

PRÓLOGO

LAS ENSEÑANZAS

DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EUROPEA

Y SUS PROTAGONISTAS INTELECTUALES

I. INTRODUCCIÓN

La historia moderna de las instituciones políticas puede reconstruirse a través de algunos procesos de constitucionalización emblemáticos. Desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (que la Constitución francesa vigente desde 1958 reconoce como parte del texto constitucional), la Constitución americana de 1776 y el *Bill of Rights* de 1791, hasta los documentos constitucionales de la posguerra, conocidos como las Constituciones “largas” que se difundieron en la mayoría de los países europeos, y las Constituciones democráticas de Portugal y España con las que inició la que sería llamada “la tercera ola de democratización”,¹ los momentos constituyentes han sido un punto de llegada de grandes transformaciones sociales y, a su vez, un punto de partida de procesos políticos inéditos. Son fronteras institucionales que “dividen” simbólicamente, pero también significativamente, al “presente” del “pasado”. Acompañando a su dimensión jurídica fundamental está su valor simbólico. Las Constituciones modernas han representado una especie de pro-

¹ Cfr. Huntington, S., *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1998. El tino de este autor al proponer esta fórmula es indiscutible aunque el resto de sus tesis (pasadas y futuras) están marcadas por el conservadurismo, la visión imperial y no pocos destellos de racismo cultural que nada tienen que ver con el ideal democrático tomado en serio. En este sentido, cfr. Huntington, S., “The Hispanic Challenge”, *Foreign Policy*, marzo-abril de 2004.

clama política colectiva: un “nunca más” al absolutismo, a la dependencia, a las atrocidades del nacionalsocialismo alemán y del fascismo italiano, a las dictaduras militares y así sucesivamente. También han sido una promesa hacia el futuro.

Los documentos constitucionales democráticos sintetizan la paulatina transformación política, ideológica e institucional que condujo a la limitación y distribución del poder político en las sociedades modernas. Son una especie de “momento culminante” en el azaroso proceso de la lucha por los derechos (de libertad, políticos y sociales) fundamentales. No nos parece aventurado sostener que ahí reside su valor cardinal: las Constituciones democráticas rescatan a los derechos del movedizo terreno de las convicciones para plasmarlos en la tierra firme de las normas. Son la expresión de un consenso basilar sobre cuestiones políticas fundamentales que, al menos idealmente, no serán nuevamente puestas a discusión. Por ello, más allá de los obstáculos que, con una insistencia en ocasiones desalentadora, la realidad ha opuesto y sigue oponiendo a la garantía efectiva de (algunos de) estos derechos, lo cierto es que las Constituciones democráticas son un puerto de llegada de las luchas intelectuales, sociales y políticas que han abrazado la bandera de la dignidad humana. Una vez adoptadas, las Constituciones son el instrumento de *todos* con el que *cada uno* puede iniciar su propia batalla pacífica para transformar la realidad.

Aunque parezca una obviedad conviene recordarlo: detrás de cada Constitución democrática reposa un proceso político particular. Las grandes transformaciones jurídicas sólo se explican cuando observamos la dimensión política que las impulsa y encauza. Y, sin embargo, si bien cada Constitución es producto de un momento histórico irrepetible, el resorte que las impulsa no es necesariamente original. La mayoría de los procesos constituyentes ha sido una respuesta esperanzadora ante momentos históricos marcados por la desesperanza. Por ello, a pesar de los años que separan la adopción de algunos documentos constitucionales, el contenido de los mismos refleja temas recurrentes.

PRÓLOGO

3

Ante la opresión de los autócratas siempre se ha alzado la voz de los demócratas y ante la concentración arbitraria de los poderes (políticos pero también, hoy más que nunca, económicos) ha surgido y resurgido la bandera que promueve la constitucionalización de los derechos fundamentales de todos los individuos. Pero también las tendencias autoritarias se repiten puntualmente. No es una cuestión de épocas: la libertad es un bien permanentemente amenazado. De aquí la pertinencia de seguir reflexionando sobre los problemas y retos que enfrenta el constitucionalismo democrático. Después de todo, la deliberación pública es el mejor antídoto contra la desmemoria colectiva.

El libro que ahora presentamos es un compendio de reflexiones teóricas alrededor de un evento constitucional que puede cambiar la historia (al menos) de millones de personas: el proceso constituyente europeo.² No exageramos al afirmar que se tratará de uno de los “parteaguas” más significativos en la historia de las instituciones políticas. Sólo es cuestión de mirar en perspectiva: seguramente los contemporáneos a la aprobación del *Bill of Rights* en la Inglaterra del siglo XVII o a la proclamación de la Declaración francesa y a la constitucionalización americana en el siglo XVIII no pudieron visualizar el significado histórico de lo que estaban viviendo. Nosotros que observamos desde afuera y los europeos que están inmersos en su proceso constituyente tenemos que recuperar esos referentes para imaginar la trascendencia que tendría la aprobación de una Constitución europea. Pero los problemas que amenazan al proyecto son múltiples y de muy diversa naturaleza: los cuatro autores de este libro dan cuenta de cada uno de ellos.

La perspectiva histórica también es útil para entender en toda su magnitud la complejidad del reto: se trata de acordar un docu-

² En junio de 2004, el Consejo Europeo (integrado por los jefes de Estado y de gobierno de los países miembros de la Unión Europea) aprobó un primer texto constitucional que deberá ser ratificado por los veinticinco países miembros. En algunos casos dicha ratificación deberá someterse a un referéndum popular; en otros se buscará únicamente la ratificación parlamentaria.

mento que daría la misma identidad jurídica a veinticinco países que tienen una historia, una cultura, una lengua e, incluso en muchos casos, una religión diferente. Häberle, Habermas, Ferrajoli y Vitale centran una parte de sus reflexiones en este embrollado aspecto. Y, como el lector podrá observar, a pesar de sus convicciones constitucionalistas, no siempre llegan a las mismas respuestas. Además, la Constitución europea surgirá en un contexto mundial en transformación permanente: de ser aprobada sería el primer documento constitucional que se origina (al menos en parte) por los procesos de globalización económica pero que también aspira a proyectar (no sin fuertes resistencias) la globalización de los derechos fundamentales. Las tensiones y aporías de esta situación también se reflejan en los trabajos que ahora presentamos. Por último conviene recordar que también (y quizás como nunca) detrás de la Constitución europea se encuentra un “nunca más”: el eco retardado de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial retumba en sus cimientos.

A continuación presentamos una breve semblanza de los autores que amablemente aceptaron prestarnos sus textos para reunirlos en esta obra, así como una apretada síntesis de su recorrido intelectual y de sus tesis principales.

II. PETER HÄBERLE: EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO PROYECTO COMÚN EUROPEO

Peter Häberle es un jurista bien conocido por los lectores de obras de derecho constitucional en América Latina y España. Se cuentan por decenas los trabajos de este autor que se han traducido al español. La influencia de Häberle en la renovación del discurso constitucional latinoamericano se ha dejado sentir con fuerza en los últimos años, sobre todo a partir de la aparición de su libro *El Estado constitucional*,³ que viene a ser una síntesis de varias décadas de estudio y reflexión sobre el tema.

³ Traducción de Héctor Fix-Fierro, estudio introductorio de Diego Valadés, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, 339 pp.

PRÓLOGO

5

Nacido en 1934, Häberle se ha dedicado durante años a sus cátedras en las universidades de Bayreuth (Alemania) y Saint Gallen (Suiza). Su tesis doctoral fue un profundo estudio sobre la conocida cláusula del artículo 19.2 de la Constitución alemana de 1949, que se refiere al “contenido esencial” de los derechos fundamentales.⁴ Las tesis contenidas en esa obra han influido en varias sentencias del Tribunal Constitucional español y de otras jurisdicciones constitucionales en Europa y América Latina.

Uno de los mayores atractivos de la obra de Häberle es su amplitud de miras y su potencia evocadora de ideas-síntesis o ideas-fuerza. Es común encontrar en sus trabajos el uso de fórmulas sintéticas que, sin hacer explícito su objeto, sugieren al lector algunas concepciones que describen al Estado constitucional, tanto al que ya tiene vigencia en algunos países como al modelo que debemos seguir los que todavía no lo alcanzamos. En este sentido, son muy conocidos los postulados häberlianossobre la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, el derecho comparado como “quinto método” de la interpretación constitucional, los votos particulares como “jurisprudencia constitucional alternativa”, la explicación de un “derecho constitucional común europeo” y el uso del “principio esperanza” de Marc Bloch en el campo del derecho constitucional, entre otros.⁵

Uno de los conceptos recurrentes en la concepción de Häberle sobre el Estado constitucional es el de “cultura”.⁶ Una teoría del Estado debe explicar, junto a los tradicionales elementos de pue-

⁴ Parcialmente traducida al español como *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, prólogo de César Landa, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

⁵ Uno de los estudios más amplios sobre la obra de Häberle es el extenso y documentado “Estudio introductorio. Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI” que redactó Diego Valadés como apertura del libro *El Estado constitucional*, cit., nota 3, pp. XXI-LXXXIV.

⁶ Aunque es una concepción que hace explícita en casi todos sus textos, quizás se encuentra mejor explicada en el libro *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000; véase, también, *El Estado constitucional*, cit., nota 3, pp. 229 y ss.

blo, poder y territorio, el impacto de la cultura, que es lo que permite entender el papel de la Constitución en el entramado estatal. Junto al concepto de cultura, destaca en la obra de Häberle el postulado del cosmopolitismo, heredado de la concepción kantiana de la “paz perpetua”. Cuando se unen los elementos de la cultura como principio integrador del Estado, por un lado, y la necesidad de construir un constitucionalismo animado por principios cosmopolitas, por el otro, la conclusión resulta evidente: la Constitución construida sobre ciertas premisas culturales puede y debe saltar las fronteras estatales y, en consecuencia, el modelo del Estado constitucional es un modelo *universalizable*. La premisa cultural a tener presente es el principio de la dignidad humana, nos dice Häberle en su artículo.

En el ensayo que se incluye en este libro, Häberle no se refiere exclusivamente al proceso constituyente europeo ni discute sus posibilidades. Sus premisas son más amplias. Por eso decidimos ponerlo al principio del volumen, ya que, de esta forma, el lector obtendrá un buen mirador para acercarse a una discusión compleja como lo es la referida a la creación de un texto constitucional para Europa. Según Häberle, desde hace años existe un Estado constitucional europeo que, aunque no se encuentra consagrado en un solo texto jurídico que podamos considerar una Constitución, se puede identificar por una serie de elementos compartidos por el conjunto de países de la Unión: los problemas relativos a la constitucionalización del pluralismo, el lugar de las minorías, el tratamiento de los fundamentalismos, la construcción federalista o descentralizadora, el lugar de la jurisdicción constitucional y su relación con los Parlamentos, el papel integrador de los derechos fundamentales, etcétera. Creemos que no es aventurado afirmar que Häberle no solamente estaría de acuerdo con Pizzorusso cuando identifica un común patrimonio constitucional europeo,⁷ sino que es uno de sus más importantes artífices.

⁷ Pizzorusso, Alessandro, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bolonia, Il Mulino, 2002.

PRÓLOGO

7

Además de instituciones y problemas comunes, el derecho constitucional europeo se nutre de la aportación de lo que Häberle llama “el jurista europeo”. Menciona en su ensayo tres nombres: Mortati en Italia, Hauriou en Francia y Rubio Llorente en España. Seguramente podríamos agregar algunos otros. Uno de ellos sería sin duda el propio Häberle, quien con sus construcciones teóricas abiertas y llenas de metáforas ha abierto una brecha doctrinal capaz de atravesar las fronteras de Europa y de llegar a través del océano hasta la teoría constitucional latinoamericana. Tiene razón Diego Valadés cuando afirma que la prolífica obra del profesor de Bayreuth “se perfila como la construcción conceptual más sugerente al inicio del siglo”,⁸ lo que, podríamos agregar, aumenta de significado cuando entra en contacto con las posturas de otros pensadores como los que lo acompañan en este volumen. En conjunto, todos nuestros autores dan testimonio de la vitalidad constitucional y constituyente de Europa, del enorme potencial de su cultura y del destacado papel que deben jugar los intelectuales en procesos de tan largo alcance.

III. JÜRGEN HABERMAS: LA RACIONALIDAD COMUNICATIVA COMO RAZÓN CONSTITUYENTE

Jürgen Habermas es uno de los grandes protagonistas de la filosofía social de la segunda mitad del siglo XX. Nacido en Düsseldorf en 1929, ha sido el gran renovador de la Escuela de Francfort, antes encabezada por Theodor Adorno y Mark Horkheimer.⁹ Hasta hace pocos años sus obras se habían centrado en el campo de la sociología, pero a partir de los años noventa adopta un “giro jurídico” que lo lleva a enfrentar los grandes te-

⁸ Valadés, Diego, “Estudio introductorio”, *op. cit.*, nota 5, p. LXXVI.

⁹ Sobre la influencia y la postura de Habermas en torno a la Escuela de Francfort véase Velasco, Juan Carlos, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, pp. 19 y ss.

mas del Estado constitucional y democrático de derecho.¹⁰ Sus estudios jurídicos culminan con la que quizá sea la obra de teoría jurídica más importante del último cuarto de siglo: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*.¹¹

Habermas tiene una cualidad que no es frecuente en los teóricos sociales de altos vuelos: sabe encontrar los temas de más actualidad y proponer respuestas no solamente para los especialistas, sino también para el resto de los ciudadanos. Eso lo ha llevado a tener una permanente presencia en muchos de los debates contemporáneos y en los medios de comunicación. Como con acierto ha señalado Fernando Vallespín, Habermas se ha llegado a convertir en una verdadera “conciencia moral” de nuestra sociedad.¹² Y esto lo ha logrado, curiosamente, sin renunciar en ningún momento a las coordenadas ideológicas que se encontraban ya presentes en la matriz de la Escuela de Francfort y a las que Habermas ha permanecido vinculado. Esto es evidente si observamos su propia construcción teórica. De hecho, se ha escrito que *Facticidad y validez* supone un intento de reconciliación de la izquierda crítica con el constitucionalismo y con el Estado de derecho.¹³

¹⁰ La ubicación del “giro jurídico” habermasiano dentro de su proyecto de construcción y refundación de la teoría social ha sido muy bien explicada por Velasco, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 77 y ss.

¹¹ Trad. al castellano por Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998. Quizá solamente el impresionante libro de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés et al., Madrid, Trotta, 1998, tenga unos alcances parecidos a los del libro de Habermas.

¹² “Habermas en doce mil palabras”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 114, julio-agosto de 2001, p. 53. Como escribe Velasco, “la enorme y continuada productividad de Habermas, la variedad de sus intereses filosóficos y la intensidad de su compromiso ciudadano le han ido convirtiendo en un intelectual imprescindible en la vida pública alemana, hasta el punto de que sus opiniones sobre asuntos de interés general levantan una enorme expectación”. *Para leer a Habermas*, cit., nota 9, p. 11.

¹³ Pisarello, Gerardo, “Las afinidades constitucionales de Habermas”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 39, noviembre de 2000, p. 56. Vallespín

PRÓLOGO

9

El tema de la construcción de un constitucionalismo europeo (y, más en general, la posibilidad de caminar hacia un constitucionalismo de signo “posnacional”) ha ocupado su atención desde hace años.¹⁴

El ensayo que se incluye en este libro, en la espléndida traducción al español de Bernardo Bolaños, defiende la necesidad de que la Unión Europea se dote de un texto constitucional propio, de alcances evidentemente supranacionales. Sin embargo, según Habermas, para ello hace falta construir una esfera pública integrada de ámbito europeo. Es decir, es necesario “alcanzar un contexto de comunicación pública que trascienda las fronteras de las hasta ahora limitadas esferas públicas nacionales”.¹⁵ La construcción de dicha esfera pública requiere la presencia de una serie de intereses agregativos que la doten de sentido y de contenido: necesita una red de organizaciones no gubernamentales de alcance europeo, al igual que medios de comunicación y partidos políticos de carácter supranacional. Además, para contar con una atmósfera apropiada, debe construirse una cultura política también compartida por los integrantes de la Unión Europea. Según Habermas, el hecho de que dentro de la Unión se hablen una multitud de lenguas, muchas de las cuales han sido reconocidas oficialmente, no constituye un obstáculo para lograrlo. Para nuestro autor ese hecho debe ser reforzado con el mantenimiento de un multilingüismo oficial en las instituciones de la Unión, mismo que podría ser reforzado en la práctica con la adopción

apunta que “Habermas es un autor inquieto que no ha dejado de estar presente en el espacio público como intelectual *engagé*”. “Habermas en doce mil palabras”, *op. cit.*, nota anterior, p. 59. Véase, también, para una visión del Habermas más militante, su obra *La necesidad de revisión de la izquierda*, 2a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1996.

¹⁴ Así, por ejemplo, en su ensayo “¿Necesita Europa una Constitución? Observaciones a Dieter Grimm”, *Debates*, Valencia, núm. 55, 1996, reproducido en Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.

¹⁵ *La inclusión del otro...*, *cit.*, nota anterior, p. 142.

del inglés como lengua de trabajo, lo cual ya sucede en buena medida.¹⁶

La tarea señalada por Habermas (la construcción de esa esfera pública, propiciada pero también permanentemente alimentada por una cultura política común) parece ser un poco más compleja de lo que se alcanza a advertir en sus propios textos. Tal vez por ello se ha dicho que Habermas, al menos en el campo jurídico, hace una lectura demasiado benigna de una realidad que contiene una serie de patologías y antagonismos que no siempre se hacen explícitos.¹⁷ Obviamente, se puede estar de acuerdo en que el derecho, entendido como fijación en el tiempo de las condiciones de realización de discursos racionales y de los productos de esos discursos, tiene una enorme capacidad para actuar como un factor de integración, tanto en el plano individual (por lo que los inmigrantes deberían contar con los mismos derechos que los nacionales del Estado receptor), como en el plano nacional (cuyo resultado más evidente es la propia Unión Europea). Pero también es verdad que dicha integración no está a salvo de enemigos nada menores: la xenofobia, los partidos antidemocráticos, las altas tasas de desempleo, las amenazas ecológicas, la depredación del Estado social, etcétera.

Probablemente todo esto no constituye un obstáculo para la construcción europea, pero plantea una serie de condicionantes y de tensiones que debe tomar en cuenta cualquier teoría social

¹⁶ Términos muy parecidos a los de nuestro autor fueron utilizados por el Tribunal Constitucional al resolver los recursos presentados contra el Tratado de Maastricht. En su sentencia del 12 de octubre de 1993 el Tribunal afirmó que “para que la democracia no sea una mera imputación formal es necesario que exista una opinión pública en la que se debatan los fines de la acción política y que los electores puedan discutir con los titulares del poder en su propia lengua. La creación de ese espacio público requiere una acción decidida de los partidos y de los medios de comunicación”. Citado por Rubio Llorente, Francisco, “El futuro político de Europa. El déficit democrático de la Unión Europea”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999, p. 30, nota 11.

¹⁷ Pisarello, Gerardo, “Las afinidades constitucionales de Habermas”, *op. cit.*, nota 13, p. 52.

que no quiera ser pura entelequia. Como lo demuestran varios de sus escritos recientes, Habermas se da cuenta de ello, pero lo hace de lado para asumir una posición más optimista que presupone que están dadas las premisas necesarias para caminar hacia una Constitución europea. Esta suposición es justamente la que le cuestiona la jueza constitucional Dominique Schnapper cuando afirma que las condiciones propuestas por Habermas son válidas y aceptables, pero no están dadas: hay que construirlas.

Es oportuno señalar que Habermas aporta un ejemplo del más alto nivel sobre las posibilidades que tienen los científicos sociales para hacer una intervención práctica en el debate contemporáneo. La obra reciente de Habermas es el mejor argumento para refutar a quienes sostienen que los juristas no deben intentar “influir” en algunos sectores del acontecer de sus sociedades, porque si lo hacen se convierten, por ese simple hecho, en políticos. Por el contrario, autores como el que nos ocupa tienen una influencia muy directa no solamente sobre la “alta política” (aquella de alcances supranacionales), sino también en las tareas menos visibles, pero no por ello menos importantes, de los juristas dogmáticos. De hecho, por mencionar solamente un ejemplo, hay aportaciones de Habermas que han sido utilizadas para descifrar las claves del debate sobre la arbitrariedad de los poderes públicos en el campo del derecho administrativo.¹⁸

Por último, conviene advertir que los textos de Habermas no son de fácil lectura. Sus ensayos son siempre muy exigentes con sus lectores; a veces se echa en falta en ellos un poco más de ligereza, una mayor claridad en algunos pasajes.¹⁹ Habermas, que

¹⁸ Véase, sobre esto, el capítulo VII, titulado “El conflicto actual de los paradigmas del Estado liberal y del Estado social de derecho (a propósito del libro de J. Habermas, *Facticidad y validez*)”, del libro de Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*, 3a. ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1999.

¹⁹ Véanse las observaciones, en el mismo sentido, de Torres Muro, Ignacio, “Habermas jurista. Una lectura de *Facticidad y validez*”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Ma-

tiene una cultura enciclopédica, suele dar por hecho el uso de muchos términos y el significado de conceptos que a veces no son de manejo común fuera del círculo de los especialistas. La abstracción que suele acompañar a sus textos puede parecer un obstáculo a la comprensión inmediata, pero supone al final una excelente puerta de sugerencias y un compendio de vías por explorar. Por fortuna el ensayo contenido en este libro es, dentro de las posibilidades que ofrece la obra habermasiana, sumamente accesible. El lector encontrará, en un lenguaje claro y directo, una síntesis de las tesis de Habermas ante el reto que supone la posible aprobación de la Constitución europea. Le extendemos una invitación para que se adentre en la obra de uno de los más relevantes intelectuales de la actualidad a nivel mundial.

IV. LUIGI FERRAJOLI: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONDICIÓN DE LA ESFERA PÚBLICA

Luigi Ferrajoli ha sido el protagonista de una de las más importantes renovaciones del discurso teórico en materia jurídica de los últimos años. Aunque su aportación más conocida hasta ahora ha estado centrada en la teoría del garantismo penal,²⁰ desde hace más de dos lustros ha estado escribiendo sin cesar sobre los dere-

drid, UCM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. I, pp. 542 y 543. Velasco escribe con razón que “en ocasiones, el discurso habermasiano avanza de manera tortuosa y fatigante... requiere de un notable esfuerzo y dedicación por parte del lector que se aproxima a su producción teórica. Sin apenas piedad con el público, presupone conocimientos casi enciclopédicos”, *Para leer a Habermas*, cit., nota 9, pp. 11 y 12.

²⁰ Nos referimos a su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 10. Una explicación sumaria de sus postulados principales puede verse en Gascón, Marina, “Garantismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 273 y ss. Un análisis muy completo de los postulados del autor de *Derecho y razón* pueden verse en Gianformaggio, Letizia (coord.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giappichelli, 1993 (hay que recordar que la primera edición italiana de *Derecho y razón* es de 1989).

PRÓLOGO

13

chos fundamentales y el paradigma del Estado constitucional.²¹ Miembro del importante movimiento asociativo de jueces italianos *Magistratura democratica* en los años setenta y luego profesor en Camerino y en Roma, Ferrajoli une a su rigor filosófico y metodológico una fuerte convicción cívica que lo ha llevado, como Habermas, a frecuentes intervenciones públicas en defensa de la democracia italiana y en contra de diversos fenómenos de corrupción que han marcado la escena europea en los últimos años.²² Recientemente dejó testimonio a través de artículos y ensayos publicados en la prensa italiana y en revistas extranjeras de su radical oposición a la guerra de Irak, como lo había echo antes con la intervención de la OTAN en la ex Yugoslavia.²³

En el ensayo que se incluye en este libro, Ferrajoli parece sostener una postura parcialmente contraria a la de Habermas; en primer lugar pone de manifiesto la necesidad de que Europa transite de una integración monetaria y económica a una integración marcada por los derechos fundamentales y el paradigma del Estado constitucional. Además defiende la idea de que la construcción de una esfera pública compartida (que define en forma distinta a la clásica concepción de Habermas)²⁴ no es un objetivo

²¹ Parte de sus aportaciones más importantes se encuentran en *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999 y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001. Algunas aportaciones recientes pueden verse en sus ensayos: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29 y “La guerra y el futuro del derecho internacional”, en Bimbi, Linda (ed.), *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 213-224.

²² Véase, por ejemplo, su ensayo “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, IFE-ITAM-Siglo XXI, 2003, pp. 143-160.

²³ Véase Ferrajoli, Luigi, “Una derrota del derecho, la moral y la política”, *Jueces para la democracia*, núm. 36, noviembre de 1999, pp. 93-98.

²⁴ La explicación del concepto de esfera pública en Habermas se encuentra en su obra *Teoría de la acción comunicativa*, 2 ts., Madrid, Taurus. El surgimiento histórico de dicha esfera había sido ya expuesto por Habermas mucho

que se pueda alcanzar antes de la expedición de una Constitución europea, sino que más bien será su resultado. Para Ferrajoli la función de un texto constitucional es precisamente integrar a sociedades que históricamente han tenido pocos elementos en común. Es decir, la integración se dará cuando todos los habitantes de Europa compartan en términos de igualdad el mismo orden jurídico fundamental. Ferrajoli ya había expuesto el mismo punto de vista en trabajos anteriores. Según nuestro autor, la homogeneidad social que hoy se puede observar en muchos de los Estados europeos no fue la condición para que surgiera en ellos un ordenamiento constitucional sino al revés; es decir, “el grado de homogeneidad social y de identificación colectiva que ha venido madurando en los mismos (países) ha sido, también, producto del sentido de igualdad generado por los derechos (fundamentales)”.²⁵ La clave parece estar, según Ferrajoli, en el sentido de igualdad compartido que se genera por el hecho de tener asegurados para todos los mismos derechos fundamentales.

En efecto, la noción de igualdad es capital para entender el sentido de los actuales textos constitucionales.²⁶ Frente a un contexto político y económico que parece ser una gran fábrica de construcción de desigualdades, es vital poder tener un mínimo común denominador que nos haga iguales en el goce de ciertos bienes básicos.²⁷ Esa es justamente la razón de ser de los derechos fundamentales, que se oponen tanto a la tiranía del mercado

antes de la obra citada, por ejemplo en su *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1982 (originalmente publicado en Alemania en 1962).

²⁵ *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, p. 338.

²⁶ Véase, sobre el tema, la aportación de otro autor indispensable: Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

²⁷ El concepto de “bien básico” como contenido de los derechos fundamentales ha sido explicado por Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 531; véanse, también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Nino, Carlos S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, pp. 21 y ss.

PRÓLOGO

15

como a la de la política, que no está sujeta a límites. Por eso Ferrajoli celebra como un logro importante la expedición de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre de 2000. De hecho, una de las críticas recurrentes que se le había hecho al proceso de construcción europea era precisamente la falta de proclamación en sus tratados constitucionales de los derechos fundamentales. Se decía, con razón, que la Unión había avanzado mucho en la regulación de lo que podría llamarse la “parte orgánica” de sus documentos constitucionales, pero que había dejado a un lado lo relativo a la “parte dogmática”.

Luego de leer las opiniones de Habermas y Ferrajoli, por momentos tan distantes, quizá el lector se pregunte: ¿están o no dadas las condiciones para que Europa se otorgue una Constitución? Sin restarle pertinencia, nos parece que esta pregunta podría oscurecer otras dos cuestiones que quizá sean aún más importantes. La primera es: ¿quién es el sujeto de la soberanía que puede actuar como poder constituyente en el caso europeo? (aunque la pregunta surge de Europa puede trasladarse también al contexto de América Latina); Habermas parece sostener una postura más pro-deliberativa, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de la posibilidad de fundar en términos discursivos y asamblearios el texto constitucional europeo. La segunda cuestión es: ¿para qué debe servir la expedición de un texto constitucional, cuál es su utilidad y cuáles sus posibles beneficios en el contexto de una Unión de Estados-nacionales? En este sentido, el texto de Ermanno Vitale contenido en este libro recoge las (al menos en apariencia) sensatas objeciones que ha planteado Dieter Grimm al proceso constituyente: para este autor lo que falta para lograr una Unión más democrática son mejores instituciones, no una ley fundamental. La pregunta está abierta y lo cierto es que si no se contestan estas preguntas (referidas al cómo y al para qué) es probable que los países de la Unión enfrenten muchos problemas para legitimar frente a la opinión pública un tex-

to constitucional compartido. Ferrajoli lo sabe y, como ya lo adelantamos, refuta a Grimm sosteniendo que las Constituciones no necesitan de la homogeneidad social, cultural y política: por el contrario, las Constituciones son más necesarias cuando esa homogeneidad es menor. Pero no resuelve del todo la cuestión de la legitimidad.

De hecho a Ferrajoli se le pueda hacer la misma crítica que a Habermas: se percibe un optimismo exagerado en sus planteamientos, una fe excesiva en las posibilidades del derecho como factor de igualdad entre los habitantes de los veinticinco países que a partir de enero de 2004 integran la Unión Europea. No sobra decir que esos países presentan graves asincronías políticas, económicas y culturales.²⁸ Sin embargo, si reparamos en los instrumentos que tenemos a nuestro alcance para intentar revertir esas asincronías, que existen también —aumentadas y ampliadas— en América Latina, nos daremos cuenta que, en efecto, el derecho parece ser la alternativa más racional posible para construir un futuro común basado no en la exclusión y la guerra, sino en la igualdad y la lógica de la dignidad humana. En otras palabras, podremos discutir el cómo y el para qué, pero sigue siendo diáfana la vía que debemos seguir: la que fija el paradigma del Estado constitucional como modelo de racionalización de las relaciones entre los poderes públicos y los particulares, y como sistema normativo que busca regular el potencial despotismo de la política y del mercado cuando no existen límites y vínculos que los regulen. Quizá vale la pena recordar que, como bien nos ha enseñado Ferrajoli, las Constituciones, y particularmente los derechos fundamentales, no son otra cosa que “el derecho del más débil” ante el arbitrio discrecional de los poderosos.

²⁸ La falta de realismo es una de las críticas que se le hace con frecuencia a Ferrajoli; por ejemplo por Danilo Zolo, Mario Jori y Anna Pintore en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, pp. 99, 132 y 246, entre otras. El autor, sin embargo, responde de forma contundente y, creemos, convincente a estas críticas, en la p. 337.

V. ERMANNO VITALE: POR UN COSMOPOLITISMO DE LOS DERECHOS

Ermanno Vitale es un representante de la última generación de la llamada Escuela de Turín que se ha venido edificando a la sombra de las enseñanzas políticas de Norberto Bobbio. Alumno de Michelangelo Bovero, Vitale es uno de los prometedores filósofos políticos italianos que ha continuado las reflexiones bobbianas sobre la paz, la democracia y los derechos fundamentales. El pensamiento de Vitale está marcado por un liberalismo ilustrado (o, como él mismo suele decir, *illuminista*) que encuentra en los individuos y en sus derechos fundamentales el eje central de la justificación y del objetivo legítimo de cualquier organización política. Sus reflexiones parten desde la filosofía política, pero la mayoría de las veces suelen ocuparse de problemas concretos y de gran actualidad. Si hay un rasgo que caracteriza la obra de Vitale es el análisis crítico y comprometido de problemas del presente pero desde la perspectiva del pensamiento de los autores clásicos y con un sorprendente manejo de los teóricos contemporáneos.

En los últimos años la obra de Vitale ha estado dedicada a discutir con los pensadores multiculturalistas y comunitaristas que han defendido la pertinencia de proteger algunos “derechos colectivos”²⁹ y de salvaguardar valores culturales y/o comunitarios. El eje que orienta las réplicas de Vitale a estos autores es el indi-

²⁹ Entre las publicaciones de Vitale destacan: *Del desorden al consenso. Filosofía y política en Thomas Hobbes* (Milán, Angeli, 1994); *El sujeto y la comunidad. Fenomenología y metafísica de la identidad en Charles Taylor* (Turín, Giappichelli, 1996); *Liberalismo y multiculturalismo. Un desafío para el pensamiento democrático* (Roma-Bari, Laterza, 2000). Asimismo editó en italiano el libro *Derechos fundamentales* (Roma-Bari, Laterza, 2001) sobre la teoría de Luigi Ferrajoli. Sobre el tema del multiculturalismo se recomienda el libro de otro miembro de la escuela turinesa: Pazé, Valentina, *Il concetto di comunità nella filosofia política contemporanea*, introducción de Michelangelo Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2002.

vidualismo ético: cada individuo, titular de derechos fundamentales, es el puerto de arranque y, sin contradicciones, la finalidad de toda forma de organización humana. Vitale no concede un milímetro: ningún tipo de pertenencia, ninguna entidad colectiva, tiene prioridad axiológica sobre cada uno de los individuos (titulares de derechos fundamentales) que la integran. Es más, sólo existen derechos individuales y no es (lógica y moralmente) sostenible la idea de los derechos colectivos: dichos derechos “además de absurdos, son peligrosos porque son incompatibles con los derechos fundamentales de las personas”.³⁰ Esta prioridad axiológica del individuo sobre cualquier grupo de pertenencia respalda su concepción de la democracia moderna como la mejor forma de gobierno y del constitucionalismo como instrumento de protección (e, idealmente, de garantía) de los derechos fundamentales. Efectivamente, al igual que los otros tres autores de este libro, Ermanno Vitale es un promotor convencido de la democracia constitucional no sólo en el nivel de los Estados nacionales sino también, idealmente, en el ámbito de la construcción institucional supranacional. Pero, como ya lo advertíamos, dado su férreo compromiso con el individualismo ético, no necesariamente comparte todas las premisas y construcciones de los autores que lo acompañan en este volumen.

Por ejemplo, expresamente debate con el “patriotismo constitucional” de Habermas y cuestiona su pertinencia teórica. Según Vitale, la disyuntiva teórica que debemos enfrentar nos obliga a elegir entre una ciudadanía anclada a la idea de nación, republicano-patriótica, como la que propone Habermas, o una ciudadanía verdaderamente cosmopolita que, sin desmantelar a los Estados, nos conduzca hacia una verdadera constitución mundial. Obviamente, congruente con su postura en favor de los derechos fundamentales *individuales* y sus objeciones a las tesis que otorgan un valor moral a ciertos tipos de “pertenencias”, nuestro au-

³⁰ Cfr. Vitale, E., *Derechos y paz. Destinos individuales y colectivos*, México, Fontamara, 2004.

tor se inclina expresamente por el segundo camino. Para Vitale la futura ciudadanía europea debe desvincularse de cualquier sentimiento nacionalista o “geográfico” culturalmente referenciado. Su apuesta inmediata es por la construcción institucional europea que permita ampliar la esfera de protección de los derechos fundamentales pero, al mismo tiempo, Vitale está pensando en la reproducción planetaria de este proyecto. Europa, insiste Vitale, no debe encerrarse en las fronteras de su bienestar sino que debe exportarlo a todo el mundo. En este sentido sus tesis empatan con el ideal cosmopolita de Häberle y complementan las premisas que sostienen la teoría de los derechos fundamentales fe-rrajoliana.

Los tres temas que orientan las reflexiones de Vitale en el texto que ahora presentamos complementan las reflexiones de los otros tres autores: el problema del “déficit democrático” que enfrentan las instituciones europeas; los retos teóricos y prácticos que se desprenden de la presente y futura “ciudadanía europea”, y el urgente tema de las políticas migratorias. Además, Vitale nos ofrece una reconstrucción sintética del “estado de la cuestión”, es decir, de los últimos acontecimientos que han tenido lugar en torno del proceso constituyente europeo. Vitale nos dice lo que ha sucedido en los últimos meses de 2003, los problemas que amenazan a la agenda inmediata en el 2004 y, lo más importante, los argumentos de los “euroescépticos” y las pistas que deben seguir quienes deseen superarlos. Por estos motivos, sobre todo por tratarse del texto más reciente, hemos decidido dejar que sea Vitale el autor que cierre el presente volumen.

VI. ¿QUÉ PODEMOS APRENDER EN AMÉRICA LATINA DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO?

En la última década del siglo XX se desató en varios países latinoamericanos una epidemia de congresos constituyentes que produjeron cartas constitucionales “liberales, sociales y demo-

cráticas”: Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (1994), Panamá (1994), Argentina (1994), Uruguay (1997), Ecuador (1998), Venezuela (1999). En otros países, como México, se abrió un debate sobre la pertinencia de sustituir el texto constitucional vigente (que data de 1917). Pero lo cierto, lo que nos interesa subrayar, es que sumando estas nuevas cartas constitucionales a las previamente vigentes se obtiene un saldo positivo: en los inicios del siglo XXI casi todos los países de la región cuentan con Constituciones que, en términos formales, responden a la “democracia constitucional” de tradición europea.³¹ Este solo dato explica la importancia que tiene para nuestro continente el debate que ha acompañado al proceso constituyente en Europa. Después de todo, a pesar de las múltiples diferencias históricas, sociales y culturales, en ambas regiones del planeta impera el mismo modelo ideal de organización política.

Pero eso no es todo. Como ya lo señalábamos, la Constitución europea está destinada a ser uno de los acontecimientos constitucionales más importantes de la historia reciente y, por ese simple hecho, se trata de un evento que debemos seguir con atención. Muchos de los problemas, retos y discusiones que enfrentan los europeos han sido y seguirán siendo recurrentes cuando se enfrente el reto de construir instituciones para regular la convivencia entre los individuos. El desafío es seguir construyendo instituciones que permitan canalizar pacíficamente los conflictos políticos y dotar de garantías efectivas a los derechos fundamentales. Ambos aspectos siguen siendo de indiscutible actualidad en nuestras sociedades latinoamericanas. Tenemos nuevas (o no tan nuevas) Constituciones democráticas, pero el grado de conflictividad social es alarmante: además nosotros tenemos rezagos económicos milenarios que los europeos han logrado sortear exitosamente. Por ello es oportuno retomar del debate europeo las disertaciones sobre las condiciones necesarias para que un texto

³¹ Cuba sería una excepción relevante.

PRÓLOGO

21

constitucional pueda crearse y, sobre todo, para que tenga una vigencia efectiva (condiciones tanto de carácter procedural, como aquellas vinculadas a las dimensiones de fondo de la razón práctica: dimensión moral, dimensión ética y dimensión pragmática).³² La lucha por los derechos ya no es una batalla por su reconocimiento sino por su protección y garantía efectiva.

Otro aspecto que conviene recuperar del actual debate europeo por su indiscutible relevancia entre nosotros es la cuestión de cómo articular la unidad dentro de la diversidad: ¿cómo codificar en un texto constitucional las tradiciones jurídicas presentes en los veinticinco países miembros de la Unión?³³ ¿es posible, a partir de tradiciones jurídicas particulares, caminar hacia una armonización normativa emprendida sobre una base constitucional común?, ¿es viable construir una base de igualdad, fundada en los derechos fundamentales, que supere las barreras lingüísticas, religiosas, culturales, etcétera? ¿Quién tiene la razón, Ferrajoli cuando nos dice que la Constitución llevará a la relativa homogeneidad o Habermas que insiste en la importancia de construir un sentimiento de pertenencia común más allá del acuerdo constitucional? Y la idea del cosmopolitismo de los derechos individuales, ¿puede ser algo más que una utopía moral inalcanzable? Todas estas y muchas otras interrogantes, de una u otra forma, tienen que ver con nosotros. No sólo porque marcan las coordenadas de la que será la relación futura entre los países latinoamericanos y la “Europa” constitucionalizada, sino porque nos sugieren rutas de exploración hacia nuestro propio proceso de futura integración regional.

Para finalizar, queremos agradecer la ayuda prestada por los traductores de los artículos de Häberle y Habermas, Francisco Balaguer Callejón y Bernardo Bolaños, así como la generosa colaboración de los cuatro autores de los ensayos. También agrade-

³² Vallespín, “Habermas en doce mil palabras”, *op. cit.*, nota 12, p. 60.

³³ Sobre este punto pueden verse las interesantes observaciones de Alessandro Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, *cit.*, nota 7.

emos el apoyo de Diego Valadés, que en su carácter de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de reconocido experto en materia constitucional se ha preocupado constantemente por hacer del Instituto el lugar idóneo para debatir los temas más importantes del presente y del futuro del constitucionalismo.

Miguel CARBONELL
Pedro SALAZAR