

CONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN

LUIS PRIETO SANCHÍS

I. EL SIGNIFICADO DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

Con frecuencia las palabras o expresiones del lenguaje moral o político presentan una fuerte dimensión emotiva que termina por difuminar e incluso oscurecer su función descriptiva. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se habla de la dictadura o de la democracia, cuando se invoca la libertad o se apela a la nación y, sin duda también, cuando aparecen en escena los derechos humanos o la Constitución; y, al menos en parte, esa carga emotiva explica que resulte verdaderamente difícil encontrar en el mundo contemporáneo un régimen político que carezca de un texto llamado Constitución más o menos poblado de unos derechos que, a su vez, se califican como humanos o fundamentales. Naturalmente, la propia heterogeneidad de todos esos sistemas políticos formalmente constitucionales nos permite comprender enseguida que bajo la prestigiosa rúbrica de la Constitución y de los derechos es posible cobijar cualquier sistema de dominación.

Sin embargo, no nos debemos dejar enredar por este uso emotivo o retórico. El constitucionalismo y los derechos presentan un significado histórico bastante preciso que bien puede resumirse en una idea, la limitación del poder. Frente al principio absolutista de que *quod principi placuit legis habet vigorem*, frente a la célebre definición de soberanía como poder absoluto y perpetuo de una república, que consiste en dar y casar la ley (Bodino)¹, en suma, frente a la idea de un poder absoluto y sin más límites que los que pudiese imponer la moral del príncipe, el constitucionalismo y los derechos significan limitación del poder, y limitación precisamente desde o a partir del individuo. No limitación al modo estamental o mediante un equilibrio de poderes, sino limitación externa desde un texto nor-

¹ La tan citada definición se encuentra en el Capítulo VIII del Libro I de *Los seis libros de la república* (1576), edición de P. Bravo, Aguilar, Madrid, 1973, p. 46.

mativo supremo que transforma en jurídicas las pretensiones contenidas en los derechos naturales.

Tras el constitucionalismo y los derechos humanos o fundamentales que en conjunto definen el modelo político de la revolución liberal late, en efecto, la filosofía de los derechos naturales y del contrato social. El hombre se considera dotado de ciertos derechos naturales y justamente para mejor protegerlos se constituye la sociedad política y las instituciones mediante un contrato social, es decir, mediante un acto de voluntad de individuos libres e iguales que, guiados por su propio interés en preservar los derechos, deciden dar vida a un depósito de fuerza común, el Estado, a quien se encomienda esa defensa. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos expresa con plena nitidez esta filosofía y la conexión entre sus tres elementos básicos; primero, “sostenemos por evidente” que el hombre es titular de ciertos derechos naturales, es decir, lo sostenemos como algo indiscutible y no sometido a negociación; segundo, que para mejor proteger esos derechos se constituye la sociedad política, que tienen así un carácter artificial y meramente instrumental; tercero, que por ello mismo las instituciones obtienen sus poderes del consentimiento de los propios individuos asociados, careciendo de una fuente de legitimidad propia o que trascienda a sus miembros.

Esta es a mi juicio la médula del constitucionalismo de los derechos: considerar el Estado, no como una realidad natural con derecho a existir, menos aún como algo transcendente y con fundamento divino o histórico, sino tan sólo como un artificio y como un instrumento. Como un artificio porque el Estado se presenta exclusivamente como el fruto de un acuerdo y, por tanto, de una voluntad; no es un designio divino, ni el resultado de una tradición que se hunda en la noche de la historia: las instituciones políticas tienen un principio (ideal) que es el consentimiento de los individuos. Pero el autor es dueño de su criatura y por eso el Estado tiene una justificación meramente instrumental; la fuerza que se deposita en sus manos con carácter de monopolio no ha de valer para todo y para cualquier cosa, sino que sólo resulta legítima cuando se pone al servicio de la finalidad perseguida por los consociados, esto es, la defensa de sus derechos. De manera que, si se puede usar esta terminología topográfica, los derechos están siempre por encima de la democracia, la justicia por encima de la política.

Ciertamente, desde finales del siglo XVIII se decantaron dos grandes tradiciones constitucionales. La primera y a la postre tal vez la más fecunda es la que se desarrolla en Estados Unidos, donde la Constitución se concibe como una rigurosa norma de garantía de carácter supremo y que por ello mismo es objeto de tutela por los jueces ordinarios, como cualquier otra norma; cabe decir que allí el poder constituyente cristaliza en un texto escrito que se erige en barrera infranqueable frente a todos los poderes constituidos, aunque ese texto escrito resulte ser bastante escueto en su contenido sustantivo y reconozca así un amplio margen de libertad política en favor de las sucesivas mayorías. No sucede exactamente igual en la revolución francesa, que ante todo quiere ver en la Constitución una norma directiva

fundamental, algo así como el programa político del pueblo en marcha, de un poder constituyente que, en puridad, nunca puede constituirse (porque entonces se limitaría y dejaría de ser constituyente) y que en consecuencia termina por depositar la soberanía en manos de un legislador sin límite jurídico alguno; de manera que, si bien la Constitución y la Declaración de derechos presentan un muy importante contenido sustantivo susceptible de constreñir severamente la libertad política de la mayoría, en cambio carece de cualquier garantía judicial efectiva. Fioravanti ha estudiado con acierto el origen de estas dos tradiciones constitucionales².

Constituciones sustantivas y garantizadas: este podría ser el lema del constitucionalismo de nuestros días. Constituciones sustantivas, en primer lugar, que recogen un ambicioso horizonte de filosofía moral y política formado por valores, principios, derechos y directrices que no sólo pretenden limitar el ejercicio del poder, sino incluso a veces también imponer obligaciones positivas. Lejos de lo que representó el constitucionalismo formal de corte kelseniano, cuyo alcance se circunscribía a regular la competencia y el procedimiento de elaboración de las normas (el quién manda y el cómo se manda), el constitucionalismo contemporáneo que se desarrolla en Europa a partir de la segunda gran guerra pretende incorporar un denso contenido material sustantivo con la pretensión de condicionar muy seriamente aquello que democráticamente puede decidirse por la mayoría. Y Constituciones garantizadas, en segundo término, porque ese contenido material y singularmente el amplio catálogo de derechos fundamentales goza de una plena tutela judicial, no ya a través del Tribunal Constitucional, sino, lo que es mucho más importante, a través de la acción cotidiana de la justicia ordinaria. En otras palabras, los viejos derechos naturales han dejado de ocupar un espacio en la esfera de la moralidad –tan respetable como jurídicamente inútil– para integrarse resueltamente en el Derecho positivo, y para hacerlo además en su cúspide, en la Constitución.

De esta manera, y aun cuando en la práctica los derechos sigan siendo mucho menos vigorosos que el siempre formidable poder de las instituciones, al menos cabe decir que en los sistemas constitucionales como los recién descritos los derechos fundamentales ostentan una fuerza normativa granítica. Son muchos los mecanismos que aún puede utilizar el poder para desactivar o dificultar el ejercicio de los derechos, desde la legislación de emergencia –que en puridad se ha instalado plenamente desde hace años como algo normal y no excepcional– a la utilización adormecedora de los medios de comunicación, pero insisto, en línea de principio, los derechos judicialmente garantizados representan un límite infranqueable frente al poder. A mi juicio, ese es el designio de todo constitucionalismo que lo sea de verdad, imponer normativamente la limitación del poder a partir de un vigoroso catálogo de derechos fundamentales judicialmente garantizados.

² M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, pp. 55 y ss.

II. CONSTITUCIONALISMO Y ORDEN INTERNACIONAL

El constitucionalismo de los derechos –allí donde existe o despliega una cierta eficacia– encarna un modelo de organización política incompatible con la idea de soberanía estatal que antes quedó apuntada: sencillamente no existe ningún “poder absoluto y perpetuo” porque todos los poderes, incluido el poder democrático de la mayoría, vienen sometidos a un texto normativo supremo que desempeña la función del viejo Derecho natural; el constitucionalismo es por eso funcionalmente iusnaturalista. O, si en honor a la tradición quiere aún mantenerse esa idea de soberanía, ésta ya no se encuentra en ningún poder real y efectivo, en ningún poder amenazante, sino en un poder ideal o ficticio como el representado por la Constitución. En un régimen cabalmente constitucional la soberanía o poder constituyente sólo puede atribuirse al pueblo, pero el pueblo –frente a lo que sostenían algunos ilustres iuspublicistas– no es un órgano del Estado realmente actuante; cabe decir que el suyo es un poder sólo en sentido metafórico. La proclamación de la soberanía popular equivale en cierta manera a la proclamación del fin de la propia idea de soberanía; allí donde la soberanía se atribuye al pueblo desaparece el soberano. Por tanto, lo importante de la soberanía popular no es tanto lo que afirma cuanto lo que niega, esto es, que el poder soberano no puede pertenecer o ser ejercido por nadie distinto al pueblo mismo.

Pero la soberanía, además de esa dimensión interna, ha tenido siempre una no menos importante dimensión externa: el Estado era soberano frente a sus súbditos, pero pretendía serlo también frente a otros Estados. Y durante siglos, en el marco de un muy primitivo Derecho internacional, eso significó que la fuerza y la guerra desempeñaron el papel del Derecho: si la voluntad del soberano en el orden interno tomaba cuerpo en las leyes y en la coacción que las sustentaba, en el orden internacional esa soberanía sólo podía plasmarse en un acuerdo entre iguales y, en último término, en la guerra. Hobbes lo expresó con claridad y realismo: los Estados se encuentran en una situación de *bellum omnium*³, de guerra perpetua; su forma de relación más civilizada es el pacto o convenio, pero a la postre la única garantía termina siendo la represalia y la guerra. Dicho en términos de teoría del Derecho, la sociedad internacional ha carecido tradicionalmente de esas normas secundarias que establecen órganos centralizados de producción jurídica (legisladores) y de aplicación del Derecho (jueces); el suyo ha sido un régimen de autotutela, como se supone que fue el régimen de los Derechos primitivos.

De manera que, como observa Ferrajoli⁴, el constitucionalismo, que tan fecundo se había mostrado para limitar e incluso para desbaratar la idea de soberanía interna, fue incapaz de proyectarse en la esfera de las relaciones internacionales:

³ Pues corresponde al soberano “el derecho de hacer la guerra y la paz con otras naciones”, T. Hobbes, *Leviatán* (1651), ed. de C. Moya y A. Escotado, Ed. Nacional, Madrid, 1979, p. 274.

⁴ L. Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Estado constitucional y Globalización*, M. Carbonell y R. Vázquez (comp.), Porrúa, UNAM, México, 2001, p. 315.

sociedad civil en el interior y estado de naturaleza en el exterior; Constitución y derechos limitadores del poder en el interior, y reino de la fuerza apenas enmascarada por normas en el exterior. Nada pues de un legislador universal habilitado para establecer reglas civilizadoras y de convivencia en las relaciones entre Estados, y nada tampoco de jueces internacionales investidos de poder para dirimir los conflictos con arreglo a una normativa superior. Hasta el punto de que en esa esfera internacional sólo el Estado podía erigirse en garante de los derechos, cuando menos de los derechos de sus súbditos.

Ciertamente, el panorama que acabamos de presentar está dibujado con trazos muy gruesos y no hace justicia a muchos y nobles esfuerzos por extender el imperio del Derecho y de los derechos más allá de las fronteras nacionales, por desplazar aquel *bellum omnium* en favor de la paz y de la cooperación. No procede aquí enumerar los éxitos y fracasos de tales esfuerzos porque, a los efectos que ahora interesan, lo dicho me parece básicamente acertado y suficiente: la existencia de un legislador supremo que limite el ejercicio del poder a través de una norma fundamental o Constitución, y la existencia de instancias judiciales de tutela es algo que puede predicarse (y siempre precariamente) del orden interno, no del internacional. Un Derecho cosmopolita y una justicia universal y efectiva siguen siendo una utopía.

Es en este contexto “desconstitucionalizado” donde aparece el fenómeno de la globalización o, por mejor decir, la plural y heterogénea fenomenología de la globalización; un neologismo que se desarrolla con extraordinaria fuerza y rapidez a partir de los años ochenta del pasado siglo y que, tal vez por esa misma razón, sirve para designar hechos y transformaciones bastante diferentes. Sin pretender introducir precisión o estipular un significado unívoco en un concepto tan altamente indeterminado, interesa aquí delimitar tres acepciones o ámbitos de relevancia; para preguntarse seguidamente si y en qué sentido la globalización se encamina hacia la consecución de un constitucionalismo mundial, es decir, de una efectiva limitación del poder a favor de los derechos de los individuos.

En primer lugar, cabe hablar de una globalización informativa o de la comunicación. No es necesario haber alcanzado la ancianidad para comprender el alcance y la profundidad de los cambios operados en un espacio de tiempo relativamente breve. El desarrollo de los medios de comunicación y especialmente la irrupción de Internet, que tiene una dimensión universal y que los Estados tampoco pueden controlar por completo, ha supuesto casi podría decirse que una voladura de las fronteras culturales: la opulencia y la pobreza, las libertades y la opresión, las creencias y religiones siguen dividiendo a la población del planeta, pero con la diferencia no menor de que hoy esas realidades se muestran a los ojos de todos y de alguna manera todos estamos concernidos y somos capaces además de entablar una comunicación con los “ajenos”, que en puridad van camino de dejar de serlo. En la medida en que esta globalización facilita el conocimiento y la comunicación

entre los individuos y sus diferentes culturas bien puede resultar un factor saludable y coadyuvar a la paz y a la universalización de los derechos.

Hay también una globalización económica que por su carácter infraestructural (por emplear una terminología añeja) es tal vez la más determinante de todas, aunque a mi juicio tenga poco de moderna, pues en un envoltorio más vistoso y a veces amable recuerda mucho al imperialismo (por seguir con la misma terminología). Grandes compañías transnacionales entreveradas frecuentemente con intereses públicos acumulan de hecho más poder que muchos de los Estados en que se instalan, son dueñas de enormes fuentes de riqueza y de tecnología, disponen de un caudal de puestos de trabajo o proporcionan bienes y servicios indispensables; todo lo cual puede resultar decisivo para las empobrecidas economías nacionales del llamado tercer mundo. De este modo, los Estados se ven impulsados a abdicar de su *imperium*, de su capacidad decisoria, para convertirse ellos mismos en sujetos del mercado; sujetos que compiten a la baja para ganar el favor de tales compañías o poderes transnacionales. Y esto, como bien observa Marcilla⁵ al margen de que resulte un caldo de cultivo para la corrupción, desde una perspectiva jurídica se traduce en la desregulación, en el repliegue de las garantías y controles ante la inexorables leyes del mercado: relajación o simple desaparición de las medidas de protección al trabajador, tolerancia hacia el empleo de mano de obra infantil, constitución de paraísos fiscales, desprotección del medio ambiente y sobreexplotación de los recursos naturales, etc. En suma, la *lex mercatoria* viene a ocupar grandes espacios de decisión en detrimento del Derecho público. No parece que entendida en este sentido la globalización camine en la misma dirección que el constitucionalismo y los derechos; más bien al contrario, este aspecto de la globalización reduce la fuerza de los derechos en beneficio del poder, aunque sea muchas veces un poder informal o privado.

Finalmente, existe también una globalización humana cuyo fenómeno más visible o llamativo son las imparable corrientes migratorias que desde el mundo empobrecido presionan sobre Occidente y que, en buena medida, son consecuencia de todo lo anterior. Poblaciones sumidas en la miseria por la rapiña de unas empresas que, respondiendo a la más primitiva lógica del capital, se desentienden de sus condiciones materiales de existencia, condiciones que, esta vez sí, quieren presentarse como responsabilidad de Estado; y sumidas en la miseria también por la corrupción de unos gobernantes que, puestos a privatizar, privatizan incluso la ayuda al desarrollo. Poblaciones carentes de derechos y de bienestar y que, sin embargo, merced precisamente a la globalización informativa, conocen mucho mejor que sus antepasados las lacerantes desigualdades internas e internacionales. Este es probablemente el rostro más dramático de la globalización, el que revela mayor desamparo ante la “ley del más fuerte”.

⁵ G. Marcilla, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *DOXA*, 28, 2006 (original en prensa que he consultado por gentileza de la autora).

Por eso, si la impronta ideológica del constitucionalismo de los derechos ha consistido siempre en limitar el poder, tanto el poder público como los poderes privados o informales, reduciendo al mínimo esa “ley del más fuerte”, cabe decir que la globalización o muchos de los fenómenos o manifestaciones asociados a esa globalización se encaminan en un sentido por completo antigarantista: mayor desamparo y menos derechos. El constitucionalismo, que fracasó en el orden internacional, que no supo o no pudo poner coto a la dimensión externa de la soberanía, sigue siendo hoy una herramienta demasiado frágil para domeñar el mundo sin reglas que propicia la globalización.

III. LOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO

¿Podemos pensar en un constitucionalismo global?, la filosofía de los derechos y de las garantías frente al poder ¿mantiene alguna posibilidad de éxito frente a la globalización? Porque, como viene a decir Javier de Lucas, hasta aquí se ha globalizado el mercado, pero ahora corresponde globalizar los derechos⁶. El desafío que encierran esas preguntas y esta invitación admite en mi opinión una respuesta en el orden internacional, pero otra también en el plano interno de los Estados nacionales.

Comenzando por la esfera internacional, la idea de un constitucionalismo global evoca sin duda la vieja utopía de un Derecho cosmopolita, de una paz perpetua bajo un gobierno mundial asentado en el respeto universal de los derechos humanos y en la cooperación entre los pueblos. Sería algo así como disolver la soberanía externa una vez que, como vimos, la soberanía interna ha desaparecido o ha quedado seriamente devaluada bajo el imperio del constitucionalismo. Utopía ilustrada que no sólo se antoja excesivamente lejana, sino que incluso parece alejarse cada día un poco más a la vista del auge imparable de los nacionalismos y de las identidades culturales mejor o peor fundadas.

Pero, sin llegar tan lejos, tal vez lo que hoy falte en la comunidad internacional es ese “tercero ausente”, por usar la expresión de Bobbio⁷, que desempeñe funciones jurisdiccionales eficaces en la esfera mundial, o siquiera en las regionales. A fin y al cabo, antes indicábamos que en su origen el Derecho internacional venía a ser una especie de Derecho primitivo carente de normas secundarias que estableciesen órganos de producción y aplicación del Derecho; y todo parece indicar que en la evolución de los sistemas jurídicos primitivos irrumpieron antes los jueces que los legisladores, de manera que, a falta de un legislador universal, quizás fuera más

⁶ J. de Lucas, *Globalización e identidad*, Icaria, Barcelona, 2003, p. 35: “lo que se universaliza, lo que no tiene frontera, es el tráfico de mercancías, mejor, el flujo de capital financiero. Los derechos humanos, lamentablemente, sí que tienen fronteras”.

⁷ “El tercero ausente” es un pesimista discurso de Bobbio sobre la necesidad de establecer en la esfera internacional ese “tercero” que en el orden interno está llamado a dirimir los conflictos entre las partes, necesidad que él veía imposible de satisfacer. El discurso da título a un volumen de 1989, con edición castellana en Cátedra, Madrid, 1997, pp. 288 y ss.

realista comenzar pensando en órganos jurisdiccionales capaces, eso sí, de operar al modo de las jurisdicciones internas. Bastaría con que garantizaran la vigencia de la Declaración Universal de derechos humanos y con que sancionasen el uso de la fuerza para que pudiera hablarse de un avance gigantesco. Tanto mejor si además pudieran imponer algún orden en esa economía globalizada y sin reglas.

Y ciertamente, aunque de forma titubeante y precaria, algunos pasos ya se han dado. No me refiero ahora a experiencias regionales con una cierta trayectoria, como es el caso europeo, sino a un proceso más reciente que me parece digno de atención: la internacionalización del Derecho penal. El proceso es interesante por varios motivos. En primer lugar, porque tradicionalmente en el Derecho penal se han atrincherado las prerrogativas de la soberanía y de ahí que haya regido –con escasas excepciones– el principio de territorialidad; el *ius puniendi* se ha concebido siempre como un derecho del soberano, acaso como el signo fundamental de la soberanía. En segundo término, porque existe también una globalización criminal o una dimensión global de la criminalidad donde las solas respuestas internas parecen insuficientes: delitos transfronterizos, medios de comisión de alcance supranacional (Internet, por ejemplo), terrorismo internacional, etc. Finalmente, y no menos importante, porque parece haberse asumido en la sensibilidad social que existen crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto y cuya persecución no puede quedar detenida por las fronteras nacionales. El desarrollo del principio de justicia universal que permite castigar delitos perpetrados en otros Estados y contra víctimas no nacionales, la constitución de tribunales penales *ad hoc* (Yugoslavia, Ruanda) o la nueva Corte Penal Internacional son algunos ejemplos de esta empresa que, no por casualidad, cuenta con escasa simpatía o con la abierta oposición de la metrópoli imperial.

Sin embargo, los desafíos que presenta la globalización no sólo tienen una dimensión externa, sino que se proyectan también en la esfera interna, y probablemente es en esta última donde las respuestas y las herramientas jurídicas pueden mostrarse más eficaces. De entrada, como ha señalado Pisarello⁸, los efectos negativos de la globalización invitan a una cierta rehabilitación del Estado como espacio público y de decisión frente a la opacidad de los poderes transnacionales. No se trata, como es obvio, de iniciar un viaje de regreso al Estado absoluto, ni de constituir un poder formidable que anule los derechos, sino de recobrar para la decisión pública competencias de regulación y control de las que se ha venido abdicando en nombre de la globalización. Ya señalamos antes que una de las consecuencias de ésta era la desregulación, la retirada de las normas imperativas a favor de la ley de mercado. Rehabilitar el Estado implica, por tanto, establecer barreras protectoras y garantizar derechos frente a lo que Ferrajoli llamaría la salvaje ley del más fuerte⁹. En este sentido, no deja de resultar algo penoso comprobar

⁸ G. Pisarello, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en *Estado constitucional y Globalización*, citado, pp. 249 y ss.

⁹ L. Ferrajoli, “Garantismo e poteri selvaggi”, *Teoría Política*, 3, 1998, pp.11 y ss.

cómo algunos Estados se muestran fuertes y a veces tiránicos con sus ciudadanos, y sumamente liberales o débiles frente al exterior.

Por otra parte, esta rehabilitación del Estado –que es decir de la democracia, de la ley y de los derechos– puede plantear exigencias particulares allí donde la integración en estructuras supranacionales ha alcanzado alguna madurez, por lo demás saludable en muchos aspectos, como es el caso de Europa. La Unión Europea, en efecto, ha representado un vaciamiento de competencias estatales y la aparición de un Derecho propio, pero sin que todo ello haya corrido paralelo a la democratización de la adopción de decisiones y al control sobre las mismas; es llamativo en este aspecto la ausencia de un control de constitucionalidad, o la preponderancia que aún ejercen las instancias ejecutivas sobre las parlamentarias. De este modo, y por la vía del Derecho europeo, los Gobiernos que ocupan una posición hegemónica en esa estructura supranacional pueden hacer lo que seguramente no podrían hacer en la esfera de los ordenamientos internos sometidos a los principios de constitucionalidad y legalidad.

Pero, sobre todo, el principal desafío que plantea la globalización al constitucionalismo me parece que es el de la universalidad de los derechos. Se incluya o no bajo la rúbrica de la globalización, lo cierto es que multitudes empobrecidas llaman a la puerta de un Occidente relativamente opulento; y dentro de esa opulencia y como condición para participar en ella aparecen los derechos, también y quizás en primer lugar los derechos sociales que reconocen muchas de nuestras cartas constitucionales y que, con mayor o menor intensidad, se encuentran garantizados en el marco del Estado social. ¿Estamos dispuestos a compartir los derechos, en particular los derechos de naturaleza económica que suponen un reparto de bienes siempre escasos?

El constitucionalismo liberal siempre postuló la universalidad de los derechos; es más, muchos siguen pensando que un derecho sólo se hace acreedor al calificativo de humano o fundamental cuando es un derecho universal o universalizable, cuando puede ser adscrito al *homo iuridicus*, a toda persona con independencia de sus circunstancias históricas o materiales, en suma, cuando tutela bienes o intereses o satisface necesidades universales y compartidas por todo el género humano. De ahí que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y (que) tienen ciertos derechos que les son inherentes” (Declaración de Virginia, 1776); de ahí también que sea una “verdad simple e incontestable” que los derechos son naturales, inalienables y sagrados (Declaración francesa de 1789). En otras palabras, o un derecho es moralmente de todos y cada uno, y se postula jurídicamente como universal, o no es un derecho fundamental.

Ciertamente, el Estado liberal no siempre fue consecuente con este planteamiento de base. Por ejemplo, las Declaraciones de derechos de Norteamérica no representaron un obstáculo al mantenimiento de la esclavitud, ni la universalidad de los derechos impidió durante más de un siglo la restricción de los derechos políticos a los ciudadanos varones y activos o con fortuna. Todavía hoy en la

Constitución española se reconocen algunos derechos sólo a los españoles o sólo a los ciudadanos: los derechos políticos o de participación desde luego (art.23), pero también la igualdad jurídica (art.14), el derecho de residencia y circulación (art.19), el derecho al trabajo (art.35) o a la vivienda (art.47). La ciudadanía, que en su día supuso una construcción igualitaria y homogeneizadora frente al modelo pluralista y de privilegios del Antiguo Régimen, se muestra hoy como un elemento de exclusión y de renovados privilegios a favor de los nacionales. Entretanto no se rompe esa ecuación entre ciudadanía, nacionalidad y derechos, algún autor como Ferrajoli propone una audaz ampliación del viejo derecho de asilo, que ya no se justificaría solo por razones de persecución religiosa, política o étnica, sino también por motivos económicos¹⁰; esto es, casi todo lo contrario de lo que significa el camino emprendido en Europa.

Ironías que tiene la historia. Como bien ha estudiado Pérez Luño¹¹ y recuerda también Ferrajoli¹², cuando en el siglo XVI Francisco de Vitoria buscaba títulos de legitimación para la presencia de España en América, a la vez que sentaba las bases del Derecho Internacional Público, acuñó un derecho natural y universal, el *ius communicationis ac societatis*, entre cuyas especificaciones se encontraban el *ius peregrinandi*, el *ius commercii*, el *ius predicandi* o el *ius migrandi*. Naturalmente, Francisco de Vitoria pensaba en la emigración de los españoles a las Indias, no en la emigración de las poblaciones antes colonizadas hacia Europa. Pero en el fondo el sentido de esos viajes resulta bastante parecido, lograr la libertad y la prosperidad que se niega en la propia tierra; como es igualmente universal el derecho.

IV. CONSTITUCIÓN Y MULTICULTURALIDAD

El constitucionalismo liberal se construyó, como ya sabemos, sobre las bases de una óptica universalista que hacía abstracción de las diferencias estamentales o de fortuna, pero también de las diferencias culturales; el sujeto del Derecho moderno es el *homo iuridicus*, el ciudadano, una persona que se define precisamente por ser igual en derechos y deberes a los demás ciudadanos, con independencia de su religión o de sus creencias filosóficas. Es vedad que ese constitucionalismo difícilmente podía escapar de las tradiciones y del contexto cultural europeo u occidental y que inevitablemente reposaba en una cierta idea de la nación y de la identidad cultural; un fenómeno que se aprecia especialmente en Francia, donde imperceptiblemente se transita entre un concepto de “pueblo” compuesto de ciudadanos libres e iguales y el concepto de “nación”, teñido ya de componentes históricos y culturales. Por eso, aunque el nuevo modelo no logró cancelar del todo

¹⁰ L. Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global”, citado, p. 321.

¹¹ A. E. Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 121 y ss. Recuerda el autor que los “clásicos iusnaturalistas españoles”, al margen de sus no pocas diferencias, hallaron en el encuentro con América –esto es, en un fenómeno migratorio– el ingrediente básico de su reflexión teórica.

¹² L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 118.

el pluralismo ideológico y religioso –que ha estado presente, por ejemplo, en la secular tensión entre laicismo y confesionalismo– sí intento al menos cimentar un sustrato común que de alguna manera relegaba los particularismos culturales a la vida privada. En suma y al menos en línea de principio, existiría una especie de ética pública presuntamente monista y universal –aunque se alimentaba de los valores del liberalismo europeo– y una ética privada que acogería los particularismos culturales, ideológicos, religiosos, etc. Todavía hoy algunos están empeñados en este esfuerzo por delimitar una ética pública procedimental de las éticas privadas sustantivas.

Sin embargo, con la inmigración masiva –que es el rostro humano de la globalización– ha irrumpido también lo que aquí hemos denominado *multiculturalidad* (acaso un término dotado de mayor neutralidad que el más común de *multiculturalismo*), esto es, la llegada de identidades culturales ajenas a la tradición occidental y (sólo en algunas ocasiones) conflictivas con ella. De entrada, creo que este fenómeno ha tenido una primera virtud, que es mostrarnos que nuestras sociedades pluralistas no lo eran tanto como presumían, que el modelo liberal no era tan neutral como pretendía aparentar, e incluso que la xenofobia tampoco se hallaba tan desterrada de nuestras prácticas como hubiéramos deseado. Pues que los conflictos se produzcan representa la mejor prueba de que nuestra famosa ética pública se nutre de valores que no son sólo procedimentales, ni son del todo neutrales.

Cuando se habla de *multiculturalidad* es habitual dramatizar en exceso los motivos del conflicto y no creo que ello resulte ajustado a la realidad. El Estado constitucional, que reconoce la libertad religiosa y garantiza la igualdad jurídica o principio de no discriminación, está en perfectas condiciones para integrar en armonía amplios aspectos de las distintas identidades culturales. Lo que tampoco significa, claro está, que tales conflictos no se produzcan. En ocasiones, se trata de cuestiones más o menos pintorescas, como el famoso uso del turbante que impide a los *sijs* cumplir con la obligación de portar casco en las motocicletas o de exhibir el típico sombrero de la Policía Montada de Canadá, por poner dos ejemplos efectivamente acontecidos. Otras veces se trata de casos verdaderamente graves que difícilmente pueden pretender alguna comprensión o tolerancia, como las prácticas de mutilación genital femenina. Y otras, en fin, son el resultado de preceptos religiosos o de tradiciones culturales interpretadas de forma más o menos rigurosa: el uso del velo en las escuelas, la negativa de los padres a que sus hijas asistan a clase de gimnasia, la bigamia; en suma, prácticas que suponen la infracción de normas imperativas vigentes en nuestros sistemas jurídicos. ¿Cómo puede enfocar todo ello el Estado constitucional?

Ante el fenómeno de la multiculturalidad tal vez una de las respuestas más populares es la que se desprende de los planteamientos de Sartori¹³: el único in-

¹³ De G. Sartori puede verse *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.

migrante tolerable sería aquel que abandona en la frontera su propia identidad o, al menos, los aspectos conflictivos de la misma, mostrándose dispuesto a asumir una cultura que tal vez ni siquiera comprende plenamente. Frente a esta propuesta de “aculturación”, la alternativa opuesta podría ser la avalada por algún comunitarismo extremo, para quien las culturas no se pueden integrar, sino yuxtaponer, de manera que cada cual se regiría por su ley en virtud de un principio de “excepción cultural”. Así pues, o integración sin condiciones en la cultura dominante o respeto absoluto a cualesquiera identidades culturales.

Ninguna de estas posiciones extremas parece satisfactoria, ni compatible con el modelo liberal e igualitario que inspira el constitucionalismo. La primera porque en el fondo reposa en una concepción confesional del Estado, aunque se trate de un curioso confesionalismo laico. En el constitucionalismo no hay una “cosmovisión oficial” de la que todos hayamos de participar, ni el eventual conflicto de una creencia con alguna política o norma jurídica puede saldarse con una apriorística presunción a favor de estas últimas. Al contrario, toda creencia, toda práctica religiosa o cultural, cuenta a su favor con una presunción de legitimidad (*iuris tantum*, desde luego) como ejercicio que es de un derecho fundamental; al menos si nos tomamos en serio que la libertad de conciencia sólo puede limitarse por razones justificadas. Pero tampoco la segunda opción resulta una buena respuesta, pues si bien la coexistencia de distintas culturas parece legítima y hasta inevitable, sin tener que postular su mutua integración en una especie de sincretismo, no toda cultura (o no todos los aspectos de alguna cultura) se muestran compatibles con la vigencia igual y universal de los derechos; esto es, que alguna práctica forme parte de una identidad cultural, religiosa o étnica no puede considerarse como una razón definitiva o excluyente para hacer de ella una “excepción cultural”. La idea de ponderación o proporcionalidad, que preside la resolución de las tensiones entre los derechos y sus límites, es incompatible con ambas posiciones: ni siempre puede triunfar la ley y los valores mayoritarios que encarna, ni siempre será posible construir una excepción (o una objeción de conciencia) que atienda a las identidades disidentes.

A mi juicio, una respuesta constitucional al fenómeno de la multiculturalidad debe comenzar por una política de reconocimiento de las diferencias y de respeto a las plurales identidades culturales. Así lo propone también el liberalismo político de Rawls¹⁴: no cabe exigir a los ciudadanos –que a la vez son fieles de una religión, creyentes en alguna filosofía o participantes de alguna tradición– que abduquen de lo que son sus convicciones más profundas y que piensen acerca de las cuestiones políticas fundamentales como si partiesen de cero, poniendo entre paréntesis lo que en realidad consideran las premisas básicas de su pensamiento moral. Es más, no se trata sólo de que tal cosa no deba exigirse, sino que en la práctica resulta imposible hacerlo, pues, frente a lo que sugieren las concepciones “privatistas” de la religión o de las creencias morales, éstas no sólo se ocupan del

¹⁴ Vid. J. Rawls, *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996, p. 279.

cultivo de las virtudes privadas, sino que casi siempre ofrecen respuesta a lo que son los grandes problemas políticos o de convivencia colectiva; dicho más claramente, no cabe pedir (y además sería inútil hacerlo) a un católico o a un musulmán que a la hora de participar como ciudadano deje de pensar como piensa acerca de las cuestiones capitales que constituyen el objeto de la razón pública y de las leyes. Por lo demás, es aquí pertinente recordar lo que establece el artículo 27 del Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas (1966): “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Ahora bien, esa política de respeto y de reconocimiento tampoco carece de límites en el propio marco del modelo liberal; y esto es así porque, frente a lo que a veces se sugiere, dicho modelo no es estrictamente neutral, sus valores fundamentales son valores irremediamente sustantivos que forman parte de la propia decisión constitucional, esto es, son valores sustantivos que no sólo se permiten o toleran, sino que pretenden ostentar un carácter imperativo e innegociable. Sin necesidad de entrar en detalles, digamos que esos valores son dos, la autonomía y la dignidad, los dos grandes imperativos kantianos, y ambos pueden resultar conflictivos con el ejercicio práctico de algunas identidades culturales. Sacrificar entonces esas identidades, o las dimensiones de esas identidades que lesionan los valores sustantivos, equivale a negar el respeto a la diferencia. Que es, más o menos, lo que sostiene Garzón Valdés al decir que aquellas diferencias que incrementan la coacción o el engaño no deben ser conservadas¹⁵.

En este sentido, tal vez la respuesta más “liberal” que cabe formular en presencia de estos conflictos es la que en su día defendió Mill: “El único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo... Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano”¹⁶. En otras palabras, el Estado liberal no puede imponer un ideal de virtud, ni sancionar aquellas conductas que lesionan o limitan la libertad del propio sujeto: ni el paternalismo ni el perfeccionismo tendrían cabida en un modelo liberal; el presunto interés del propio sujeto a partir de consideraciones paternalistas o nuestras particulares ideas acerca de la verdad, de la virtud o de la

¹⁵ E. Garzón Valdés “El problema ético de las minorías étnicas”, en el volumen *Derecho, Ética, Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 519 y ss.

¹⁶ J.S. Mill, *Sobre la libertad* (1859), trad. de G. Sainz Pulido, Orbis, Barcelona, 1985, p. 32.

felicidad sencillamente no pueden justificar una interferencia en la esfera autónoma de la libre determinación individual.

Ciertamente, el criterio del daño a terceros deja abiertos algunos interrogantes; por ejemplo, el del papel del consentimiento y su virtualidad en la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales (el problema de la inalienabilidad), o el de la posición de los menores. Pero es que, sobre todo, resulta que la tesis más “liberal” formulada por Mill tampoco es una tesis por completo neutral, pues su premisa básica es el valor absoluto del individuo y de su autonomía o, como diría Kant, que nadie puede ser tomado como medio, sino sólo como fin en sí mismo. Ahora bien, parece claro que estos valores son propios de la cultura liberal, pero no de otras más “comunitaristas”, donde el individuo se concibe como un instrumento al servicio de un plan general, donde la identidad personal sólo se alcanza o se ve plenamente satisfecha mediante la integración comunitaria; y que, por consiguiente, mantener esta tesis equivale en último término a defender la superioridad de una cierta civilización sobre las demás; equivale a reconocer que, al menos en este punto, no hay respeto a la diferencia.

Así pues, el liberalismo es, como su nombre indica, muy liberal, pero sólo con quienes aceptan sus premisas fundamentales. Acaso su ventaja resida precisamente en que dichas premisas –al margen de que puedan parecer mejores– resultan más reducidas en número y en densidad que las de cualquier otra concepción de la comunidad política, pero incluso también esto (que cuantas menos exigencias tanto mejor) resulta ser un valor de la autonomía y del liberalismo. Si se quiere, puede seguir manteniéndose la superioridad de nuestra cultura, pero, al menos, sin añadir que nuestra cultura liberal se caracteriza porque en ellas tienen cabida todas las demás, porque resulta estrictamente neutral frente a todas las cosmovisiones; pues sencillamente tal cosa no es cierta. Lo que sí parece cierto es que en el marco del constitucionalismo de los derechos las únicas limitaciones a las prácticas fundadas en identidades culturales –o fundadas simplemente en la libre conciencia del sujeto– sólo pueden justificarse en la protección universal de los derechos fundamentales, y no, como a veces parece ocurrir, en otras cosmovisiones particulares, por muy laicas o neutrales que quieran presentarse.