuerte de la Constitución? Los principios constitucionales, por definición, son normativamente más débiles que las reglas: todos, no solo las directivas. Todos los principios, aunque sean de rango constitucional, son genéricos y deben especificarse en reglas para que puedan ser realmente vinculantes: en caso contrario, ni sabríamos cómo observarlos, ni cómo comportarnos. ¿Qué quiere decir respetar la dignidad humana si no se concreta en una regla específica el principio genérico? Como perfectamente entendió Kelsen, si no existieran la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad*

*que los hacen vinculantes para el legislador y aplicables por el juez constitucional, no serían más que declaraciones con carga moral o política, normas programáticas que solo estarían en vigor para hacerse violar: como sucedía efectivamente en el Estado legislativo, en el que no existían ni la rigidez ni el control de constitucionalidad.*

Seguimos estando de nuevo en desacuerdo: para mí, la normatividad de la Constitución es todo menos débil. Una cosa son los principios directivos, de carácter programático, de los que no cabe imaginar la violación y que no regulan efectivamente comportamientos; no hacen surgir obligaciones jurídicas, son solo principios constitutivos de la identidad de la República que marcan políticas, objetivos que alcanzar, más que comportamientos que hay que cumplir o no. Por el contrario, los derechos fundamentales, sean los de libertad o los sociales, son reglas, es decir, expectativas generales y abstractas que regulan la legislación imponiendo prohibiciones y obligaciones, que son sus garantías correspondientes. Defiendo la normatividad fuerte no solo porque es la razón de ser del artificio institucional, y que por eso es fundamental en el sentido axiológico que todos le reconocemos, sino, sobre todo, porque son normas jerárquicamente superiores a cualquier otra; de manera que si fiásemos su aplicación a la ponderación, acabaríamos, como ya he dicho, trastocando las jerarquías jurídicas, además de las axiológicas, fijadas por la Constitución, dado que subordinaríamos su observancia a las discrecionales opciones del legislador o del juez.

*Me concederás, no obstante, que aquí estamos hablando de ponderación, no en el sentido de aceptar que puedan ser inaplicados algunos principios constitucionales, sino en el sentido totalmente opuesto, de tener siempre en cuenta y sopesar entre sí todos los principios constitucionales: el derecho a la salud con el derecho al trabajo, el derecho a la vida del feto con el derecho a la salud de la madre, el derecho a la libertad de información con el derecho a no ser calumniados. Aquí no se exalta la discrecionalidad judicial; se la controla. Es como si se dijese: «Aplica la Constitución pero aplícalo toda, no solo una parte» y, sobre todo, «Muestra cómo la aplicas, justifica públicamente tus decisiones». El Tribunal Constitucional alemán se atiene desde hace medio siglo a parámetros de control de proporcionalidad fijados en la sentencia «Luth», de 1958.*

Si esta es la ponderación que tú propones —como interpretación sistemática de la Constitución, o, si prefieres, como necesidad de tener en cuenta todos los principios constitucionales— estamos perfectamente de acuerdo. Como ya he señalado anteriormente y como mejor explico en mi

libro *La democracia a través de los derechos\**—, los principios regulativos y en particular los derechos fundamentales, tienen una feliz ambivalencia semejante a la de los principios directivos: mientras que frente a sus violaciones se comportan y son aplicables como reglas, en la interpretación de cualquier ley y aun de la Constitución se comportan como argumentos. En cuanto principios, justamente porque explicitan la razón de ser de las normas por las que son enunciados; en ellos, y más si son de rango constitucional, se apoya sobre todo la argumentación racional tanto de la interpretación judicial como de la política legislativa. Pero en cuanto reglas, se aplican, se respetan y se ejecutan como normas rígidamente vinculantes para la jurisdicción y para la legislación. Por lo demás, incluso las normas formuladas expresamente en forma de reglas, cuando son utilizadas como argumentos en la interpretación, se las invoca con apoyo en los principios que son su razón de ser: por ejemplo, en el derecho a la vida o a la propiedad, que son los principios subyacentes a las reglas que prohíben el homicidio y el robo; o en el de la seguridad vial, que es la razón de ser de las reglas sobre la circulación vial.

Me temo, sin embargo, que muchos de nuestros colegas neoconstitucionalistas o realistas no se van a quedar contentos con este reconocimiento del valor de la argumentación por principios, pues tienen una idea bastante diferente de la ponderación, ya que la entienden, en contra de lo que tú dices, como una elección del principio que hay que aplicar en detrimento de otro. Claro es que la discrecionalidad legislativa que resulta de la ponderación de los valores expresados por los principios constitucionales, sean directivos o regulativos, por un lado, y por otro, de los intereses implicados en las decisiones, es un rasgo distintivo de la política y de su autonomía. Pero admitirla en la jurisdicción bajo la forma de ponderación de las normas —cuando el razonamiento judicial puede ser reconstruido de otras maneras, más compatibles con el principio de legalidad y con la separación de poderes— me parece una estéril desviación en el plano conceptual. Se corre el riesgo de favorecer el activismo del juez y de secundar una impropia discrecionalidad judicial.

Por eso, repito, la única ponderación que no solo admito, sino que merecería incluso ser objeto de una mayor reflexión teórica y, a veces, de argumentación práctica, es la relativa a los rasgos singulares y a las irrepetibles circunstancias de cada caso. En cuanto a la ponderación de las normas, mientras pienso que no es admisible en nuestros ordenamientos continentales de *civil law*, es más concebible en los sistemas anglosajones y, desde luego, más pertinente en la cultura del *common law*, donde la jurisprudencia es fuente de derecho. Como también son más pertinentes a la tradición jurídica anglosajona las formas prevalentemente pacticias —el

\* Traducción española de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014.

contrato en vez de la ley— del actual derecho global. En este aspecto, me parece que el neoconstitucionalismo tiene en común con el liberalismo la sustancial desvalorización del momento legislativo, es decir, de la normatividad general y abstracta.

*Un problema conexo, aunque diferente, que ya hemos reseñado, es la actuación de los principios directivos o directivas constitucionales. Si el legislador viola una norma constitucional que tutela una libertad o un derecho social, puede intervenir el Tribunal Constitucional para anular la ley. Por el contrario, si el legislador no actúa objetivos sociales como la igualdad sustancial, el empleo o la salud —considerada, bien entendido, como «interés de la colectividad» y no como «derecho del individuo»—, ¿cómo se le puede obligar a hacerlo? Como ejemplo de garantía positiva has recordado la Constitución brasileña, que destina cuotas del presupuesto nacional para satisfacer determinados derechos sociales. Pero, dejando a un lado los problemas que una institución semejante suscitaría, si además estuviera combinada con la obligación constitucional de un equilibrio presupuestario —institución de la que ya hemos hablado y a la que volveremos más adelante—, esto parece ser lo máximo que se puede hacer: la actuación de la mayor parte de estos objetivos, en última instancia, seguirá dependiendo de la discrecionalidad política del legislador. Una mayoría parlamentaria intervencionista tratará de conseguir los mejores resultados y una mayoría parlamentaria neoliberal los relegará al olvido. ¿Qué otra cosa se puede hacer jurídicamente?*

De momento, no es una cuestión menor el hecho de que exista una obligación jurídica de garantizar y, por tanto, de dar satisfacción a los *derechos* sociales, mucho más taxativa y vinculante que las simples directivas, y que su incumplimiento constituye una violación de la Constitución y una laguna indebida. Más allá de la aporía consistente en el hecho de que un defecto semejante no sea remediable por la jurisdicción, el reconocimiento de esta obligación y la estigmatización de su violación como ilegítima crean un sentido de responsabilidad en los políticos que gobiernan, una mayor atención crítica de la cultura jurídica y de la opinión pública, un espíritu cívico más sólido en el sentido común y en la lucha por los derechos. Diferente y más débil es la normativa de los principios directivos o directivas, para los que, en cambio podemos hablar, con Bobbio, de función promocional del derecho, ejercitable con políticas públicas basadas en incentivos y desincentivos, bien diferentes de las obligaciones de prestación que constituyen las garantías de los derechos sociales. En suma, si en un ordenamiento se ha establecido el derecho a la salud, una persona que enferma debe ser curada: no es una prestación asistencial, solidaria, paternalista o caritativa, sino el cumplimiento de una obligación

que, obviamente, presupone la institución de un servicio sanitario público y gratuito, introducido hoy en todos los países civilizados y, finalmente, gracias a Obama, también en los Estados Unidos.

Partiendo de esta concepción fuerte de la normatividad de los derechos sociales es como hay que afrontar, me parece, el problema que has suscitado de su falta de actuación. Esta carencia, esto es, omitir la introducción de las garantías, hay que leerla como una *laguna* indebida del ordenamiento que el legislador tiene la obligación de colmar. Ya he recordado la vergonzosa laguna consistente en la no introducción del delito de tortura en actuación de la obligación establecida en el artículo 13, 4.<sup>º</sup>, de la Constitución. Habría que recordar también la falta de una ley que actúe el artículo 10 sobre el derecho de asilo. Pero parece claro que el campo privilegiado de las lagunas, en los ordenamientos nacionales, y más aún en el derecho internacional, es el de los derechos sociales, que son derechos *omnium* de prestación positiva, a los que les corresponden obligaciones *erga omnes* que pueden ser instituidas solo mediante leyes o por convenciones internacionales. En Italia, por ejemplo, como en muchos otros ordenamientos, existe el servicio nacional de salud y la escuela pública, aunque sometidos en estos años a recortes, en mi opinión censurables como inválidos por ser contrarios a los correspondientes derechos establecidos por la Constitución. En el ordenamiento internacional, sin embargo, no existen de hecho garantías de los derechos sociales, pese a estar solemnemente estipulados en la Declaración Universal de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Hablaremos por eso, en los diversos ordenamientos, de un grado mayor o menor de garantismo social en función de la cantidad y calidad de las garantías existentes para los diversos tipos de derechos sociales: hasta el caso límite de las lagunas estructurales, donde las garantías de los derechos son inexistentes.

Pero existen también en el ordenamiento italiano, además de garantías reducidas o inadecuadas, lagunas estructurales de garantías sociales: por ejemplo, la no introducción de una renta mínima garantizada, cosa que viola el artículo 38, parágrafo segundo, de la Constitución, según el cual «los trabajadores tienen derecho a que se prevean y se les asegure los medios adecuados a sus exigencias de vida en caso de accidente, enfermedad, invalidez, vejez y *desempleo involuntario*» (cursiva mía). Por tanto, todos quienes están en el paro en contra de su voluntad tienen en Italia el derecho —y la esfera pública tiene la obligación— de que se «prevean y se aseguren medios adecuados a sus exigencias vitales». Pero justamente Italia es el único país de Europa, junto con Grecia, en el que este derecho permanece inactuado. Esta laguna es tanto más grave cuanto que en estos años ha aumentado, no solo el desempleo, sino la precarización del trabajo, debido, además de a la crisis económica, a una le-

gislación que ha destruido el viejo derecho laboral y sus clásicas garantías. La urgencia, además de la obligación, de añadir al catálogo de los derechos sobre los que se funda el pacto social, el derecho a una renta mínima de ciudadanía, prevista en el artículo 38 de la Constitución, está determinada por el hecho de que hoy es más que evidente —a causa del carácter estructural asumido por el desempleo y por las políticas que en estos años han convertido en precarias las relaciones laborales— que el pleno empleo no es una regla, sino una directiva, nunca plenamente realizada y cada vez más irrealizable.

(GIORGIO PINO) *En efecto, los gobiernos de estos últimos veinte años, de derecha o de izquierda, se han entretenido en hacer diversas reformas del mercado laboral inspiradas en la «flexibilidad»: en primer lugar, creando relaciones de trabajo atípicas y precarias (a tiempo parcial, por proyecto, etc.), luego reformando el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, más para hacer señales a los mercados que para que fuese de utilidad. Hasta ahora, obviamente, la única flexibilidad que se ha visto ha sido en la salida hacia el paro. ¿No te parece que todo esto, incluso en la izquierda, no es más que fruto de una subordinación cultural a las razones de la economía a las que el garantismo debería oponer las razones del derecho?*

Cierto, el trabajo ha sido el principal blanco de todos los dardos de las políticas antisociales de estos años, no solo las de la derecha, sino también las de una izquierda que todavía no se ha liberado del sentimiento de culpa por su pasado comunista y socialista y que, en gran parte, fatigosamente se ha ido convirtiendo a la cultura neoliberal. El viejo derecho laboral, con sus derechos y sus garantías, conquistado en decenios de luchas, ha sido destruido por una larga serie de contrarreformas: el abandono de los viejos convenios colectivos laborales nacionales o sectoriales sustituidos por una contratación empresarial y, sobre todo, individual; la supresión de la garantía de estabilidad en el puesto de trabajo, que constituye el obvio presupuesto —un derecho a tener derechos— de las garantías de todos los demás derechos; la sustitución de la vieja relación de trabajo a tiempo indeterminado por una miríada de relaciones individuales diferentes, atípicas, temporales, precarias (¡he llegado a contar hasta 46!) y, por eso carentes de garantías; la consiguiente neutralización del conflicto social debido a la ruptura de la vieja solidaridad y unidad de los trabajadores, divididos ahora y dispuestos a competir, renunciando a sus derechos, como ha sucedido en la Fiat, en unas condiciones contratuales nefastas bajo la amenaza de los despidos. El resultado ha sido la anulación de la subjetividad política de los trabajadores —expresiones como «clase trabajadora» o «movimiento obrero» han quedado, no solo por todo esto, sino por los imponentes procesos de degradación en el

sector terciario, fuera de uso desde hace tiempo—, subjetividad sustituida por la relación personal y a veces servil del trabajador hacia quien le da trabajo, en dura competencia con otros trabajadores.

No solo se ha producido una reducción de los derechos de los trabajadores tendente a hacer caer sobre ellos el peso y el coste de la crisis económica. Se ha tratado más bien de una programada desvalorización del trabajo, privado de dignidad y también de derechos, quedando reducido a mera mercancía, como en el siglo XIX. No es casual que la derecha haya propuesto cancelar el artículo 1 de la Constitución que hace de él el fundamento de la República. El objetivo de estas reformas, más que económico (el trabajo no incide en más del 10% en los costes de producción), es político: la humillación de los trabajadores y la exhibición del carácter absoluto y desregulado del poder empresarial. En el plano económico, de hecho, normas como el artículo 8 de la Ley n.º 148 de 2011, sobre la derogabilidad de los contratos nacionales, y hasta de las leyes por parte de la contratación empresarial, o como la reciente modificación del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores sobre los despidos sin causa justificada, han tenido el efecto de aterrorizar a los trabajadores, de mantenerlos en un estado de permanente y estresante inseguridad acerca de su futuro, de mortificar su amor propio y, en consecuencia, de reducir la productividad. El único sentido de estas medidas es mandar un mensaje de la política a los mercados financieros: estamos de vuestra parte. Está claro, pues, en mi opinión, que frente a una crisis tan dramática del empleo, la renta mínima de ciudadanía representa hoy la única garantía de seguridad de la existencia.

*Pero ¿no se corre el riesgo de legitimar, paradójicamente, con esa renta de ciudadanía, la precariedad laboral, sancionando definitivamente el abandono del objetivo del pleno empleo? ¿No se corre el riesgo de arrebatar al trabajo el protagonismo que se le asigna en el artículo 1 de la Constitución?*

Al contrario. Debemos constatar que mientras que la precariedad está provocada por las medidas antisociales que hemos recordado ahora, el paro es un fenómeno estructural, destinado posiblemente a agravarse, debido a la creciente marginalización del trabajo en unos procesos productivos cada vez más tecnológicamente avanzados. Se ha roto definitivamente la relación entre trabajo y subsistencia teorizada por Locke en los inicios del capitalismo, cuando podía escribir que la supervivencia depende de la propiedad, la cual es el fruto del trabajo, y que todos pueden trabajar siempre que lo deseen porque hay tierra suficiente en el mundo para dar satisfacción incluso al doble de los habitantes del planeta; siempre se podía retornar al campo o emigrar a las incultivadas tierras de América. Esta fundamental legitimación ideológica del capitalismo —en virtud de la que

el Estado debe garantizar la vida frente al homicidio, pero no la supervivencia, garantizada solo por la libre iniciativa de la persona— es hoy desmentida, no solo por la falta de trabajo, sino por la negación o penalización del viejo *ius migrandi* teorizado por Locke y antes aún por Francisco de Vitoria. Como ya he dicho, hoy más que nunca, la supervivencia no es un hecho natural, sino artificial, dependiente de la integración social.

Dicho esto, creo que debemos rechazar de plano la tesis, defendida incluso por la izquierda y por el mundo sindical, de una oposición entre renta mínima de ciudadanía y empleo. La introducción de esta fundamental garantía para la existencia serviría para reforzar enormemente la autonomía y la fuerza contractual de los trabajadores, eliminando, o al menos reduciendo, el chantaje de la oferta de cualquier trabajo, incluso servil, como condición de subsistencia: quien tiene 600 u 800 euros de base no se arrastra detrás de quien le ofrece trabajar diez horas al día por la misma cantidad. Cambiaría la naturaleza del trabajo, ya no expuesto a la máxima explotación como mera mercancía sin valor, sino ejercicio de autodeterminación como afirmación o realización de la persona en la sociedad. Sería al fin entendido el sentido del artículo 1 de la Constitución —«Italia es una República democrática basada en el trabajo»— cuyo valor democrático y liberal quedaría explicitado. Ya que el trabajo sobre el que debe basarse la República no puede ser, por supuesto, el trabajo como mercancía, sino el trabajo como libre elección; no el trabajo servil, coaccionado, sino el trabajo como expresión de la identidad de la persona, fruto de su autodeterminación, factor de su dignidad social y del desarrollo de su personalidad. En esta valorización del trabajo como fruto de la libre elección es donde reside el carácter intrínsecamente liberal, además de social, del derecho a una renta mínima garantizada. Al garantizar la subsistencia, un derecho así es incluso un metaderecho, que actúa como condición de la efectividad de todos los demás derechos, y refuerza la libertad contractual y la dignidad de todos los trabajadores.

*¿A qué te refieres exactamente cuando hablas de renta mínima garantizada? ¿A formas de indemnización extraordinaria, ligadas a la necesidad y al paro, o bien a una renta básica de carácter universal, válida para todos, pobres y ricos?*

Efectivamente, sobre la renta mínima se han diseñado dos modelos: la renta mínima garantizada solo a los necesitados, previa constatación de su falta de trabajo o en todo caso de ingresos suficientes para vivir, y la atribuida a todos como objeto de un derecho fundamental, y por eso universal, y recobrada luego de las personas con recursos mediante la exacción fiscal.

El primer modelo, presente en todos los ordenamientos europeos a excepción de los de Italia y Grecia está previsto por el ya recordado

do art. 38, 2º de la Constitución italiana «para el caso de desempleo involuntario». El reconocimiento de este tipo de renta no es una opción política, sino una obligación constitucional, semejante a la de proporcionar la enseñanza pública y la asistencia sanitaria en garantía de los derechos correspondientes. Su falta, con independencia de nuestras opciones políticas, es por ello un vicio insostenible en el plano jurídico, y no solo en el plano moral. Para colmar esta laguna no basta la jungla de amortiguadores sociales previstos para el caso de accidente, enfermedad, vejez o cesación de una precedente relación laboral, como la prestación por desempleo durante determinados períodos de tiempo.

El segundo modelo parte de la hipótesis, bastante más radical y ambiciosa, de una renta mínima básica que tenga carácter universal e incondicionado, concedida a todos a partir de la mayoría de edad y recuperable de los sujetos que dispongan de medios a través de la imposición fiscal. Se trata de una innovación rupturista que cambiaría la naturaleza de la democracia y, por supuesto, la del trabajo. Es ante todo un modelo de rentas universales más acorde con el universalismo de los derechos fundamentales, como derecho del ciudadano en tanto que persona más que como trabajador. Quedaría, así, excluida cualquier connotación caritativa y, en consecuencia, el estigma consiguiente a una indemnización social ligada a la falta de trabajo y a la pobreza. En fin, vendría muy bien sobre todo a los sujetos más débiles, empezando por los jóvenes y las mujeres, aunque solo fuera porque supondría la liberación de los vínculos domésticos.

*En efecto, incluso Friedrich Hayek, el principal inspirador de todas las políticas neoliberales del siglo XX, proponía algo semejante. Pero se me ocurren ahora al menos cuatro objeciones. Primera: esta idea no sirve para relanzar la economía e incrementar el empleo, sino solo para paliar el desempleo. Segunda: una renta de ciudadanía propiamente entendida, es decir, extensible a todos, se llevaría casi el 20% del presupuesto nacional y no me parece que podamos permitírnoslo. Tercera: la renta de ciudadanía alcanzaría incluso a los millonarios y si me respondes que estos deberían quedar excluidos, te respondo que esto requeriría precisamente unos controles burocráticos que tú pretendes eliminar. Cuarta: en ningún país europeo está en vigor esta renta mínima de ciudadanía, pero la «renta mínima garantizada», que es otra cosa, remedia situaciones de paro temporal, presupone una burocracia eficiente y es sustancialmente un amortiguador social.*

Es evidente que en el plano económico este segundo tipo de renta mínima es más costoso y comprometido. Habría que precisar, sin embargo, que en la literatura sobre el tema, son múltiples los grados de universalismo propuestos: desde el conjunto de todas las personas sin empleo en

cuanto tales, a todos los sujetos por debajo de un determinado umbral de renta, hasta la forma más avanzada, que es el modelo de una renta básica para todos los mayores de edad. En cualquier caso, tus cuatro objeciones a este modelo universal me parecen superables.

La primera objeción está mal planteada. La renta mínima garantizada es una garantía social de subsistencia y no un apoyo a la recuperación económica. No es tampoco un simple remedio del paro —lo que no sería poco— y ni siquiera un obstáculo al desarrollo y al empleo. Al contrario, como todas las formas de redistribución de la riqueza y de reducción de la pobreza, la renta mínima universal serviría para incrementar la demanda y el consumo, y en consecuencia, las inversiones y el empleo, y también para mejorar, ya lo he dicho, la calidad y la productividad del trabajo. Se conseguiría, entre otras cosas, una reducción de las desigualdades, actualmente en crecimiento, que como veremos más adelante, son la principal causa de la crisis económica y de la crisis de la democracia.

A la segunda objeción, la de los costes, la cifra que señalas me parece excesiva. Aparte la recuperación fiscal de su mayor parte, habría que considerar dos fuentes importantes de ahorro, consistentes en la atribución universal de tal renta *ex lege*. En primer lugar, de esa medida se seguiría la reducción, casi la supresión, de la mediación burocrática exigida por el primer modelo —la determinación de las rentas y de las situaciones de paro o de necesidad— que es una inevitable fuente de gastos, ineficacias, posibles iniquidades, arbitrariedades, privilegios y discriminaciones y, en conjunto, de limitaciones a la libertad derivadas de la catalogación y el control de los necesitados. En segundo lugar, una garantía semejante permitiría simplificar y reducir drásticamente la actual maraña de todas esas formas de amortiguadores, indemnizaciones y previsiones de nuestro burocrático Estado social, con su séquito de costosos aparatos administrativos, de poderes discrecionales, de clientelismo, favoritismos y corrupciones. Especialmente en un país corrupto como Italia, con una burocracia pletórica e ineficaz, el modelo universal *ex lege* de una renta de ciudadanía, sustitutiva de esa gran cantidad de prestaciones asistenciales, supondría enormes ahorros.

Tu tercera objeción, la de la renta mínima incluso a los millonarios, es, en mi opinión, superable con una efectiva progresividad del sistema fiscal, según lo previsto en el artículo 53 de nuestra Constitución. Lo que permite suscitar un problema que tiene que ver con las grandes riquezas, fuente inevitable, entre otras cosas, de abusos de poder y de especulaciones financieras. No hablamos del impuesto patrimonial, que debería ser exigible en cualquier sistema fiscal informado por principios de equidad. Pero éste parece justo que, conforme al principio constitucional de la progresividad de los impuestos, la cuota máxima del impuesto sobre la renta de las personas sea en Italia solo del 43 %, común a todas las rentas su-

periores a los 75 000 euros al año y a rentas superiores en centenares de veces, como la de Berlusconi o la de Marchionne? ¿Por qué no se prevén techos máximos de renta, por ejemplo, para los salarios de los grandes ejecutivos, como sucedió en los Estados Unidos por obra de Roosevelt, que llegó a establecer cuotas de hasta el 94%, luego rebajadas al 70% durante la presidencia de Johnson, después al 50% con Reagan, en 1981, y al 28% en 1988?

En fin, la cuarta objeción: es cierto, la renta universal básica no existe aún en ningún país europeo. Existe solo en Alaska, donde cada ciudadano, gracias a las rentas del petróleo, percibe una renta de 2500 dólares al mes. La cuestión de la renta universal básica, sin embargo, es hoy debatida en todo el mundo por economistas y juristas. Se la considera económicamente sostenible y, sobre todo, cada vez más necesaria para la garantía social de la existencia. Representa el modelo de la garantía universal de los derechos sociales, esto es, de su prestación *ex lege*, sin los costes y las desviaciones de la mediación burocrática. Por eso parece evidente que la perspectiva de una innovación así no puede estar ausente en el futuro del garantismo.

Dejemos, sin embargo, de lado la perspectiva de la renta universal. En toda Europa, salvo en Italia y Grecia, existen al menos rentas mínimas garantizadas según el primer modelo, esto es, para quien no tiene trabajo ni otros medios de subsistencia. Constatemos, pues, que al menos, la falta de actuación del artículo 38 de nuestra Constitución sobre los medios adecuados de vida, en otras palabras, sobre la renta básica para desempleados involuntarios, es una típica laguna estructural que debe ser colmada con urgencia, obviamente por el legislador, no por los jueces, porque cada día que pasa es más intolerable.

*Aquí, como en otros puntos, el garantismo muestra un sacrosanto respeto por la separación de poderes.*

En efecto, la separación de poderes, como ya he dicho, es la otra cara del principio de legalidad y es esencial en su papel de garante de los derechos fundamentales, protegidos por ella frente a la arbitrariedad de los poderes políticos y administrativos. Como tal, forma parte del constitucionalismo profundo del Estado de derecho, dado que se basa en la diversidad de las fuentes de legitimación de los diversos poderes: la representación política como fuente de legitimación de las funciones legislativa y de gobierno; la aplicación de la ley y la garantía de los derechos como fuente de legitimación de la jurisdicción. La independencia de los jueces se basa, con aparente paradoja, en su sumisión solo a la ley: en el sentido de que cuanto más vinculante es la ley, en virtud de su taxatividad y precisión, tanto más asume el juicio un carácter cognoscitivo como comprobación

de los hechos previstos en la ley. Justamente ese carácter requiere la más total independencia de juicio, dado que ningún consenso o condicionamiento de mayoría puede transformar en verdadera la acreditación que motiva un pronunciamiento judicial.

Por eso no hay jurisdicción ni garantía de derechos sin independencia de los órganos judiciales: derechos y separación de los poderes, esto es, los dos principios señalados en el famoso artículo 16 de la *Déclaration* de 1789, son esenciales a cualquier Constitución, están lógicamente conectados entre sí, y no puede darse uno en ausencia del otro. Frente a la acusación de politización hoy dirigida contra los magistrados que investigan a los poderosos, debemos reconocer que los jueces han dejado de hacer política justamente cuando, gracias a su independencia, han empezado a considerar la ley igual para todos y a aplicarla igualmente a todos. Un juez, ya lo he dicho, debe fundar sus pronunciamientos solo en la ley y en la acusación, aunque la mayoría política, o incluso la unanimidad, quiera una resolución diferente. Solo por esta razón sería insensato elegir a los magistrados, como de vez en cuando propone alguien: se confundirían las dos legitimaciones, la política del Parlamento y del Gobierno, y la jurídica de la magistratura. Traería como consecuencia la inserción de los magistrados en carreras políticas de partido. Añado que la implicación entre la función de garantía de los derechos y la independencia de los jueces vale igualmente en sentido inverso: solo si los jueces son efectivamente los garantes de los derechos de los ciudadanos, su independencia será advertida por estos, no ya como un privilegio, sino como una garantía.

*Sin embargo, si pasamos a hablar de los tribunales de justicia europeos —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, para garantizar los derechos establecidos por la Convención Europea en 1950, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, para garantizar los principios establecidos en los tratados— y más en general de los diversos tribunales supranacionales, admitirás que el garantismo tiene una actitud ambivalente frente a esta expansión internacional de la función de los jueces. Por un lado, la teoriza bajo el nombre de principio de jurisdiccionalidad, pidiendo a la magistratura que aplique rigurosamente la legislación; por otro, desconfía de los atajos judiciales, subordinando rigurosamente a los jueces a la legislación (ordinaria, constitucional, internacional). Pragmáticamente, sin embargo, ¿no crees que sería más eficaz que unos jueces altamente especializados de los diferentes países, que se enfrentan cotidianamente con problemas análogos para aplicar o actuar los derechos humanos, colaboraran entre sí, mejor que unos legisladores nacionales que siguen fatalmente dependiendo de la parte más reaccionaria de las respectivas opiniones públicas? Me refiero, evidentemente, al llamado diálogo global entre los tribunales. Incluso tribunales tradicional-*

mente aislacionistas, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en decisiones como «*Roper vs. Simmons*» (2005) citan a veces la jurisprudencia de los grandes tribunales europeos; juristas estadounidenses como Anne-Marie Slaughter, o continentales, como Mireille Delmas-Marty, hablan de la formación de una comunidad global de jueces especializada en la actuación de los derechos humanos. Sin embargo, el garantismo, como decías en la primera parte, desconfía de cualquier atajo judicial para la actuación de los derechos.

El constitucionalismo garantista no infravalora el papel de garantía de la jurisprudencia ni el diálogo entre los tribunales. Bienvenida sea una jurisprudencia garantista por parte de todos los tribunales, interesada en compartir valores comunes de libertad y de igualdad. Pero ninguna jurisdicción podrá nunca asegurar los objetivos sociales del empleo, ni imponer límites rígidos a los poderes económicos, ni garantizar la educación ni la previsión, ni disponer la distribución de fármacos esenciales, ni eliminar las armas como tutela del derecho a la vida. Para todo esto se necesita la legislación. El diálogo entre los tribunales es sin duda un fenómeno positivo: gracias a él se forma una especie de *common law* jurisprudencial capaz de acercar las culturas jurídicas partiendo de la común referencia a los mismos derechos fundamentales. Pero hemos de reconocer que esta especie de *common law* no puede sustituir a la legislación en la tutela de los derechos sociales, del trabajo o del medioambiente, y mucho menos en la limitación de los poderes desregulados del mercado.

Es también cierto, como ha sostenido hace poco Gianluigi Palombella, que el *rule of law* angloamericano, justamente por su concepción no centralista del Estado, puede promover la integración jurídica del mundo mejor que el paradigma constitucional europeo. Sin embargo, aunque incorpora y tutela los derechos de libertad y los del mercado en su línea tradicional, no es suficiente para garantizar derechos y principios como los derechos sociales y la tutela del medioambiente y de la paz que requieren la introducción de normas generales, ya sea bajo la forma legislativa o de pactos, así como de adecuadas instituciones de garantía. Solo basándose en estas normas generales, no importa si introducidas por la ley, por fuentes comunitarias europeas, o por tratados internacionales, se podrá ejercer un control jurisdiccional idóneo para asegurar la efectividad de los derechos y de los principios establecidos en ellos. Es esta una ulterior diferencia entre el constitucionalismo garantista, anclado en el principio positivista de legalidad y en el conexo paradigma constitucional, y el neoconstitucionalismo principalista basado en la ponderación de los principios, y no por casualidad de ascendencia anglosajona.

En cuanto a la doble valoración del papel de la jurisdicción internacional, tienes razón. Pero no se trata de ambivalencia, sino de límites que

se imponen a los crecientes poderes de la jurisdicción para la tutela de su misma función garantista. Se ha producido durante estos años una progresiva expansión de la jurisdicción, no solo estatal sino también supraestatal: a causa del más amplio abanico de derechos estipulados; por la multiplicidad y heterogeneidad de poderes que pueden infligir agresiones y violaciones a los derechos, y que las garantías de estos deben limitar y vincular; por la articulación multinivel de los ordenamientos, es decir, debido a la expansión del modelo del Estado de derecho y, con ello, de las posibles violaciones de los derechos y del derecho por parte de tantos poderes nuevos y viejos.

Pues bien, justamente porque se ha producido esta expansión creciente del poder judicial frente a los poderes de gobierno, aunque sea con la función de garantizar los derechos, es necesario que se defiendan y salvaguarden los límites y la legitimación de aquel a través de la máxima subordinación del juez a la ley, no importa si esta tiene la forma de ley nacional, de fuente supranacional o de tratado internacional. Lo importante, para la tutela de la legitimación de la jurisdicción y de su función de garantía de los derechos, es que no se produzcan formas de despotismo judicial o invasiones en la esfera de competencia de la política. La separación de poderes hay que defenderla de todas las interferencias indebidas: no solo de la política en la actividad judicial, sino también de la jurisdicción en la esfera de competencia de la política. Una jurisdicción que usurpare la función de la legislación, acabaría, a la larga, por reclamar el control político o en todo caso una reubicación dentro del sistema de las funciones políticas de gobierno.

*Hemos convenido que disposiciones constitucionales como las relativas a la igualdad sustancial, al derecho al trabajo, a la protección de la salud pública o al medioambiente son otras tantas directivas que fijan los fines perseguidos por el Estado. Se podría observar, no obstante, que los fines pueden ser perseguidos de maneras diferentes. Por ejemplo, tomemos la salud, entendida aquí no como derecho —quien tiene necesidad de cuidados debe ser cuidado incluso por decisión del juez si fuera necesario—, sino como objetivo social que hay que lograr. La opción entre perseguir con más eficacia ese objetivo a través del mercado, la sanidad y los seguros privados, o bien perseguirlo a través del Estado, la sanidad pública y la asistencia obligatoria, es también una cuestión política: cuestión sobre la que estoy plenamente de acuerdo contigo —¡viva la sanidad pública y, a ser posible, gratuita!— pero unas mayorías políticas diferentes podrían entender la cuestión de otra manera dado ese margen de discrecionalidad que es connatural a la democracia.*

Es obvio que se pueden crear escuelas privadas, hospitales privados, etc. Pero los derechos a la educación y a la salud, al ser derechos fundamentales, deben ser garantizados a todos por igual y, añado, de manera gratuita: así, la educación que «al menos durante ocho años», dice el artículo 34 de la Constitución, «es obligatoria y gratuita»; y la asistencia sanitaria que, como dice el artículo 32, es «un fundamental derecho del individuo». Así es como se cumplen niveles mínimos de igualdad. Luego, cada cual es libre de recurrir, a sus expensas, a la escuela privada, que nuestra Constitución prevé, pero «sin carga para el Estado», o a la sanidad privada. Si el Estado considera, por ejemplo, en temas de sanidad, que para algunas enfermedades son más eficaces o incluso insustituibles determinadas instituciones privadas, entonces puede derivar hacia ellas a los interesados, pero en este caso, también es el Estado quien debe pagar las prestaciones.

De gran importancia práctica, y también teórica, es la distinción que, como ya hemos recordado, introdujo el artículo 32 de nuestra Constitución entre el principio regulativo, expresado en el derecho a la salud, y el principio directivo de la tutela y el desarrollo de la salud como interés colectivo, mediante el cuidado del medioambiente, la garantía de la higiene pública y la lucha contra la contaminación. El derecho individual a la salud, al ser un derecho de todos, demanda, como garantía, la introducción de un servicio sanitario público y gratuito, con unas leyes adecuadas: quien necesita cuidados urgentes acude a las urgencias, quien necesita ser operado tiene derecho a que le operan gratuitamente, sin que eso sea óbice para que quien desee dirigirse a sus expensas a la sanidad privada lo haga. La protección de la salud y su mayor difusión posible como interés de la colectividad requiere, sin embargo, políticas públicas. En el léxico que propongo se dirá que, en el primer caso, tenemos el cumplimiento de una obligación jurídica prescrita, correlativamente con el derecho, por un principio regulativo inderogable y tutelable judicialmente; mientras que en el segundo caso tenemos un grado mayor o menor de realización de un principio directivo, o sea, de una directiva, no susceptible de control jurisdiccional.

*Todos tus libros, de Derecho y razón a Principia iuris han tenido un enorme éxito en España y en América Latina donde con frecuencia te invitan a impartir lecciones, conferencias o debates. Me dicen que en México han asistido más de quinientas personas a seguir tus lecciones, una audiencia que entre nosotros solo se consigue en algún congreso sobre filosofía, o sobre literatura, donde se discute de temas mucho más «ligeros». Este éxito es tal vez una pequeña señal de un cambio más profundo: pasado el tiempo de las dictaduras, apoyadas por los Estados Unidos, y de los «caudillos» justicialistas y populistas, parece llegado el momento del consti-*

*tucionalismo liberal-democrático. ¿Nos cuentas alguna experiencia latinoamericana que sea representativa de este posible cambio? ¿Crees que el garantismo, ya exportado a América Latina, puede ser exportado a otros lugares?*

Cuando se acaban las dictaduras se liberan siempre enormes energías y pasiones políticas, como sucedió entre nosotros tras el fascismo y en España tras el franquismo. Esto es lo que me fascina de América Latina: que allí se está viviendo, no solo un gran desarrollo económico, sino también un extraordinario crecimiento democrático y cultural. Se toman en serio derechos y constituciones, y se desarrolla una fuerte pasión civil en las luchas sociales por los derechos, en el estudio del derecho y en la búsqueda y prospección constitucional y garantista. En Argentina hay todavía peronismo, pero ya lejos de la tradición autoritaria y populista de Perón; en Brasil, los viejos *oligarcas* tienen que pactar con el desarrollo de la democracia; en otros países, quedan todavía grandes problemas, como la criminalidad organizada, pero los grandes países como Argentina y Brasil representan un modelo para todos ellos.

Además, se está desarrollando una cultura jurídica y una experimentación constitucional de alta calidad, de la que todos nosotros tendremos mucho que aprender, y que solo la jerarquía imperialista de las lenguas impide valorarlas como merecerían. Podemos decir que si bien en el pasado los países latinoamericanos copiaron sus cartas constitucionales de los Estados Unidos, y sus códigos de Europa, hoy han desarrollado un constitucionalismo de tercera generación, por las extraordinarias innovaciones garantistas que han introducido en sus constituciones —bastante más amplias que las nuestras— al final de las dictaduras. De algunas de ellas, como los vínculos en el presupuesto, el control de constitucionalidad por omisión, o el ministerio público de la defensa, ya he hablado. Pero son muchos otros los derechos, los bienes fundamentales, las garantías y las instituciones de garantía introducidas en estos ordenamientos.

En Brasil, por ejemplo, se ha introducido, según el modelo portugués, una institución, ya teorizada por Kelsen, que la llamó «defensor de la Constitución»: el procurador general ante el Tribunal Constitucional puede activar de oficio el control de constitucionalidad, con un poder atribuido también al presidente de la República, a los gobernadores de los Estados, a las presidencias de las Cámaras e incluso a los grandes partidos y sindicatos. Se ha garantizado así un acceso a la justicia constitucional más amplio que el nuestro, que solo lo permite de producirse la excepción acerca de una ley suscitada en un proceso, cuando la cuestión de constitucionalidad sea considerada por el juez como relevante y no manifestamente infundada. Hay además, en Brasil, un doble régimen de control de constitucionalidad de las leyes, el difuso y el concentrado: los

jueces ordinarios tienen el poder de *no aplicar* las leyes inconstitucionales, según el modelo de los Estados Unidos, mientras que a la justicia constitucional, no accesible a través de los jueces ordinarios, sino solo de oficio a través de los órganos antes enumerados, está reservado el poder de *anularlas* según el modelo de los tribunales europeos. Siempre en Brasil, se ha atribuido al fiscal, además de las tradicionales funciones de acusación pública, una larga serie de funciones garantistas extrañas al proceso penal: desde las acciones en defensa de derechos fundamentales violados, incluidos todos los derechos sociales, a las de tutela del patrimonio público y de los bienes comunes, y también la defensa de los intereses colectivos y la promoción de oficio de la acción de inconstitucionalidad.

Quiero finalmente llamar la atención sobre otra novedad institucional, presente en México y en otros países latinoamericanos: la introducción de instituciones electorales de garantía independientes, tanto de carácter administrativo, como jurisdiccional, que tienen la finalidad de detectar y de prevenir conflictos de intereses y causas de inelegibilidad o de incompatibilidad, de garantizar el respeto a las normas en materia de financiación de los partidos y distribución de los espacios televisivos, además de decidir sobre todas las cuestiones electorales y sus correspondientes contenciosos. Tras la institución de estas reglas y controles, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) mexicano, después de setenta años ininterrumpidos de gobierno, perdió por primera vez el poder. Parece evidente que si hubieran existido instituciones como estas en Italia, nos habríamos ahorrado, con el reconocimiento de un conflicto de intereses por parte de una autoridad imparcial de garantía, el entero veintenio berlusconiano.

*Las primaveras árabes han sido un extraordinario laboratorio para medir las consecuencias y también las contradicciones de la globalización. Los casos de Túnez, Egipto y Turquía —países ya relativamente laicos y sometidos a déspotas filooccidentales, y hoy bajo la amenaza de una reislamización más o menos forzada— plantean un buen dilema: la democracia impone el respeto a las mayorías islamistas, los derechos exigen apoyar a las minorías laicas occidentalizadas. ¿Cómo se sale del atolladero si no queremos recaer en la pesadilla de las guerras civiles argelina, libanesa, libia o siria? ¿Cómo se sale, quiero decir, si no es con compromisos —un (neo)constitucionalista los llamaría ponderaciones— que, sin embargo, sacrifican fatalmente algo, ya sea del lado de la democracia, o del lado de los derechos?*

Es un problema dramático desde el punto de vista práctico, mientras que es relativamente claro en el plano teórico. Las garantías de los derechos no son ni podrán ser nunca cuestiones de mayoría. Los derechos fundamentales, ya lo he dicho, pertenecen a eso que he llamado la

esfera de lo indecidible: prescriben lo que las mayorías no pueden hacer (para tutela de los derechos de libertad) y lo que las mayorías no pueden dejar de hacer (para satisfacer los derechos sociales), sustrayéndolos a la esfera de lo decidible. Las primeras declaraciones y cartas constitucionales pudieron proclamarse porque fueron elaboradas, en momentos felices de la historia, por minorías revolucionarias ilustradas. No olvidemos que si la *Déclaration* de 1789 fuese sometida hoy a votación al pueblo francés, tal vez no sería aprobada por más del 1 % del electorado. Nuestra suerte ha sido, siento tener que decirlo, que la estación de las constituciones y de los estatutos transcurrió durante los siglos XVIII y XIX, cuando fueron reivindicadas y formuladas por minorías ciertamente no representativas de la población.

Con el tiempo, naturalmente, los principios y valores estipulados en las cartas de derechos han pasado a ser de sentido común. Pero hoy, la idea de un poder constituyente —típica de una tradición continental europea, que pese a todo sigue prefiriendo a la anglosajona— si asociada al sufragio universal, acaba conjugándose con el islamismo, con el populismo y con la demagogia. Y así, si una constituyente europea produce constituciones garantistas, una constituyente islámica no puede más que constitucionalizar la ley coránica: como ha sucedido con la ridícula Constitución propuesta por el presidente egipcio Morsi, redactada en quince horas. Y esta no es solo una dictadura de la mayoría sobre la minoría y una violación de los derechos fundamentales, sino que consagra todas las jerarquías sociales de una sociedad tradicional: el dominio del marido sobre la mujer, del padre sobre los hijos, y la garantía de todas estas diferencias de estatus queda confiada al Estado. La tradición no secularizada, premoderna, de castas, resulta así legitimada de nuevo por la mayoría: paradójica novedad respecto a Occidente porque, entre nosotros, desde nuestras tres grandes revoluciones (inglesa, americana y francesa), primero se declararon los derechos y solo a continuación, gracias incluso a los derechos, acabó afirmándose la democracia política. En Egipto, sin embargo, está sucediendo lo contrario: la democracia se afirma conculcando los derechos. Exportar la democracia política sin que se hayan desarrollado antes la secularización y los derechos inviolables puede crear problemas prácticos dramáticos.

*Trato de desmontar el discurso que acabas de hacer. Uno de los más hermosos libros que leído recientemente es Tradiciones jurídicas del mundo, de Patrick Glenn. Dicho en dos palabras, nos muestra que el derecho de todas las tradiciones diferentes a las dos occidentales, common law y civil law, está inseparablemente tejido con la religión: hasta el punto de que la laicidad del derecho es una de las tantas excepciones occidentales. Tu garantismo, la primacía de los derechos sobre las tradiciones, inclui-*

*das las religiosas, es un modelo jurídico y rigurosamente laico, digamos que ilustrado. Muy bien, pero ¿cómo hacemos para proponerlo fuera de Occidente sin suscitar la sospecha de que se trata solo de otra estratagema más solapada de neocolonialismo?*

Se podría rebatir esta objeción. ¿Es realmente cierto que el garantismo y el constitucionalismo occidentales establecen una primacía del derecho sobre la religión?, ¿o no es más bien cierto exactamente lo contrario, o sea, que a través de la garantía de los derechos fundamentales, y en particular de las libertades, a las que corresponden determinadas prohibiciones, el garantismo impone un paso atrás del derecho y del Estado en relación con las cuestiones morales o religiosas? El respeto a las libertades fundamentales exige la no interferencia del derecho, su renuncia a regular las cuestiones vitales; mientras que el fundamentalismo islámico, igual que el fundamentalismo de la Iglesia católica, quiere imponer a todos sus propias concepciones morales a través del derecho. Este paso atrás del derecho y del Estado está además prescrito en el Evangelio: «Dad al césar lo que es del césar y a Dios lo que es de Dios». Pero es la Iglesia la que viola este precepto evangélico: las jerarquías eclesiásticas quieren de hecho dar al césar lo que es de Dios, esto es, regular jurídicamente lo que está reservado a la esfera de la moral, a Dios para quien es creyente y a la conciencia moral para quien no lo es.

*Ya, pero el problema estriba precisamente en que en las culturas no occidentales falta una idea del derecho distinta de la idea de religión. El cristianismo, nacido como secta disidente del judaísmo, se topó en su camino con el Imperio romano, con su derecho, relativamente laico, y tuvo que escoger: o rechazar el Imperio y el derecho romano, con la consecuencia de seguir siendo una de tantas sectas judías de la época, o bien convertirse en una religión universal que pacta con el Imperio y con el derecho romano. Los cristianos, a partir de Pablo, escogieron la segunda alternativa, lo que abrió la posibilidad de una laicización del derecho que el islamismo, y en cierta manera también el judaísmo, no han conocido nunca. De hecho, hoy resulta difícil, fuera de Occidente, concebir el derecho y los derechos como un espacio distinto de la religión: como mucho, se los concibe más fácilmente en términos religiosos, como una especie de religión occidental, diferente, claro está, de las extraoccidentales y que Occidente trataría de imponer, o bien como un simple ateísmo, como hacía siempre la Iglesia preconciliar.*

De acuerdo, aunque no debemos olvidar la Iglesia de la Inquisición —la de la quema de herejes y brujas— que nada tendría que envidiar a los fundamentalismos actuales. En cuanto al islamismo, su derecho na-

tural sería la *sharia*, como parece obvio. Pero los Hermanos Musulmanes, que ganaron las elecciones en Egipto, deberían recordar que la revolución la hicieron los laicos, y que en todos los países musulmanes, Irán incluido, hay una fuerte minoría laica —tal vez una mayoría, al menos en las grandes ciudades— que no ha abatido dictaduras modernizantes solo para recaer en teocracias medievales. Los jóvenes, que en todas estas sociedades forman la mayor parte de la población, usan móviles e internet a través de los que circulan las noticias, las ideas, las imágenes. Me temo que seguirán produciéndose todavía grandes baños de sangre, como en Siria, pero se han puesto en marcha procesos difíciles de detener. En la lucha contra los regímenes precedentes ha ido apareciendo el paradigma constitucional de los derechos fundamentales, que tiene una lógica interna expansiva —la lógica de la igualdad, la libertad y la dignidad de la persona—, la cual requiere límites y controles jurídicos sobre el poder político. Esta expansión puede ser reprimida pero no suprimida. Las actuales minorías están destinadas, a largo plazo, plazo que hoy, sin embargo, suele ser bastante breve, a convertirse en mayorías. Pero la cuestión, repito, no es de mayorías o de minorías. Hay una profunda asimetría entre liberalismo, por un lado, y clericalismo y fundamentalismo religioso, por otro. El primero no quiere imponer nada a nadie; los segundos quieren por el contrario imponer su verdad religiosa incluso a quien no la comparte. Uno garantiza, junto a la libertad y la dignidad personal, la convivencia pacífica de las religiones; el otro comporta intolerancia, represión del diferente, guerras de religión y, consecuentemente, movimientos de rebelión y revoluciones. Porque los derechos fundamentales, que afectan a necesidades vitales, por su propia naturaleza, no son disponibles para las mayorías. Sobre ellos no se puede quedar en minoría, como sucede con las cuestiones pertenecientes a lo que he llamado la esfera de lo decidible. Su violación justifica no solo el disenso sino incluso la resistencia.

*Albergo crecientes sospechas sobre la función liberadora o emancipadora de internet, aparentemente documentada por las primaveras árabes, pero puesta en tela de juicio por libros como el de Evgeny Morozov, La ingenuidad de las redes (2011). La principal sospecha es que mientras que en los países en vías de desarrollo, internet y los móviles pueden servir hasta para hacer la revolución, en Occidente acaban creando nuevas jaulas, auténticos guetos informáticos. Cada cual se comunica, pero no con el resto del mundo, sino con las social network, con los sitios, con los blogs en los que se reconoce: de manera que acaba por demandar a la red que le confirme solo cuanto ya cree saber o creer... Basta con tratar de discutir con los internautas, como hago desde hace tiempo en mis blogs, para darse cuenta de que, junto a muchas personas que saben más que tú y que yo*

*—la red podría servir efectivamente para conectar los conocimientos dispersos— se encuentra más fanatismo e intolerancia, por no hablar de auténticas alteraciones de la personalidad, que en la vida cotidiana...*

Como todas las técnicas, también las tecnologías informáticas tienen diversos valores, a veces opuestos, tanto progresivos como regresivos, y, como dices, pueden distorsionar la comunicación en lugar de favorecerla. Tendremos que acostumbrarnos no solo al hecho de que la privacidad será cada vez menos garantizable, sino que se formarán espacios de comunicación cerrados en los que abundarán telepredicadores que, sustrayéndose sistemáticamente a la discusión pública, conseguirán enormes porcentajes de consenso. Y, sin embargo, la integración global abre grandes oportunidades: pone en contacto culturas diversas y lejanas, permite recibir y comunicar informaciones que en otros tiempos eran impensables, produce una interdependencia que obliga a todos a percibir y a hacerse cargo de problemas planetarios: la paz, el medioambiente, el hambre en el mundo, viejas y nuevas pobrezas. No se equivoca Sen cuando dice que en India no hay grandes hambrunas desde que existe la libertad de prensa.

*Hay otro problema de dimensiones planetarias cual es la discusión sobre los commons, los bienes públicos, convertidos en bienes «comunes» en deplorable traducción italiana, y defendidos, en términos muy diferentes, por ilustres colegas nuestros, el más importante de ellos Stefano Rodotà. En concreto, tras el referéndum sobre el agua, se ha empezado a hablar de bienes comunes para el conocimiento, la universidad, el teatro Valle, y hasta para Italia, como en el programa electoral suscrito conjuntamente por el Partido Democrático y por Izquierda, Ecología y Libertad y después abandonado por el primero tras el voto. Tú mismo propones una carta de bienes fundamentales, aunque limitada al aire, el agua, el medioambiente y los fármacos esenciales. Pero, desde un punto de vista jurídico, ¿pueden realmente considerarse los bienes comunes como un tertium quid entre público y privado?*

Has hecho bien en introducir este problema, aunque no podré responderte con pocas palabras. El lenguaje de los derechos fundamentales, que siempre son derechos individuales, se ha quedado corto para expresar y dar respuesta a algunas nuevas y fundamentales instancias de garantía. La insuficiencia viene determinada por el hecho de que, a causa del desarrollo tecnológico, se ha hecho posible, para bien o para mal, algo que en el pasado era imposible. Para bien se ha hecho posible producir bienes vitales como los fármacos esenciales y la alimentación de base; para mal se ha hecho posible destruir bienes tan vitales como el agua, el aire y otros bienes naturales. Parece obvio que la etiqueta de derechos fundamenta-

les aplicada al derecho a la vida y a la salud exige como garantía que tales bienes sean accesibles a todos y sustraídos al mercado.

De aquí la necesidad de ampliar el paradigma garantista a los que en *Principia iuris* he llamado *bienes fundamentales* porque consisten en cosas vitales que son objeto de derechos fundamentales: una categoría de bienes desconocida en el léxico jurídico corriente, que solo conoce los bienes patrimoniales objeto de derechos patrimoniales de propiedad, pero bien conocida en el derecho romano que, junto a las mercancías, contaba con la categoría de las *res extra commercium* o *extra patrimonium*. He distinguido dos categorías principales: los que he llamado *bienes sociales*, porque son objeto de derechos sociales a la salud y a la supervivencia, como el agua y los fármacos esenciales; y los que he llamado *bienes comunes* en sentido propio, porque son objeto del derecho de todos a acceder a su disfrute, como el aire y el medioambiente. Hay claramente una relación lógica e isomórfica entre derechos y bienes fundamentales, por un lado, y derechos y bienes patrimoniales, por otro: los bienes fundamentales, a la par que los derechos fundamentales de los que son objeto, deben quedar al margen de la lógica del mercado como bienes accesibles a todos y que demandan ser garantizados por la esfera pública; los bienes patrimoniales, sin embargo, al igual que los derechos patrimoniales de que son objeto, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás, y son enajenables y disponibles como mercancías en la esfera del mercado.

Que los bienes vitales queden al margen del mercado mediante su directa garantía como bienes fundamentales se ha hecho necesario con la revolución producida en estos años en la relación entre el hombre y la naturaleza. En un célebre pasaje de *La riqueza de las naciones*, de hace ya casi dos siglos y medio, Adam Smith, al introducir la célebre distinción entre valor de uso (o utilidad intrínseca de las cosas) y valor de cambio (su precio en el mercado), decía que había cosas como el agua que tienen un enorme valor de uso y ningún valor de cambio, porque están disponibles en la naturaleza en cantidades ilimitadas, y otras, como los diamantes, que tienen un escasísimo valor de uso y un enorme valor de cambio, porque son raros en la naturaleza, y por ende, preciosos. Pues bien, el desarrollo tecnológico —debido a la contaminación, las deforestaciones y la destrucción de acuíferos— ha convertido en raros y escasos, y por ende preciosos, bienes vitales como el agua, y si no interviene el derecho, se corre el riesgo de que se conviertan en bienes patrimoniales, objeto de apropiación, en mercancías privatizadas por parte de los salvajes poderes del mercado.

Se trata de una mutación literalmente contra natura y contraria además a la lógica del derecho fundamental a la supervivencia del que estos bienes son objeto. En efecto, al ser bienes vitales de valor infinito —bien podría decirse: mi reino por un vaso de agua— tienen que quedar al mar-

gen de la ley de la oferta y la demanda propia del mercado porque se podría pedir por ellos cualquier precio. Por eso, porque no tienen precio, es necesario sustraerlos al mercado, como bienes fundamentales que son y cuya conservación y acceso a todos debe garantizar el derecho: no solo el agua, sino también los fármacos esenciales, que son bienes vitales que la esfera pública debe distribuir, como sucedió por ejemplo en la Italia posunitaria, con la construcción de fuentes públicas y con la distribución de la quinina y de las vacunas.

Dicho esto, nunca he entendido qué pueda significar «común» en oposición a «público», además de a «privado», como un tercer tipo de propiedad o de relación con los bienes, como un añadido a la dicotomía expresada, por ejemplo, por el artículo 42 de la Constitución: «la propiedad es pública o privada». «Pública» es cualquier propiedad no modelada bajo el esquema del derecho real de propiedad como derecho patrimonial, disponible y enajenable: en este sentido, pertenecen a lo «público» también los bienes comunes, de los que no veo que quepa otra gestión que no sea la de la esfera pública. Se trata de una cuestión teórica y conceptual que sería útil aclarar. En el lenguaje de autores como Ugo Mattei o Toni Negri, y también en muchos usos ahora corrientes, esta figura de los bienes comunes se ha convertido, como has dicho, en una categoría omnicomprensiva en la que se han introducido las cosas y los valores más heterogéneos: no solo las *res communes omnium*, ya conocidas en el derecho romano, como el medioambiente, el agua, el aire, los fondos marinos, los monumentos, sino también la educación, la salud, la cultura, el lenguaje, la información, el saber, el teatro Valle y hasta el trabajo y el derecho. En el fondo, todo puede ser bien común. Parece obvio que en esos usos retóricos, la categoría de los bienes comunes —que podría servir en la lucha política (aunque lo dudo, pues la confusión siempre es dañina)— pierde no solo su capacidad explicativa, sino también su alcance normativo y su posible utilización para fines garantistas que se quisieran conseguir. El derecho es el lenguaje con el que pensamos los problemas y sus soluciones, que consisten en garantías, esto es, en técnicas normativas. Y estas garantías son diferentes según afecten a bienes fundamentales, entendiendo «bienes» en el sentido de «cosas», o bien a otras entidades benéficas, y aun diferentes según se trate de bienes naturales comunes o de esos bienes artificiales que he llamado bienes sociales.

Precisamente, los *bienes sociales* deben garantizarse con su prestación universal. Son poco más de trescientos los fármacos que desde 1977 señala la Organización Mundial de la Salud como «esenciales» o «salvavidas», con el empeño de ponerlos al alcance de todos antes del 2000. Algunos son fármacos muy banales, como las vacunas contra las enfermedades infecciosas, que aunque no cuestan casi nada, no se distribuyen, y en algunos casos ni siquiera se producen, por falta de demanda en los paí-

ses ricos. Otros están patentados por las multinacionales farmacéuticas y son por eso muy caros; solo en algunos grandes países, como Brasil o India, se han hecho accesibles a todos gracias a algunos famosos pronunciamientos de sus tribunales supremos que han derogado las patentes. Debi-do a la ausencia de estos fármacos, mueren cada año casi ocho millones de personas. Para impedir tales estragos, bastaría con una reglamentación internacional que dotase a la Organización Mundial de la Salud del poder de producir, de adquirir en el mercado, a precios políticos, o bien de distribuir gratuitamente estos fármacos en los países pobres, devastados por enfermedades no curadas. Lo mismo hay que decir de los bienes escasos en relación con las necesidades vitales, el primero de todos el agua y después los alimentos básicos, cuya tutela, reproducción natural y distri-bución gratuita debería igualmente garantizarse en los países pobres.

En cambio, los *bienes comunes* en sentido estricto son bienes naturales: son aquellos que, como escribió el jurisconsulto romano Marciano, «naturali iure omnium communia sunt: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris», de manera que deben protegerse y garantizarse sus-trayéndolos al mercado e imponiendo rígidas prohibiciones de lesión, en garantía de su conservación y accesibilidad universal. A los actuales ritmos de destrucción del medioambiente y sin una intervención del derecho, en un plazo de cincuenta o sesenta años el mundo puede llegar a ser inhabitable. Aquí se abre de nuevo un decisivo espacio para las garantías: solo el derecho con sus normas heterónomas puede proteger el medio-ambiente. No es posible imaginar que lo pueda hacer el mercado que, sin reglas, lo destruiría, como tampoco se puede pretender que las casas far-macéuticas, dejadas a su propia dinámica, se conviertan en instituciones filantrópicas que vayan a distribuir sus fármacos en el África subsaharia-na. El mercado está institucional y naturalmente orientado por los inter-eses privados de sus actores y solo la intervención de la mano pública puede prevenir sus abusos y sus insuficiencias.

Para la garantía de los bienes comunes disponemos además de una antigua categoría, también de origen romano, la de los *bienes demaniales*, identificados por la ley y sustraídos por esta al mercado: son, como dice, por ejemplo, nuestro código civil, la franja costera, las playas, los puertos, los ríos, los torrentes, los lagos, las carreteras, las vías ferroviarias, los mu-seos... Pero la ley puede disponer, como está sucediendo en muchos casos en Italia, que se privaticen y se conviertan en bienes patrimoniales. La única garantía de carácter público e intangible de esos bienes comunes que consideramos vitales es su rigurosa constitucionalización, en los diver-sos niveles del ordenamiento, para poder sustraerlos a la voluntad de las mayorías: como bienes demaniales nacionales o europeos y, para algunos de ellos, como los espacios atmosféricos, como bienes demaniales globa-les. Por eso he defendido varias veces la necesidad, no solo de *Cartas cons-*

*titucionales de los bienes fundamentales*, sino también de una *Carta internacional de los bienes fundamentales*. Su íncipit, parafraseando el de la carta de la ONU, podría ser: «Nosotros, pueblos de las Naciones Unidas, decididos a salvar a las futuras generaciones del flagelo de un desarrollo industrial insostenible, que en el curso de esta generación ha traído indecibles devastaciones a nuestra planeta Tierra, acordamos lo siguiente...».

Es decir, el garantismo sirve para mostrar que los problemas, por graves y difíciles que sean, pueden ser resueltos y que se puede pedir para tal fin a la imaginación jurídica y política la búsqueda de las técnicas garantistas más adecuadas. No hay por qué ser optimistas, basta con ser conscientes de que las garantías, es decir, los límites y los vínculos jurídicos frente a poderes, que de lo contrario serían salvajes, son posibles si se tiene la voluntad de imponerlos a los intereses miopes de los actores de la política y, hoy sobre todo, al mercado. Me viene a la mente una clásica enseñanza de Hobbes: todos, incluso los más fuertes, que cuando duermen están expuestos a la conjura de los más débiles, tienen mucho que ganar abandonando el estado de naturaleza: tanto más hoy, frente a peligros que, según una feliz fórmula de los grupos ecologistas, amenazan al único planeta que tenemos.

*Un lugar común, que ya lleva un siglo circulando —Santi Romano hablaba de él hace justamente cien años—, dice que el Estado está en crisis y que la globalización acelera su final. Sobre este particular, nosotros, los juristas, deberíamos ser algo más precisos; ya Hobbes llamaba al Estado «el Dios mortal», pero tal vez la noticia de la muerte del Estado es exagerada, como diría Mark Twain. Por ejemplo, el ya recordado Di Donato y Michel Troper, en una serie de trabajos, han mostrado la decisiva contribución de los juristas a la construcción del Estado moderno, en especial mediante la elaboración de una jerarquía de las fuentes en las que la ley del soberano ha acabado prevaleciendo sobre las fuentes tradicionales: derecho romano, costumbres, estatutos ciudadanos... Giorgio Pino, a su vez, ha mostrado con detalle la crisis de esta jerarquía de las fuentes; por lo demás, nunca se insiste bastante en que la doctrina de las fuentes, reflejada en nuestros manuales y que nosotros enseñamos a nuestros estudiantes, no nace del proyecto de un legislador interno o internacional, sino de la evolución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, comunitarios e internacionales, en particular de la manera con que estos resuelven los conflictos entre fuentes internas y externas. ¿Y si la pretendida muerte del Estado, al menos para nosotros, los juristas, no fuese más que esta crisis de las fuentes estatales, hoy subordinadas a fuentes comunitarias e internacionales?*

Estoy de acuerdo. Aun sin descender en detalle a la reconstrucción histórica, me parece que el Estado moderno podría identificarse con la afirmación de un monopolio estatal, no solo de la fuerza, sino también de la producción del derecho, y que el Estado constitucional, bajo este aspecto, es un desarrollo del Estado legislativo en el que el derecho era exclusiva y completamente estatal. Indudablemente, este monopolio estatal de la producción del derecho se ha acabado. Por eso estoy de acuerdo con Giorgio: la identificación entre derecho positivo y derecho estatal se ha evaporado, ya que, hoy, el 70% de nuestro derecho es de origen comunitario, esto es, producido directamente por fuentes europeas, o bien, indirectamente, proveniente de sus actuaciones. Por no hablar de la *lex mercatoria* global o de las diversas sedes informales, como el G8 y el G20, o de las 1850 instituciones internacionales —tantas se han contado— de carácter sectorial, público, semipúblico o semiprivado.

Lo que es grave es que esta crisis del viejo sistema jerárquico de las fuentes se resuelve en una crisis de la legalidad como normatividad general y abstracta. Todas las cosas de las que hemos hablado y de las que en adelante hablaremos —de la inflación legislativa a la desestabilización del lenguaje legal, de la impotencia y subordinación de la política a los mercados financieros al desarrollo de tantos poderes salvajes, económicos, políticos o criminales en el campo internacional— son otras tantas señales de una crisis de la capacidad reguladora del derecho. En ella se puede leer en clave de realismo jurídico el fin del modelo teórico positivista. Pero se puede leer también una falta de actuación y una violación del modelo positivista, debidas a la carencia de garantías y de instituciones de garantía a la altura de los nuevos poderes y de tantas promesas constitucionales y, por consiguiente, una reclamación de que se les ponga remedio. Este es el enfoque que propone el garantismo. En mi opinión, la teoría y la doctrina jurídicas están obligadas a elaborar las garantías, tomándose en serio las promesas constitucionales, como es su deber científico además de civil, es decir, las técnicas normativas capaces de actuar tales promesas, limitando los nuevos poderes y dando satisfacción a viejos y nuevos derechos.

Por lo demás, formamos parte del mundo que describimos y contribuimos a construirlo con nuestras teorías. Ha sucedido que para construir el Estado de derecho y nuestras democracias nacionales, hemos tenido en Hobbes, en Locke, en Montesquieu y en Beccaria a nuestros padres constituyentes. No veo por qué no podría suceder lo mismo frente a los nuevos desafíos del mundo de hoy. Con respecto a hace tres siglos, tenemos la ventaja de disponer ya del paradigma constitucional y por consiguiente, se trata es de extenderlo y desarrollarlo frente a todos los poderes como garantía de todos los derechos a todos los niveles del derecho, tomándose en serio y actuando ese embrión de constitución del mundo

que está representado por todas las cartas, declaraciones y pactos internacionales sobre los derechos humanos. Por lo que a nosotros los juristas se refiere, se trata de desarrollar una ciencia jurídica crítica y proyectiva, una ciencia de la legislación, esto es, del derecho que hay que hacer o reformar, no solo del derecho existente, tarea que no dudo en llamar, de manera provocadora, militante.

*Haciendo de abogado del diablo, me surgen una serie de dudas. La primera y más radical me viene de un ensayo de Bruno Celano, que pocos conocen, pero que va a ser publicado pronto por Il Mulino junto a otros trabajos suyos sobre los derechos, hoy ya clásicos. El ensayo se titula «¿Cómo debe ser la disciplina constitucional de los derechos?» y defiende que los documentos constitucionales no son genéricos, vagos o conflictivos porque los constituyentes no dispusieran de una buena ciencia de la legislación, sino justamente porque no pueden ser más que como son. Yo mismo, en Europa del diritto (2008), he criticado el conocido ataque de Bentham a las declaraciones francesas de los derechos por las mismas razones y que podrían sintetizarse en la frase: es el pluralismo de los valores, belleza. Dicho de otra manera, cada uno de nosotros, y fatalmente también nuestras declaraciones de derechos, está escindido entre valores en conflicto, como los que estaban en juego en el caso ILVA; y aquí surge la pregunta: ¿no es quizás que la propia materia de los derechos fundamentales frustra nuestras pretensiones de racionalización?*

*Segunda duda: también tú, al igual que los neoconstitucionalistas, usas este léxico de los paradigmas, extraído de la historia de la ciencia, pero lo pliegas a tu idea lineal, ilustrada, del progreso, como aproximación inexorable de la prevalencia del derecho y de la razón sobre la fuerza, pasando del Estado jurisdiccional al Estado legislativo, y del Estado constitucional, ineluctablemente, al constitucionalismo global. Constitucionalistas como Bruce Ackermann, por el contrario, usan esta idea de los paradigmas de otra manera, menos alejada de la concepción original del historiador y filósofo de la ciencia Thomas Kuhn: en la historia constitucional se asiste más bien a una alternancia entre períodos «normales» y períodos «revolucionarios», o tal vez, entre largos períodos de evolución jurisprudencial y períodos revolucionarios de codificación. Aquí la codificación del derecho, quiero decir, ya no es un destino, es solo uno de los eslabones de un proceso circular.*

Sobre el primer punto no estoy de acuerdo. La precisión semántica del lenguaje legal forma un todo con su normatividad y, por ello, con el mantenimiento del Estado de derecho: es una tesis que vale también para el Estado constitucional, no solo para el Estado legislativo. En este punto resurgen nuestros malentendidos teóricos: a veces tengo la impresión de que los neoconstitucionalistas se complacen con la indeterminación

semántica de las leyes, y aún más de las constituciones, porque con ella se abre un espacio para la argumentación por principios, para el activismo judicial y para la decantada ponderación. Por eso he hablado de una convergencia singular entre neoconstitucionalismo, neopandectismo y realismo, agrupados en la idea de que el derecho consiste esencialmente en lo que hacen los jueces. Paolo Grossi, por poner solo un ejemplo claro e ilustre del actual neopandectismo, lee el derecho de la globalización —sin reglas legales, y centrado preferentemente en la *iurisdictio*— como una regresión al derecho jurisprudencial premoderno, evocado por él con nostalgia. En cuanto al pluralismo de los valores, ya lo he dicho, solo se salva con un paso atrás del derecho.

Sobre el segundo punto, creo que del constitucionalismo global se puede hablar en dos sentidos diferentes, uno teórico y descriptivo, y otro práctico y normativo. En el plano descriptivo podemos registrar la enorme distancia que separa el derecho y las praxis jurídicas existentes del modelo normativo del constitucionalismo y del paradigma teórico del garantismo: una distancia que se expresa en las muchas antinomias y, sobre todo, lagunas que en los diversos niveles del derecho pueden constatarse en relación con las promesas constitucionales formuladas en las cartas de derechos, nacionales e internacionales. En el plano normativo, sin embargo, hemos de asumir ese modelo como vinculante; tenemos, pues, que criticar sus violaciones, debidas a la miopía o a la incapacidad de la política o, peor aún, a la prevalencia de intereses contrarios a él, y proyectar su actuación. Pero no hagamos pasar por realismo la renuncia a la crítica y a la investigación proyectiva presentando como imposible lo que simplemente no queremos o no somos capaces de hacer.

*(GIORGIO PINO) Hemos repetido muchas veces en esta conversación que el garantismo es un modo de afirmar la primacía del derecho sobre la política. Me parece que a lo largo de la discusión, la política ha ido recuperando sus propias razones, aunque nada más fuera porque, sin la política, los derechos fundamentales, y en especial los sociales, carecerían de un instrumento de garantía. Te quería preguntar si tu garantismo no es tal vez un acto de confianza, de optimismo, no solo en relación con el derecho, sino incluso con la política. O dicho de otra manera, hay cosas que la política debe hacer porque puede hacerlas y podemos esperar de la política que las haga; el instrumento jurídico tiene su papel central, también del derecho esperamos muchas cosas, pero se trata siempre de un instrumento, y muchas otras cosas las esperamos de la política.*

Sí, está claro que la construcción jurídica de la democracia supone una potencia específica de la política de la que el derecho moderno es producto. El proyecto jurídico democrático depende, pues, para su actuación,

de la rehabilitación de la política y de los partidos que, a su vez, requiere no solo un renovado papel de la razón y de la cultura, sino también una recuperación de la pasión civil, que es siempre pasión por el interés general y, por tanto, por los derechos de todos. A mí me parece que entre derecho y política, el paradigma del constitucionalismo garantista ha establecido una doble relación: una en el plano de los contenidos normativos producidos, otra en el plano de sus formas de producción.

En el plano de los contenidos producidos, eso que Kelsen llamaría la «nomoestática», el paradigma constitucional ha establecido una primacía del derecho: las constituciones, al estipular con los derechos fundamentales lo que ninguna mayoría puede decidir y lo que cualquier mayoría debe decidir, han sometido la política a tales derechos identificándolos con la razón de ser del artificio institucional, esto es, con su *fundamento axiológico*. En cambio, en el plano de las formas de producción, eso que Kelsen llamaría la «nomodinámica», el mismo paradigma ha rechazado la primacía de la política: todo el derecho —de las constituciones a las leyes que las actúan, y a los tratados internacionales— es una construcción de la política que asegura la *fundación positiva* del derecho.

Gracias a las constituciones, en definitiva, la política se subordina al derecho que, sin embargo, sigue siendo un producto suyo. Mis críticos me acusan a veces de infravalorar el papel de la política, lo que es un error. La entera construcción de la democracia depende de la política. Y con esto me parece que hemos ya pasado a la tercera parte de nuestra conversación.



## DEMOCRACIA Y POLÍTICA

*En esta tercera parte, dedicada a la democracia, tocaremos algunos temas políticos aunque tratando de volar alto sobre una actualidad incandescente; nos ocuparemos, en tanto que juristas, de temas de interés general para los que, antes o después, tendremos que encontrar una solución jurídica. Sobre esto te haré una pregunta preliminar. Tu libro más importante, Principia iuris, suma de tu pensamiento, lleva como subtítulo Teoría del derecho y de la democracia. Y, sin embargo, como has dicho al final de la segunda parte de nuestra conversación, has sido criticado tanto porque tratas los problemas como jurista o incluso porque reducirías la política al derecho. ¿Qué respondes a esta vieja objeción?*

A mí me parece que existe un nexo fuerte entre democracia y derecho. Como bien nos enseñó Bobbio, el derecho no implica la justicia y menos aún la democracia. Pero, a la inversa, la justicia, o al menos ese sistema de principios y valores que llamamos democracia, implican el derecho. La democracia es un conjunto de reglas, las que Bobbio llama reglas del juego, que son precisamente reglas jurídicas: no cualquier regla, por supuesto, sino las reglas constitucionales que aseguran los poderes de decisión de la mayoría de los gobernados o de sus representantes y, al mismo tiempo, los límites y los vínculos a tales poderes.

Pero el nexo entre democracia y derecho no se limita a esta elemental implicación. Existe además, en mi opinión, una relación isomórfica de plena correspondencia entre las estructuras de los ordenamientos jurídicos y las de sus correspondientes sistemas políticos; entre la sintaxis del derecho y la sintaxis de la política; especialmente, entre las condiciones de validez de las normas jurídicas y las de la legitimidad del poder político. Debo recordar que en la primera parte de nuestra conversación he hablado, refiriéndome al paradigma constitucional, de la dimensión sustan-

cial que las constituciones rígidas insertan en las condiciones de validez formal de las leyes en el estado legislativo. Esta dimensión sustancial es la que constituye la especificidad del modelo constitucional, tanto del derecho como de la democracia. Gracias a ella, como ya he dicho repetidas veces, se produce una virtual separación deóntica, entre la mera *vigencia* de las leyes, esto es, la regularidad de los actos de producción legislativa, y su *validez* sustancial, es decir, la compatibilidad de las normas producidas con las normas constitucionales; resumiendo, entre el *ser* legislativo del derecho y su *deber ser* constitucional. Y por eso hace aquí su aparición el *derecho ilegítimo*, esa figura inconcebible para Kelsen y que, sin embargo, designa, no solo un defecto, sino, me atrevería a decir, el mayor tesoro del paradigma constitucional: solo en los sistemas políticos absolutos, en los que el poder político no tiene ni límites ni vínculos de contenido, el derecho legislativo vigente es siempre válido y no lo surcan jamás ni antinomias ni lagunas.

*Hablas de democracia «sustancial», usando un adjetivo utilizado en el pasado para designar sistemas seudodemocráticos, en realidad totalitarios, como las llamadas democracias populares de los países satélites de la Unión Soviética. La noción de democracia sustancial fue duramente criticada por nuestro maestro Bobbio quien defendía una noción puramente formal y procedimental de la democracia como un sistema de reglas relativas al «quién» y al «cómo» de las decisiones pero no al «qué», esto es, a su sustancia o sus contenidos. ¿Nos quieres hablar de este alejamiento tuyo de la estela de Bobbio?*

El carácter provocador con que uso el adjetivo «sustancial» para designar una dimensión esencial de la democracia constitucional, es deliberado. He creído que tenía que rehabilitar este viejo término, descalificado por sus usos ideológicos, para designar la gran innovación introducida por el constitucionalismo, y que ha sido relegada por todas las teorías meramente procedimentales de la democracia, empezando por la de Kelsen y la de Bobbio: las reglas, no solo sobre las formas, sino también sobre la sustancia del juego democrático, introducidas por los límites y vínculos impuestos a las decisiones públicas, y en especial a las leyes, por la constitucionalización de los derechos de libertad y de los derechos sociales. La dimensión sustancial de la democracia no es en el fondo más que su dimensión garantista o constitucional: consiste en las garantías de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, es decir, en ese conjunto de límites y vínculos que diseñan eso que he dado en llamar la *esfera de lo no decidible*: de lo que no puede ser decidido, esto es, la violación de los derechos de libertad, y de lo que no puede dejar de ser decidido, es decir, la satisfacción de los derechos sociales. En consecuencia,

ante constituciones rígidas que dictan tales límites y vínculos a los contenidos de las decisiones legislativas, no es defendible la concepción todavía hoy dominante, sostenida por Kelsen, por Bobbio y por muchos otros, según la cual la democracia es solo un conjunto de reglas formales —de competencia y procedimiento— que nada tienen que ver con los contenidos del juego. Junto a estas normas formales, las constituciones rígidas han introducido, con los derechos fundamentales y otros principios de justicia, una dimensión sustancial sobre la validez de las normas y, por reflejo, sobre la democracia. Esta es la primera relación isomórfica entre derecho y sistema político, y entre teoría del derecho y teoría de la democracia: las condiciones de validez de las normas jurídicas no son más que las condiciones de legitimidad democrática de los sistemas políticos, unas y otras solo formales en el Estado legislativo, y, tanto formales como sustanciales en el Estado constitucional.

De todo esto se desprende un modelo tetradimensional, tanto del derecho como de la democracia: por un lado, las dos dimensiones formales relativas al «quién» y al «cómo» de las decisiones, basadas, en democracia, en los derechos políticos por lo que se refiere a la esfera pública del Estado, y en los derechos civiles en lo relativo a la esfera privada del mercado; por otro, las dos dimensiones sustanciales relativas a «qué» se puede decidir o no decidir, basadas, una en el respeto a los derechos de libertad, y la otra en la satisfacción de los derechos sociales. De aquí, una posterior articulación de la relación isomórfica entre democracia y derecho. Las normas de reconocimiento de la democracia no son más que las cuatro clases de derechos en las que, en mi opinión, se pueden distinguir todos los derechos fundamentales: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales, en los que se fundan otras tantas dimensiones o aspectos de la democracia: la democracia política, la democracia civil, la democracia liberal (o liberaldemocracia) y la democracia social (o socialdemocracia). Correlativamente, hablaremos de un modelo tetradimensional —político, civil, liberal y social— también del constitucionalismo y del garantismo. Por eso la democracia constitucional es una construcción jurídica, obviamente producida por la política: porque consiste en la introducción, y también en el respeto, de las garantías de estas cuatro clases de derechos. En efecto, pues, no bastan las declaraciones de derechos: a diferencia de lo que sucede con los derechos patrimoniales que nacen simultáneamente con sus garantías, los derechos fundamentales, que consisten en normas generales y abstractas, exigen por lo general que sus garantías sean introducidas por específicas leyes de actuación.

*Los derechos fundamentales, has dicho, consisten en esos límites y vínculos a los poderes de las mayorías que, en otro caso, serían ilimitados. ¿Quieres decir entonces que son un límite a la democracia política y a la*

*soberanía popular? ¿Existe una contradicción, o al menos una tensión, entre democracia y derechos, es decir, entre las que llamas «dimensión formal» y «dimensión sustancial» de la democracia?*

Es cierto, el constitucionalismo, ya lo he dicho otras veces, equivale a un conjunto de vínculos y límites a la democracia política, esto es, a la omnipotencia de las mayorías. Sin embargo, en su modelo garantista, representa también, en un análisis más de fondo, una garantía, un reforzamiento y una refundación de la propia democracia política. Es en primer lugar una *garantía*: sin límites ni controles, el poder político de las mayorías puede destruir la democracia. No es una hipótesis de libro: es lo que sucedió en Italia y en Alemania, con el fascismo y el nazismo, que tomaron el poder con medios legales y democráticos y con los mismos medios destruyeron, no solo los derechos de libertad, sino la democracia política. E incluso hoy, cuando existen procesos no agravados de revisión constitucional, como son los previstos en el artículo 138 de nuestra Constitución, democracia y derechos están expuestos a los golpes de mano de las contingentes mayorías. Es en segundo lugar un *reforzamiento*: sin garantía de los derechos de libertad —de expresión, de prensa, de asociación y de reunión— y de los derechos sociales a la salud y sobre todo a la educación, no habrá tampoco ejercicio consciente e informado de los derechos políticos. Existe, pues, una sinergia entre las diversas clases de derechos y también entre las correspondientes dimensiones de la democracia, incluida la dimensión política, cuya eficacia depende de la construcción y de la efectividad, siempre imperfecta, de las garantías, no solo de los derechos políticos sino también de las demás clases de derechos.

Es en tercer lugar una *refundación*: la soberanía, si bien es cierto que suprimida como *potestas legibus soluta*, al decaer ese último residuo de gobierno de los hombres constituido por la omnipotencia de las mayorías, asume en el paradigma constitucional un significado más intenso al identificarse con esa suma de fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales de todos y de cada uno, y por eso del pueblo en la totalidad de sus componentes: por un lado, los derechos políticos y civiles, que son los *poderes* de producción, directa o indirecta, del derecho, sobre los que se basa la dimensión formal y, por otro, los derechos de libertad y los derechos sociales, que son los *contrapoderes*, esto es, los vínculos y límites a cualquier poder en los que se basa la dimensión sustancial de la democracia.

*Pero hoy ese modelo, en sus dos dimensiones, está en crisis. Hemos hablado más arriba de las reformas introducidas en el derecho al trabajo, de los recortes en educación y en sanidad, del paro y la pobreza creciente, de la ausencia de efectivas garantías de supervivencia incluso en los países*

*más avanzados. Aún más llamativa es la crisis de la dimensión política y representativa. Los partidos son hoy tal vez la institución más desacreditada y la representación política está languideciendo dada la creciente distancia entre sistema político y sociedad. ¿De qué depende todo esto?*

Tienes razón: el modelo en su totalidad está en crisis. La crisis tiene sus orígenes y sus causas en la degeneración de la dimensión política de la democracia de la que depende, como ya he dicho en la página 103, la fundación positiva de todo el sistema jurídico y político, incluida su dimensión sustancial. Por eso, de lo que tenemos que hablar ahora es de la dimensión política de la democracia y de su crisis. Por lo demás, de la dimensión sustancial ya hemos hablado en la segunda parte de nuestra conversación dedicada a las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales.

La principal razón de esta crisis de la política reside, en mi opinión, en el vuelco producido en la relación entre política y economía, esto es, entre los poderes económicos y los poderes políticos de gobierno: los primeros ya no están subordinados ni regulados por los segundos, sino al revés. Ya no son los gobiernos y los parlamentos democráticamente elegidos los que regulan la vida económica en función del interés general, sino que son los mercados los que imponen a los Estados políticas antidemocráticas y antisociales para favorecer unos intereses privados que buscan la optimización de los beneficios gracias a las especulaciones financieras y a la rapina de los bienes comunes y vitales. Este vuelco se ha debido principalmente a la asimetría entre el carácter todavía prevalentemente estatal de la política y del derecho y el carácter global de la economía y las finanzas. La política, y en consecuencia la democracia, siguen aún ancladas en los espacios y horizontes nacionales: y hay que decir lo mismo del Estado de derecho, también vinculado, como lo indica la misma palabra, al derecho del Estado. Y por el contrario, los poderes económicos y financieros se mueven en los espacios globales, con la rapidez que permiten las nuevas tecnologías informáticas, sustrayéndose al gobierno democrático de las políticas nacionales y a los límites y controles jurídicos de los ordenamientos estatales.

Parece claro que esta asimetría y la alteración subsiguiente de las relaciones entre política y economía han provocado, en primer lugar, la crisis de la *representación política*: «somos el 99 % gobernado por el 1 %», es la lapidaria acusación de Occupy Wall Street. Ese 1 % aúna poderes económicos y poderes políticos, grandes concentraciones financieras y clases gobernantes, percibidos indistintamente como un único bloque de poder hostil a la sociedad. De aquí se ha seguido, en segundo lugar, la crisis del *Estado de derecho*, dado que los poderes del mercado se han sustraído, en los espacios globales, a los límites y controles jurídicos de cada uno de los

Estados. Por último, y es el aspecto más grave, se ha desvirtuado el papel del *Estado* en cuanto tal, es decir, como esfera pública encargada de la defensa de los intereses generales, cuya separación de la economía, respecto de la cual debería ser no solo distinta sino incluso heterónoma y supraordenada, forma parte del profundo constitucionalismo del Estado moderno en oposición al Estado patrimonial del *ancien régime*.

*Por lo que acabas de decir, parecería que esta pérdida del nexo democracia/pueblo y poderes/derecho sería como un fenómeno, por así decir, objetivo y estructural. Pero, en la base de esta mutación, ¿no hay además responsabilidades y culpas de la política?*

Por supuesto. Esta gran alteración de la relación entre política y economía ha sido provocada de manera decisiva, en todos los países occidentales, por las políticas liberales adoptadas por los gobiernos en los últimos treinta años: en especial por las medidas con las que se ha liberalizado la circulación de capitales financieros, con las que se ha desregulado la economía y se han privatizado los servicios públicos y los bienes comunes. Estas políticas, inauguradas por el dúo Thatcher-Reagan, han sido desarrolladas luego por gobiernos de izquierda: desde Clinton, en los Estados Unidos, a François Mitterrand y su ministro de Economía Jacques Delors, en Francia, y a Blair y Gordon Brown en Inglaterra. A ellos se debe la libre circulación de capitales y la supresión de la separación entre cajas de ahorro y bancos de negocios, así como de la prohibición para las cajas de realizar operaciones especulativas.

Pero especialmente, en Europa, la gran alteración se ha debido ante todo a la constitución económica diseñada por los tratados fundacionales de la Unión, que han acabado literalmente con el modelo dirigista de la economía trazado en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución italiana, y también en los artículos 14 y 15 de la Ley Fundamental alemana y en el capítulo III de la Constitución española, los cuales prevén el obvio principio de que la economía debe estar gobernada por la política y sometida a las leyes, sin las cuales ni existiría la propiedad, ni el contrato ni tan siquiera el mercado. A partir del principio de la libre competencia, asumido ahora como una suerte de norma fundamental del derecho comunitario, los tratados y los reglamentos de la Unión han sustituido el orden del derecho por el orden del mercado: anulando cualquier tipo de intervención de los Estados en la economía de sus países y eliminando las restricciones a los movimientos de capitales, con la consiguiente libertad de fuga de los mismos al exterior, para sustraerse a la imposición fiscal y para acumularse en formas ocultas e incontrolables. La vieja Europa del Estado social e intervencionista en economía se ha convertido en un sistema de economías todavía menos gobernado y dirigista que el de Estados

Unidos que, al menos, dispone de un Banco Central, con los poderes de todos los bancos centrales del mundo, de una fiscalidad y un presupuesto federales, y de una política económica común.

*¿Cómo se explica esa política de abdicación de la tradicional función de gobierno que, además, es una política sustancialmente autolesiva?*

No es fácil entender las razones de esta autoneutralización de la política. Ciertamente, a escala europea, la prohibición a los Estados de intervenir en las economías de sus países en favor de las propias industrias nacionales y el principio de libre competencia se justificaron con la necesidad —a la espera de una integración política que aún no ha llegado— de garantizar condiciones de igualdad a las empresas en el mercado común mediante la exclusión de ayudas estatales que habrían favorecido a unas en detrimento de otras. Pero, la ausencia de intervención pública en la economía ha sido avalada y promovida sobre todo por la ideología neoliberal afirmada como pensamiento único incuestionable en todas las sedes decisionales. Este pensamiento único se basa en dos poderosos postulados: la concepción, de la que he hablado (pp. 58-60), de los poderes económicos como libertades fundamentales y no como poderes de los que debamos protegernos y garantizarnos como de cualquier otro poder. Y el aún más paralizante que entiende las leyes del mercado como leyes naturales y la economía como una ciencia a su vez natural que, en cuanto tal, exige la neutralización de la política y su transformación en tecnocracia. Por desgracia, esta ideología ha contagiado además a las fuerzas de la izquierda, conquistadas por la idea del carácter no realista, además de antiliberal, de cualquier otra política tendente a disciplinar los mercados.

Hay luego un segundo factor, más penoso, de esta subordinación de la política a los mercados y del eclipse de la esfera pública en beneficio de los intereses privados: la creciente confusión entre poderes políticos y poderes económicos que se manifiesta en múltiples conflictos de intereses, en la intervención de los *lobbies*, en las llamadas puertas giratorias que trasvasan a unas mismas personas de unas funciones empresariales a cargos públicos y políticos, y viceversa, y en las múltiples formas de corrupción y de deshonestidad. En Italia se habla de un coste de la corrupción de más de sesenta mil millones de euros y de un coste de la evasión fiscal de más de ciento veinte mil millones de euros al año: una sangría que, además de dañar el presupuesto público, equivale a una especie de infra-Estado oculto y paralelo, empeñado en la apropiación privada de la cosa pública. Esto contradice todos los principios de la democracia política y del Estado de derecho, del principio de legalidad a los de publicidad, transparencia, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos.

Pero lo más grave es que esta impotencia de la política en relación con la economía ha venido a coincidir con una renovada omnipotencia en relación con las personas y en perjuicio de sus derechos, especialmente de los sociales: una omnipotencia generada por la intolerancia de los límites y vínculos impuestos por los derechos constitucionalmente estipulados, pero cada vez más ausentes del horizonte de las políticas de gobierno. Así se explica la crisis de la dimensión sustancial, garantista y constitucional de la democracia —los ataques al mundo del trabajo y el desmantelamiento del Estado social— que tiene sus orígenes en la crisis de su dimensión formal o política. En efecto, debilitamiento de la política y deconstitucionalización de la democracia son dos factores conexos: cuanto más se libere la política de los límites y vínculos impuestos por la Constitución, desplazando del horizonte de su actuación los derechos fundamentales, empezando por los sociales, tanto mejor podrá abdicar de su función de gobierno y plegarse a los dictados de los mercados financieros.

*Las elecciones italianas de febrero de 2013, sea cual fuere el fin de esta XVI legislatura republicana, han servido para acelerar esta crisis política. Tras un veintenio de estancamiento económico y civil, son muchas las dificultades y cabe avanzar cualquier propuesta de reforma al tiempo fuerte y factible. Corrígeme si me equivoco, pero creo que el problema mayor es el descrédito de la política, lo que hace difícil poner en marcha un proceso democrático decente. ¿Cuáles son las causas, según tú?*

Me parece que el descrédito de los partidos, el desarrollo de la anti-política, del populismo, del «cualquierismo» (*qualunquismo*), se deben sobre todo a dos factores.

El primero está ligado a la percepción, lamentablemente fundada, de que la política tiene un papel sustancialmente parasitario respecto de la economía. Política y derecho se han sometido a los mercados contradiciendo así un elemental principio de gramática jurídica: el ejercicio de los derechos civiles de autonomía propios del mercado se coloca siempre, en la jerarquía de las fuentes, a un nivel más bajo que la ley y más aún que la Constitución. Es el principio previsto en los artículos 41-43 de la Constitución italiana, antes recordados: que no son normas estatalistas ni soviéticas, como diría Berlusconi, sino principios que reflejan, además de la sintaxis del ordenamiento, la propia razón de ser del Estado moderno, el cual nace como esfera pública separada, heterónoma y superior respecto de las esferas privadas y autónomas del mercado. Sobre la base de este modelo constitucional dirigista es como se desarrolló, en los primeros treinta y cinco años de la posguerra, una política económica y social intervencionista —el gobierno político de la economía y la construcción del Estado social— que hizo de Italia el quinto o sexto país industrial del

mundo. Después, una vez que este modelo fuera desplazado por el Tratado de Maastricht, se produjo el decrecimiento económico, bajo la enseña de la impotencia de la política y del encargo a los mercados de la restricción de todos los gastos sociales.

El segundo factor de descrédito de la política viene determinado por los privilegios de los políticos y por su mala gestión de la cosa pública. Se calcula que en nuestro país hay entre quinientas mil y un millón de personas que literalmente viven de la política. La mayor parte de ellas, como diría Weber, no viven *para* la política, sino *de* la política. El grupo de los políticos ha sido percibido como una casta, corrupta en gran parte, condicionada por financiamientos indebidos y en perenne conflicto de intereses con sus propios conciudadanos. Los políticos han aparecido como responsables de los recortes y de las políticas económicas recessivas impuestas por Europa y por los mercados globales, políticas que se han revelado sobre todo fallidas, puesto que, lejos de resolver la crisis, primero la provocaron y luego la han agravado. Estas políticas son las que han supuesto un incremento de la desigualdad, que es el principal factor de la crisis económica: por un lado, el crecimiento de la pobreza lleva aparejada una restricción de la demanda de bienes y servicios, con la consiguiente contracción de las inversiones y reducción del empleo, que a su vez, vuelven a incrementar la pobreza; por otro, el crecimiento de la riqueza, que en lugar de emplearse en inversiones productivas se ha dedicado a la más lucrativa especulación financiera. No hacía falta tanto para llegar al actual y generalizado descrédito de la política.

*Creo que tu diagnóstico es ampliamente compartido y explica bien la crisis de la democracia representativa, anunciada hace décadas y hoy en plena ebullición. En un libro importante, Bernard Manin ha hablado de nuestra democracia actual como «democracia del público», en la que el ciudadano, en lugar de confiar en sus propios representantes, organizándose en partidos y sindicatos, se fía simplemente de líderes mediáticos, a veces buenos solo para participar en tertulias. Un teórico de la democracia como tú no puede ignorar este aspecto del problema.*

No lo ignoro, ciertamente, dado que ese es uno de los factores más obvios de la crisis de la representación política, ligada a su vez a la crisis de los partidos. Los partidos, con todos sus graves límites y defectos, suponían en el pasado una efectiva vía de participación de sus afiliados en la vida política en calidad de actores y no de simples espectadores. Su más democrática connotación consistía en el arraigo social, en virtud del cual los afiliados se reunían en asambleas de sección o federaciones, en activos comités de ciudadanos, discutiendo, confrontándose y, en fin, votando y decidiendo por mayoría. Se cumplían de esta manera, bien que

con límites y deficiencias, las únicas formas posibles a escala nacional de democracia directa o de base, de las que emergían indicaciones que contribuían, mediante la discusión y la mediación representativa en los órganos dirigentes, a la formulación de las líneas políticas de los partidos que después se confrontaban en las campañas electorales. Hoy, sin embargo, las elecciones se han convertido en concursos de belleza en los que prevalecen los candidatos más simpáticos, los más dados a la demagogia y al histrionismo, los que tienen el chiste más fácil, a veces el más vulgar e insidioso.

Obviamente las redes, y antes aún la televisión y las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información en general, son instrumentos que pueden favorecer la participación política. Sin embargo, estos instrumentos no se han sumado a las tradicionales formas de encuentro y de debate, sino que simplemente las han sustituido. Recuerdo haber oído una vez en televisión a un alto dirigente de la izquierda que, hoy, una simple aparición en el medio es bastante más eficaz, a fines de consenso, que cien asambleas de sección o de federación. Parece claro que esta mutación está en el origen de la personalización de la política, de la reducción a la pasividad de los ciudadanos, y también de su desinterés, o peor, de su desconfianza y hostilidad hacia una clase política vista cada vez más como compactamente homogénea, alejada de la sociedad, preocupada sobre todo de su supervivencia y autorreproducción y políticamente irresponsable.

*Justo a tantas provocaciones que son un fin en sí mismas, el Movimiento 5 Estrellas suscita problemas que los teóricos de la democracia discuten desde hace decenios: democracia digital, nuevas formas de participación, función de la deliberación, esto es, de la discusión informada a la hora de tomar las decisiones. Piensa, por ejemplo, en la democracia electrónica de la que se ocupan desde hace tiempo nuestros queridos amigos Rodotà y Michelangelo Bovero. La e.democracy, evidentemente, no puede sustituir a la democracia representativa: más de la mitad de los italianos no sabe manejar un ordenador ni siquiera para descargar programas para la declaración de la renta. Pero, en un mundo a un tiempo cada vez más global y siempre más local, las redes pueden convertirse en un indispensable instrumento de denuncia, de información y también de control democrático. Conservando, pues, el núcleo irrenunciable de la democracia representativa ¿no sería posible recurrir a las tecnologías informáticas para colmar la distancia entre representantes y representados, entre ciudadanos y expertos, entre territorios y centro, saltándose las castas, los aparatos, la burocracia?*

Estoy de acuerdo pero con dos condiciones sin las cuales se corre el riesgo de que esto se convierta en instrumento del actual populismo. La primera es que estas diversas formas de democracia digital, electrónica

o del público, sirvan para integrar, como tú dices, y no para sustituir a la democracia representativa, tampoco, añado, a las formas tradicionales de los partidos. Es evidente que a los partidos, vista su actual degeneración burocrática, no se los puede dejar a su espontánea autodeterminación: han de ser regulados por una ley sobre su democracia interna. Espero que volvamos sobre la cuestión más adelante. La segunda condición es el reconocimiento de que la integración de la democracia representativa, basada en los partidos, en las nuevas formas de democracia electrónica o digital, debe implicar una mayor complejidad y no una simplificación de las garantías y de las reglas sobre la participación e igualdad de los participantes.

No se trata solo del hecho de que no todos disponen de un ordenador, lo que ya excluye de la participación y de la votación a las personas más pobres o ancianas. Se trata de la dificultad, hasta ahora no afrontada ni de lejos, de ofrecer reglas capaces de garantizar el correcto desenvolvimiento y la transparencia del debate interno, la posibilidad de acceso de todos los participantes sin vetos, censuras ni discriminaciones, la tutela del pluralismo y del disenso, las formas y las garantías del secreto de las votaciones en la red, etc. Un debate en la red, en ausencia de reglas, acaba casi siempre en violencia verbal, en insultos y vulgaridades, posibles gracias al anonimato de los participantes; cosas estas que resultan inverosímiles o bastante improbables, en el encuentro y en el contacto personal directo.

*Volvamos a la situación que se ha creado en Italia tras las elecciones, caracterizada por la presencia de tres posicionamientos, opuestos entre sí en todo, en programas, en formas organizativas y en culturas: una izquierda que no se reconoce como tal y el Movimiento 5 Estrellas que espera recoger incluso el voto de protesta «cualquierista» (qualunquista); un centro que se niega a serlo, el Partido Democrático, escindido entre una izquierda harta de tantos pactos y el berlusconismo a dosis homeopáticas de Matteo Renzi; en fin, una derecha, convulsamente aferrada a un líder desacreditado internacionalmente y con múltiples condenas encima. Francamente, no hay lugar para demasiadas esperanzas. ¿Se trata, en tu opinión, de una crisis contingente, o más bien de una crisis más profunda, de sistema?*

Me parece que se trata de una crisis de sistema: una crisis debida no tanto al hecho, contingente, de la distancia que separa a las tres principales fuerzas del Parlamento cuanto al hecho del rechazo de la democracia representativa expresado por al menos dos de esas fuerzas. Aun sin tener en cuenta el abstencionismo, la mayoría del electorado se ha expresado a favor de dos fuerzas antiparlamentarias y populistas. Por un lado, la derecha berlusconiana, con su concepción personalista, patronal y plebiscita-

ria de la representación política, identificada con el jefe, hasta el punto de pedir a gritos el golpe o la traición —lo hemos oído todos en la televisión— cada vez que se manifestaban disensos en la mayoría o ante la posibilidad de una normal crisis parlamentaria. Por otro, el Movimiento 5 Estrellas, que ciertamente ha expresado una rabia social más que justificada contra la actual política, pero cuyo jefe ha teorizado abiertamente la supresión de la prohibición del mandato imperativo, esto es, del fundamento mismo de la democracia parlamentaria. Añado, como inciso, que ambas formaciones han presionado, bien que con modos y finalidades diferentes, en favor de un gobierno de concentración PD-PDL, para hacer recaer posteriormente las responsabilidades sobre el PD y repartirse a continuación los despojos; que ambas son hostiles a los partidos y niegan la distinción entre derecha e izquierda; que ambas, en fin, están sobradas de antiestatalismo y de ganas de reducir el papel de la esfera pública, empezando por los impuestos. Hoy, el ataque a la democracia parlamentaria llega, pues, a través de la negación, implícita o explícita, por parte de ambas formaciones, de la prohibición del mandato imperativo. Que no es una invención de la casta, ni siquiera una norma más sobre la representación, sino la regla, establecida en el artículo 67 de la Constitución italiana, en el artículo 67.2 de la Constitución española, y antes aún en la Constitución francesa de 1791, que define la democracia representativa, en la que el vínculo de mandato produciría un permanente conflicto entre los intereses de quien manda y los intereses generales que deben ser perseguidos por los electos. Hoy lo sabemos todo acerca del ataque berlusconiano a las instituciones representativas que se expresó en el increíble conflicto de intereses, o más bien, en la primacía de los intereses privados del presidente del Gobierno sobre los intereses públicos, en materia de justicia penal y civil, de actividad editorial y de redes televisivas, a propósito de la política fiscal, y vaya usted a saber sobre cuántas otras materias que se desconocen, por no hablar de su idea acerca de que el Parlamento no puede someter a una moción de confianza al jefe legitimado en las elecciones, o de la descalificación como golpe de Estado o rebelión a cualquier crisis de la mayoría.

Pero hablemos de la última novedad, el movimiento del cómico Beppe Grillo, el más publicitado por la televisión y por la prensa, que se declara abiertamente contrario a la democracia representativa y a favor de imaginarias formas de democracia directa y de propuestas programáticas vagas y demagógicas. Obviamente se trata de un partido, si por tal entendemos cualquier grupo político organizado que se presenta a las elecciones, con los solos rasgos distintivos del rechazo de toda regla democrática (el «no-estatuto»), de toda transparencia sobre el «quién» y el «cómo» de las decisiones, de la falta de sedes territoriales, de estructuras organizativas y de órganos dirigentes, y el peor vicio de los viejos partidos, que al

menos lo practicaban sin declararlo: límites a la libertad de voto de los parlamentarios, vinculándolos a un mandato imperativo que de hecho es el mandato del jefe (o de los dos jefes, Grillo y Casaleggio).

Los dos jefes hablan de comunidad en lugar de sociedad, de delegado y no de representante, excluyen la mediación representativa, vuelven a proponer la ilusoria idea de una democracia directa y desde abajo, posible gracias a las redes y a una relación directa entre instituciones y pueblo, este último identificable en realidad con el jefe. Prueba de todo ello es la manera en que han llevado la campaña electoral y más tarde el comportamiento de los elegidos: la total invisibilidad y desconocimiento de los candidatos, ninguno de los cuales se ha dejado oír —a excepción, claro está, de Grillo, de hecho candidato único— y que ni siquiera se conocían entre sí; la omnipotencia del jefe, propietario de la marca 5 Estrellas, y la acusación de traición con la correspondiente expulsión del disidente; el control sobre el debate interno y sobre las llamadas votaciones en la web gracias al uso unidireccional y autoritario de la red; el penoso y vil espectáculo de 163 parlamentarios que durante meses se negaron a hablar con la prensa y a confrontarse con los demás parlamentarios, siempre por obediencia al jefe. La imagen del Parlamento propuesta por Grillo —«lo abriremos con nuestro abrelatas como si fuera una lata de atún»— evoca siniestramente la amenaza mussoliniana del aula sorda y gris transformada en acampada de manípulos.

En resumen, nos hallamos frente a la enésima autobiografía de la nación. Grillo es un mercachifle, un tribuno que busca el aplauso de la masa, que no tolera críticas ni disensos, que no acepta la discusión y que hace uso de la violencia verbal y de los insultos soeces contra todos, que sueña con la adhesión inquebrantable del 100% del electorado, que hace apología de la homogeneidad y de la homologación («o vencemos como grupo o nos eliminamos como individuos», declara Casaleggio), esto es, la enésima encarnación del populismo italiano, tras Mussolini y Berlusconi; de la tragedia a la farsa y de farsa en farsa. Es un demagogo en el muy lúcido sentido en que la demagogia fue definida por Aristóteles. La demagogia, escribe Aristóteles, es la forma de gobierno en la que soberanos son los más, aunque no considerados, como en la democracia, como individuos singulares que votan y disienten con el inevitable pluralismo que de ello se deriva, sino «en su totalidad». Y añade: los demagogos son al pueblo lo que los aduladores a los tiranos, con la diferencia de que los primeros, puesto que el pueblo no existe como sujeto dotado de una propia voluntad unitaria, pueden presentar su voluntad como voluntad del pueblo y como tal imponerla a todos. Y así es, concluye Aristóteles, como el demagogo se transforma en tirano.

*Yo, personalmente, sería menos drástico con el Movimiento 5 Estrellas, o al menos con sus partidarios, con los que he discutido en mi blog de «Il Fatto Quotidiano» durante estos meses: partidarios que, aun con un inevitable lastre de fanatismo, me ha parecido que, además de obrar de buena fe, son bastante menos ignorantes que sus jefes. Estoy, sin embargo, de acuerdo contigo en que el «grillismo» es solo el último síntoma de la que tú llamas crisis del sistema. ¿Cómo se sale de esta crisis?*

De palabra resulta fácil: mediante el refuerzo y, si fuera necesario, mediante la refundación de las cuatro dimensiones de la democracia —la política, la civil, la liberal y la social—, aseguradas con las garantías de las cuatro clases de derecho antes mencionadas: los derechos políticos, los civiles, los de libertad y los sociales. Pero, para eso, hace falta que la política recupere su función de gobierno sobre la economía y su fuerza y capacidad para proyectar e implementar las garantías de los diversos tipos de derechos y bienes fundamentales y de sus correspondientes instituciones de garantía. Es, pues, sobre la crisis de la dimensión política y la civil de la democracia, responsables además de la crisis de su dimensión social, sobre lo que hay que reflexionar para proyectar las posibles soluciones. Esto quiere decir reflexionar sobre los derechos políticos y sobre los civiles, esto es, sobre los derechos-poder, de los que depende la fundación positiva del sistema político y social en su totalidad —del Estado y del mercado—, pero sobre los que la elaboración de técnicas de garantía, en la tradición liberal, ha sido más bien escasa, tal vez porque se los ha tomado como simples derechos de libertad. La crisis actual nos ha permitido descubrir que también estos derechos requieren garantías, esto es, leyes de actuación, y por ello, reformas profundas para la tutela de su autónomo ejercicio, y también, por lo que se refiere a los derechos civiles del mercado, frente a su uso desregulado y salvaje.

Empecemos por los *derechos políticos* y por la dimensión política de la democracia. Una reforma de la política exige en primer lugar un crecimiento cultural: una seria toma de conciencia de que los intereses públicos y generales —la seguridad frente a la violencia, la garantía de la educación y de la salud, nuestra igual dignidad social, la habitabilidad del planeta— son bastante más importantes y vitales, para cada uno de nosotros, que los intereses estrictamente personales, esos que nuestra miopía intelectual, más aún que moral, nos hace anteponer a cualquier otro interés. Habrá que reconocer que solo el compromiso de tutelar los intereses públicos y generales, o que al menos consideramos como tales, es capaz de generar pasión civil, sentido de pertenencia y de solidaridad, confianza recíproca y lazos sociales, sentimientos todos de los que dependen la convivencia pacífica y nuestro mismo bienestar, en oposición a los sentimientos tristes del miedo, la desconfianza, la sospe-

cha, el egoísmo y la hostilidad. Pero el presupuesto de todo esto no puede ser más que una profunda reforma del sistema de representación y específicamente de los partidos. Los partidos, al menos en Italia, tuvieron su momento más glorioso en la época de su nacimiento, como partidos obreros, y luego cuando dieron vida a los Comités de Liberación Nacional, en los primeros años de la posguerra, cuando era inconcebible el interés personal por conquistar posiciones de poder o privilegios en personas que provenían de la cárcel, del exilio o de la lucha partisana. Luego llegó el progresivo declive: de partidos de masas radicados en la sociedad hasta su actual degeneración en costosas oligarquías burocráticas, a menudo corruptas e incapaces. Por eso hoy no basta confiarse a su autonomía estatutaria —autonomía que, por cierto, no ha asegurado a sus afiliados ni siquiera las elementales garantías que el código civil asegura a los socios de las asociaciones privadas o de las sociedades comerciales—.

Hoy se requiere que las garantías de los derechos políticos, y con ello la democracia interna de los partidos, vengan impuestas por específicas leyes de actuación. Tanto para los partidos como para los mercados, para las garantías de los derechos políticos como para las de los derechos civiles, es necesario el recurso a la fuerza heterónoma de la ley: precisamente una reforma orgánica basada en la vieja y siempre válida receta de Montesquieu de la separación de poderes, que hasta hoy solo se ha aplicado a los poderes públicos, pero que en las sociedades actuales, bastante más complejas que las del siglo XVIII, debe aplicarse a todos los poderes, públicos y privados, políticos, económicos y sociales, estatales o supraestatales.

Tres son las separaciones que, en mi opinión, habría que garantizar entre los poderes y sus correspondientes ámbitos de vida: 1) entre las fuerzas sociales organizadas en partidos y las instituciones; 2) entre política y economía, esto es, entre poderes políticos y poderes económicos; 3) entre los poderes públicos y, sobre todo, entre funciones de gobierno y funciones de garantía.

*En tus trabajos más recientes avanzas propuestas concretas, incluso a contracorriente, basadas en estas separaciones. Empecemos por el primer problema de esta tercera parte de la conversación: los costes de la política y el papel de los partidos. Luego hablaremos de la relación entre política y mercado, y, por último, de las reformas institucionales.*

Hablando de una rehabilitación de la política, lo más importante es que los partidos vuelvan a ser órganos de la sociedad: instrumentos que se ofrecen a los ciudadanos para «participar con métodos democráticos en la configuración de la política nacional», como dice el artículo 49 de nuestra Constitución. Pues bien, la crisis es tan grave —hemos pasa-

do en Italia de la degeneración burocrática, denunciada a principios del siglo pasado por Roberto Michels, al partido-empresa y después al partido-marca, uno y otro propiedad de dos millonarios— que exige reformas profundas y radicales: reformas que se oponen a los intereses a corto plazo de la clase política y, por tanto, difíciles de actuar; y, sin embargo, esenciales para radicar los partidos en la sociedad y garantizar su supervivencia futura como cauces de la representación política.

La principal reforma, me parece, tendría que consistir en la primera de las tres separaciones que he mencionado: la que debería darse entre los poderes políticos institucionales, incluso los de tipo electivo, y los poderes sociales organizados en partidos, esto es, entre los elegidos y los partidos que los han propuesto, los primeros como representantes y los segundos como representados. Los cargos del partido deberían ser incompatibles con los cargos públicos, incluso con los electivos. Solo de esta manera se aseguraría el recambio de los grupos dirigentes y, sobre todo, se cumpliría la alternancia entre representantes y representados: alternancia que forma el presupuesto elemental tanto de la representación como de la responsabilidad política. El secretario del partido y los dirigentes que decidan presentarse al Parlamento o a otras instituciones públicas deberían dejar sus cargos en el partido a otras personas, las cuales tendrían así una función de control sobre los elegidos, incluyendo a sus antiguos dirigentes. Los partidos deberían, no gobernar, sino formular los programas de gobierno, seleccionar los candidatos a las elecciones con métodos democráticos, como serían unas primarias debidamente reguladas, criticar la actuación de los elegidos y llamarlos a responder de su actuación si se presentan a otras nuevas elecciones. Solo así, eliminando el interés personal por cubrir los cargos públicos y, al mismo tiempo, la confusión entre controladores y controlados, con los consiguientes conflictos de intereses, los partidos recuperarían credibilidad, autoridad moral y sobre todo capacidad para atraer y sumar, como lugares en los que se forma la voluntad democrática y como instrumentos de mediación representativa.

Una medida semejante debería integrarse en una más amplia reforma de los partidos, en actuación del artículo 49 de la Constitución. Este artículo, que concibe los partidos como instituciones mediante las cuales «los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente [...] para concurrir con método democrático» a la vida política, impone claramente que los partidos garanticen a sus afiliados la democracia interna. Una ley sobre los partidos debería, pues, imponer a los partidos un estatuto democrático como condición para recibir financiación pública, e incluso, al menos en lo referente a los requisitos mínimos de democraticidad, para acceder a las elecciones: un determinado número de afiliados; reglas sobre el quién y el cómo de las decisiones idóneas para garantizar el desarrollo de las asambleas de base con funciones decisionales; órganos dirigentes elegidos

en los congresos con las normales garantías de voto libre y secreto; garantías del pluralismo de las opiniones y de la formación de minorías; prohibición de discriminar o marginar a los que disienten; regulación de las primarias o de otras formas de selección democrática de los candidatos a la representación política; limitación del número de mandatos; transparencia económica de los ingresos y de los gastos y publicación de las cuentas. Deberían existir específicas autoridades independientes, como las mexicanas antes recordadas, que vigilaran la actuación y el respeto de estas garantías. En definitiva, los partidos tendrían que volver a ser un instrumento de efectiva participación y de control del poder político por parte de la sociedad civil; no un canal a través del cual el poder político extiende su propio control sobre la sociedad y sobre la economía, sino, más bien lo contrario, las asociaciones de base a través de las que las fuerzas sociales participan en la vida pública y controlan sus actividades.

*Esta reforma de los partidos debería afrontar también un segundo problema: la corrupción y, más en general, las relaciones cada vez más estrechas entre política y negocios, el descrédito que envuelve al conjunto de los partidos y la urgente necesidad de superar el diálogo de sordos entre quien querría liquidar a todos los partidos excepto al propio, como aparatos parásitarios del poder, y quien, como tú y yo, defiende que una democracia sin partidos todavía no se ha inventado; y, si acaso existe, se llama totalitarismo, no democracia.*

Estoy totalmente de acuerdo. Ni defendemos a los partidos tal como ahora son ni abogamos por su abolición, dado que sin ellos la organización de la representación y, más en general, de la democracia es imposible. No es casual que los partidos nacieran como instrumentos necesarios de la representación democrática tras la conquista del sufragio universal. Pero hay que reformarlos. Y puesto que en los sesenta y cinco años que nos separan de la Constitución, no solo han sido incapaces de dotarse de efectivos estatutos democráticos, sino que han ido progresivamente degenerando hasta la actual pérdida de credibilidad para que la función institucional y las reglas de democracia interna estén aseguradas, no cabe confiar en su espontánea autorreforma, sino en la heteronomía de las leyes.

Voy a pasar ahora a la segunda y no menos importante separación, a la que ya me he referido antes, dirigida a romper la perversa relación entre política y negocios: la separación entre política y economía, entre poderes políticos y poderes económicos. En esta perspectiva se requiere evidentemente una ley electoral capaz de impedir efectiva y radicalmente los conflictos de intereses mediante una compleja y articulada red de incompatibilidades y de causas de inelegibilidad. Para limitarnos aquí a la reforma de los partidos, sin embargo, la separación que ante todo se

requiere es entre dinero y organizaciones políticas, entre partidos y poderes económicos. Hay que cortar de raíz los nexos entre los partidos y los grandes *lobbies* económicos, para garantizar que los elegidos respondan solo ante los ciudadanos y no ante sus financiadores más o menos ocultos; por tanto, habría que prohibir las financiaciones privadas por encima de una determinada cantidad o las provenientes de entidades o sociedades comerciales.

Es necesario, pues, abolir la financiación de los partidos, como ya se hizo con un referéndum de hace muchos años, pero, empezando por la financiación privada. Mi propuesta, contraria a la que congrega a toda la demagogia populista, es la siguiente: en primer lugar, prohibir la financiación privada que no provenga de los afiliados y simpatizantes; reduciendo esta a unos pocos miles de euros al año para las personas físicas y aboliéndola por completo para las personas jurídicas, como las sociedades por acciones o los grandes grupos industriales, sean privados o públicos, algunos de los cuales han financiado a raudales hasta ahora a los partidos más importantes. En segundo lugar, reducir drásticamente la financiación pública imponiendo la rendición de cuentas y un control de estas por órganos públicos independientes, como el Tribunal de Cuentas. Es evidente que las sociedades y los grupos industriales no tienen motivación ideal alguna para hacer sus donaciones, sino solo la expectativa de algún futuro e indebido beneficio. Por otra parte, es indispensable una cierta financiación pública si queremos que los ciudadanos de a pie y no solo los millonarios puedan hacer política.

En resumen, lo que debe estar prohibido es la gran financiación privada por parte de personas jurídicas, como las grandes sociedades comerciales, si queremos que a las elecciones se vaya a votar a los partidos y a sus candidatos y no a sus financiadores. Y que no sean estos sino las fuerzas políticas las que en realidad ganen las elecciones. No es necesario traer a colación el ejemplo de los Estados Unidos, donde, pese a las graves matanzas en las escuelas, no se consigue sacar adelante una ley que haga más difícil la adquisición de armas por parte de sujetos con antecedentes penales o enfermos mentales, debido a la oposición de un grupo de senadores financiado por el *lobby* de las armas; ni tampoco recordar el caso de México, donde las campañas electorales de fuerzas políticas y de candidatos son a menudo financiadas por los narcotraficantes. También entre nosotros se calcula que una parte importante, cada vez mayor, de la economía es oculta, ilegal, controlada por las mafias, y, más aún que la economía legal, está en busca de referentes políticos.

*Un tercer problema, relacionado con el precedente, es el de las reformas institucionales: cuestión muy agitada instrumentalmente durante la llamada Segunda República y que solo ha recibido hasta hoy respuestas*

*regresivas. Creo que todos estamos de acuerdo en la reducción del número de parlamentarios, en la abolición del Senado o en su transformación en una Cámara de las regiones, en la abolición de las provincias, pese a que las regiones son probablemente más costosas e ineficaces, garantizando en cualquier caso los derechos de los dependientes. El ingrediente más original de tu propuesta, a la que nos hemos referido de pasada, es otra separación de poderes diferente a la tradicional entre legislativo, ejecutivo y judicial, orientada esta vez a la administración estatal: la distinción entre funciones e instituciones públicas de gobierno y de garantía, respectivamente.*

Esta es precisamente la tercera e importante separación que habría que garantizar para refundar la credibilidad de la política y de los partidos y, antes aún, para devolver a la esfera pública su función garantista: la separación entre las que he llamado *funciones e instituciones de gobierno* y las que llamo *funciones e instituciones de garantía*, con el fin de evitar la invasión y el condicionamiento de las segundas por parte de las primeras. Nuestras democracias siguen estando organizadas según el modelo de Montesquieu de la separación entre los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. Mucho debemos a este modelo, empezando por la independencia del poder judicial. Pero esa separación fue formulada hace 266 años, en 1748, en un contexto institucional totalmente diverso al actual: cuando se trataba de afirmar la independencia y la primacía del poder legislativo sobre el ejecutivo, detentado entonces por el monarca, y la independencia de ambos respecto del poder judicial. Hoy, tanto el legislativo como el ejecutivo tienen la misma fuente de legitimación —la representación política— y, por tanto, sus relaciones son, en las democracias parlamentarias, más de condivisión que de separación de poderes: el Gobierno debe tener la confianza del Parlamento, y el presidente del Consejo de Ministros, conjuntamente con el presidente de la República, puede disolver las Cámaras; las cuales, además de las funciones legislativas, tienen funciones de control sobre la actividad gubernativa. Por otro lado, han ido surgiendo muchas y variadas funciones e instituciones de garantía de los derechos sociales —la educación, la sanidad, la previsión social y la asistencia— desconocidas por completo en la época de Montesquieu: funciones, que al no poder organizarse en torno al poder legislativo ni al judicial, se han ido agrupando en ese gran contenedor que es la administración pública, bajo la dependencia del poder ejecutivo. Pero la educación, la previsión social y la asistencia sanitaria son funciones de garantía de los derechos, no menos que la jurisdicción, y, en consecuencia, deberían estar separadas de las funciones de gobierno, tanto de las legislativas como de las ejecutivas: no están de hecho legitimadas por la representatividad política, sino al contrario, por la función de garantía de los derechos de todos. Por tanto, no se justifican,

no digamos los *spoils system*, sino tampoco la injerencia de los partidos en el nombramiento de los dirigentes y en la gestión, por ejemplo, de las empresas sanitarias locales o de los entes de previsión social.

Habría que distinguir, pues, y separar dos diversas clases de funciones administrativas: por un lado, las *funciones administrativas de gobierno*, auxiliares de las funciones políticas y justamente dependientes del ejecutivo, como son la defensa, los asuntos exteriores, la política económica y la tutela del orden público; por otro las *funciones administrativas de garantía primaria*, como son la educación, la sanidad, la previsión social y la asistencia, que están en cambio legitimadas por la aplicación de la ley y por la garantía de los derechos fundamentales de todos y que, por eso, deberían ser independientes de las mayorías de turno, exactamente como las *funciones jurisdiccionales de garantía secundaria*, ejercidas por la magistratura.

*Otra cosa sobre la que, de palabra, todos estamos de acuerdo es la reforma de la ley electoral. Es inútil que discutamos sobre nuestras preferencias: yo estoy a favor del sistema mayoritario, que ha funcionado bien en la elección de alcaldes, y tú a favor del proporcional, más respetuoso con las diferentes posiciones y capaz de obligar a los partidos a llegar a compromisos. Plantéemonos sobre todo el problema de la selección de la clase dirigente: ¿es posible que tras haber probado los más diversos sistemas electorales se acabe siempre eligiendo a los peores? Los partidos actuales han tratado de resolver el problema con la consulta directa a los afiliados y simpatizantes; yo creo que sería igualmente importante seleccionar a los candidatos fuera del circuito de los partidos: en la empresa, en la administración pública, en la Universidad. ¿Qué piensas al respecto?*

Estoy de acuerdo. Pienso además que justamente la separación que he propuesto entre cargos de partidos y cargos institucionales electivos sería un factor seguro de recambio de la clase política y favorecería la elección que tú señalaras de candidatos al margen de la nomenclatura del partido. Si además se redujera adecuadamente el número de parlamentarios (el Senado de los Estados Unidos se compone de solo cien senadores) y se adoptara incluso el sistema monocameral, con el consiguiente incremento de la eficacia y de la centralidad decisional del Parlamento, la elección de los candidatos debería recaer necesariamente en personalidades representativas por su valor y competencia y no por sus clientelas.

En cuanto a la ley electoral, debería garantizar al menos que el resultado fuera el mismo en las dos Cámaras. Pero permíteme decir algo en apoyo del sistema proporcional, en mi opinión el más democrático por muchas razones, la primera de las cuales es válida especialmente en Italia porque es el sistema que más inmuniza contra las degeneraciones populistas y que es más pertinente a nuestro sistema parlamentario. Sobre

este tema soy absolutamente kelseniano. Me parece difícil negar los valores del sistema proporcional: la igualdad en ese específico derecho fundamental que es el derecho al voto; su carácter más representativo porque es más coherente con el pluralismo de las opiniones y de los intereses, cuya garantía es una connotación esencial de la democracia; el hecho de que favorece el desarrollo de los partidos políticos como expresiones de intereses sociales y de culturas políticas diferentes; el hecho de que no implica la, de otro modo, inevitable homologación de dos formaciones en conflicto, obligadas ambas a buscar el consenso de los llamados moderados; el carácter más civil de las competiciones electorales en las que cada partido recoge en el área social los consensos que considera representar, sin los enfrentamientos y las contiendas a que se ven inducidas las dos formaciones en conflicto, constreñidas a asemejarse en los contenidos y a diferenciarse y dividirse en aspectos completamente secundarios del debate político; el hecho de que el éxito de las elecciones no dependa de un puñado de electores denominados centristas, en realidad despolitizados, y expuestos como nadie a la influencia de la propaganda. Son, en cambio, completamente opinables, basándonos en nuestra experiencia de ya más de veinte años, las ventajas de los diversos métodos mayoritarios, como la reducción de la fragmentación de las fuerzas políticas y la mayor estabilidad de los gobiernos. Los sistemas mayoritarios y bipolares, favorecen sobre todo, junto a la verticalización de los sistemas políticos en torno a partidos diversamente personales y patronales, las tentaciones presidencialistas que —especialmente en un país con nuestro pasado, con el actual descrédito de la política y con la actual mayoría de fuerzas populistas y «cualquieristas» (*qualunquiste*)— corren el riesgo de degenerar siempre en formas demagógicas y autoritarias.

*A propósito de la presidencia de la República. En el primer septenio de Giorgio Napolitano la actuación del presidente ha sido crucial para contener la carga destructiva del berlusconismo; contribuyendo quizás a salvar la Constitución pero a costa de plegar sus propias competencias constitucionales en la dirección de una especie de presidencialismo. Al final de su mandato, y sobre todo en el desarrollo del segundo, las inclinaciones presidencialistas han desembocado en dos ejecutivos «del presidente», el gobierno Monti y el gobierno Letta, ajenos ambos, me atrevería a decir que más el segundo que el primero, a la correcta dinámica parlamentaria y constitucional: dos tercios de los ciudadanos han votado la retirada de Berlusconi, y Napolitano ha impuesto los amplios acuerdos. ¿Qué juicio constitucional, más aún que político, habría que hacer de todo esto? ¿Se ha convertido nuestro sistema constitucional, tal vez sin saberlo, en presidencialista, incluso a espaldas de la Constitución?*

Ya te he dicho algo acerca del presidencialismo. Puedes imaginar mi contrariedad ante este presidencialismo «de hecho». Confieso que me han parecido incomprensibles, como a muchos miles de personas, las vicisitudes políticas posteriores a las elecciones. Políticamente incomprensible sobre todo el comportamiento del Partido Democrático, el cual, tras haber buscado durante casi dos meses una alianza de gobierno con los diputados del Movimiento 5 Estrellas, de pronto, sobre una cuestión institucional como es la elección del presidente de la República, primero quema la digna candidatura de Romano Prodi y después se niega a votar, solo porque lo proponían los «grillinos», a un candidato de la talla moral e intelectual de Stefano Rodotà, que es un símbolo no solo de la izquierda, sino de nuestra misma democracia, y que habría desempeñado de manera ejemplar las funciones de garantía asignadas al presidente por nuestra Constitución. Vino a continuación el llamado gobierno de los «amplios acuerdos», con Berlusconi, esto es, justamente lo contrario de cuanto el PD había prometido hacer durante toda la campaña electoral hasta la víspera.

Estos amplios acuerdos fueron explícitamente promovidos por Napolitano, cosa que queda fuera de sus competencias, como tú bien dices. En nuestro sistema parlamentario, el presidente «no es responsable de los actos que realice en el ejercicio de sus funciones» (Const., art. 90), hasta el punto de que cualquiera de ellos debe ser «refrendado por los ministros que los proponen» (Const., art. 89). No podría haber definición más restrictiva de sus poderes. Queda excluido, por tanto, que pueda ejercer funciones de dirección política, atribuidas en cambio a la mayoría parlamentaria y al presidente del Gobierno elegido por ella. Lo más inquietante de todo esto es que, dada la alarma general, este papel de dirección política del presidente de la República, más que censurado como indebidamente interpretado como expresión de gran sabiduría política y, lo que es peor, como una señal de la ya inevitable transformación de nuestro sistema parlamentario en un sistema presidencial, o semipresidencial, que debería traducirse en una transformación de derecho de nuestra forma parlamentaria de gobierno.

*Vayamos ahora a la segunda dimensión, la que tú llamas formal, de la democracia constitucional: la dimensión civil basada en el ejercicio de esos derechos fundamentales de autonomía privada que tú consideras como derechos-poder, a los que has reservado el término «derechos civiles». Se trata del enorme problema de los límites y controles sobre el mercado. ¿Cuáles son, en tu opinión, esos límites y esos controles?*

No es una cuestión que se pueda despachar en cuatro palabras. Me limitaré a decir que la concepción corriente de estos derechos, como dere-

chos de libertad, que nos ha llegado desde la tradición liberal y que aquí ha sido criticada en distintas ocasiones, ha impedido el desarrollo de un constitucionalismo de derecho privado, análogo y paralelo al constitucionalismo de derecho público. De hecho, los límites, las reglas y los controles ya han sido introducidos a nivel legislativo: en materia de trabajo, de defensa del medioambiente, de tutela de los consumidores, de garantía de la competencia. Pero se ha tratado de reglas introducidas al margen de un verdadero diseño constitucional y, por eso, hoy, la mayoría de ellas han sido abolidas o debilitadas por los actuales procesos de desregulación. Se trata, pues, al menos, de restaurarlas y de reforzarlas como normas de rango constitucional. Y se trata también de introducir otras nuevas.

He hablado de la necesidad de sustraer al mercado y de confiar a la protección y a la prestación por parte de la esfera pública, esos bienes vitales —como el agua, el aire, los equilibrios ecológicos, los fármacos esenciales— que he llamado fundamentales porque son objeto de los derechos a la vida y a la salud. He hablado también de la separación que habría que introducir entre los poderes económicos y los poderes políticos, esto es, entre las grandes empresas y grandes patrimonios, y el ejercicio de funciones públicas como garantía de la primacía de los intereses públicos sobre los intereses privados. Más en general, el garantismo político y civil impone, basándose en la subordinación de los poderes económicos a los poderes políticos, que se restablezca la función de gobierno del Estado sobre el mercado, cuyo desvanecimiento está provocando hoy, junto al crecimiento de la desigualdad, la crisis de la democracia además del agravamiento de la crisis económica. La excesiva riqueza, de hecho, no solo es una fuente de enormes poderes en la vida social, un factor de distorsión de la libre competencia en el mercado, sino un incentivo a la especulación financiera pero no a las inversiones productivas. Esta riqueza excesiva siempre está tentada a entrar en política para tutelarse a sí misma: directamente, como en el caso de Berlusconi, o indirectamente, mediante la corrupción, la financiación de los partidos y la adquisición y el control de los medios de comunicación.

Hay, por tanto, dos garantías relativas a estos derechos-poder que deberían introducirse y a las que me quiero referir brevemente. La primera guarda relación con su visibilidad. Reconocer que los derechos de autonomía y de iniciativa privada en la esfera del mercado son también poderes quiere decir, en la perspectiva de un constitucionalismo de derecho privado, afirmar su necesaria transparencia: lo que implica la abolición del secreto bancario y de todos los secretos sobre la composición de los capitales, en especial de los financieros. Si es cierto que dinero es poder, los secretos económicos y financieros son los verdaderos *arcana imperii* de la era de la globalización. Cuando Bobbio teorizó acerca de las condicio-

nes elementales de la democracia, de lo que hablaba es justamente de la visibilidad del poder y de la abolición de los poderes invisibles. La visibilidad de la riqueza privada es una garantía del correcto ejercicio de todos los poderes: no solo de los poderes económicos en sus relaciones de mercado, sino también de los poderes políticos, dado que la riqueza oculta, sobre todo si es excesiva, es siempre un factor de posible corrupción que condiciona la vida pública.

La transparencia de los capitales serviría además, obviamente, para combatir la evasión fiscal y para promover la supresión de los paraísos fiscales. En este aspecto, la actual tecnología informática sería un poderoso instrumento de información y de control. Resulta absurdo que nuestra vida privada pueda ser violada por múltiples invasiones hasta en lo más íntimo, y que la única reserva realmente tutelada sea la del dinero. Las informaciones patrimoniales sobre cada ciudadano deberían ser accesibles a partir de un código fiscal: sería un factor de garantía para quien quisiera entrar en relaciones comerciales con él. Por lo demás, en una época en la que el dinero es considerado como la medida de valor de una persona, no se acierta a comprender qué razones puede haber para esconder la propia riqueza como no sean las de sustraerse al fisco o las de lucrarse a partir de una falsa pobreza.

El segundo orden de garantías tiene que ver con la información: tema crucial que toca todas las dimensiones de la democracia, no solo la liberal y la social, sino también la política y sobre todo la civil, dados los estrechos lazos que conectan la información, la opinión pública, la política y el mercado. Bien sabemos en Italia de qué manera el monopolio televisivo detentado por Berlusconi, a través de la propiedad de un imperio mediático y del control político sobre la televisión estatal, ha contaminado la vida política y condicionado la libertad de prensa: Italia ha caído al puesto 73 de la clasificación de Freedom House sobre la libertad de información, como país solo «parcialmente libre». Pero el problema no es solo italiano, pues afecta al decisivo papel que juegan los medios de información en las actuales democracias: las amenazas al pluralismo y a la libre información, provenientes de la concentración de medios y de canales de televisión en unas pocas manos y de sus colusiones con el poder político. Frente al peligro de que no sean la información y la prensa libre quienes controlen a la política, sino al contrario, se requieren, pues, dos órdenes de garantías.

En primer lugar, se necesita un sistema de reglas tendentes a limitar realmente la concentración de los medios de difusión, como garantía del pluralismo y de la libre competencia entre ellos: no se justifica de ninguna manera la posesión de más de un periódico o de un canal televisivo. Pero eso no basta. La cuestión de la información no es solo un problema de *antitrust*, sino ante todo un problema autónomo de libertad y

de democracia. Si queremos que la libertad de prensa y de información, que es un derecho fundamental de rango constitucional, no sea una variable dependiente del mercado, es decir, de un poder patrimonial como la propiedad, capaz de sofocarla y aplastarla, su garantía no puede consistir solamente en la pluralidad de los propietarios de los medios.

De aquí un segundo orden de garantías que asegure la libertad y la independencia de la prensa y de la información frente a los propietarios de los medios. Estamos de nuevo ante una cuestión de gramática jurídica de la que ya he hablado varias veces: el equívoco teórico que pesa sobre la tradición liberal que consiste en la confusión entre libertad (de prensa y de expresión del propio pensamiento) y propiedad (de los *media*), y en la consiguiente dependencia de hecho de la primera respecto de la segunda. Se trata más bien de dos derechos radicalmente diferentes: uno es un derecho fundamental de todos, el otro es un derecho patrimonial solo de los propietarios de los medios de comunicación. La Constitución italiana garantiza el primero pero no el segundo: «*todos tienen derecho a expresar libremente su propio pensamiento*», dice el artículo 21 (la cursiva es mía), que es evidentemente el pensamiento de los periodistas, no el de los propietarios. Queda pues claro que la garantía de la libertad de prensa y de la información exige la máxima independencia de las redacciones respecto de la propiedad. Una independencia que solo puede ser garantizada por una ley sobre el estatuto de los periodistas que establezca límites rigurosos a los poderes de la propiedad para elegir o despedir al director y a los redactores, o para condicionar su línea política.

*Siguiendo con el tema de la dimensión formal de la democracia, a medio camino entre dimensión civil y dimensión política, está la controvertida cuestión del conflicto de intereses y de la inelegibilidad de Berlusconi; hasta ahora siempre se ha sanado con la «unción» electoral, pero de nuevo, al inicio de esta XVI legislatura, vuelve a proponerla el Movimiento 5 Estrellas con el patente embarazo de los jerarcas del PD. Más que sobre la cuestión en sí, te pido una reflexión sobre las relaciones entre democracia y derecho que son un buen banco de pruebas para tu garantismo: políticamente siempre ha parecido difícil expulsar del Parlamento a un líder elegido por el 30 % de los italianos; jurídicamente, sin embargo, parece igualmente inadmisible que un propietario de televisiones acabe controlando, como político, la televisión pública además de la suya, privada.*

Recuerdo bien lo discutida que fue desde el principio esta cuestión básica. Poco antes de las elecciones de 1994 parecía jurídicamente inconcebible que Berlusconi pudiera ser elegido para el Parlamento y menos aún que pudiera presidir un gobierno. Él mismo era bastante conscien-

te de ello y pensaba más bien en ser una especie de santo patrón del partido, como lo es hoy Grillo; muchos se hubieran escandalizado de que se le ofreciera el encargo de formar gobierno. He revisado todo este tema porque escribí varias cosas en *Il Manifesto* y también en *Teoria política*, acerca de la inelegibilidad de los titulares de «concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica», como lo son sin duda alguna las redes televisivas, establecida en el artículo 10 de la ley electoral, n.º 361 de 30 de marzo de 1957. Luego sucedió lo que sucedió: Occhetto declaró que Berlusconi tenía la carga de gobernar y, así, tras esta bochornosa salida del jefe de la oposición, el presidente Scalfaro no tuvo más remedio que encargar a Berlusconi que formara gobierno.

Sea como fuere, en el futuro se tendrá que garantizar la incompatibilidad de los titulares de concesiones estatales, como son los propietarios de televisiones, y también los banqueros (¿por qué no?), para ocupar cargos públicos. Los conflictos de intereses están más bien destinados a multiplicarse, más allá del caso Berlusconi, porque los poderes tienden a concentrarse, y no es su confusión lo que da lugar al conflicto, sino la prevalencia del interés privado sobre el público. También en este caso, la separación que he propuesto entre partidos e instituciones, entre cargos del partido y cargos públicos electivos, valdría tal vez para resolver el problema de raíz. Berlusconi sería el jefe o el patrón de su partido-empresa, pero esto no solo no implicaría, sino que más bien excluiría, su elegibilidad como parlamentario y más aún su nominación a presidente del Gobierno.

*Vayamos, pues, a lo que llamas dimensión sustancial de la democracia constitucional; en primer lugar, a la dimensión liberal —lo que el Estado no puede decidir en garantía de las libertades fundamentales— de tu modelo tetradiimensional de la democracia. Uno de los escasos elementos distintivos de los programas electorales de la izquierda, y también una de las cuestiones de libertad y laicidad sobre las que incluso los políticos e intelectuales católicos más sensibles creen que habría que llegar a una solución, es la de las cuestiones bioéticas (procreación asistida, experimentación genética, el fin de la vida) y el problema de los derechos de las parejas homosexuales. Normalmente se suele recurrir, a propósito de los temas bioéticos, en contra de las propuestas liberales, al argumento del Far West: si el derecho no regula la experimentación genética, ni la fecundación asistida, ni la clonación, ni tan siquiera el fin de la vida, entonces todo es lícito. Extrañamente, sin embargo, este argumento del Far West no se aplica al reconocimiento de las parejas del mismo sexo. Por un lado, consideran la conducta homosexual como «moralmente desordenada» y, por otro, se rechazan todas las medidas —uniones de hecho, o bien el matrimonio homosexual— que pondrían orden en este pretendido desorden. Sobre cada uno de estos puntos Italia ha acumulado un retraso de más de veinte años*

*en relación con los países europeos. ¿Cabe imaginar al menos una ligera progresión en estas inaplazables reformas?*

Ya hemos hablado de ello, pero conviene volver a estos problemas que afectan a nuestras más íntimas libertades. La gran habilidad de la Iglesia católica ha consistido en dar la vuelta a estas cuestiones calificándolas como «no negociables», dando así a la expresión un uso intimidatorio que designa exactamente lo contrario de lo que yo he llamado «no decidible». Para la Iglesia no es negociable su pretensión de imponer con el derecho sus opciones morales, opciones que justamente la separación entre Dios y el césar, prescrita en la máxima evangélica ya recordada en la página 130, impondría en cambio dejar a la autonomía de la conciencia moral. Se trata de una imposición que, en contra de la pretensión clerical, precisamente las garantías de los derechos fundamentales de autodeterminación, esto es, de la libertad de hacer todo aquello que no dañe a los demás, excluyen de la esfera pública de lo decidible. Se viola de esta manera no solo la laicidad del Estado, como tutela de las demás culturas, sino también la autenticidad de la moral, dado que un comportamiento es tanto más auténticamente moral cuanto menos viene dictado por restricciones jurídicas o por el temor a sanciones, esto es, cuanto más proviene de la libre elección moral. Y no solo eso. A esta desnaturalización de la moral habría que añadir, en todas las cuestiones vitales, la radical ineeficacia de las prohibiciones jurídicas, que solo tienen el efecto de ocultar y de clandestinizar, por tanto de dramatizar —hablamos del aborto, de la procreación asistida, del rechazo del encarnizamiento terapéutico— los fenómenos que pretenden impedir.

Algunas de estas pretensiones clericales de limitar con el derecho las libres opciones morales de las personas están además motivadas por preocupaciones incomprensibles: como si el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales o a las parejas de hecho fuera a ofender a la familia legítima. No acierto a entender qué daño puede recibir esta familia. Una familia legítima no pierde derechos aunque otros los ganen. Añado que la garantía de la autodeterminación de las personas sobre tan personales cuestiones, y el consiguiente paso atrás del derecho y del Estado, son una condición necesaria para la convivencia pacífica. El multiculturalismo, esto es, la convivencia y el recíproco respeto de otras culturas, solo está asegurado por los derechos de libertad, que no son, como se dice, una imperialista imposición de Occidente, sino exactamente lo contrario, la única garantía posible de la tutela y del respeto de todas las culturas mediante la exclusión de cualquier imposición jurídica sobre cuestiones meramente morales. Por el contrario, el apoyo heterónomo del derecho a una determinada religión o cultura, en perjuicio de otras, solo puede desembocar en conflictos y discriminaciones de las diferencias: esta ha

sido la lección que, en Occidente, hemos aprendido de las guerras de religión. Solo hay un límite justificable a la libertad individual: el que consiste, como dijeron Kant y Mill, en la prohibición de hacer daño a terceros, de manera que la libertad de cada uno pueda convivir con la de los demás. Y, por supuesto, ningún posible daño causa a los demás de la garantía del derecho de cada cual a morir de muerte natural; mientras que forzar a alguien a sobrevivir conectado a una máquina en contra de su voluntad, no solo es una lesión de su autonomía y de su dignidad, sino incluso un acto de crueldad solo explicable con muy oscuras razones ideológicas.

En cuanto al argumento del *Far West* por falta de regulación jurídica de las cuestiones bioéticas, debe simplemente invertirse. El *Far West* es consecuencia de la clandestinización de los fenómenos que se pretende impedir con el derecho. Y la clandestinidad es a su vez fuente de desigualdad: mientras que los ricos tienen la posibilidad de salir al extranjero, los pobres se ven obligados a recurrir a prácticas lesivas para su salud y para su dignidad. Tengo la impresión de que la Iglesia, con todas sus pretensiones, lo que en realidad defiende es un poder, el de controlar las conciencias y la vida más íntima de las personas, aun a costa de infligir crueles sufrimientos: obligando a las mujeres a ser madres o impidiendo que lo sean, discriminando a las parejas de hecho o imponiendo la indisolubilidad del vínculo matrimonial a personas que se odian, infligiendo sufrimientos de una larga agonía a enfermos terminales que desearían que se les dejara en paz para morir naturalmente. Todas estas imposiciones y sufrimientos, para un laico, no solo son moralmente injustificados, sino profundamente inmorales.

*Otra clásica y dramática cuestión de libertad es la de la libre circulación. Hablamos del ius migrandi y de los problemas ligados a la inmigración, con todos los estereotipos que se le han endosado: la inseguridad o el miedo, explotado por el marketing político, las llamadas políticas de seguridad, la clandestinidad, los centros de internamiento, que se dice temporal pero que en realidad es interminable, los rechazos en alta mar. La izquierda tradicional, hoy convertida en centro, siempre ha reaccionado a todas estas prácticas con una hostilidad de principio aunque con la aquiescencia de hecho; en la nueva izquierda, incluyendo en ella el grillismo, emergen señales aún más preocupantes del tipo «Cada cual es dueño de su casa». Me parece que también aquí tiene mucho que decir el garantismo.*

He de decir, ante todo, que la ciudadanía, de ser un estatuto inclusivo y basado en la igualdad, está convirtiéndose hoy en un factor de exclusión y de discriminación basado en el simple accidente del lugar de nacimiento. Estamos viviendo una contradicción profunda con todas las tradiciones de nuestro derecho internacional, por no decir con

nuestros valores de libertad y de igualdad. El *ius migrandi* fue proclamado por Vitoria —unos cuarenta años después del descubrimiento de América, en las *Relectiones de Indis*, publicadas en Salamanca en 1539— como un derecho universal, tal vez el primer derecho natural, cien años antes del derecho a la vida de Hobbes, junto al *ius commercii*, el *ius societatis* y el *ius propagandi evangelium*, que venían a sustituir a los antiguos títulos de legitimación de la conquista, como la ocupación de *res nullius*, y las bulas papales. Como norma final de esta edificante construcción, Vitoria prevé el derecho de guerra de los españoles allí donde se opusiera resistencia al ejercicio de estos derechos. Una visión cosmopolita, obviamente a favor de unos determinados intereses, basada en el igual derecho de los pueblos y de los individuos a emigrar a cualquier lugar de la Tierra: un derecho que será básico para futuras conquistas y colonizaciones. El *ius migrandi*, como ya he recordado, fue puesto por Locke en la base del derecho a la supervivencia y de la legitimidad política del capitalismo, y figura hoy en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y también en el artículo 16 de la Constitución italiana.

Hoy que el flujo migratorio\* se ha invertido, pues ya no son los europeos los que van a otros países para conquistarlos y saquearlos, sino que son gentes de países pobres los que viajan a los países ricos, el ejercicio de este derecho ha pasado a ser, por ejemplo, en Italia, un delito. El resultado es una terrible catástrofe humanitaria. En los últimos veinticinco años han muerto en el intento de entrar en la fortaleza Europa 18 673 personas, de las cuales 6 449 ahogadas en el canal de Sicilia, 4 859 a lo largo de los caminos de África septentrional que conducen a España, 1 462 en el mar Egeo, otros 705 en el Adriático y en el Jonio, entre Albania y la Apulia, otros sofocados, muertos de sed o aplastados viajando escondidos en grandes transportes, o bien muertos por los disparos de las policías de frontera. Añádase que estas políticas —entre ellas, los rechazos en el mar, prohibidos por el derecho internacional porque afectan también a los niños y no permiten la comprobación de los presupuestos del derecho de asilo— no tienen más efecto que el de clandestinizar la inmigración y empujar a los clandestinos hacia la delincuencia.

Primero provocamos el subdesarrollo con políticas de rapiña —baste pensar en la herencia del colonialismo italiano en Etiopía, Somalia y Libia— y luego nos lamentamos de la inmigración. Las democracias occidentales deberían como poco pagar los efectos del colonialismo. Ningún Tocqueville hubiera podido imaginar que, ciento cincuenta años después, no iba a quedar casi ningún inglés en India y que iba a haber más de seis millones de indios en el Reino Unido, casi ningún francés en Argelia y más

\* En la actualidad se estima que unas 26 000 personas han perdido la vida entre 2000 y 2013. Pero, según los datos de OIM, solo en 2015, la cifra podría superar los 30 000 fallecidos. (N. del E.)

de tres millones de argelinos en Francia. Este es el resultado de un proceso de descolonización que no ha sido guiado por políticas económicas de amplias miras sino solo por los intereses miopes del control de los recursos, como el petróleo, que además, se están agotando. Lo único que sabemos hacer es cerrar las fronteras, encarcelar a los inmigrados irregulares (a su llegada, casi todos lo son), explotar, excluir y mortificar a las personas. Lo que todo esto provoca, entre otras cosas, es el odio hacia Occidente, los fundamentalismos y sus violentas manifestaciones.

*Nos queda hablar de la cuarta dimensión del modelo garantista de la democracia constitucional: la dimensión social, constituida por las garantías de los derechos sociales a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia, hoy en quiebra a causa de las políticas antisociales provocadas por la crisis económica. Ya hemos hablado de ello por extenso en la segunda parte. La cuestión que ahora te propongo es la siguiente: ¿qué diferencia hay, según tu esquema, entre el Estado social, que ciertamente ha sido una de las mayores conquistas del siglo XX, y la democracia social como dimensión de la democracia constitucional?*

El constitucionalismo rígido, en su modelo garantista, ha redefinido y refundado el Estado social transformándolo, al menos en el plano normativo, en lo que podríamos llamar *Estado social de los derechos*: organizado, no con las viejas formas burocráticas y/o asistenciales, sino a partir de la atribución a todos, en tanto que personas, de los derechos sociales a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia. Se ha tratado de un cambio profundo del paradigma del Estado social: de su modelo administrativo y selectivo, marcado por los inevitables espacios discrecionales y clientelares de las prestaciones sociales, con su secuela de favoritismos y de abusos, por no hablar de la ineeficacia y de los gastos innecesarios, a su modelo universalista, marcado por el carácter *ope legis* de las prestaciones, con el consiguiente ahorro en costes de mediación burocrática y, sobre todo, con la garantía de la dignidad de la persona en tanto que titular de los derechos. ¿Qué quiere decir, pues, que necesidades como la salud o la educación se formulen constitucionalmente como derechos sociales? Significa que su satisfacción y su cumplimiento ya no son una concesión política, y menos aún, paternalista o caritativa, sino una obligación constitucional de la esfera pública; que en ellos se basan la igualdad y la dignidad de las personas y con ello su sentido de pertenencia a la sociedad civil; que su satisfacción, además de obligatoria, debe ser igual y gratuita; que, en fin, su titularidad equivale al cambio de la noción misma de riqueza, individual y colectiva, que no equivale a una suma de bienes y derechos patrimoniales, sino, y quizás sobre todo, a la suma de nuestros derechos y bienes fundamentales.

Pues bien, en referencia a cuanto decimos, hemos asistido durante estos últimos años a una progresiva regresión de la dimensión constitucional del Estado social edificado en los primeros treinta y cinco años de la República. Ya he hablado de la demolición de los derechos de los trabajadores operada, en los últimos veinte años, con esas reformas y contrarreformas que han convertido en precarias las relaciones laborales dejándolas de hecho a merced de los patronos. Pero la agresión al Estado social, en ausencia de una política económica capaz de gobernar la crisis, se ha manifestado en una especie de proceso deconstituyente de las prestaciones sociales que ha golpeado donde más fácil era reducir los gastos: en los servicios sociales a los ancianos, a los niños y a los discapacitados y, también, en la sanidad y en la escuela pública.

Italia tenía, en los años ochenta, uno de los mejores servicios sanitarios del mundo. Con la Ley n.º 833, de 23 de diciembre de 1978, se había dado actuación al artículo 32 de la Constitución: según el modelo inglés, se anularon las mutualidades y se instituyó el Servicio Sanitario Nacional, basado en los principios de universalidad e igualdad que garantizaba a todos las mismas prestaciones sanitarias, financiadas por la fiscalidad general del Estado y por las contribuciones de los asegurados. En los años noventa, con los decretos legislativos n.º 502, de 1992, 517, de 1993 y 229, de 1999, y después, en 2001, con la reforma constitucional del ordenamiento regional, las unidades sanitarias locales se transformaron en empresas y luego se regionalizaron. La consecuencia fue el progresivo deterioro de la asistencia sanitaria, en paralelo con la debilitación de sus caracteres igualitarios y universales: por la desigual calidad de los 21 sistemas regionales, en particular entre los de las regiones ricas y los de las regiones pobres; por las arbitrariedades, los gastos innecesarios y las diversas formas de corrupción generadas por la invasión de los partidos en la designación de los dirigentes y gestores de las ASL (Asistencia Sanitaria Local); por los recortes a la sanidad pública y la introducción de una gran cantidad de tiques que, suponiendo una reducción casi irrelevante de los costes globales —menos del 2%, es decir, unos dos mil millones sobre un total de casi ciento nueve mil millones de euros al año— se resolvieron en la monetarización de las prestaciones sanitarias, en abierta oposición con el derecho universal a la salud, con daño para las personas más pobres, y con el enorme engorro para los pacientes a causa de la burocracia.

Igualmente grave ha sido la agresión a la escuela pública y a la universidad, que han pasado de los relativamente altos niveles de hace treinta o cuarenta años al descalabro actual, documentado en el incremento del analfabetismo, el crecimiento del abandono escolar, la disminución de titulados superiores, en el general empobrecimiento intelectual y cultural, en la paralización de la investigación y en la fuga al extranjero de los jóvenes con mayor talento. Al punto que hemos llegado al fondo en el

escalafón de los niveles de escolarización de los países industrializados. Aunque es bien sabido que el desarrollo económico de un país depende de su nivel de instrucción (además del de la salud), los gobiernos de las pasadas legislaturas han retirado el 12,8 % a las ya pobres inversiones en la escuela pública, sustrayéndole casi 9 748 millones de euros. Italia se ha convertido, en cuanto al porcentaje del gasto público destinado a la educación se refiere, en el penúltimo de los países de la OCDE: ocupa el número 31 sobre 32, con un gasto anual del 9 % del presupuesto frente a una media del 13 % en la OCDE. Añádase la precariedad casi generalizada del personal docente, los bajos salarios, las inútiles trabas burocráticas en la organización de la enseñanza, el estado de degradación y de abandono de los edificios escolares, la falta de las más elementales dotaciones y de estructuras didácticas. En fin, todo este retroceso ha llegado en paralelo con los favores prestados a la escuela y a la sanidad privadas, bajo la enseña de su creciente mercantilización.

Obviamente, todo esto está en contradicción con el modelo universalista e igualitario diseñado por la Constitución, donde se estipulan los derechos sociales a la salud y a la educación. Pero el proceso deconstituyente de nuestro *welfare*, a través de su mercantilización y burocratización, se ha mostrado además como el campo más fértil para la ilegalidad, para la corrupción y para los beneficios ilícitos. Su quiebra es una clamorosa confirmación al mismo tiempo del valor, jurídico, económico y político, de un principio teórico de carácter general del garantismo social: aquel según el cual un derecho social puede ser garantizado de manera tanto más plena, simple y eficaz en el plano jurídico, tanto menos costosa en el plano económico y tanto más a cubierto de la discrecionalidad político-administrativa, y por consiguiente, de la selectividad y de la corrupción que esta alimenta, cuanto menor sea la intermediación burocrática y mercantil exigida para su satisfacción, pudiendo incluso eliminarse por completo mediante la igual garantía a todos *ex lege*: educación y sanidad gratuitas, renta mínima garantizada, servicios sociales gratuitos para todos. Por muy costoso que sea un Estado social de derecho —garantizando al máximo la igualdad, la transparencia, la eficacia— lo es bastante menos que las formas rapaces y corruptas de esas mismas prestaciones fiadas a la lógica del mercado y a la discrecionalidad selectiva de los aparatos burocráticos.

*Has hablado de la ilegalidad difusa que ha salido a la luz en estos últimos años, con escándalos que han hecho palidecer la Tangentopoli de los años noventa. ¿Cómo se explica esta hecatombe de la cultura de las reglas y de la legalidad? ¿Crees que se trata solo de la habitual y mítica anomalía italiana, o más bien que nuestra anarquía, nuestra corrupción, nuestra desorganización, no son sino la parodia hiperrealista de una tendencia global a*

*la «desregulación» que —si de veras la propiedad no es una libertad sino un poder— no promueve en modo alguno la libertad, sino los poderes privados?*

Se trata probablemente de ambas cosas. La oposición a las reglas y a la legalidad asume hoy una doble forma. La primera es la expresada por la ideología neoliberal que ha promovido y legitimado a escala global los procesos de desregulación de la economía y del capital financiero, gracias a los cuales los poderes de los denominados mercados se han impuesto a los poderes políticos en beneficio de la especulación, provocando la crisis económica actual y al mismo tiempo la crisis de nuestras democracias. La segunda se manifiesta en la antilegalidad y en la ilegalidad, muy nuestras, es decir, en la idea más o menos consciente y declarada de que las leyes son insoportables e ilegítimas trabas a la arbitrariedad y al abuso, entendidos, obviamente, como libertades, y que por eso mismo su violación, o mejor su supresión, o al menos su excepción gracias a inmunidades, privilegios o favores, está justificada. Las dos formas de intolerancia y de rechazo de las reglas se apoyan recíprocamente: la primera es secundada por la segunda y la segunda se acrecita basándose en la primera. Lo que caracteriza este antilegalismo es el rechazo, no de esta o aquella regla, de esta o a aquella norma constitucional, sino de la legalidad y de la Constitución en cuanto tales, es decir, del sentido y del valor mismo de las reglas, empezando por esa metarregla elemental del Estado de derecho que quiere todos los poderes sometidos a la ley.

En todos estos aspectos, Berlusconi ha sido realmente representativo de una parte importante del electorado que lo ha asumido como símbolo y modelo. Su reciente casi éxito electoral ha sido posible debido a tres promesas: la condonación del impuesto sobre los bienes inmuebles, la condonación fiscal (o sepulcral, como la ha llamado) y la restitución del impuesto municipal a expensas del erario y de los ayuntamientos, que equivalen a otras tantas formas de corrupción de los electores. Por lo demás, el verdadero cemento ideológico de la actual derecha berlusconiana, su intrínseca sustancia y lamentablemente su tendencial hegemonía en toda la sociedad italiana, es la primacía del interés personal, especialmente económico, como norma fundamental y razón de ser de la política. Recuerdo que en un acto en Nápoles, hace algunos años, Berlusconi lo declaró abiertamente tachando de idiotas (el insulto fue bastante más grave) a quienes, en la izquierda, votaban en contra de sus intereses personales (se trataba, creo recordar, de la enésima promesa de condonación). Esta es la verdadera antipolítica, esto es, la negación de la política en cuanto tal, que está siempre animada por una visión —no importa si de derecha o de izquierda, conservadora o progresista— de los intereses públicos o generales.

*Pensando en este veintenio que hemos atravesado, uno se pregunta qué ha quedado de tantas aireadas reformas, discutidas hasta la extenuación. No la reforma de la Constitución que lo conseguido paradójicamente con tantos ataques ha sido reforzarla. No el federalismo, hoy esfumado pese a la reforma del Título V, mal realizada por el centro-izquierda antes de que el centro-derecha lo hiciese peor. No la reforma de la administración pública que, sin embargo, debería hacerse de manera urgente; y menos aún, la reforma de la justicia. La impresión —un tanto deprimente para quien, como tú y yo, trabajamos en la Universidad— es que la única reforma que nos deja en herencia la Segunda República es la llamada reforma de la Universidad: la que yo llamaría Berlinguer-Gelmini, pese a la abismal distancia entre los dos héroes epónimos. ¿Cómo has vivido este asunto?*

Creo más bien que nuestra Constitución sigue estando en peligro. El 6 de junio de 2013, mientras esta conversación nuestra va camino de la imprenta, el gobierno Letta, el de los «grandes acuerdos», ha aprobado un proyecto de ley constitucional que deroga el artículo 138 e instituye un comité de veinte senadores y veinte diputados encargado de proponer al Parlamento la reforma de los títulos I, II, III y V de la parte segunda de la Constitución, además de la reforma electoral; lo que quiere decir, no una revisión, sino la aprobación de una nueva constitución.

Es tal vez el ataque más grave en estos años contra la Constitución. No hablo de la perspectiva del presidencialismo o del semipresidencialismo, de nuevo propuesta por la derecha que, como ya he dicho, me parece muy poco acertada para un país como Italia. Lo más grave es el exceso de poder que vicia el procedimiento en su totalidad. Se trata de una iniciativa del gobierno promovida y solicitada por el presidente de la República, en contradicción con el carácter totalmente parlamentario del poder de revisión previsto en el artículo 138: es el Gobierno quien ha presentado la reforma como un compromiso programático suyo, quien ha elaborado el proyecto de ley constitucional, quien ha impuesto al Parlamento procedimientos de urgencia y tiempos limitados, quien se ha reservado además un poder de enmienda con formas más privilegiadas que las consentidas a los parlamentarios. Se produce, en segundo lugar, una inadmisible transformación del poder de revisión mediante enmiendas, que es un poder constituido, en un poder constituyente no admitido por nuestra Constitución. La diferencia entre poder constituido y poder constituyente, en virtud de la cual el primero no puede autotransformarse en el segundo, es un principio elemental de gramática constitucional. Y es, además, el principio adoptado por casi todas las constituciones. Pensemos en cómo sería acogida la idea de una reforma total de la Constitución en Estados Unidos, de la que solo caben, además por un procedimiento muy agravado, enmiendas propuestas por dos tercios de los componentes del

Congreso o de las legislaturas de varios Estados, y aprobadas, si son votadas, en el primer caso, por las tres cuartas partes de los estados y en el segundo por las tres cuartas partes de los miembros de una convención convocada por el Congreso. En muy pocos países, España o Suiza, por ejemplo, es permitida la revisión total de la Constitución, pero con procedimientos tan laboriosos que la hacen casi imposible.

Me pregunto cómo he vivido los avatares de la reforma universitaria. Pues, como tantos de nosotros, como un síntoma y, también como un factor de decadencia moral y política, más aún que cultural. Es cierto: la derecha percibe y presenta la cultura como el principal enemigo detrás de la legalidad y la justicia. Y lo es, como lo es de todos los regímenes con vocación autoritaria y de todas las demagogias. El mayor desastre ha sido la deseducación masiva y la afirmación de una especie de hegemonía plebeya de la anticultura —democrática porque es popular y porque desearía ser mayoritaria— atestiguada por la exhibición, en el lenguaje político, de la vulgaridad, del chiste procaz, de la ignorancia; en resumen, la búsqueda del consenso secundando los instintos más bajos de los electores —racistas, clasistas, machistas, antiestatalistas— como para justificar, en una especie de legitimación cruzada, la vulgaridad y la ilegalidad de la clase política, promoviendo de esta manera la degradación general del sentido cívico y de la moral pública.

*Dejemos de lado la idea de reformar la reforma Gelmini, que ha matado definitivamente a la universidad pública, y hablemos por un momento del reformismo a la italiana, consistente en hacer reformas copiadas de otros países, que normalmente ya están en crisis en sus lugares de origen, y que se anulan entre sí cada vez que hay cambio de mayoría, sin que ninguna de ellas vaya adelante o sin que pueda decirse si funciona o no.*

Tienes toda la razón. Cambian los nombres, se multiplican las trabas burocráticas y las pérdidas de tiempo; esto es el reformismo a la italiana. Lo último es decir departamentos y no facultades, solo por copiar a los Estados Unidos, pese a que la Universidad la inventamos nosotros, aquí en Italia. El lenguaje del mercado, siempre obsesionado por la copia, ha entrado también en el mundo de los estudios: los estudiantes ya no reciben notas, sino créditos; tenemos que ser competitivos en el mercado, incluso en los estudios de filosofía o de alta matemática; el valor de los institutos de investigación se mide por las ayudas económicas que consiguen obtener.

En cuanto a la reforma de las oposiciones, mi propuesta, muy poco compartida por nuestros colegas, sería muy simple. Recuerdo haberla expuesto en un congreso en Camerino hace más de tres décadas: una única oposición de acceso, en torno a los treinta años, con un único examen

—al estilo de la vieja libre docencia, que fui de los últimos que la consiguieron antes de su supresión a finales de los sesenta, o bien de un buen doctorado de investigación— y la eliminación de la carrera docente y de todas las oposiciones sucesivas. La carrera en el mundo de la investigación y de la cultura no tiene sentido; es más bien un contrasentido. Estoy convencido de que la independencia y la libertad de pensamiento son rasgos constitutivos del trabajo intelectual, no menos que del trabajo judicial; que una jerarquía entre intelectuales contradice la naturaleza misma de la libre investigación; que un joven obligado a pasar tres o cuatro veces por las horcas caudinas de las oposiciones llega a la cátedra en torno a los cincuenta años, tras haber consumido los mejores años de su vida de estudiioso en exámenes, miedos y angustias, y quizás en plegarse a las convenciones oposicionales.

Y todo esto sin contar con la pérdida de tiempo y de dinero, la producción de libros solo útiles para las oposiciones, los favoritismos, las discriminaciones, las injusticias, el estrés, las humillaciones, la deformación de las relaciones de amistad y de estudio en relaciones impropias de poder —de sumisión y de opresión, de rivalidad o de competencia— generadas por toda esta absurda parafernalia; la cual, además, está fuera de lugar de nuestras funciones porque, hoy, todos —los profesores ordinarios, los extraordinarios, los asociados, los investigadores— desarrollan de hecho el mismo trabajo y solo se distinguen entre sí por el título o por el grado. ¡Cuánto más agradable sería una universidad en la que todos fuéramos iguales y que los grandes maestros o simplemente los estudiosos de valor se distinguieran por sus escritos, por la estima y la consideración de los estudiantes y de los colegas y no por su prepotencia de sátrapas!

*Una última cuestión aunque no por su orden de importancia dada su creciente dramaticidad: el trabajo, de cuya desregulación ya has hablado, y el problema del paro, especialmente el juvenil. Por paradójico que parezca, un mínimo de derechos sindicales globales debería ser una exigencia incluso de los emprendedores europeos más abiertos: no esos que miran solo el modelo norteamericano, o que se aprovechan de la posibilidad de deslocalizar, o que han dejado de invertir en la producción y prefieren especular en la bolsa. Los empresarios europeos más abiertos, con amplitud de miras, deberían estar interesados en que los trabajadores chinos o indios tuvieran derechos sindicales para evitar la competencia desleal de los productos chinos producidos a bajo coste.*

La primera reforma en materia laboral no puede ser otra que la restauración del contrato de trabajo a tiempo indeterminado, con todas sus garantías, como regla inexcusable, salvando los períodos de prueba y de aprendizaje. De lo contrario, la precariedad acaba eliminando ese autén-

tico derecho a tener derechos —las vacaciones, el horario de trabajo, el descanso semanal, la equitativa retribución— que es el derecho a la estabilidad en el puesto de trabajo; si no es así, solo quedan el estrés, la pérdida de la autoestima, la caída de la productividad, la angustia, y a veces, la criminalidad.

Además, en un sistema capitalista que hace de la libre competencia su principio fundamental, debería estar prohibida la competencia desleal, el *dumping* con el que los industriales se van a producir los coches a Serbia pagando a los obreros 300 euros al mes: una forma de competencia mucho más grave que la ayuda financiera o fiscal dada por el Estado a las industrias nacionales y que, sin embargo, la ideología neoliberal ha avalado como una fórmula edificante: la llamada competencia entre ordenamientos, en virtud de la cual ya no son los Estados quienes garantizan la competencia entre las empresas, sino que son las grandes empresas las que hacen entrar en competencia a los Estados, en especial a los Estados más débiles, yéndose a invertir donde es máxima la posibilidad de explotar el trabajo, contaminar y devastar el medioambiente, y corromper a los gobiernos.

Contra este turismo de las inversiones productivas, tendente a eludir las garantías de los derechos de los trabajadores —en materia de salarios, de descanso semanal, de vacaciones, de seguridad y otros— la única respuesta estratégica es la unificación del derecho al trabajo y, por otro lado, la de las organizaciones sindicales: primero en la Unión Europea y después, progresivamente, en todo el mundo. Esta es la buena globalización: la globalización de los derechos y de sus defensas, como respuesta a la globalización de la economía y a la libre circulación de capitales. Y esto puede llevarse a cabo, no tanto por los jueces, como por leyes y convenciones internacionales, es decir, por la política y por los gobiernos, que deben ponerse de acuerdo sobre estándares planetarios si no quieren ir siempre a la baja, hacia cada vez menores garantías laborales y hacia guerras entre pobres a escala global. Parece evidente, por lo demás, que la tutela global de los derechos de los trabajadores, también en China, aseguraría a los emprendedores occidentales frente a la competencia desleal. Pero todo esto requiere también un compromiso y una movilización de las organizaciones sindicales: en primer lugar, su internacionalización, o la institución de formas de coordinación supranacional o al menos europeas; en segundo lugar, una lucha común y una común presión sobre los gobiernos en apoyo de unas políticas de integración y de unificación del derecho al trabajo.

Lo mismo puede decirse de la armonización de la imposición fiscal, que además de producir la abolición de los paraísos fiscales, sería acorde incluso con los intereses a largo plazo del sistema capitalista. La absurda tesis de que «no podemos introducir la fiscalidad patrimonial porque de lo contrario se nos irían los capitales» debería llevar a conclusiones

opuestas: o abolimos la libre circulación de capitales o unificamos globalmente todos los sistemas fiscales con el fin de suprimir los paraísos fiscales. Una buena contribución a esta última perspectiva podrían ofrecerla seguramente la transparencia de capitales y la abolición de los diversos secretos bancarios.

*Todo esto recuerda el nexo que existe entre igualdad y cuestión fiscal. En Estados Unidos, la reducción de la presión fiscal, reclamada en Italia por la derecha, ha producido un aumento exponencial de la desigualdad, bien simbolizado por el eslogan de Occupy Wall Street que opone el 99% de ciudadanos pobres al 1% de ricos.*

Una de las muchas señales del aumento exponencial de la desigualdad es el crecimiento de la diferencia entre los salarios y los beneficios de los directivos y los de sus empleados, que era de 50 a 1 en los años noventa y que ha pasado a ser del 300 o 400 a 1. Si además un trabajador no es bastante productivo corre el riesgo del despido, mientras que los directivos ganan sus *stock options* y gigantescas liquidaciones, aunque hayan llevado la empresa a la quiebra. La desigualdad y la excesiva riqueza producen además poderes impropios: concentraciones monopolísticas, adquisición y acumulación de medios de información, capacidad para condicionar y corromper a la esfera pública. Una utilización redistributiva del instrumento fiscal, basada en una efectiva progresividad, sería un factor beneficioso para las instituciones y para la economía. Por encima de un determinado límite, la excesiva liquidez acaba derivando fatalmente hacia las finanzas y la especulación, mientras que el mercado, de ser un eficaz instrumento para la producción de riqueza, se transforma en ese capitalismo de casino al que se refería Keynes y del que habla Susan Strange en su libro homónimo de 1986. Es decir, el aumento de la desigualdad se manifiesta en el crecimiento de la pobreza y en el de la riqueza, que son, uno y otro, repito, los principales factores de la recesión. De nuevo lo que se requiere para limitar los poderes salvajes del mercado es la intervención de la política y del derecho.

*Restablecer, como has dicho, la hegemonía del gobierno de la política sobre la economía, nos lleva a hablar de la globalización y, antes aún, de Europa. Cuando iniciábamos esta conversación, el problema era cómo revitalizar la Unión Europea: una construcción no solo política y económica, sino también jurídica, recordémoslo. Mientras tanto, los problemas se han ido haciendo más dramáticos y alguien empieza a preguntarse si la Unión, y la participación italiana en esta empresa, no debería replantearse o, si fuera necesario, negociarse sobre nuevas bases.*

Hemos construido un mercado común y una moneda única. Pero estamos muy lejos de la integración con la que soñábamos hace apenas diez o veinte años. Estamos pagando un déficit de proyección constitucional de Europa. El mercado común primero y la moneda única más tarde, fueron concebidos como factores de integración, porque se daba por descontado que antes o después el proceso se completaría con la construcción de un gobierno político de la economía y de un gobierno común de la moneda. La crisis estalló antes de que se crease este gobierno común mientras los gobiernos nacionales quedaban bloqueados por las reglas de Maastricht que prohibían el apoyo a las empresas y a las economías nacionales, lo que concluyó dejando libres a los mercados y a las finanzas. Las indicaciones de muchos economistas y estudiosos de buen sentido son por eso obvias, casi banales: un presupuesto europeo, un banco central europeo dotado incluso del poder de emitir moneda y de adquirir títulos de Estado, una deuda pública unificada de todos los países de la Unión, una fiscalidad europea.

Se entiende que, hoy, Alemania y otros Estados europeos, no quieren poner todo esto en común con países que falsean los presupuestos, como Grecia, o que eligen desde hace veinte años a Berlusconi. Pero la institución de un gobierno europeo de la economía serviría para poner en común también las técnicas y las capacidades de indagación y de control sobre los presupuestos y sobre la evasión. Pero, sobre todo, la actual falta de un gobierno político de la economía y la sustancial soberanía de los mercados se están revelando como el principal factor de crisis de la economía, por no decir de la política y de la democracia. Y lo cierto es que el reconocimiento de que las actuales medidas antisociales de austerridad dictadas por los mercados son la causa de la quiebra económica y política es cada vez más clamoroso. Medidas que además están provocando, por un lado, una espiral recesiva y, por otro, la quiebra del europeísmo, incluso en Italia, que hasta hace poco era el país más europeísta de Europa. Cabe esperar que la razón se imponga cuanto antes y que se construyan instituciones europeas a la altura de los mercados globales.

La alternativa, por otra parte, es obvia: se va hacia adelante o se va hacia atrás. No puede durar una situación en la que ningún Estado puede tener una política económica autónoma, y ante la imposibilidad de políticas compartidas, la agresividad, las desconfianzas y los resentimientos reciprocos están destinados a aumentar. O se hunde la Unión Europea o se progresiona en el proceso de unificación política sobre el modelo federal; y como siempre sucede cuando se llega a tocar fondo, la razón debería prevalecer. Después de todo, la Unión Europea ha sido la mayor conquista del siglo XX y representa todavía un modelo civil y social para otras áreas regionales del mundo: un agregación de pueblos basada, no en la conquista, sino en la aceptación de principios comunes de civilización, como la

supresión de la pena de muerte y el respeto de los derechos fundamentales, en un continente dividido por más de treinta lenguas y con un pasado de guerras mundiales. Sin reformas radicales en el terreno de la economía, corremos el riesgo de disipar un enorme patrimonio común. Por eso creo que los tiempos están hoy maduros para la institución de una Asamblea Constituyente europea, que supondría la superación de la lógica internacionalista de los tratados y su sustitución por una lógica constitucional. Solo una Asamblea Constituyente representativa de todos los europeos podría hoy asegurar una legitimación democrática y constitucional de la Unión, diseñando las líneas maestras institucionales según el modelo de los Estados federales: con la atribución de funciones legislativas al actual Parlamento Europeo elegido sobre listas electorales europeas; con la institución de un gobierno federal vinculado al Parlamento por una relación de confianza, o bien elegido también este sobre listas europeas; con la creación de instituciones europeas independientes de garantía de los derechos y de los bienes fundamentales, ligadas a las correspondientes instituciones de garantía de nivel estatal o regional con una relación de subsidiariedad, ya hoy prevista en el artículo 5, 2.º, del Tratado de la Comunidad.

*Mientras tanto, Europa nos ha impuesto el equilibrio presupuestario con déficit cero, que ha sido introducido como a hurtadillas, a partir de 2014, por la «extraña mayoría» del gobierno Monti, convertida después en la aún más extraña mayoría del gobierno Letta, mediante la reescritura del artículo 81 de la Constitución en términos jurídicamente incomprensibles. ¿Qué piensas de esta obligación, en su método y en sus efectos?*

En sustancia se trata de una reforma absurda que, unida a la obligación de pagar en el plazo de veinte años toda la deuda pública, que supera el 60 % del PIB, está destinada, en el mejor de los casos, a no ser cumplida, dado que su cumplimiento, en un país ya exprimido por la crisis, provocaría el hundimiento económico y revueltas sociales inimaginables. Pero su aspecto más increíble, en el que se manifiesta la ciega subordinación a los mercados de la tecnocracia italiana y europea, es la forma adoptada para este acto autolesivo: el tratado sobre el denominado *Fiscal compact* —a partir del cual se ha modificado en Italia, con sumo celo, el artículo 81 de la Constitución sobre el equilibrio presupuestario y se ha ratificado la obligación de pagar cada año una veinteava parte de la deuda que supere el 60 %, en la práctica cincuenta o sesenta mil millones de euros al año— es jurídicamente inválido porque contradice los tratados de Maastricht de 1993 y de Lisboa de 2007.

Lo ha explicado bastante bien Giuseppe Guarino en una serie de ensayos en los que ha mostrado que tanto el equilibrio presupuestario como la obligación de sanear anualmente la deuda están en contradicción con los

tratados europeos, que fijaron un límite, no del 0 %, sino del 3 % del PIB de endeudamiento anual de los Estados de la Unión. Y puesto que la modificación de estas normas no se ha hecho del modo previsto para su revisión, en el artículo 48 del Tratado de la Unión, y por otra parte, el mismo tratado sobre la *Fiscal compact* establece en el artículo 2, 2.º, que sus normas se aplicarán solo si «son compatibles con los tratados sobre los que se funda la Unión Europea», tal modificación es inválida y aun inexistente, dice Guarino, por la absoluta carencia de valor. Lo más inquietante en Italia, sin embargo, ha sido el apoyo tanto de la derecha como de la izquierda, con reforma constitucional incluida, con la manida idea de que las cuestiones económicas son cuestiones técnicas, no de izquierdas ni de derechas.

*La diferencia derecha/izquierda cada vez está más en entredicho. Pocos son los que, como Carlo Galli, la defienden por principio. A mí siempre me ha resultado cómodo distinguir derecha e izquierda basándome en este criterio, no de principio, sino empírico: la izquierda es la posición de quien cree que todavía hay una distinción entre derecha e izquierda; la derecha es la posición de quien no cree esto. Michel Torper me dice que en París esta aparente paradoja es un lugar común. ¿Qué piensas tú? ¿Quién considera que derecha e izquierda no existen es simplemente de derechas, o bien la distinción derecha/izquierda no se sostiene?*

Esa propuesta tuya me parece una óptima distinción. Quien niega la distinción quiere en realidad negar el papel y la razón de ser de la izquierda y desplazar o ignorar la cuestión social. La idea de que todos los partidos son iguales y de que la política es algo sucio es la lamentación habitual de quien busca la destrucción del espíritu cívico. Añado también un segundo criterio de diferenciación, señalado en su tiempo por Norberto Bobbio: el valor de la igualdad y de la igual dignidad de las personas en la cultura de la izquierda, valor ajeno a la cultura de la derecha. Donde igualdad quiere decir, me parece, dos cosas: el igual respeto y valor de todas las diferencias a través de la garantía de los derechos de libertad, que son todos derechos a la propia identidad diferente; y la reducción de las desigualdades económicas y materiales a través de los derechos sociales y del trabajo.

Podríamos decir, basándonos en lo dicho, que la identidad de la izquierda proviene de la conjunción de un *Estado liberal mínimo* y de un *Estado social máximo*: consistente uno en un paso atrás de la esfera pública para garantizar las libertades, y el otro en un paso adelante para garantizar los derechos sociales. La derecha, sin embargo, sostiene lo contrario: derecho penal máximo, invocado por sus componentes más reaccionarios, y Estado social mínimo, promovido por sus componentes neoliberales. Por eso, pienso que la identidad de la izquierda está bastante más

de acuerdo con los valores constitucionales que la identidad de la derecha: con el principio de igualdad, con el de la dignidad de la persona, con el de la solidaridad social y, sobre todo, con el conjunto de los derechos fundamentales, que equivalen todos —de los derechos de libertad a los derechos sociales— a otras tantas *leyes del más débil*, alternativas a las leyes del más fuerte, que serían las vigentes en ausencia de las primeras.

*Yo también creo que la igualdad —la igual libertad, la igualdad en los derechos— es el gran reto de la política contemporánea. Hubo una vez en que el gran capital invertía en la producción de bienes y servicios, que necesitaba la fuerza del trabajo y que buscaba compromisos entre ricos y pobres; hoy los empresarios prefieren especular en la bolsa más que invertir en la producción, por tanto, no necesitan de los pobres porque pueden deslocalizar las empresas. Y así, la brecha entre ricos y pobres se amplía cada día y las élites se alzan en defensa de sus propios privilegios, según la famosa fórmula de Christopher Lasch. ¿Qué podemos hacer nosotros, los juristas, en todo esto? Después de todo, nuestro lema siempre ha sido suum cuique tribuere, dar a cada uno lo suyo...*

Los juristas, y en particular los teóricos del derecho, tienen el deber, a partir de una rigurosa clarificación de los conceptos, de recordar algunas reglas de elemental gramática jurídica. La primera se sigue de la superación del potente prejuicio ideológico liberal consistente en la doble confusión entre libertad y propiedad: por un lado, entre derechos fundamentales de libertad y derechos patrimoniales o reales de propiedad; por otro, dentro de la clase de los derechos fundamentales, entre derechos de libertad y derechos civiles de autonomía. Parece claro que el ejercicio de los derechos patrimoniales y de los derechos civiles consiste en actos de un nivel subordinado a la ley, como los contratos, de manera que la primera regla —en un Estado de derecho, que por definición no admite poderes absolutos— es restablecer esta subordinación, hoy invertida por la ya conocida alteración de la relación entre política y economía.

La segunda regla afecta a la razón de ser de las instituciones políticas, que no consiste en obedecer a los mercados, sino en garantizar los derechos fundamentales como cláusulas del pacto constitucional de convivencia: justamente porque el capital cada vez necesita menos mano de obra obrera, la supervivencia no puede confiarse al mercado de la fuerza de trabajo, sino que debe estar garantizada por la esfera pública mediante la satisfacción de los derechos sociales, de la salud a la educación hasta la renta mínima de ciudadanía.

*Me parece que estas reglas de gramática jurídica de las que hablas implican, en último término, la afirmación de la primacía de la política sobre*

*la economía y, sobre todo, la primacía del derecho sobre una y otra. El capitalismo, que no dejaba de tener una clara dimensión jurídica —baste pensar en la property de Locke, derecho natural al propio cuerpo, a los propios bienes y a la propia libertad, incluida la de movimiento— es un sistema económico que se ha desarrollado hasta ahora bajo el supuesto de que el mundo es infinito y rebosante de recursos ilimitados. Pero hoy ha demostrado ser finito, los recursos se agotan, y no disponemos de otro planeta de repuesto: de manera que el capitalismo sin reglas, la apropiación y el derroche ilimitados, han pasado a ser un lujo que no podemos permitirnos. ¿No es esta la razón profunda en la que debe basarse un nuevo constitucionalismo global?*

Así es, exactamente. Debemos ser conscientes de la presencia en nuestro horizonte de catástrofes sin precedentes en la historia: la catástrofe ecológica si no se ponen límites a un desarrollo industrial insostenible; la catástrofe humanitaria, representada por millones de muertos cada año por hambre y por enfermedades no curadas, con las inevitables consecuencias que de ello se derivan; la catástrofe nuclear, por la cantidad de centrales nucleares y por las miles de bombas atómicas diseminadas por el mundo; la catástrofe económica, condenada a agravarse, entre otras cosas, por el desarrollo creciente de economías criminales y por el progresivo desgaste de los límites que separan la economía ilegal de la economía legal. Parece evidente que el único remedio a estas catástrofes —como siempre, pero hoy más que nunca— es la afirmación de la razón política y jurídica: esto es, el desarrollo de una esfera pública global a la altura de los problemas, de los desafíos y de los nuevos poderes globales. Esta y no otra es la perspectiva del constitucionalismo global: la construcción de un derecho cosmopolita, de tipo tendencialmente federal, capaz de disciplinar los nuevos poderes supranacionales como garantía de la paz y de los derechos humanos. En el fondo, este fue el proyecto de la ONU, incumplido por la falta de introducción de garantías y de instituciones de garantía de la paz y de los derechos internacionalmente estipulados, mediante efectivas normas de actuación. La idea de que todo esto es utópico o irrealizable hay que desecharla: lo que es poco realista es la ilusión de que la realidad puede seguir siendo como es sin desembocar en un futuro catastrófico. Es, pues, un nuevo cambio de paradigma lo que se impone al derecho y a la política por los desafíos de la globalización: una vez construido el Estado legislativo y después el Estado constitucional, le llega el turno a la ampliación del paradigma constitucional y garantista en el ordenamiento internacional.

Se trata ciertamente del cambio más difícil. No obstante, en relación con los otros cambios producidos en el pasado, este presenta dos relevantes ventajas. La primera, ya señalada, consiste en el hecho de que hoy

disponemos de las categorías teóricas y de las técnicas institucionales necesarias para realizar el cambio: ante todo, del paradigma teórico del constitucionalismo, que habrá que extender a nivel supranacional, y de esa embrional constitución del mundo representada por la Carta de la ONU y por tantas otras cartas supranacionales de derechos a las que habrá que dotar de las correspondientes instituciones de garantía con un recorrido inverso al que se hizo con el Estado nacional: no la constitución tras la legislación y la codificación, sino al contrario, una legislación de actuación de todas esas declaraciones y cartas de derechos.

En esta perspectiva viene bien al caso la distinción y la separación que he propuesto más arriba entre *funciones e instituciones de gobierno* y *funciones e instituciones de garantía*. Lo que necesita el constitucionalismo garantista a escala global, no son las funciones y las instituciones de gobierno, que al estar legitimadas por la representación política, podrían muy bien seguir funcionando en el plano estatal o local, sino las funciones e instituciones de garantía, legitimadas por su función de actuación y de tutela de los bienes y de los derechos fundamentales: las existentes, como la FAO y la OMS, que habría que reforzar dotándolas de los adecuados medios financieros, y tantas otras que habrá que construir en materia, por ejemplo, de medioambiente, paz, finanzas y criminalidad organizada.

La segunda ventaja consiste en el hecho de que la globalización y los procesos de integración planetaria en curso pueden representar hoy una *oportunidad*. Por primera vez en la historia es la humanidad entera la que está interesada en afrontar los peligros comunes representados por la amenaza de las catástrofes que antes mencionábamos. Más allá de las diferencias de lengua, religión, cultura, clase, nacionalidad, y hasta de las desigualdades entre ricos y pobres y entre opresores y oprimidos, el interés público ha asumido una dimensión a un tiempo global y vital, como interés de la humanidad entera, que todos compartimos, por la propia supervivencia. No tenemos, has dicho bien, otro planeta de repuesto. La Tierra, como dice el feliz eslogan ya recordado, es el único planeta que tenemos. Es, pues, posible que la conciencia del carácter irreversible y urgente de los peligros que nos incumben a todos, genere una nueva forma de solidaridad global y, a partir de aquí, una recuperación de la función de gobierno de la política y de garantía del derecho. Naturalmente esta no es una previsión: en el terreno de las previsiones es difícil no ser pesimistas. Es solo una posibilidad señalada por la razón: pero esta posibilidad basta para rechazar el realismo determinista e irresponsable de quien confunde lo que es improbable, a causa de la miopía o de la incapacidad de la política, con lo que es imposible en el plano teórico.

*Has señalado el enorme problema del decrecimiento: otro tema apenas tocado en el debate italiano —«Seremos más pobres pero más solidarios»,*

*Grillo dixit— pero que está en discusión desde hace tiempo por Serge La touche y por los exponentes del Mauss, el Movimiento antiutilitarista en las ciencias sociales. Decrecimiento, como estos dicen, no significa aceptar el retorno al Medievo ni hacer nuestras las formas franciscanas propuestas por el papa: significa dejar de perseguir el crecimiento a cualquier precio, pues, aunque calificado ritualmente como sostenible, en realidad pone en grave riesgo el futuro del planeta. El gran problema de nuestro tiempo es que la cuestión ecológica podría haber alcanzado ya un punto de no retorno. También sobre esto te pido solo una opinión jurídica. ¿Qué podemos hacer, nosotros los juristas, para contener la degradación del planeta?*

Podemos y debemos mostrar cómo en el actual estado de naturaleza tecnológica y nuclear, capaz de destruir la Tierra, no existe otra alternativa racional que el constitucionalismo global del que he hablado: disciplinar los nuevos poderes salvajes, sean políticos, económicos, financieros o militares, mucho más poderosos y destructivos que los del estado de naturaleza de Hobbes. El presupuesto de este retorno de la razón es que se adquiera la conciencia de que existen límites naturales al desarrollo; que el desarrollo, más allá de una cierta medida, es insostenible en el plano ecológico; que el actual y desregulado crecimiento equivale a una especie de metástasis que está afectando a nuestro planeta y que, si no se detiene, provocará su inhabitabilidad; que un mundo saturado de centrales, armas y artefactos nucleares está siempre expuesto al peligro de una explosión. Poner límites al desarrollo sostenible es algo que reivindica la comunidad científica desde hace medio siglo, aunque en vano, dada la subordinación de la política a la economía. Solo una movilización desde abajo puede poner seriamente en el orden del día la tutela y la conservación del planeta Tierra e imponer un cambio radical de las actuales políticas económicas, industriales y militares.

Llevamos, sin embargo, como bien has señalado, un retraso enorme respecto a los problemas y podríamos no llegar a tiempo de evitar nada. Hay una aporía que aflige hoy a la democracia enfrentándola con la racionalidad: la política, en democracia, está anclada hoy en los restringidos espacios de los territorios nacionales y en el corto plazo de las convocatorias electorales ó, peor aún, de los sondeos: mientras que son el largo plazo y los espacios globales los que deben hoy asumirse como horizontes de una política capaz de hacer frente racionalmente a los desafíos globales. En el plano teórico y en el técnico nada impide el desarrollo de un constitucionalismo y de un garantismo globales de los derechos y de los bienes fundamentales, capaces de afrontar y prevenir, con una coordinación a su vez global, los peligros de catástrofes medioambientales y de otras emergencias planetarias, como la guerra atómica o la explosión de centrales nucleares. Sin embargo, a diferencia de los «nunca más» pronunciados en

el pasado contra los horrores de las viejas guerras, de los genocidios y de los totalitarismos, los «nunca más» a las catástrofes ecológicas o nucleares tal vez lleguen ahora cuando ya sea demasiado tarde.

*Por último, dado que aquí siempre acabamos dividiéndonos, el tema de la paz. Sea cual fuere el gobierno que tenga este país deberá decidir sobre la renovación de las misiones internacionales de paz y, tal vez, sobre nuevas intervenciones más o menos humanitarias: una de las cuestiones que ha envenenado la existencia y acelerado el fin de los pocos gobiernos de centro-izquierda de los últimos veinte años. Para mí, como para otros intérpretes de la Carta constitucional, el derecho a la paz es un principio constitucional que debe ponderarse con otros principios, como la limitación de la soberanía nacional exigida por las obligaciones internacionales del país: limitación invocada para justificar intervenciones humanitarias, al amparo del artículo 11, que inicia con el repudio a la guerra como solución de las controversias internacionales. Mi posición, como ves, es problemática; no niego, por ejemplo, que toda intervención militar en zonas de guerra produce habitualmente más daños que los que evita: sin pensar en los bombardeos de Serbia, a menudo los contingentes de la ONU suelen convertirse para las poblaciones afectadas en un enemigo más del que hay que protegerse. Tu posición, sin embargo, es mucho más neta: sostienes, para decirlo con nuestra jerga de teóricos del derecho, que el artículo 11 no es un mero principio, si no una verdadera regla, una prohibición pura y simple de la guerra.*

Sí, para mí la prohibición constitucional de la guerra, como ya dije, es una regla, si bien todavía no dotada de las adecuadas garantías secundarias o jurisdiccionales. «Italia repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los demás pueblos y como medio de solución de las controversias internacionales» afirma el artículo 11 de nuestra Constitución, la cual admite, en el artículo 52 —«la defensa de la patria es un deber sagrado del ciudadano»— solo las guerras de defensa. Se trata de una regla absolutamente limpia, tanto por lo que prohíbe como por lo que impone en derogación de la prohibición. Por lo demás, no hace sino reproducir la prohibición a la guerra, excepción hecha de la legítima defensa, establecida por los artículos 1 y 51 de la Carta de la ONU. Reproduce además el modelo del homicidio, prohibido por todos los códigos penales con la eximente de la legítima defensa. La única diferencia es que para la guerra falta, en nuestro derecho interno y en el internacional, la garantía jurisdiccional de la sanción. En nuestro ordenamiento, al no ser la jurisdicción constitucional accesible a un procurador general, como sucede en Brasil, sino solo en vía incidental, en las controversias sobre la legitimidad de las leyes suscitadas en el curso de otros juicios, falta la

posibilidad de una censura jurisdiccional de las participaciones italianas en guerras que no son de defensa. En cuanto al ordenamiento internacional lo cierto es que el estatuto del Tribunal Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, aunque no ratificado por la mayoría de las potencias, prevé en el artículo 5, d, el «crimen de agresión»; esta norma ha sido ahora congelada con el pretexto de que este crimen no está bien definido. Es decir, falta en todos los casos la garantía jurisdiccional de la prohibición de la guerra.

Esta falta debe ser, sin embargo, considerada, como ya he dicho a propósito de todas las violaciones constitucionales o internacionales consistentes en omisiones, como una laguna indebida que ha de ser denunciada y que no impide que cualquier guerra de agresión sea tratada como un crimen, tanto en el plano de nuestro derecho constitucional como en el del derecho internacional. La guerra es un crimen y la observación de su prohibición es un deber jurídico, igual que la retirada de todas las armas como garantía primaria del derecho a la vida. Solo si se toman en serio estas elementales garantías de la paz y de la vida —la prohibición de la guerra, el desarme de los Estados y el monopolio jurídico de la fuerza, ostentado por la ONU bajo la forma de aparatos de policía— la comunidad internacional saldrá de ese estado de naturaleza, sobre todo nuclear, y entrará en el estado civil. Tampoco esto es una utopía. Utopía es más bien pensar que un mundo poblado por decenas de miles de ingenios nucleares va a permanecer indefinidamente inmune de conflictos destructivos; que la locura belicista no volverá a manifestarse en alguno de los países que disponen de estas armas homicidas; que bandas criminales y terroristas no van a disponer, aunque nada más sea de una pequeña parte de ese mortífero arsenal.

*En fin, la pregunta del millón: ¿pueden todos estos problemas resolverse exclusivamente con instrumentos jurídicos? Tú mismo piensas que no, dado que la grabación de esta entrevista tuvo que ser interrumpida el 15 de diciembre [2012] para que participaras en la asamblea institucional de una asociación de economistas demócratas.*

Estos problemas solo pueden ser resueltos uniendo las competencias de los economistas con las de los juristas. Hay un analfabetismo económico por parte de los juristas, hablo especialmente de mí, en lo referente a las complejas cuestiones del capital financiero. Y hay un analfabetismo jurídico todavía más grave por parte de los economistas. Me ha sucedido hace poco tener que discutir con algunos economistas que quedaban estupefactos ante el hecho de que algunos extremistas de izquierda entendían que determinadas necesidades como la salud y la educación debían ser consideradas derechos fundamentales. He tenido que informarles

de que en Italia hay una Constitución que califica estas necesidades como derechos situándolos por encima de la política y de la economía. Palabras como igualdad, derechos fundamentales, dignidad de la persona, parecen totalmente ajenas al léxico de la ciencia económica. Se ha lamentado en ocasiones el imperialismo de la ciencia jurídica sobre la filosofía política o sobre la sociología y, otras veces, ha sido al revés. Hoy tenemos que reconocer que hay un imperialismo mucho más intolerante y agresivo: el de la ciencia económica que excluye, más o menos conscientemente, cualquier otro enfoque disciplinar e ignora, no solo las constituciones y sus principios, sino en general las reglas jurídicas que conforman las instituciones, incluido el mercado.

Muchos economistas, especialmente los tecnócratas liberales que se sientan en las instituciones europeas, en los bancos y en las multinacionales, piensan que el mercado es una especie de fenómeno natural, de hecho regido por la ley del más fuerte, al que el derecho debería adecuarse si no quiere ser arrojado a las tinieblas. Y sin embargo, el derecho sirve justamente para limitar las leyes de la jungla, para domesticar nuestros fieros instintos. Pero también nosotros, los juristas, deberíamos tener una preparación económica si queremos entender los complicados mecanismos de los mercados financieros globales y concebir las reglas, los límites, los controles y las instituciones internacionales de garantía, con el fin de disciplinarlas y de someterlas al respeto de los derechos y de los bienes fundamentales. Por eso, en estos días estamos dando vida a una asociación tendente a realizar un trabajo común entre juristas y economistas demócratas. Se llama Economía Democrática y es inútil que hagáis chistes con el nombre, el efecto *vintage* es deliberado... El objetivo de este grupo es traducir en políticas, y a continuación en reglas, esto es, en normas jurídicas, los límites y los vínculos que se requieren —de la tutela del trabajo y los bienes comunes a la regulación de los mercados financieros, del control de los paraísos fiscales a la transparencia de la composición de los capitales— contra los poderes del mercado y como garantía de los derechos de todos.

## ÍNDICE DE NOMBRES Y DE MATERIAS\*

- abogados: 29, 36  
Accattatis, Vincenzo: 42  
Ackermann, Bruce: 101  
agua: 95-99, 127  
aire: 96, 98  
Alemano, Gianni: 30s  
Alexy, Robert: 9  
América Latina: 35, 57s, 89ss  
Angiolini, Andrea: 11  
antinomias: 51, 62s, 102  
antipolítica: 112, 137  
aplazamiento causado por anticipación: 57s  
argumentación: 49, 77, 102  
Aristóteles: 117  
armas: 122, 134s, 149-152  
Atienza, Manuel: 10  
Austin, John: 43
- Beccaria, Cesare: 18, 26s, 100  
Bentham, Jeremy: 35s, 43, 53, 101  
Berlinguer, Luigi: 138  
Berlusconi, Silvio: 18, 35, 85, 112, 117, 125-130, 137, 143  
bienes comunes: 96-99  
bienes fundamentales: 96-99, 127  
bienes ilícitos: 34  
bienes patrimoniales: 96-99  
Blair, Tony: 31, 110  
Bobbio, Norberto: 9, 39, 41, 43, 52s, 78, 105ss, 127, 145
- Bonato, Daniela: 10s  
Bovero, Michelangelo: 114  
Brown, Gordon: 110
- cadena perpetua: 26  
cárcel(es): 25-29, 31  
Carrara, Francesco: 36  
caso Ilva: 70-74, 101  
Cassaleggio, Gianroberto: 117  
catástrofes: 133, 147-150  
Celano, Bruno: 101  
ciencia de la legislación: 22s, 39s  
ciudadanía: 132s  
Clinton, Bill: 31, 110  
*Código civil* de Napoleón: 59  
comprensión equitativa: 16, 73, 75, 77  
Condorcet, Jean-Antoine Caritat, marqués de: 16  
conflicto de intereses: 91, 111, 113, 116, 120s, 129s  
constitución(es): 17, 47, 49, 57, 61s, 74, 77, 100, 110, 112, 148  
constitucionalismo (*v. t.* garantismo): 13, 41s, 55-58, 66, 87, 90, 93, 101ss, 106, 108, 127, 134, 147, 149  
control de constitucionalidad de las leyes: 48, 63, 69, 75s, 90s  
Corso, Guido: 71  
criminalidad: 25, 30-33, 57, 148

\* El presente índice recoge solo los nombres y materias más relevantes.

- De Magistris, Luigi: 16  
 deber ser constitucional: 40, 42s, 52s, 61s, 106  
 deconstitucionalización: 112, 135s  
 Delors, Jacques: 110  
 demagogia: 15, 92, 114, 116s, 122, 138  
 democracia: 9, 19, 22, 31, 33, 39, 48, 52,  
   56, 60, 62, 66ss, 72, 83s, 88, 91s, 100,  
   102s, 105-122, 124-134, 143, 149  
 deontología judicial: 16, 18  
 derecha: 144s  
 derecho, crisis de la capacidad regulativa  
   del: 19s, 100  
 derecho al trabajo, como principio directivo: 68s, 79s  
 derecho de defensa: 36, 46s  
 derecho ilegítimo: 40, 43, 62, 106  
 derecho penal: 15, 20, 24, 26, 31s  
 derecho vigente: 43s, 50  
 derecho viviente: 50  
 derechos civiles: 14, 58s, 74, 106, 112,  
   118, 146  
 derechos de libertad: 14, 55-59, 61-68,  
   70, 87, 92, 106-109, 131, 145s  
 derechos fundamentales: 14, 36, 40s, 56-62,  
   69, 75ss, 87, 91-96, 101s, 107s, 112,  
   124, 126, 131, 146, 148, 151s  
 derechos patrimoniales: 41, 59s, 107  
 derechos políticos: 14, 65s, 107ss, 118s  
 derechos sociales: 33, 51, 55ss, 60, 62-67,  
   78s, 85, 87, 91s, 134, 136, 145s  
 derechos subjetivos: 14, 60, 68  
 desigualdad: 26, 32, 59, 113, 127, 135, 142  
 despotismo judicial: 15, 88  
 Di Donato, Francesco: 66, 99  
 Di Pietro, Antonio: 16  
 diálogo entre tribunales: 86s  
 directivas (*v. t.* principios directivos)  
 droga: 25  
 Dworkin, Ronald: 10  
 elecciones: 91, 121, 124ss  
 Elia, Leopoldo: 19  
 Elias, Norbert: 66  
 emergencia(s): 15s, 27, 45s, 149  
 equilibrio presupuestario: 48, 63, 144  
 esfera de lo decidible: 92, 94, 131  
 esfera de lo no decidible: 56, 92, 106  
 Estado: 56, 60, 65ss, 88s, 99ss, 109-112, 146s  
 Estado de derecho: 15, 21s, 59s, 85, 88,  
   100s, 109, 111, 136, 146  
 estado de naturaleza: 34, 100, 149ss  
 Europa: 142ss  
 expectativas: 14, 55s, 62, 68  
 fármacos esenciales: 87, 95-98, 127  
 Filangieri, Gaetano: 22, 36  
 fiscal: 35s, 90  
*Fiscal compact:* 144  
 fisco: 83, 128, 142ss, 152  
 fuentes: 38s, 48s, 69, 83, 85, 87, 96, 99s  
 funciones e instituciones de garantía: 23,  
   35, 48, 68, 71, 120, 123s, 148  
 fundamentalismo religioso: 93s  
 Galli, Carlo: 145  
 garantismo: 9s, 13ss, 21, 24, 31, 33, 35,  
   41, 45, 48-51, 55, 57s, 70, 79s, 85,  
   87, 90, 92s, 99s, 102, 107, 127, 129,  
   132, 136, 149  
 Gelmini, Maria Stella: 138s  
 Gentili, Aurelio: 71  
 Gerber, Karl: 61  
 globalización: 147s  
 Grillo, Beppe: 116s, 130, 149  
 Grossi, Paolo: 102  
 Guarino, Giuseppe: 144s  
 Guastini, Riccardo: 69s  
 guerra: 150s  
 Hart, Herbert: 49  
 Hayek, Friedrich von: 83  
 Hobbes, Thomas: 66, 99s, 133  
 Holmes, Stephen: 65  
 Ignazi, Piero: 10  
 igualdad: 35, 59, 67, 69, 87ss, 125, 142,  
   145s  
 ilegalismo italiano: 136s  
 independencia del judicial (*v. t.* separación  
   de poderes): 85s  
 información: 128s  
 Ingroia, Antonio: 16  
 inmigración (*v. t.* *ius migrandi*): 25, 132s  
 inmunidad: 55, 75  
 intereses públicos: 118, 137, 148  
 interpretación: 20, 47, 49s, 72  
 Ippolito, Dario: 15  
*ius migrandi* (*v. t.* inmigración): 82, 133  
 izquierda: 145

- Johnson, Lyndon B.: 85  
 Judt, Tony: 31  
 jueces: 20  
 jurisdicción: 14-17, 22, 29, 36, 38, 40, 48s, 87s, 123  
 justicialismo: 15
- Kant, Immanuel: 132  
 Kelsen, Hans: 38, 40, 43, 50-53, 61, 72, 75, 90, 103, 106s  
 Keynes, John M.: 55, 142  
 Kuhn, Thomas: 101
- lagunas estructurales: 38, 52, 58, 62s, 70, 78s, 85, 90, 108, 151  
 laicidad: 25, 92, 131  
 Lasch, Christopher: 146  
 Latouche, Serge: 149  
 legalidad: 20-23, 38, 100, 137s  
 legislación: 15, 23, 47s, 57, 61s, 76s, 87, 101  
 Letta, Enrico: 125  
*lex mercatoria*: 100  
 límites al desarrollo: 147, 149  
 Locke, John: 58, 82, 100, 133, 147  
 Lucchini, Luigi: 36  
 Luhmann, Niklas: 49
- magistrados: 16ss, 86  
 Magistratura Democrática: 41-44  
 Marchionne, Sergio: 85  
 Marciano, Elio: 98  
 Marshall, Thomas: 59  
 Marx, Karl: 40  
 marxismo: 40s  
 Mattei, Ugo: 97  
 Matteucci, Nicola: 10, 58  
 mercado: 14, 58ss, 87, 96-100, 106, 109-113, 118s, 127ss, 136s, 139, 142ss, 146  
 Michels, Roberto: 120  
 Mill, John Stuart: 132  
 ministerio público (*v. fiscal*)  
 Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, barón de: 16, 20, 36, 100, 123  
 Monti, Mario: 125  
 moral: 25, 93, 131  
 Morozov, Evgeniy: 94  
 Morsi, Mohamed: 92  
 Movimiento 5 Estrellas: 115, 117s, 126
- multiculturalismo: 131  
 Mussolini, Benito: 117
- Napoleón Bonaparte: 59  
 Napolitano, Giorgio: 125s  
 Negri, Toni: 97  
 neoconstitucionalismo: 10, 78, 87, 102  
 neopandectismo: 102
- Obama, Barack: 79  
 Occhetto, Achille: 129
- Pablo de Tarso: 93  
 Palombella, Gianluigi: 87  
 paro, el problema del: 79-82, 140s  
 partidos políticos: 91, 108, 112, 118-126  
 Perón, Juan Domingo: 90  
 Pino, Giorgio: 11, 73, 99  
 poder judicial: 38s, 47s, 92  
 poderes: 14, 40, 57-60, 109ss, 119ss, 137, 142  
 Polanyi, Karl: 64  
 política: 102s, 105, 109s, 112ss, 116, 137  
 políticas: 31, 33, 57, 80, 109s, 112s, 133s  
 ponderación de los principios: 10, 69, 71-77, 87, 102  
 populismo: 10, 15s, 27, 30s, 92, 112, 114, 117  
 positivismo jurídico: 14, 41, 43, 52, 60, 100  
 presidencialismo y parlamentarismo: 125s, 138  
 presidente de la República: 125s, 138  
*principia iuris et in iure*: 52  
*principia iuris tantum*: 52  
 principio de legalidad: 35s, 39, 77, 80, 87  
 principio de necesidad penal: 24ss  
 principio de ofensividad: 24ss, 132  
 principios directivos o directivas: 68s, 71, 74, 77ss  
 principios regulativos: 68s, 72, 74, 77  
 proceso inquisitorial: 17, 46  
 Prodi, Romano: 126  
 propiedad: 57, 59ss, 81, 96s, 128s, 137
- Reagan, Ronald: 31, 84, 110  
 realismo jurídico: 38, 50, 102  
 realismo político: 102s, 148  
 reforma constitucional: 19, 138s, 144s  
 reforma de la Universidad: 139s

- reforma penal: 18, 24-29, 131, 133  
 religión y derecho: 92ss  
 renta mínima de ciudadanía: 79, 81-85, 136, 146  
 Renzi, Matteo: 115  
 representación política: 85, 109, 113, 115ss, 120, 123, 148  
 Rodotà, Stefano: 95, 114, 125  
 Romano, Santi: 99  
 Roosevelt, Franklin Delano: 85  
 Ruiz Manero, Juan: 10  
*rule of law*: 56ss, 87  
 salud: 55, 71-75, 88s  
 Savigni, Friedrich Karl von: 59  
 Scalfaro, Oscar Luigi: 130  
 seguridad: 15, 30, 33, 37, 56  
 semántica del lenguaje legal: 22s, 39, 101  
 Sen, Amartya: 66  
 separación de las carreras de jueces y fiscales: 35ss  
 separación de poderes: 48ss, 70, 74, 85s, 119-123, 127  
 sindicatos: 140s  
 Smith, Adam: 96  
 soberanía popular: 108s  
 Strange, Susan: 142  
 Sunstein, Cass: 65  
 sustancialismo: 15  
 Tarello, Giovanni: 50  
 tecnologías informáticas: 95, 113s  
 teoría del derecho: 51s  
 Thatcher, Margaret: 31, 110  
 Tocqueville, Alexis de: 133  
 tortura: 37s, 79  
 trabajo: 76, 79-82, 135, 140s  
 Troper, Michel: 99, 144  
 Twain, Mark: 99  
 validez: 40, 43-49, 85, 105ss  
 Valpreda, Pietro: 45  
 vínculos presupuestarios: 63, 65, 78, 90  
 Vitoria, Francisco de: 82, 133  
 Zagrebelsky, Gustavo: 10, 70



