

ALGUNAS INCERTIDUMBRES EN EL DERECHO

Luis Miguel CANO LÓPEZ

SUMARIO: I. *Un buen pretexto*. II. *De política y cosas peores*. III. *La principal ilusión sobre derechos humanos*. IV. *Constitucionalismos alternativos*. V. *Otras discusiones pendientes*.

I. UN BUEN PRETEXTO

Para alguien que se encuentra lejos no hay mayor privilegio que comunicarse con los seres amados. Al menos, ese es mi caso. Por ese motivo permítame el lector expresarme como lo haría en una conversación entre amigos y concédame no confundirlo con ausencia de rigor intelectual, que ya puede faltar por el contenido mas no por la forma, pues lo que deseo reflexionar en adelante me parece de la mayor seriedad posible.

En ciertas ocasiones, lo único que se necesita para iniciar una plática es un buen pretexto, en este caso en particular lo he encontrado mientras leía un pequeño libro de un viejo conocido, un autor del que escuché por primera vez hace unos seis años cuando aún paseaba alegremente en calidad de alumno por los pasillos de nuestra escuela. Se trata de Paolo Grossi y no puedo dejar de mencionar que el estudio de una de sus obras permitió que aumentara el cúmulo de sospechas que desde ese entonces ya me invadían al pensar sobre las relaciones entre el derecho y el poder, hoy y siempre. Pues bien, recientemente se ha publicado un libro suyo que reúne un trío de ensayos donde de nueva cuenta arremete contra las ilusiones jurídi-

cas heredadas de la modernidad y que tanto influyen en los que al derecho nos dedicamos en la actualidad.¹

No es mi intención comentar exhaustivamente este trabajo, sino relacionarlo con un tema del que confieso que en mi opinión es uno de los principales retos para el derecho y nuestra sociedad contemporánea en su conjunto. Me refiero a los derechos humanos. Mis expectativas quedan satisfechas si logro transmitir ciertas dudas sobre la presencia en esta área del conocimiento jurídico, de una “mitología” abundante, donde también, lamentablemente, la influencia que el poder ejerce sobre el derecho no es cosa que sea posible ignorar en estos días.

II. DE POLÍTICA Y COSAS PEORES

Antes de continuar, una advertencia, ignoro si hay nociones absolutas que puedan abarcar y condicionar nuestras formas de percibir, comprender y vivir la realidad, aunque cada día me convengo más de que no es así. De cualquier manera, convengamos que una de las principales aspiraciones del derecho es regular las conductas con las que se desenvuelve la sociedad humana. No obstante, en el derecho lo común es encontrar posiciones enfrentadas sobre cualquiera de sus tópicos, desde su objeto de estudio hasta su función. En lo que aquí trasciende, conviene observar que esa pretensión básica del derecho se puede creer satisfecha tanto si se le entiende como instrumento de dominación, de control o de convivencia social, así como que es posible explicar como su presupuesto la fuerza o el poder y además entender que su meta es el control de ambos.

En mis circunstancias actuales no vacilo en defender la separación del derecho y la fuerza. Esa sola aseveración basta para que se me califique de soñador, cuando menos, porque bien podría llamárame ingenuo, de plano negar toda seriedad a mis palabras porque no percibo bien la realidad, o bien, lo que es peor, tacharme de encubridor, mas no es mi deseo que se me malinterprete apenas comenzado este diálogo. Soy perfectamente consciente de que el derecho no es creado por todos, porque a pesar de que intuyo más agradable la democracia

¹ GROSSI, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003.

que otras formas de gobierno, no puedo conceder que la representatividad de nuestros gobernantes electos los convierta inmediatamente en buenos empleados, razón por la que acepto la existencia de vastos espacios de interés, de poder, que orientan al derecho.

Sin embargo, es mi decisión no conformarme con tal enfoque, pues el que las cosas sean de una forma no implica que deban ser de ese modo. Incluso puede ser mejor que no participemos todos realmente en la creación del derecho, pero lo que no es posible conceder es que el derecho no sea algo distinto de la fuerza. Para que dominen los más fuertes no hace falta el derecho. Hay que aceptar que a los privilegiados en este sistema sí les resulta más cómodo no estar en una lucha perpetua y el derecho como instrumento de opresión es de utilidad, pero me refiero a la mayoría de los seres humanos.

Tan sencillo principio, que el derecho no es igual a la fuerza, en realidad conlleva bastantes exigencias, una de gran actualidad es la búsqueda de la convivencia pacífica, lo que se traduce en la contraposición entre la guerra y el derecho. Evidentemente las personas que comparten y patrocinan la visión de un autor como Robert Kagan son susceptibles de manifestar que la paz no se presenta sin seguridad y que ésta únicamente es posible a través de la fuerza.² No obstante, repasar sus ideas ilustra claramente el valor de la autonomía del derecho, porque los encargados de la seguridad, militares o policías, no mandan sino que obedecen al derecho, pues de lo contrario se establece una dictadura.

Se podría mostrar una fugaz curiosidad por los gobernantes dispuestos a honrar la “generosidad” estadounidense y que buscan aliarse en su misión, de no caer en cuenta inmediatamente en lo patética y peligrosa que resulta tal actitud. Armarse no parece la solución idónea, desde luego no para las personas que nos preocupamos por la continuidad de la vida humana. Si puede esperarse que algunos europeos recuperen peso en el manejo de la política internacional en proporción al incremento de la cantidad de armamento que posean, se necesitan importantes dosis de ilusión para creer que con ello les será

² No se pierde demasiado tiempo, pero sí conviene evitar creer sin cuestionar las aseveraciones que ahí se apuntan, leyendo un libro aparecido convenientemente a principios de este año, KAGAN, R., *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, trad. Moisés Ramírez Trapero, Taurus, Madrid, 2003.

posible oponerse en el ámbito militar a los designios de ciertos líderes norteamericanos, además de que no se gana nada en esta empresa. Más preocupante aún es que tan nefastas apreciaciones sean utilizadas para enfrentar a “occidente” con las otras potencias nucleares que compiten por las peculiares responsabilidades de los países elegidos.³

Siempre se puede acusar a los débiles de demandar el derecho por carecer de la fuerza militar suficiente para ignorarlo, de buscar el acuerdo porque la unilateralidad les está vedada, pero concédanme ser un desagradecido con Kagan y lo que su visión representa y permítanme confiar mi futuro en el derecho más que en los designios de los más fuertes.⁴ Denunciar la falta de realismo de los que pensamos que el derecho importa para ordenar y cambiar nuestra sociedad, tomando de pretexto ese supuesto infortunio para abandonar de plano la discusión en el terreno jurídico y centrarse únicamente en la órbita de la fuerza, es una cuestión que no conviene adoptar sin asumir todas las consecuencias.

En este contexto, obviamente pensando en la plena identificación de lo político con la fuerza de las armas y sin olvidar la influencia que al respecto despliegan los intereses económicos, es tan ordinaria la estrategia de atribuir la resolución de estos problemas a criterios políticos, así como afirmar la absoluta desvinculación de ese espacio a cualquier límite jurídico, ignorando la tradicional función de control que justifica la existencia del derecho, que no debe sorprender que estas cuestiones reconduzcan a Carl Schmitt, al que por supuesto resulta más entretenido leer, pero que pone de manifiesto que la situación contemporánea no ha variado mucho con relación a la época en la que escribió.⁵

³ No es extraño, pero sí preocupante, que KAGAN hable de China (2003, 140-141).

⁴ De todos modos, a los que duden de las bondades de los estados hegemónicos, aun con el riesgo de que la indignación, el coraje y cierta impotencia les borren las ganas de sonreír, si bien estos sentimientos pueden ser reorientados para motivar la búsqueda de argumentos a fin de sostener la relevancia del derecho, no les parecerá un desperdicio la consulta de obras tales como CHOMSKY, N., *Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, 4a. ed., trad. Mónica Salomón, Paidós, Barcelona, 2001; CHOMSKY, N., *El terror como política exterior de Estados Unidos*, 6a. ed., trad. Carlos Abousleiman y Octavio Kulesz, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2003; MAILER, N., *¿Por qué estamos en guerra?*, trad. María Luisa Rodríguez Tapia y Jaime Zulaika, Anagrama, Barcelona, 2003, y PILGER, J., *Los nuevos gobernantes del mundo*, trad. Esther Roig, RBA, Barcelona, 2003.

⁵ SCHMITT, C., *El concepto de lo político*. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios, versión Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 1999.

El primer consejo de Schmitt es que conviene descartar que lo político se equipara a lo estatal, puesto que tratándose de un “Estado total”, en cuya construcción ayuda su particular concepción de democracia, esa asimilación no aporta ningún criterio de identidad. Acto seguido, afirma que la “autónoma” relación “amigo-enemigo” funciona como base para encontrar la especificidad de lo político,⁶ que no se da por su contenido, sino que refiere un “grado de intensidad”, y que en última instancia se caracteriza por la eventual resolución de los enfrentamientos a través de la fuerza, de la guerra, que le sirve de presupuesto. La postura posee ventajas, pues al descartar que los conflictos políticos así entendidos se confundan con intereses particulares, así como de índole moral, religiosa, económica, estética, se logra apartar las desavenencias en tales ámbitos de un irremediable vínculo *a priori* con las graves consecuencias de la lucha política, a saber, “la posibilidad real de matar físicamente” (1932, 63).⁷

Asimismo, esta comprensión de lo político acota a la soberanía, que sirve para caracterizar a la “unidad política”, negándole un sentido “absolutista” o “totalitario”, toda vez que el soberano no decide cada aspecto de la vida, sólo si se ha de morir y matar por él en una guerra, indudablemente, un alivio poco reconfortante. En esta relación se explica la afirmación con que inicia Schmitt su ensayo, el Estado como unidad que decide quién es amigo o enemigo tiene un fundamento político (1932, 73). Para los que inviertan su tiempo en el repaso de estas obras no les sorprenderá apreciar el inquebrantable ánimo de constancia en las justificaciones que se ofrecen para enaltecer los sacrificios humanos, porque a cambio, en el ámbito interno, el Estado otorga “paz, seguridad y orden” (1932, 75).⁸

Es discutible afirmar que la posición de Schmitt no resulta belicista, porque es evidente su invitación a los “pueblos” para armarse a fin

⁶ Resulta estremecedor, por su semejanza con la situación actual, que para aludir al enemigo, SCHMITT se refiera a la pugna entre el cristianismo y el islam (1932, 59).

⁷ Con todo, debido es reconocer que SCHMITT niega, en diversas ocasiones, una plena identidad entre política y guerra, otra cosa es que tenga éxito en su empeño.

⁸ No puede dejarse pasar la oportunidad para resaltar que la necesidad de paz interior confiere al Estado la posibilidad de ubicar y enfrentar, en ese ámbito, al enemigo, y que tratándose de estados constitucionales, será tal la persona o el grupo que ataque a la ley fundamental, así como que siguiendo los consejos de SCHMITT, esa “lucha ha de decidirse fuera de la constitución y del derecho, en consecuencia por la fuerza de las armas” (1932, 76).

de subsistir, consecuencia última de su especial concepción de lo político (1932, 82), pero tiene un límite, su preocupación por la guerra que niega la humanidad del enemigo. No obstante, siquiera habrá que concederle que no oculta su mensaje principal.

No existe objetivo tan racional, ni norma tan elevada, ni programa tan ejemplar, no hay ideal social tan hermoso, ni legalidad, ni legitimidad alguna que puedan justificar el que determinados hombres se maten entre sí por ellos. La destrucción física de la vida humana no tiene justificación posible, a no ser que se produzca, en el estricto plano del ser, como afirmación de la propia forma de existencia contra una negación igualmente óptica de esa forma. Una guerra no puede justificarse tampoco a base de argumentos éticos y normas jurídicas. Cuando hay enemigos verdaderos, en el sentido óptico al que se está haciendo referencia aquí, tiene sentido, pero sólo políticamente, rechazarlos físicamente, y si hace falta, combatir con ellos [Schmitt, 1932, 78].

El compromiso exigente es retirarle toda legitimidad normativa a la guerra, no hay nada en el derecho que la justifique, pero para ser consecuente y, a su vez, no ser tachado de ingenuo optimista, aceptando su existencia se debe buscar controlarla por cauces jurídicos. Todavía más, no conviene admitir que la política descansa en la referencia a la guerra. La política también requiere ser algo más que la ley del más fuerte. Si puede concebirse que en el debate público se opte por recurrir a la guerra como medio de solución de los problemas de nuestra sociedad, a los resultados que se obtengan no tiene que calificárseles de políticos, sino de violentos. La política como medio que facilita la toma de decisiones es un arte de convivencia y sus criterios deben funcionar para solventar los obstáculos surgidos en el coexistir humano, sin recurrir a su conclusión por la fuerza. Aquí se halla la independencia de lo político.

El esfuerzo que busca proscribir la violencia con mayor entusiasmo nos conduce ahora a un escrito de Norberto Bobbio.⁹ Conviene apreciar qué instrumentos contraponen a toda forma de violencia y a su máxima expresión que es la guerra, se trata del derecho, los derechos humanos y la democracia, que expresamente es señalada como otra forma de saldar los obstáculos que aparecen en la convivencia

⁹ BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1982.

social. La razón para defender la alternativa es clara y se reduce a una, evitar el “fin de la historia” por falta de protagonistas (1979, 9-20).

En un discurso especial analiza el abanico de relaciones entre guerra y derecho, donde el enfoque que se le dé a éste determina que la guerra funcione como su negación, su garantía, su objeto o su origen (Bobbio, 1979, 95-116). Me parece que de implantarse la primera acepción quedan necesariamente excluidos el segundo y último de los vínculos para un mismo sistema, porque si el fin del derecho como ordenamiento es la paz, un derecho como pretensión no puede reivindicarse por medios bélicos y, por otra parte, aunque pudiera comprobarse que ese ordenamiento jurídico nació de la imposición violenta y no de la convención o de la iluminación, lo cierto es que una vez establecido como “paz organizada de un grupo”, difícilmente puede permitir su suplantación a través de la guerra.¹⁰

Al reseñar Bobbio la manera en que triunfa la idea de “guerra-fuente” sobre la “guerra-medio”, conviene tomar plena conciencia de que su entendimiento del positivismo jurídico lo asocia con el incumplimiento de las normas previamente establecidas. Esta actitud hay que objetarla, toda vez que las conductas efectivamente realizadas no son derecho positivo si desatienden las normas jurídicas, son su violación. Una cosa es el derecho que debiera ser, por el motivo que se quiera, pero que no es otra diversa, el derecho que se tiene, que es y que impone conductas que debieran ser, pero de no ser, sus contrarias no se convierten en derecho positivo, se trata de comportamientos ilegales, independientemente de su posible inmoralidad o del juicio que merezcan bajo cualquier otro criterio que se argumente.¹¹

¹⁰ Con todo, lo más nocivo es considerarla como fundamento —léase como justificación— del derecho, que es una representación que no resulta inverosímil y que posee una intención diferenciada. Una cosa es constatar el inicio de algo, un hecho, y otra bien distinta es preguntarse por su valía.

¹¹ Su imagen del positivismo jurídico puede identificarse con un “positivismo realista”, en contraposición con un “positivismo normativista”, para utilizar una distinción que se encuentra en OST, F., “Ciencia del derecho”, en PALOMINO MANCHEGO, J. F. (dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, trad. Óscar Luis Sarlo y Enrique P. Haba, Grijley, Lima, 1999, pp. 237-250, específicamente, 244-245. Importa resaltar que el derecho “que de hecho es observado en un determinado grupo social” o “el derecho efectivamente aplicado”, sólo funciona para contrastar sus diferencias con el “derecho válido”, que también existe en la realidad, y así denunciar las incongruencias percibidas. Lo malo es utilizar esa distinción para luego confundir el “derecho que es” con cualquier comportamiento realizado (BOBBIO, 1979, 102-103).

La anterior distinción es básica para captar el nombre correcto atribuible a la actual pretensión de crear derecho a través de la guerra. Aunque desde nuevos ordenamientos jurídicos pueda verse como su origen, no es más que la violación de los ordenamientos suplantados. La guerra como fuente legítima de derecho es algo inconcebible jurídicamente en la sociedad contemporánea, es un contrasentido. Y sin embargo no nos libramos de ella, por esa razón su presencia irremediamente vuelve a captarse como la “*antítesis del derecho*” (Bobbio, 1979, 110). Pero en la visión que se ha defendido, donde la guerra es incumplimiento del derecho, recobra importancia verla como “objeto” de las normas jurídicas, porque en ese terreno también pueden aparecer otras violaciones y todas con posibilidades de control por el propio derecho.

A lo mejor me he extendido lo suficiente para que algunos pierdan de vista el sencillo argumento que intento señalar, pero simplemente pretendo dejar constancia de las diferencias más evidentes entre derecho y fuerza, pues las personas que los confundan en este nivel básico no podrán comprender lo que a continuación se propone. Esto es así porque otra de las exigencias que la independencia del derecho demanda es una cuestión más sutil, pues lo que defiende se relaciona con los contenidos del derecho, que conforman el campo idóneo para verificar que no todo ordenamiento jurídico se encuentra exento de los designios del poder.

III. LA PRINCIPAL ILUSIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS

Para ilustrar el escenario adecuadamente es de utilidad retomar la obra de Grossi. Hablar del derecho justo siempre es conflictivo porque no hemos llegado a un acuerdo sobre lo que la justicia significa e incluso existen personas que dudan de su existencia o, al menos, que somos politeístas en la materia y no creemos en una sola “conciencia común” (2003, 22). Intentar percibir los contenidos del derecho por medio de la atenta lectura de la compleja realidad también acarrea más discordia de la que ahora necesitamos, pero aquí conviene rescatar dos ideas centrales, la pluralidad de orígenes del derecho y su autonomía con el poder. Asimismo, dicha actividad implica otra fuente segura de altercados al seleccionar a los intérpretes con tan alta capacidad y responsabilidad (2003, 24-29).

Prevenir es mejor que lamentar y si los que hasta aquí han llegado ya están pensando que les hablo de temas exclusivamente medievales cometen un error que precisa desterrarse. En la actualidad el pluralismo jurídico guarda estrecha relación con la cuestión de la multiculturalidad, que de paso desvela la continuidad, ocultada durante mucho tiempo, del carácter polifacético de la realidad, así como con el panorama que el mismo Grossi pone de manifiesto al plantearse la actualidad de “la idea de Código”, denomínesele o no, globalización (2003, 88-93). Por lo que hace al tema de los intérpretes del derecho, indudablemente evoca una de las discusiones más interesantes del derecho constitucional, en la que con extraña simpatía se contraponen la sabiduría de los jueces con la legitimidad democrática de los legisladores electos. Si no fuera suficiente lo anterior, todavía habría que atender el debate sobre los alcances y compromisos de la disciplina jurídica, en la que describir, criticar y proponer son actividades que no todos quieren asumir. Como puede observarse, concurren lectores suficientes para asegurar un sano entretenimiento.

Si se desea sintetizar en una sola frase el mensaje de Grossi en el ámbito que nos ocupa, puede decirse que los círculos que ostentan el poder en las sociedades contemporáneas, gobierno y multinacionales, o los grupos de presión de nuestra elección, no deben conservar la posibilidad de fijar a voluntad cualquier contenido en el derecho. Con esta idea en mente, resulta aconsejable circunscribir el diálogo a una pequeña pero vital porción de la compleja realidad. Opino que son los derechos humanos, una estricta concepción de los mismos, el elemento que posibilita de forma mínima la distinción entre derecho y poder. En cierto sentido, se trata de una realidad que requiere mantenerse independiente del poder y limitarlo. No obstante, es necesario advertir que son más los implicados en este campo, toda vez que la ley es también constitución, textos internacionales y normas administrativas, que sus creadores no se agotan con los tradicionales legisladores, pues los tribunales constitucionales participan con igual ímpetu, así como que la confianza en la sociedad civil no debe ser tal que olvide el control de algunos imponentes particulares en este mundo globalizado.

Al igual que sucede con el derecho en general, los asuntos motivados por los derechos humanos son inagotables, por lo que se ha de elegir cuidadosamente las discusiones en que empeñar el tiempo. En

este momento, mi intención es apuntar, de forma rápida pero suficiente, los ámbitos indispensables para dejar planteada la visión exigente que profeso acerca de los derechos humanos. Resumidamente, se puede señalar que cualquiera que sea el fundamento que se defienda para tales derechos, la autonomía, la dignidad, las necesidades básicas, existen dos opciones, se predicán de y para todas las personas, o bien, se rompe con la igualdad de cada miembro de la especie humana. Además, si uno se decanta por la segunda vía, la congruencia de la propuesta descansa en la interdependencia de los derechos humanos, es decir, no basta con asegurar la libertad si queda dependiente del grupo que efectivamente adopta las decisiones que gobiernan la sociedad, como tampoco es suficiente participar en esa deliberación si apenas se tiene tiempo de buscar el pan de cada día. Una tercera exigencia es que el lugar de nacimiento no puede romper con los anteriores principios. Es muy fácil vanagloriarse del avance de la civilización e ignorar que los altos niveles de prosperidad se han generado, y continúan sustentándose, en la explotación de la mayoría de los habitantes de la tierra. Vincular el goce de los derechos a la nacionalidad o la ciudadanía como formas de exclusión es, en muchas ocasiones, una discriminación y siempre, un quebrantamiento de la igualdad de las personas que facilita la “desigualdad en derechos”.

Estas aseveraciones posibilitan una oleada de críticas y una bastante predecible es que, en realidad, la caracterización de los derechos humanos recién expuesta puede pasar por mi particular visión de justicia o como un deseo de extrapolar una moral concreta a los ordenamientos jurídicos, pero nada más. Como nadie puede arrogarse la labor de plasmar los contenidos correctos del derecho, pues es imposible demostrar la posesión de la verdad absoluta, otra probable consecuencia es que no crea capacitados a nuestros legítimos representantes para llevar a cabo ese vertido, que quiera suplantar las elecciones de la mayoría por mis personales criterios. Nada más alejado de mi objetivo. No estoy hablando de justicia ni de moral, únicamente propongo “desmitificar” el lenguaje de los derechos humanos, específicamente, la idea de su universalidad. Podrán ser universales siempre que todas las personas gocen de todos los derechos en cualquier lugar, de lo contrario, uno puede reconocer la presencia de palabras vacías. Asimismo, el ordenamiento jurídico concreto que no garantice esa plenitud de los derechos, no es menos justo o más in-

moral que otro, simplemente otorga una mayor preponderancia al poder de algunos de sus creadores y/o destinatarios.

Fácilmente puede percatarse que en esta ocasión evado la responsabilidad de compartir una lista completa y detallada de derechos humanos, pero me parece prudente refrenar mis ambiciones. Previamente importa discurrir sobre un aspecto fundamental en las reflexiones que a partir de este trabajo me interesa inaugurar y que guarda relación con lo que Grossi denomina “el gran misterio del derecho” (2003, 60). Efectivamente, distinguir entre cumplimiento e inobservancia del derecho resulta básico para separar el derecho que existe, del eficaz y del ideal. Entiendo que una breve explicación es de utilidad. Se puede manifestar que la concepción de los derechos humanos que propongo no se sustenta en texto de derecho positivo alguno, razón por la que es posible calificarla de irreal. A mi juicio, la mínima coherencia que demanda el principio de universalidad de los derechos humanos, en armonía con las demás partes de esta construcción jurídico-social, sólo se satisface con las exigencias que he delineado, no obstante lo cual, concedo que la manera usual de interpretar y aplicar el conjunto de normas implicado muestra escasos niveles de congruencia. A pesar de esas carencias, la trascendencia de este asunto es que no son pocas las constituciones, no se diga los documentos internacionales, que reconocen y garantizan una buena cantidad de derechos humanos, normas que sí contarán con altos porcentajes de difusión y respeto bastarían para remediar varias insuficiencias en la materia. El problema es que ese derecho existente es ineficaz y los análisis que este hecho provoca son tan dispares que bien vale la pena detenerse en las disputas entre positivistas y constitucionalistas.

IV. CONSTITUCIONALISMOS ALTERNATIVOS

Obviamente acercarse al debate contemporáneo sobre el constitucionalismo requiere bastante más preparación y espacio del que dispongo, pero me contento con repasar velozmente otro libro reciente y de fácil acceso para cualquiera.¹² Una condición preliminar y bas-

¹² AA. VV. (2003): *Neoconstitucionalismo(s)*, edición Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003. En esta obra se encuentran diversas aportaciones, mayoritariamente críticas con

tante útil para entender los pensamientos que se confrontan sobre el constitucionalismo es la lectura de dos trabajos de Maurizio Fioravanti, en los que se relatan los antecedentes que explican el surgimiento de esta corriente, así como del estado que la origina y se sustenta en ella.¹³ En este sentido, resulta fundamental no pasar por alto que en la actualidad las constituciones procuran mantener un equilibrio entre dos funciones, una de garantía y otra de dirección, siendo la inclinación hacia uno de estos ámbitos determinante para la configuración del ordenamiento jurídico de que se trate y para la forma de concebir los derechos humanos (2000). Asimismo, que en esos documentos normativos se busca la estabilidad del vínculo existente entre democracia y límites al poder político, que comúnmente se traslada al terreno de las tensiones entre órganos legislativos y jurisdiccionales (2001).

Una buena forma de iniciar esta exposición es apreciar el fenómeno de la “constitucionalización” del derecho reseñado por Riccardo Guastini,¹⁴ consistente en la paulatina modificación de un ordenamiento jurídico que concluye en su saturación constitucional, con el correspondiente asedio que la ley fundamental mantiene en todos los ámbitos de la sociedad de que se trate. Por supuesto, siendo un proceso, existen condiciones que se van actualizando y cada uno de los sistemas jurídicos puede situarse en distintos niveles del mismo, es decir, “estar más o menos constitucionalizado”. Son siete las pautas para determinar la presencia de este acontecimiento. Se requiere una constitución escrita y reformable mediante un procedimiento más exigente que el de la legislación común, llegando incluso al caso de la inmutabilidad, un control jurisdiccional de constitucionalidad, sin que trasciendan sus distintas versiones, una fe en la plena obligatoriedad de todos los preceptos constitucionales, una postura interpretativa exagerada que sostiene la plenitud constitucional, una defensa de

el constitucionalismo, que proporcionan una valiosa oportunidad para reflexionar sobre esta corriente y compararla con el positivismo. No obstante, se debe tener cuidado con las opiniones vertidas en tan peculiar libro, porque es posible que confundan más que orienten al lector no suficientemente preparado.

¹³ FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 3a. ed., trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2000, y FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

¹⁴ GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. José María Lujambio, pp. 49-73.

la aplicabilidad directa de la constitución, incluso en las relaciones privadas, una técnica interpretativa que, con base en la ambigüedad del lenguaje normativo, asuma como labor la conservación de las disposiciones ordinarias por medio de su armonización con la ley fundamental, así como un poder de la constitución y sus guardianes sobre la política y, en contrapartida, el uso político de la constitución (2003, 49-58).

Por otra parte, a fin de comprobar la enorme variedad de acepciones del término constitucionalismo, resulta provechoso el esfuerzo de Paolo Comanducci,¹⁵ en el que se postula su separación respecto de la expresión neoconstitucionalismo,¹⁶ debido a que ambas palabras refieren modelos de organización social independientes o porque implican dos diversas metodologías y/o ideologías o toda vez que sólo el segundo intenta funcionar como teoría jurídica. No obstante, aún más notable es la trilogía en la que divide su neoconstitucionalismo, a fin de contraponerla a la ya clásica del positivismo (2003, 75-83).

En primer lugar, el neoconstitucionalismo teórico admite que el proceso de constitucionalización ha conseguido una modificación tan radical en el modelo de organización social, que justifica dejar atrás el positivismo teórico.¹⁷ Asimismo, es posible diferenciar dentro de él, una corriente que desde esa base pugna igualmente por un cambio metodológico. Sin importar esto último, los teóricos neoconstitucionalistas también se identifican por enfocar sus análisis de forma diversa, según aprecien o no a la constitución como valiosa por los contenidos que en ella se reconocen, lo que a su vez, marca su manera de explicar la interpretación constitucional, sin que se olvide que la teoría neoconstitucionalista de corte “axiológico” se convierte más bien en neoconstitucionalismo ideológico (Comanducci, 2003, 83-85). En este último, lo que se enfatiza es la garantía de los derechos

¹⁵ COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Miguel Carbonell, pp. 75-98.

¹⁶ Tan interesante artículo no impide que en este trabajo se prefiera utilizar la denominación constitucionalismo en las explicaciones propias, aunque se tenga plena conciencia de las distintas intenciones que subyacen cuando se recurre a uno u otro concepto por parte de otros autores.

¹⁷ Tal como expone ese proceso GUASTINI, aunque expresamente se acentúa el papel de los derechos fundamentales, el de los principios y lo característico de la interpretación y aplicación constitucionales (COMANDUCCI, 2003, 83).

fundamentales, mientras se es condescendiente con el poder estatal e inclusive se le venera. Debido a que en este esquema todo marcha sobre ruedas y a que el derecho y la moral se interrelacionan en su modelo de Estado neoconstitucional de derecho, cuestión que los acerca al constitucionalismo metodológico, ciertos neoconstitucionalistas ideológicos se pronuncian a favor de la existencia de una debida obediencia moral a la constitución y demás leyes acordes con ella, confundiendo en esencia con los positivistas ideológicos, a los que ya enfrentaba el viejo constitucionalismo ideológico (2003, 82 y 85-86).

Por otra parte, el neoconstitucionalismo metodológico se caracteriza por afirmar que entre derecho y moral, ahí donde el derecho se encuentre constitucionalizado y los principios y derechos atestigüen precisamente el vínculo entre ambos, existe una “conexión necesaria, identificativa y/o justificativa”. En ese entendido, no hay dificultad para presentarlo distante del positivismo metodológico, que posee la ventaja de conocer el derecho que es y separarlo del que debe ser, de comprometerse con “las fuentes sociales” del derecho y la “no conexión necesaria” entre los dos mencionados sistemas normativos, además de presuponer un fácil traslado entre descripción, por un lado, y valoración y prescripción, por otro, sin que le importe, finalmente, la posibilidad de alcanzar o no el cognitivismo moral (Comanducci, 2003, 86-87).¹⁸

Con base en este particular andamiaje conceptual, el despliegue de combinaciones y comentarios críticos no se hace esperar. Antes, en mi opinión, lo más interesante es que se reconoce la posibilidad de que el neoconstitucionalismo teórico puede vincularse con el positivismo metodológico, convirtiéndose en una sólida herramienta para informar de los actuales sistemas jurídicos. De cualquier manera, es muy pobre el peso que se le atribuye a la teoría jurídica si se sustraen sus capacidades críticas y parece discutible que pueda calificarse de ideología el buscar la congruencia del derecho para que no sea un sinsentido, que es lo que se pretende cuando una ciencia que

¹⁸ Es probable que alguien pueda calificar este relato de las ideas de Comanducci como tendencioso, por confuso, pero lo único que deseo ilustrar es la cantidad de precisiones que, como anuncié, despistan más de lo que instruyen a las personas que muestran interés por el constitucionalismo.

estudia normas, describe lo que las normas mandan y si posteriormente constata que se incumplen, denuncia esa inobservancia. Lo que debe quedar claro es que el incumplimiento del derecho no es derecho y ese es el motivo por el que explicar el derecho que existe, funciona tranquilamente para abogar por la eliminación de sus infracciones (Comanducci, 2003, 87-90)

El otro tema que cabe destacar del artículo de Comanducci es el de la cercanía entre derecho y moral, que constituye un cuestionamiento necesario al neoconstitucionalismo metodológico. Generalizar en este ámbito es sumamente debatible y lo fundamental es circunscribir el análisis a aquéllos que efectivamente defiendan que la moral manda en el derecho. Independientemente de ello, es cierto que preguntarse por el último fundamento de validez de las decisiones jurídicas no conduce irremediamente a la moral y que las personas que basan sus elecciones en la moral no pueden aspirar a la objetividad, siquiera sea porque es dudoso que exista una fuente única de corrección en este plano (2003, 93-98).

Las influencias que conlleva la constitucionalización del derecho permanecen en un autor distinto, Alfonso García Figueroa, que con base en ella puede señalar cierta cercanía entre el derecho ideal y el derecho real, además de permitirle calificar al constitucionalismo como una novedosa edición del iusnaturalismo.¹⁹ En concreto, este “neoiusnaturalismo” le parece producto de la unión del “iusnaturalismo débil continental” con el “positivismo débil angloamericano”, donde la intersección se fundamenta, una vez más, en ese proceso de constitucionalización, que encuentra un peculiar símil en la “materialización de la regla de reconocimiento del sistema” (2003, 159-163).²⁰

Aunque provisionalmente, García Figueroa sostiene que el constitucionalismo vuelve inviable “una concepción positivista estricta” del derecho, exactamente lo contrario de lo que pretendo demostrar

¹⁹ GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 159-186.

²⁰ A mi juicio, vincular con las constituciones la regla de reconocimiento resulta especialmente contraproducente. De todos modos, esta figura invariablemente reenvía a dos obras clásicas de obligada consulta previa, a saber, HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, y HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

a partir de este artículo. Entiendo precipitado, aunque ciertamente se manifiesta en forma cautelosa, reconducir el debate entre constitucionalismo y positivismo, hasta los problemas que enfrenta el último con la "materialización" de la referida regla (2003, 161-163). En mi opinión, uno de los puntos clave para tan radical discrepancia es la distinta valoración que se tiene de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la manera en que ésta forja el constitucionalismo. No es indispensable abandonar el positivismo, pues los derechos, con toda la carga moral que se les quiera atribuir, continúan siendo disposiciones positivas. Asimismo, el reconocimiento de principios y la ponderación que para interpretarlos se requiere, si bien vincula la argumentación con una decisión, como sucede siempre que se aplica el derecho, no tiene porque exagerar el peso de las valoraciones ni su carácter moral. Cuestión aparte es el protagonismo de los órganos judiciales en detrimento de los legisladores y, siendo atinado comprender que las limitaciones de poder que la constitución demanda se extienden a ambos, implica ya una toma de postura observar en ello una afrenta a la democracia y acentuar la discrecionalidad judicial para entenderla como incontrolable. En este último aspecto, el rol que juega la creencia en la objetividad deviene trascendental, así como la manera en que pueda arribarse a ella por medio de la argumentación, a fin de obtener una situación equilibrada entre derechos humanos y democracia (2003, 163-170).

Aunque sea brevemente, conviene detenerse para contemplar las especificidades de la tipología sobre el constitucionalismo que maneja García Figueroa, al menos, en dos aspectos.²¹ Dentro del constitucionalismo ideológico coinciden dos orientaciones aparentemente encontradas, pues se distancia del positivismo ideológico al proporcionar razones para no respaldar cualquier derecho, toda vez que apoya únicamente la obediencia del derecho respetuoso de la constitución, pero, al mismo tiempo, eleva el deber de obediencia al plano constitucional, sobre todo al unirse con el constitucionalismo metodológico. La solución esbozada consiste en que, desde este segundo nivel, lo que el constitucionalismo sostiene es una obediencia "*pri-*

²¹ No se debe olvidar que para este autor, constitucionalismo y neoconstitucionalismo son términos intercambiables, aunque en su escrito utiliza el primero (GARCÍA FIGUEROA, 2003, 164-165).

ma facie".²² Por otra parte, respecto del constitucionalismo metodológico, igualmente hay que observar dos versiones, donde la no tradicional, a fin de mantener la generalidad conceptual en la explicación del derecho, requiere establecer las relaciones entre éste y la moral con un carácter tendencial, es decir, resaltando "la disposición a la constitucionalización predicable de todo sistema jurídico", su "constitucionalizabilidad", con una especial referencia a los elementos materiales y los principios que derivan de ellos (2003, 170-176).²³

Todavía pueden resaltarse aportaciones más severas con el constitucionalismo, correspondiendo el turno a Susanna Pozzolo.²⁴ Una vez acentuada la cara moral de esta corriente, de plano se le niega la posibilidad de constituir una teoría descriptiva de los actuales ordenamientos jurídicos, en franca oposición a lo que se supone puede conseguir un planteamiento positivista, condenándola, si bien le va, a exposición de tesis normativas, deseos de cómo el derecho debe ser, o bien, aún peor, atribuyéndole la función servil de justificar *a posteriori* cómo el derecho ha llegado a ser (2003, 195). Pero además, la pleitesía que el constitucionalismo rinde a la moral, no es a cualquiera de sus especies, sino a la "universal", con lo cual aparece claramente el peligro de sus pretensiones totalitarias que defienden una homogeneidad moral (2003, 196-202).²⁵

No conviene dejar escapar la oportunidad de meditar que es muy curioso que una positivista, siendo consciente de que las disposiciones que el constitucionalismo tiene en tan alto concepto correspon-

²² Como puede notarse, se matiza considerablemente la valoración del constitucionalismo ideológico en comparación con la representación ya reseñada de COMANDUCCI.

²³ En este contexto, resulta indispensable retener que afirmar como incuestionable el papel que los principios desempeñan para emparentar derecho y moral, a través de la argumentación que explica la aplicación del derecho, es a su vez utilizado para emprender bastantes de las críticas al constitucionalismo y separarlo del positivismo jurídico. Sin dejar de reconocer las buenas intenciones con las que se pide una mejora en el positivismo, denostar al constitucionalismo comparándolo con un iusnaturalismo vanguardista no le hace bien a ambos (GARCÍA FIGUEROA, 2003, 178-186). No se trata de confundir la realidad con lo que debería ser, con todas sus consecuencias, aquí lo que se debate es el cumplimiento del derecho que ya es, donde observarlo puede ser o no, pero no importa en absoluto, algo que le incumba a la moral.

²⁴ POZZOLO, S., "Un constitucionalismo ambiguo", en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Miguel Carbonell, pp. 187-210.

²⁵ Durante este pasaje del ensayo de Pozzolo, se puede observar la asociación que realiza entre lo positivo y lo efectivo.

den al derecho positivo y no pasando por alto su naturaleza “contextualizada”, de cualquier modo no abandone tan extraña obsesión por sobreestimar, para luego atacar, la moralidad que a esos mismos textos le atribuye, aunque lo haga por boca del propio constitucionalismo. A manera de ejemplo, no se concibe porque la falta de concreción de los preceptos sobre derechos fundamentales, necesariamente impulse a los operadores jurídicos a abrazar la moral y olvidarse de los logros del positivismo. Me parece que si alguien en su labor cotidiana requiere interpretar los artículos constitucionales que reconocen derechos, lo que no puede hacer es ignorar su presencia como si las frases que los enuncian simplemente no existieran. Decidir el cumplimiento de tales normas, no tiene porque vincularse con la moral, es solamente la actitud congruente de quien entiende que cada acción tiene una consecuencia. Por supuesto, queda en entredicho negar el carácter volitivo de esta actividad, pensando que hay una fuerza que guía cada solución hacia la única correcta, pero también es sospechosa la lástima que se profesa por la pérdida de la libertad del poder político (Pozzolo, 2003, 187-194 y 202-205).

En un apartado más específico, no deja de llamar la atención esa extraña defensa de la metodología positivista, que para conservar su adecuación como explicación de los estados constitucionales de derecho, opta por sacrificar la importancia de las labores de “individualización” del derecho reservadas a los “meros” juristas.²⁶ Asimismo, si es posible conceder que detrás de las “individualizaciones” de los jueces existen decisiones, siendo sumamente discutible que se excluya tan rápidamente a los legisladores a los que también puede tentar la moral, lo que no se puede conceder es que se acuse sin más al constitucionalismo de defender que esos actos de voluntad se basan irremediabilmente en valoraciones morales. La campaña que pretende distanciar al constitucionalismo del positivismo es, en este punto, exagerada (Pozzolo, 2003, 187 y 203-205).

El quid de la cuestión estriba en considerar que los contenidos constitucionales poseen un espacio semántico determinable, así como

²⁶ Además es innecesaria esa reducción, porque se supone que un jurista positivista crítico no es un obstáculo sino una ayuda para el avance del derecho y, si en todo caso, se vuelve un jurista predicador, a los poderes políticos, incluidos los judiciales, les es todavía más fácil ignorarlo.

que de ello se deriva un progresivo desarrollo, manteniéndose estas conclusiones independientes de altercados sobre la moral. En todo caso, lo que no se impone como evidente es que la alternativa constitucionalista siempre sea políticamente interesada y la del positivismo, neutral y objetiva, siquiera porque esta creencia esconde conscientemente las inclinaciones políticas de tan peculiar positivismo, que no distingue entre cumplimiento e inobservancia del derecho. Con este panorama, las opciones se reducen a dos, un constitucionalismo “retórico” que, sabiendo que el poder político se impone, no por ello consiente que el derecho no se respete, que “mortifica” a los gobernantes exigiéndoles la adecuación de sus actos a los contenidos constitucionales, que se atreve a cuestionar a los estados constitucionales occidentales porque busca su mejoría, pero que instala un “reino” al cuidado de sus conversos, o bien, un positivismo que encuentra en la fuerza un rasgo “definitorio” del derecho, que es complaciente observador de lo que efectivamente le da la gana a cada poder socialmente relevante considerar derecho, porque así distingue entre derecho “real” e “ideal” al mismo tiempo que conserva milagrosamente capacidades críticas, pero que eso sí, a cambio, defiende a las personas de un “déspota mucho más peligroso que la terrena autoridad política” (Pozzolo, 2003, 191 y 206-210).

Para aumentar el grado de complejidad de este asunto conviene asomarse fugazmente hacia la lucha entre constitucionalismo y democracia, un escenario donde cobra interés el pensamiento de Juan Carlos Bayón.²⁷ El presupuesto de su exposición es la solidez del “coto vedado”, espacio que permanece indiferente a los vaivenes de la política y en el que se suele ubicar tanto a los derechos humanos como a la propia democracia, dotándolos de “sustantividad”. Si desde el constitucionalismo se pretende asociar esa categoría con los contenidos que se establecen en lo más alto del ordenamiento jurídico, reformable por medios más complicados que los de la legislación ordinaria y garantizado comúnmente a través de instrumentos de justicia constitucional, resulta necesario afrontar que esa operación conlleva un detrimento de la fuerza de las decisiones mayoritarias, precisamente la esencia de la democracia que se busca salvaguar-

²⁷ BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y constitución”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 211-238.

dar, por lo que irremediablemente deviene antidemocrático. Este es el dilema que el constitucionalismo requiere superar y en el que no son convincentes las apelaciones a los mayores índices democráticos de la constitución o del control judicial de la constitucionalidad (2003, 211-216).

Ciertamente, aparecen muchas dudas sobre la naturaleza más democrática de la constitución, así como la de sus medios de protección. Lo primero, porque afirmar sin cuestionar que existen contenidos materiales que deben ser respetados por las mayorías, es olvidar que esos criterios sustantivos no cayeron del cielo, sino que se establecieron por alguien, que a su vez necesitó de una decisión que si no es democrática es impuesta a la mayoría. Lo segundo, porque creer que tales preceptos se aplican solos una vez establecidos, significaría ignorar que ahí también se halla una actividad decisoria en la que aparentemente no hay razones suficientes para no llevarla a cabo democráticamente. En este contexto, generalmente son los derechos humanos los que se contraponen frente a las decisiones mayoritarias, pero en definitiva, en las sociedades en las que no se presente unanimidad al respecto, que son más bien todas, ninguna de las decisiones puede gozar del sello de la infalibilidad, por lo que aquellas soluciones, incluido el reconocimiento de derechos humanos, que se adopten al menos por mayoría, tienen el valor de respetar la igualdad de cada uno de los miembros de esa sociedad, a lo que habría que añadir que la verdad de esta aseveración depende de que efectivamente todos los habitantes encuentren asegurada su igual participación con igualdad de oportunidades, porque de lo contrario la democracia no posee la predicada "calidad moral" (Bayón, 2003, 216-235).

A estas alturas del entretenido discurso de Bayón es patente que el constitucionalismo sale mal parado frente a la democracia, pero igualmente es posible que uno comience a sospechar que la democracia requiere asociarse con los derechos humanos universales e interdependientes, pues son los derechos así entendidos los que le proporcionan a la democracia no su limitación externa, sino su presupuesto de existencia. Si no se entiende lo último, ganarle a la democracia es muy costoso, pues ella no se puede limitar a sí misma, ni para el futuro ni desde el pasado, pero comprendiéndolo, convence más la respuesta "procedimentalista". Lo que sucede es que el re-

querimiento de universalidad de todos los derechos humanos es demasiado exigente para defenderse con un "constitucionalismo débil" (2003, 222-235).

Una vez reseñadas las aportaciones críticas con el constitucionalismo, si se desea obtener algún resultado en un diálogo, lo siguiente es observar los términos en que se desarrolla su defensa, razón por la cual se justifica acudir al planteamiento de Luis Prieto Sanchís, a fin de fijar las coordenadas en las que se prosigue este debate sobre lo que también denomina neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo.²⁸ Este autor le señala tres sentidos, como una clase de Estado de Derecho, como la teoría jurídica que lo expone y como la ideología que lo legitima. Desde el plano ideológico es posible, a su vez, distinguir tres vertientes, la que adopta al Estado constitucional de derecho como la forma más acabada de organización política, sin que se olvide que debe enfrentar la objeción del déficit democrático, la que asumida la supremacía de este Estado de Derecho defiende una relación metodológica o conceptual entre derecho y moral, así como la que utiliza estos elementos para proclamar una teoría del derecho comprometida y/o crítica (2003, 123-124).

Por otra parte, el constitucionalismo como opción política que defiende un particular Estado de Derecho, es relacionado por Prieto Sanchís con una fórmula que conjuga la constitución como garantía y como directiva, de tal manera que prevalecen los elementos normativos orientadores de las decisiones democráticas y un extenso control judicial de constitucionalidad, es decir, una corriente que adopta como modelo a las constituciones "normativas garantizadas". Con este esquema, se pretenden exigentes parámetros materiales, directamente vinculantes, en una palabra "todoterreno", para el legislador (2003, 124-131).²⁹ Finalmente, en el plano teórico es donde el constitucionalismo se enfrenta al positivismo jurídico en cinco campos, a saber, sustitución de la ley por la constitución como fuente principal de derecho, preferencia de las instancias judiciales sobre las legis-

²⁸ PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 123-158. Asimismo, conviene revisar otro trabajo suyo sobre el tema, PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

²⁹ Esta caracterización, como se puede observar, se apoya en las ideas de FIORAVANTI (2000).

lativas, pluralismo en vez de una pretendida homogeneidad,³⁰ mayor presencia de principios que de reglas en los puestos estratégicos de los sistemas jurídicos y, como consecuencia, más ponderación que subsunción a la hora de interpretar (2003, 131-137).³¹

En una cuestión relacionada con lo anterior, corresponde a Santiago Sastre Ariza una buena caracterización de los aparentes conflictos surgidos entre positivismo y constitucionalismo en el plano de la ciencia del derecho.³² En particular, interesa sobremanera el análisis de la supuesta disolución de las fronteras entre moral y derecho motivada por la “materialización” de los textos constitucionales, con la consecuente prioridad del punto de vista interno,³³ y la confusión en la ciencia jurídica de funciones que se estiman neutrales y descriptivas, con posturas abiertamente comprometidas, valorativas, prácticas y políticas (2003, 239-245).³⁴

En primer término, para que los defensores de la función exclusivamente descriptiva de la ciencia jurídica estén en lo cierto, previamente deben superar un gran número de evidencias que son contrarias a esta limitación del compromiso teórico y, posteriormente, necesitan responder de la minimización que su posición plantea. En cambio, si lo que buscan es una fórmula ideal, requieren aportar razones

³⁰ Importa retener la reflexión de PRIETO SANCHÍS sobre lo inconveniente que resulta ubicar en las constituciones los mandamientos de una “nueva moral universal” y en los derechos fundamentales, la “verdadera ética” (2003, 134).

³¹ La conveniencia de la ponderación se da porque entre principios contrapuestos no es común encontrar una respuesta adecuada recurriendo a los criterios tradicionales de superioridad, primacía temporal o especialidad. En todo caso, los problemas para aceptar la subsunción como actividad lógica también son notables si se toman en cuenta las ideas expuestas por HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

³² SASTRE ARIZA, S., “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 239-258. Este autor utiliza indistintamente las denominaciones constitucionalismo avanzado, constitucionalismo de principios o neoconstitucionalismo (2003, 239).

³³ El término recuerda su versión más arraigada, en la que se diferencia del punto de vista externo, tal como aparece en HART (1961), pero que requiere completarse con su obra póstuma (1994).

³⁴ Es posible rastrear una relación con lo que anuncia la intervención de Prieto Sanchís como problemas conceptuales o metodológicos del constitucionalismo ideológico, así como las implicaciones de su versión “dogmática” (2003, 124).

para entender que la ciencia del derecho no deviene irrelevante, así como conseguir evadirse de toda sospecha de haber adoptado una neutralidad científica políticamente interesada (Sastre Ariza, 2003, 251-252).

En este contexto, es más fácil darse cuenta de que algunos de los choques metodológicos entre constitucionalismo y positivismo no se mantienen. Sobre todo, es básico entender que el valor de los contenidos constitucionales se puede sostener de forma autónoma de criterios morales, por el simple hecho de que se encuentran positivados. Otra cosa es que determinadas disposiciones constitucionales incorporen elementos propicios a identificarse con la moralidad de cualquiera, porque en ese marco, al no existir un acuerdo unánime sobre lo que la moral significa, la objetividad de la descripción puede ser puesta en duda y vista como una opción de política del derecho. Esta circunstancia no pone fin a la utilidad de los esfuerzos descriptivos, pues debido es reconocer que en no pocos supuestos son viables, pero adicionalmente, permite tomar conciencia de que “no todos los juicios de valor conducen irremediablemente a la subjetividad” (Sastre Ariza, 2003, 252-254).

Otro de los prejuicios comunes consiste en achacar al constitucionalismo una primacía del punto de vista interno, convirtiéndolo en una peligrosa corriente legitimadora de cualquier régimen. Sucede todo lo contrario, por supuesto que el positivismo que vale la pena destaca la perspectiva externa, pero precisamente el constitucionalismo exigente hace lo propio, sin abandonar la crítica al derecho existente sabiendo que se puede mejorar, pretende que, por lo menos, los insuficientes ordenamientos constitucionales se cumplan y en ello basa su crítica interna. Lo anterior se destaca de la intervención de Sastre Ariza y aunque considera difícil que se presente ese cuestionamiento interno, de acontecer así, se estaría ante un retroceso, al asumir únicamente el punto de vista interno identificándolo con una ciega pleitesía hacia el derecho positivo. Todo esto llevado al terreno de la ciencia jurídica, atestigua la pobreza de su supuesta neutralidad y proporciona argumentos para defender su carácter “garantista” (2003, 254-258).

Continuar con los autores que defienden posturas que favorecen el constitucionalismo, desemboca tarde o temprano en uno de sus máxi-

mos exponentes, Luigi Ferrajoli.³⁵ En este momento sólo basta decir que a partir de una separación de estados de derecho, débil y fuerte, que reconduce a su ya tradicional distinción entre estado legal y estado constitucional,³⁶ se propone revisar una doble vertiente del positivismo como modelo normativo, aunque para él se trata más bien de dos tipos independientes, que reflejan “un triple cambio de paradigma”. El primero aparece respecto de las “normas de reconocimiento”, antes confiadas al principio de legalidad y ahora a las constituciones, que altera los criterios de validez de los ordenamientos jurídicos, de lo formal a lo sustancial. En segundo plano, la especial ciencia del derecho deja la órbita de la neutralidad descriptiva, a fin de encarar una crítica comprometida. En tercer lugar, cabe destacar que la labor jurisdiccional no sólo es aplicación e interpretación mecánica de la ley sino que conlleva una decisión sobre la misma, práctica y responsable.³⁷ En definitiva, el constitucionalismo mejora el positivismo debido a que juridifica las “condiciones de ‘existencia’ y de ‘validez’” del derecho (2003, 13-20).³⁸

Otro de los participantes en la obra colectiva que se reseña, que contribuye con sus reflexiones a una visión favorable del constitucionalismo es Robert Alexy.³⁹ Puede resaltarse a propósito suyo el vínculo entre los derechos fundamentales y aquél, aunque su estudio

³⁵ FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del estado de derecho”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Pilar Allegue, pp. 13-29. No voy a ocuparme aquí de sus trabajos principales, pero si todavía queda alguien en nuestra escuela que no conozca su obra, se hará un favor consultando con carácter introductorio un pequeño libro, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2001.

³⁶ Sin que se identifiquen plenamente ambos pares de términos, como muestra el caso inglés (FERRAJOLI, 2003, 14).

³⁷ Adicionalmente, se expresa una idea reiterada de FERRAJOLI respecto de la democracia, que adquiere una “dimensión sustancial” (2003, 19).

³⁸ El ámbito propiamente neoconstitucional afronta problemas contemporáneos y es interesante para un debate próximo, señala Ferrajoli en los dos apartados finales de su escrito, donde se plantean como obstáculos para la continuidad del Estado de Derecho y la función “garantista” de las constituciones, los retrocesos “neoabsolutistas”. En todo caso, baste con mencionar que la alternativa que propone con el constitucionalismo “supraestatal” parece complementaria con la opción basada en la universalidad de los derechos humanos y que incluso esta “igualdad en derechos”, a mi juicio, posee mayor viabilidad (2003, 20-29).

³⁹ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. Alfonso García Figueroa, pp. 31-47.

se circunscriba al panorama alemán.⁴⁰ En concreto, estos derechos gozan de un “rango máximo”, es decir, ocupan la posición jerárquica suprema en el ordenamiento, debido a que se encuentran reconocidos en la constitución.⁴¹ El valor de su “máxima fuerza jurídica”, combinada con la regulación de materias de “máxima importancia”, resulta básico, toda vez que pretende originar como consecuencia una “justiciabilidad plena” y “todoterreno”, en la que se juega el derecho su “obligatoriedad”. Tristemente su “máxima indeterminación” condiciona las posibilidades de las tres características anteriores, porque con base en ella se introducen cualquier tipo de objeciones para su pleno cumplimiento, volviendo indispensable la interpretación, que de todas formas constituye un escenario pletórico de alternativas en “lucha”, donde trasciende el papel que desempeña el órgano de última instancia (2003, 31-37).

En este contexto reaparece la contraposición de los derechos con la democracia, porque aquéllos pueden servir tanto de presupuesto que asegure el desenvolvimiento de ésta, como intentar imponer sus criterios a las decisiones mayoritarias. Para dar una respuesta intermedia, partiendo del derecho positivo, Alexy busca un apoyo en el “consenso por superposición”,⁴² que traduce en el triunfo de la “representación argumentativa” realizada por los tribunales constitucionales. No obstante, siempre subsisten espacios de incertidumbre para arribar al punto de vista “correcto”. Con toda la simpatía que merezca el argumento de que nadie debe ser “juez en su propia causa”, así como la idoneidad de un diálogo entre todos los usuarios del derecho, lo cierto es que no deja de existir un optimismo desmesurado en la creencia en la imparcialidad de los jueces constitucionales al configurar los “límites de la política” (2003, 37-47).

⁴⁰ En mi opinión, es preferible el término derechos humanos, pues en ciertos casos completan el espacio más reducido que se atribuye a los derechos fundamentales.

⁴¹ ALEXY hace bien en matizar su afirmación para la órbita estatal si con ello se quiere aludir a las disposiciones de origen interno, pues tratándose de derechos humanos todavía puede rastrearse un nivel superior al constitucional en las fuentes internacionales, que atribuyen su interpretación y defensa a órganos establecidos en esas mismas sedes (2003, 33).

⁴² Reservando un juicio crítico respecto de esta figura, a la que también puede denominarse “consenso entrecruzado” o “consenso traslapado”, ella puede apreciarse con claridad, bajo esta última denominación, en RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. Sergio René Madero Báez, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Aunque se trate de un apartado más específico del constitucionalismo, como ya ha sido nombrado en los párrafos anteriores es debido comentar un poco el enfrentamiento entre subsunción y ponderación en el ámbito de la interpretación, causado por la presencia de principios, para lo cual resulta adecuado detenerse en el ensayo de José Juan Moreso.⁴³ Una cuestión preliminar para debatir es la naturaleza de la interpretación, que puede entenderse como conocimiento o como decisión. De cualquier manera, el problema central es desvelar el carácter de la ponderación⁴⁴ que, por un lado, se puede comprender como una actividad variable, subjetiva, particularista y esencialmente “no controlable racionalmente”, mientras que, por otro lado, se defiende cierto nivel de control para ella, descartando la ambigüedad en los supuestos obvios, así como a partir de la distinción de “grados de apertura” en la aplicabilidad de los principios y reglas, es posible intentar reconsiderarla como presupuesto de la subsunción, siempre que se logre ubicar las “condiciones de aplicación” de los principios y demostrar que existe una vía para evitar sus conflictos. Con ese objetivo en mente, hay que procurar delimitar un exhaustivo marco de las “propiedades potencialmente relevantes” del asunto correspondiente, de tal forma que se obtenga un “sistema normativo de pautas condicionales pero inderrotables, que permite subsumir los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles” (2003, 99-118).⁴⁵

⁴³ MORESO, J. J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 99-121.

⁴⁴ Conviene recordar que la ponderación se lleva a cabo para resolver, en casos concretos, los choques entre diversos principios, determinando cuál de ellos habrá de prevalecer ocasionalmente, porque atiende mejor las circunstancias del supuesto específico. Intentar la señalización previa de esas circunstancias, a fin de lograr una aplicación estable de estas normas abiertas, constituye el anhelado antídoto contra el “particularismo jurídico” (MORESO, 2003, 113-115). Para percibir claramente las razones por las que se pueden presentar los conflictos entre principios, basta con acudir a un pasaje del trabajo de PRIETO SANCHÍS (2003, 140).

⁴⁵ No se ignora que en dicho contexto todavía se mantiene pendiente la discusión sobre los criterios de “relevancia” adecuados, con lo que se traslada el problema de indeterminación a este segundo nivel. No obstante, en un estadio inferior, como las circunstancias relevantes están definidas, “idealmente” se posibilita “correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas” a través de la ponderación, que finalmente conduce a una aplicación con base en la subsunción (MORESO, 2003, 117-121).

Respecto de la ponderación, es valioso retomar el ensayo de Prieto Sanchís para completar su comprensión. Una distinción inicial se encuentra en los principios, pues no todos son idénticos, ya que forman parte de ellos los “mandatos de optimización”, que poseen notas de aplicación más concretas que las de sus congéneres, pero como contrapartida mandan niveles de observancia con mayor incertidumbre. Otra afirmación interesante es la que sitúa la ponderación entre dos ejercicios de subsunción y que puede propiciar su eventual irrelevancia, “merced al precedente”. Pero es trascendental observar la relación inversamente proporcional, causada por los diversos márgenes de concreción de las propiedades de aplicación en las disposiciones jurídicas, entre ponderación constitucional de la ley y ponderación legal que, a su vez, excluye la ponderación judicial ordinaria.⁴⁶ En palabras sencillas, las leyes con sentidos abiertos son más difíciles de declararse no acordes con la constitución por los tribunales constitucionales, pero igualmente dejan un amplio espacio de maniobra para la discrecionalidad de los operadores ordinarios (2003, 137-149).⁴⁷

Como no puede ser de otra forma, la ponderación es concordante con cierta incertidumbre en el derecho e inclinada hacia posturas valorativas no objetivas, pero se trata de una cuestión diferente llevar la crítica motivada por esa ausencia de infalibilidad hasta la discu-

⁴⁶ Es verdad que PRIETO SANCHÍS no pasa por alto las dudas de constitucionalidad de las leyes que llevan a cabo por sí mismas una estricta ponderación, pero todavía cabe acentuarlo con mayor rotundidad. En mi opinión, la eliminación de conflictos entre principios sigue siendo general tanto si se realiza de forma abstracta como para un caso concreto y en ambas hipótesis es inconstitucional si no se establece previamente en la ley fundamental. Ese es el motivo que aconseja la inviabilidad de la imposición del criterio de especialidad en las decisiones judiciales para resolver los supuestos donde se enfrentan principios y lo mismo sucede para el caso en que desde la ley se busque, de manera general, establecer un criterio de preferencia inmutable (2003, 142-149).

⁴⁷ Adicionalmente, hay que destacar los requisitos de operatividad de la ponderación una vez que se vuelve inevitable su utilización. El presupuesto obvio es que las medidas contrapuestas sujetas a evaluación, como pueden ser actos o normas que condicionan el ejercicio de derechos humanos, gocen del apoyo de principios de igual rango. Posteriormente, lo importante es que ese sustento les venga dado por la idónea representación del principio de que se trate, que se asegure que la actualización de tales medidas funciona como *ultima ratio*, así como que el cálculo que las equilibre se realice por medio de un “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”, es decir, que lo que pierda una posición y su principio guía, lo gane la otra (PRIETO SANCHÍS, 2003, 149-151).

sión acerca del decisionismo judicial que limita la discrecionalidad de los órganos legislativos. En un marco previo a tal debate, debido es reconocer que Prieto Sanchís se pronuncia por la permanencia de la ponderación ordinaria y despreocupado por el mantenimiento de la ponderación constitucional.⁴⁸ Finalmente, es fácil constatar el interés que la ponderación persigue en el constitucionalismo sólido, ya que se convierte en uno más de los elementos para inclinar su adopción, pues contrarresta las desventajas de su activismo judicial, dotándolo de argumentos incluso para preferirlo como modelo teórico frente al positivismo jurídico (2003, 151-158).

Tengo plena conciencia de que seguirme en las consideraciones de este apartado se favorece drásticamente con el conocimiento de los ensayos que estoy comentando, pero asúmanlo los que aún me acompañen como una invitación a su estudio. En todo caso, lo que es prudente retener es que tratándose de derechos humanos es común que actualmente ya se encuentren incorporados en las disposiciones de mayor jerarquía de los diferentes ordenamientos jurídicos, con lo cual, por mucho que quiera interpretárseles como normas de principios ambiguas, debe reconocerse que su inclusión en el derecho positivo posee, como mínimo, una consecuencia, que la exigibilidad que demandan es mayor a la que se tendría si esos mismos ordenamientos carecieran de su presencia. Asimismo, si otra cosa ha quedado clara después de este repaso es que al constitucionalismo se atribuyen significados múltiples, lo que no impide sugerir que, en definitiva, si ser constitucionalista permite defender la plena obligatoriedad de los preceptos “iusfundamentales”, entre ellos los correspondientes a derechos humanos, no se entiende la razón de que tal exigencia de cumplimiento sea confundida invariablemente como la puerta de entrada a una moral determinada, que en este específico punto no

⁴⁸ A fin de ilustrar hipotéticas razones que sustentan una posición distinta, y no sólo relativamente, aquélla que prefiere la eliminación de la ponderación tratándose del control constitucional, pero que le resulta indiferente en los procesos comunes, sirve tener en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos únicamente los pronunciamientos de los tribunales constitucionales derivados de controles abstractos o concretos, da igual, poseen efectos generales, mientras que juicios como el de amparo, ciertamente nada ordinarios, se deben conformar con originar sentencias de alcances particulares. Asimismo, estos últimos pueden tener un campo de protección más reducido, por ejemplo, ceñido a unos pocos derechos humanos y no a la totalidad de los preceptos constitucionales.

realiza ninguna contribución indispensable. Es más, es posible intuir que un positivismo coherente y exigente no tiene motivo para oponerse a esta visión.

Antes de finalizar esta disertación sobre el derecho, concédame el lector la oportunidad de plantear una hipótesis inicial para dilucidar una de las principales imprecisiones que condicionan las relaciones entre positivismo y constitucionalismo. En mi opinión, son dos las cuestiones básicas, una tiene que ver con la fuente última de obligatoriedad del derecho, asunto donde se imputa apresuradamente al constitucionalismo una preferencia por argumentos morales para luego resaltar su distanciamiento con el positivismo. La segunda consiste en aprehender los elementos de identificación de las disposiciones de un ordenamiento jurídico, en la que la acusación al constitucionalismo es que utiliza nuevamente criterios morales. Ambos asuntos versan sobre la característica que separa al derecho de otros ordenamientos como la moral y se vinculan con las “normas de cierre” del sistema, pero lo único que por ahora deseo adelantar es que a una constitución no conviene confundirla con la “norma fundante básica” ni tampoco con la “regla de reconocimiento”.

V. OTRAS DISCUSIONES PENDIENTES

Para defender la concepción de derechos humanos por la que apuesto es fundamental el principio de igualdad de las personas, el cual puede llegar a verse comprometido al circunscribirse exclusivamente al territorio de los diferentes países a causa de las exigencias que se introducen con pretexto del criterio de nacionalidad. Por ello es procedente analizar, siquiera brevemente, cuál es el sentido y las ventajas que el vínculo nacional agrega a la convivencia social. En su nombre, llega incluso a reducirse el espacio de autoridad de los derechos humanos, únicamente para reconocerlos y garantizarlos plenamente dentro de las fronteras de un Estado y solamente para sus ciudadanos, olvidando que para que nadie abuse de su poder, el derecho tiene el compromiso de reconocer que todas las personas son iguales y valiosas por el mero hecho de existir, lo que debiera traducirse en idéntica medida en los documentos jurídicos supremos de los ordenamientos, evitando la “desigualdad en derechos”.

En este orden de ideas, requieren atenderse preliminarmente las peculiaridades de dos alternativas contrapuestas, la del patriotismo y la del nacionalismo. Por ello resulta conveniente detenerse en las explicaciones, con énfasis histórico, que sobre el tema ofrece Maurizio Viroli.⁴⁹ En pocas líneas, puede mencionarse que ambas opciones invocan sentimientos hacia un influyente y particular contexto, que se supone localizable, donde las personas desarrollan su convivencia, aunque las diferencias surgen según se acentúe la libertad republicana o la homogeneidad espiritual. Tanto el patriotismo como el nacionalismo ofrecen razones para preferir la específica sociedad a la que se pertenece por sobre la humanidad en su conjunto. Asimismo, un individualismo exacerbado necesita otorgar importantes concesiones a tales sentimientos, que exigen de sus participantes esfuerzos comunes. El equilibrio entre las dos posturas se rompe por su carácter excluyente o abierto, lo que hace del patriotismo una vía política "realista" para lograr la convivencia en la sociedad contemporánea, en contraposición al panorama cerrado que ofertan los nacionalistas, o bien, frente a proposiciones ideales, morales y racionalistas, poco apasionantes y por lo tanto inviables en el mundo real (1995, 15-34).⁵⁰

El patriotismo que vale la pena destacar es el republicano, donde la libertad igualitaria se obtiene y defiende en común con los conciudadanos, se combate un individualismo que aísla a las personas y desune la sociedad, se busca la satisfacción de necesidades básicas, le resultan extrañas las opciones políticas por el Estado personalizado y opresor, importan las instituciones políticas y el derecho aún

⁴⁹ VIROLI, M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre el patriotismo y el nacionalismo*, trad. Patrick Alfaya MacShane, Acento, Madrid, 1997. Su apuesta confesa es por una "libertad igualitaria", lo que en sus palabras refiere "la posibilidad para todos los ciudadanos de la república de vivir sus vidas como ciudadanos sin ser oprimidos al denegárseles sus derechos políticos, civiles o sociales" y, en conexión con ello, entiende que una república "no necesita unidad cultural, o moral o religiosa; necesita otro tipo de unidad, principalmente una unidad política sustentada por el nexo con el ideal de república", pero no "una república impersonal basada en los valores universales de libertad y justicia", sino "vinculación a una república en particular con su forma particular de vivir en libertad" (1995, 29).

⁵⁰ No se trata de repetir aquí el recorrido histórico de las ideas de patriotismo y nacionalismo realizado por VIROLI, aunque sí debe quedar claro que el lenguaje utilizado por ambos es similar en la forma y muy distinto en el fondo, que el primero aventaja en antigüedad al segundo, apareciendo éste a partir de una época determinada.

más, la educación se vuelve esencial para propagar esta forma de vida virtuosa y, cómo olvidarlo, los deberes juegan un papel fundamental. El quid de la distinción es la amplitud comprensiva de la propuesta, que hace posible aprovechar o desperdiciar los contrastes ofrecidos en otras latitudes, extender o no su órbita de influencia.⁵¹

Al otro lado de una delgada línea se encuentra el nacionalismo, donde lo primordial es lo particular en extremo, la cultura propia comienza por matizar el empuje de la libertad en común hasta subordinarla a la homogeneidad "natural" del pueblo, la unión es ahora uniformidad, las señas de identidad son espirituales, históricas, físicas y/o lingüísticas antes que políticas, aunque posteriormente es posible una evolución de lo político que cambia de sentido y en su significado se impone una combinación de esos rasgos, pero puede ser todavía peor si pasa del aislamiento a una expansión extrañamente cosmopolita, en este terreno hay diversas libertades atribuibles a diferentes naciones y no es inusual que una busque imponerse; asimismo, la educación continúa siendo importante y, finalmente, conviene notar un aumento gradual en la intensidad de la relación que identifica personas y pueblos, que luego serán estados (Viroli, 1995, 122-175).

Ante el escenario descrito, Viroli favorece una interpretación contraria al nacionalismo o a su versión renovada que observa en las tesis comunitaristas, aduce el carácter político de la discusión pero sabe que lo cultural y lo político son lenguajes entremezclados, prefiere, sin entronizarlo, el ámbito concreto frente a las impersonales expresiones cosmopolitas, es decir, a pesar de que cuida valorar en su justa medida los rasgos etnoculturales a fin de no hacerlos determinantes, entre lo universalista y lo particular opta por lo segundo, sin que ello merme la prioridad de su compromiso con la libertad común, protegida por el derecho y para la cual resulta vital la participación que propician los derechos políticos, así como la superación de intereses exclusivamente egoístas, por eso se inclina ante los "conciudadanos" más que ante los connacionales (1995, 202-232).

Si se considera la narración que realiza Viroli, además de encontrarse diferencias claras entre el nacionalismo y el patriotismo, es

⁵¹ Los artífices de este discurso que he elegido resaltar son Maquiavelo, Milton, Toland, Shaftesbury, Freund, los patriotas ingleses de inicios del siglo XIX, Mazzini, tal como aparecen en la narración de VIROLI (1995).

posible estimar en este último una doble vertiente según pondere con mayor o menor ánimo una visión receptiva e inclusiva con otras experiencias localizadas más allá de las fronteras. Con esto en mente, no comparto la propuesta que elige, toda vez que su interpretación carece de la apertura necesaria que exigen la universalidad y la igualdad propias de una concepción exigente de los derechos humanos. De cualquier manera, una vez esclarecidos aquellos términos, requiere debatirse el mantenimiento del criterio de nacionalidad. En su favor puede recordarse que el vínculo que origina permite fundamentar esfuerzos compartidos en aras del bienestar común de una determinada comunidad, que funciona como seña de identidad y además matiza un individualismo extremo, gracias a la inclusión de deberes y responsabilidades. No obstante, siendo apreciables las distancias entre el criterio de nacionalidad respaldado por el nacionalismo y el vínculo de ciudadanía apoyado por el patriotismo, falta comprobar si es mejor opción sustituir el primero por el segundo.

A fin de responder esta interrogante resulta interesante intentar seguir algunos argumentos de Jürgen Habermas.⁵² El planteamiento inicial confirma la insistencia en ciertos sectores por la permanencia del criterio de nacionalidad, representado en el discurso como “etno-nacionalismo”. Asimismo, debe tomarse en cuenta que en el artículo que se analiza la idea de “naciones” puede adquirir un significado que recuerda a una sociedad de ciudadanos de especial talante patriótico (1996, 107-135). Lo importante es retener que, en la práctica, si las naciones se acompañan de lo étnico afirman la membresía a un pueblo con carácter excluyente, mientras que si se mantienen independientes de ello, pretenden agrupar de forma inclusiva a un conjunto de ciudadanos, que en muchos sentidos son personas “extrañas entre sí”, pero que pueden estar unidas en el disfrute de los mismos derechos “republicanos”. Es fundamental destacar que el goce de esos derechos, si adquiere un tono “ambivalente”, hace posible la confusión entre “*ethnos* y *demos*”. No obstante, lo nacionalista resulta dispensable porque la “integración social” puede realizarse por medio del derecho y la democracia (1996, 108-112).

⁵² HABERMAS, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999.

Pero no cualquier democracia, Habermas a propósito de Schmitt, muestra las limitaciones de hacerla dependiente de la idea de nación entendida como pueblo “naturalmente” uniforme, pues con ese atributo se argumenta como una expresión colectiva incontrolable y además, rompe la igualdad únicamente para predicarla entre los miembros de ese pueblo, en tanto que sean personas homogéneas, aunque con ello se pretenda justificar su independencia. En cambio, parece mejor opción que pueblo y nación refieran a la sociedad de ciudadanos sin constituir su antecedente, observando la democracia como resultado de “una praxis constitucional”. En este escenario, “la soberanía popular y los derechos humanos, democracia y Estado de derecho se entrelazan”, pero para que funcionen los enlaces “procedimentales”, deviene indispensable la simetría en el disfrute de tales derechos (1996, 112-116).

No obstante, como requiere sustituirse exitosamente el lazo que la nación uniforme origina, el cual permite la configuración política de una unidad de esfuerzos en la comunidad, así como mantener a las personas “contextualizadas”, Habermas propone en su lugar, que la soberanía popular tenga por base una participación intersubjetiva, deliberativa y comunicativa, como forma de estructurar el discurso público, logrando así la “formación política” de la voluntad social y, asimismo, donde se considere la importancia de los diversos contextos que influyen en las identidades individuales (1996, 117-118). Puede insistirse en que la congruencia de todas las ideas anteriores se gana o pierde al evitar algo que no es casualidad, a saber, la “desigualdad en derechos” entre los ciudadanos. De lo contrario, es posible justificar incluso el derecho de “autodeterminación nacional”.⁵³ En cualquier caso, a la pregunta por la amplitud de la composición de esa comunidad de ciudadanos, hay que responder que cada “extraño” que viva en su seno, para mantener la necesaria igualdad, debe formar parte de ella desde su diferencia, y tal es la opción de este autor (1996, 123-126).

⁵³ Aunque tampoco me parece una verdad absoluta la imposibilidad de secesión dentro de un Estado constitucional y democrático de derecho (HABERMAS, 1996, 121-122). Ni siquiera esa hipótesis resulta infalible, siempre que la decisión correspondiente se adopte en el marco adecuado y respetando todas las garantías que el mismo ordenamiento jurídico acepta. Como sea, distinguiendo entre opciones “nacionalistas”, que no criminales, lo que debe evitarse es que más allá de la unidad estatal, únicamente se encuentre el recurso a la fuerza.

Con lo dicho se revelan los inconvenientes del criterio de nacionalidad. Sin duda uno bastante prescindible es que la homogeneidad nacional requiere para autoafirmarse, su permanente contraste con otras identidades similares. La unión de ese complejo con el imperio de la fuerza, favorece todo tipo de “choques”, léase guerras. Para sustituir la violencia como instrumento de gestión de la convivencia social, la humanidad ha inventado el derecho, pues al final del otro camino no hay más que dominio y destrucción. Por supuesto, no cualquier derecho, nunca uno culturalmente orientado a la uniformidad, más bien uno que reconozca contenidos exigentes que reposan en los derechos humanos, universales e iguales para todas las personas, que siempre son “extrañas” en la mirada de alguien más. En esa medida, se propicia “fomentar una economía autosostenida y condiciones sociales soportables, una participación democrática igualitaria, el Estado de Derecho y una cultura de la tolerancia” (Habermas, 1996, 131). Aunque esta última con reservas, pues comúnmente no se asocia con la universalidad de los derechos humanos que vale la pena defender.

En conclusión, parece obvio que desde el lenguaje nacionalista la colectividad beneficiada es la nación constituida etnoculturalmente, mientras que en el terreno del patriotismo la prioridad está depositada en el conjunto de ciudadanos. A pesar de que ambas nociones se utilizan en el ámbito estatal, donde incluso se combinan, son ciudadanos los nacionales de un Estado, en la actualidad, marcada por la multiculturalidad, es el criterio de ciudadanía sin más el que mejor defiende su relación con el Estado y hasta puede exportarse a las unidades supraestatales. Lo que se quiere decir es que si el criterio de nacionalidad se ha identificado con el de ciudadanía, en las sociedades contemporáneas, considerando esas dos opciones, conviene que prevalezca únicamente el último, definido por notas jurídicas y políticas que se suponen culturalmente “neutrales”. Sin embargo, en este contexto, los cuestionamientos necesitan apuntarse hacia la idea de ciudadanía como límite de los derechos humanos universales e iguales para todos.⁵⁴ Si la ciudadanía es inclusiva y se concede por igual a cada una de las personas que viven en la comunidad de que se trate, no tiene problema, pero si resulta excluyente y favorece una “des-

⁵⁴ Esos derechos son los liberales, los republicanos y los sociales, en idéntica medida. Faltando alguno, irremediabilmente se pierde la congruencia del discurso.

igualdad en derechos”, no parece que se distancie en nada del temido vínculo nacionalista.

A fin de esbozar argumentos que permitan una ciudadanía abierta, logrando de mejor manera un vínculo social estable, cobran interés un par de ensayos de Martha C. Nussbaum que se acompañan de varios artículos de otros autores,⁵⁵ que intentan conjuntamente reflexionar sobre el cosmopolitismo y los alcances del patriotismo, aunque igualmente persisten posturas más bien nacionalistas.⁵⁶ Si el patriotismo que vale la pena se decanta por la exaltación de la libertad común, no parece congruente que corte sus esfuerzos al borde de las fronteras, sin que con ello sacrifique sus diferencias con el nacionalismo. Esa es la cuestión fundamental que pretende ser resuelta desde el cosmopolitismo, del que se critica, entre otras cosas, su inoperatividad por falta de arraigo en los sentimientos humanos y la posible pérdida de identidad a la que conduce.

La principal tesis del cosmopolitismo es que se contemple como lo más valioso a la humanidad entera, con lo que puede adquirir relevancia la universalidad e igualdad de los derechos humanos, pues ya no se predicán únicamente para los ciudadanos de un Estado, como defiende el patriotismo o, de manera aún más reducida, para los nacionales, según las pretensiones del nacionalismo. La forma más radical de cosmopolitismo busca que el “accidente” del nacimiento sea tan intrascendente como para que las divisiones estatales sucumban siempre ante las demandas de la humanidad en su conjunto. De todos modos, esta ideología no pide que se olviden las identidades particulares, solamente que se inclinen ante los intereses globales, siempre respetando la individualidad de cada persona (Nussbaum, 1996, 13-22).

Una buena ayuda para matizar esta radicalidad y entender adecuadamente la intención cosmopolita se observa en la contribución de Amartya Sen,⁵⁷ puesto que no se trata de que la humanidad monopo-

⁵⁵ NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Joshua Cohen (comp.), trad. Carme Castells, Paidós, Barcelona, 1999.

⁵⁶ No se pasan por alto las extrañezas de planteamientos donde francamente algunas de las percepciones sobre la realidad estadounidense y la relación de ese país con el resto del mundo son altamente contrastables, pero en esta oportunidad esos comentarios requieren ser puestos, aunque ya he recomendado unos libros para contemplar la otra cara de la moneda.

⁵⁷ SEN, A., “Humanidad y ciudadanía”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 135-143.

lice las lealtades de las personas, sino de que se acepte una "pluralidad de compromisos" para evitar que lo primordial se vuelva excluyente y a fin de que cuenten las "lealtades complementarias". Sin embargo, la importancia del cosmopolitismo se consolida "si convenimos que nuestra común humanidad posee una relevancia moral sustantiva", así como si trasciende el que "ninguna persona quede excluida de nuestra incumbencia moral" (1996, 136-140).

La importancia que la visión cosmopolita tiene para el derecho se manifiesta a través de la influencia que intenta conseguir por medio de la educación. Al respecto, cabe destacar favorablemente la pérdida de las ilusiones de neutralidad, naturalidad o normalidad que propicia, es decir, cuando uno persigue ampliar su discurso al total de las personas, inmediatamente observa las diferencias que reinan entre nosotros, con lo que se generan dudas sobre la creencia en la infalibilidad de las convicciones propias. Asimismo, el valor de la solidaridad es otro beneficiario de esta postura. No obstante, lo que me parece más interesante es que el cosmopolitismo permite tener conciencia sobre los problemas de congruencia de aquellas nociones "que hablan el lenguaje del universalismo pero cuyo universo, por el contrario, tiene un alcance restringido e interesado", sacando a relucir la peculiaridad de esas teorías que favorecen que algunos privilegiados reciban "un respeto especial" (Nussbaum, 1996, 22-26).⁵⁸

Para abordar un cuestionamiento básico sobre el cosmopolitismo, conviene un cambio de autor. Se trata de la sospecha que lo asocia con la homogeneidad, a lo que Kwame Anthony Appiah responde con la complicada pero fructífera combinación entre patriotismo y cosmopolitismo.⁵⁹ Es de utilidad observar que las "responsabilidades ciudadanas" para proteger no sólo la cultura o la política, sino también el derecho o el medio ambiente, se confían a todos los que viven en una sociedad determinada y no exclusivamente a los que nacen en ella, con lo que además se fomenta la diversidad y el progreso. Otra cuestión para recordar es el enriquecimiento que el cosmopolitismo aporta al liberalismo congruente, resaltando su potencial crítico y descartan-

⁵⁸ Importa añadir que la conciencia sobre el "igual valor de las personas", su "igualdad moral", es la reflexión fundamental en el segundo ensayo de NUSSBAUM (1996, 159-173).

⁵⁹ APPIAH, K. A., "Patriotas cosmopolitas", en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 33-42.

do una extrema complicidad estatista. Asimismo, no deja de ser aleccionador que con una posición positivista se señale que los derechos atribuidos a la humanidad "importan en tanto que derechos humanos y que eso sólo es importante si los derechos de los humanos extranjeros también lo son". En suma, corresponde a estos derechos, universales e iguales, ser el lugar de encuentro en las sociedades multiculturales. Por si no fuera poco, de este artículo trasciende que los estados no necesariamente devienen obsoletos desde el cosmopolitismo, porque subsisten como espacios donde florece el pluralismo y porque en ellos transcurre y se condiciona la vida humana (1996, 33-42 y 176).

Un mensaje similar en el que claramente se manifiesta la utilidad instrumental de los estados, se observa en el comentario de Amy Gutmann,⁶⁰ toda vez que continúan siendo espacios adecuados donde los "ciudadanos democráticos disponen de medios institucionales de los que carecen los individuos solitarios o los que sólo son ciudadanos del mundo", que posibilitan en mayor medida la capacidad de presión de esos ciudadanos en los asuntos públicos, como la promoción y el respeto de los derechos humanos (1996, 83-89). A lo que conviene incorporar que la legitimidad de los estados y la influencia de las personas, se conserva siempre y cuando sus fronteras se mantengan abiertas para todo el que quiera establecer en ellos su morada y convertirse en ciudadano.

Me parece que lo más interesante y reiterado en los escritos subsecuentes es precisamente la liga entre cosmopolitismo y patriotismo. En ese entendido, es de utilidad continuar con lo dicho por Charles Taylor, quien francamente se posiciona en la órbita de las identidades patrióticas, pero sin que ello le evite ampliar sus consideraciones.⁶¹ En primer lugar, hace notar la relevancia del sustento que el patriotismo ofrece a la democracia y que puede ser consistentemente exportada al derecho,⁶² pero sobre todo reconoce que el remedio indis-

⁶⁰ GUTMANN, A., "Ciudadanía democrática", en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 83-89.

⁶¹ TAYLOR, C., "Por qué la democracia necesita el patriotismo", en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 145-147.

⁶² "Una democracia ciudadana sólo puede funcionar si la mayoría de sus miembros están convencidos de que su sociedad política es una empresa común de considerable trascendencia, y que la importancia de esta empresa es tan vital que están dispuestos a participar en todo lo posible para que siga funcionando como una democracia" (TAYLOR, 1999, 145).

pensable para corregir las amplias desigualdades de los regímenes democráticos actuales pasa por acciones “redistributivas”, las cuales requieren “un alto grado de compromiso mutuo” (1996, 145-147).

Por otra parte, dos incógnitas que el cosmopolitismo necesita despejar se corresponden con el peligro de que en un mundo globalizado sirva para empujar a las personas a la soledad que generan las ausencias de sentimientos patrióticos, aunque ya no tanto nacionalistas, así como que involuntariamente termine por patrocinar cierta “versión del imperialismo”. Esa es la preocupación de Benjamin R. Barber.⁶³ Al no ignorar los peligros de una “visceral necesidad humana de pertenencia”, el patriotismo más lúcido funciona como fiel de la balanza, siempre que guarde sus distancias con el nacionalismo y, en este panorama, hace su aparición la “fe constitucional”, entre otras recomendaciones, para lograr ese ambicioso objetivo, donde un cosmopolitismo sin desarraigo, también es bienvenido (1996, 43-50).

Este esfuerzo por combinar ambas tendencias, a fin de preservarlas de la parte oscura de la globalización, es el que enmarca la aportación de Richard Falk.⁶⁴ Hay que darse cuenta de que, divididos, caerán, toda vez que el patriotismo presupone un potente Estado soberano que ya no es tal, que falla al procurar el bienestar de sus pobladores y al auxiliar “a los débiles a resistir a los fuertes”, con lo que, en esa medida, pierden interés en respaldarlo, los débiles evidentemente. Al otro lado, el cosmopolitismo tampoco resiste adecuadamente las acometidas “globalistas”, al contrario, mal entendido, parece favorecerlas. Es por ello que debe reorientarse hacia la “globalización-desde-abajo, concebida en función de las necesidades de las personas (y de la naturaleza), que se distingue de la globalización-desde-arriba dirigida por el capital y éticamente neutral”, así como amparar una evolución hacia una “democracia cosmopolita” que contenga a los poderes transnacionales y posibilite “el resurgimiento del Estado humano” (1996, 67-75).⁶⁵

⁶³ BARBER, B. R., “Fe constitucional”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 43-50.

⁶⁴ FALK, R., “Una revisión del cosmopolitismo”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 67-75.

⁶⁵ Dicho sea de paso, es una apuesta arriesgada confiar en Naciones Unidas, como la realidad contemporánea no cesa lamentablemente de demostrar. Esa es la razón por la que reitero que, en mi opinión, un enfoque con mayor viabilidad es el de la defensa de todos los

A mi juicio, la mejor forma de aprovechar lo hasta ahora dicho se muestra en el comentario de Elaine Scarry, en el que se conectan plenamente los planteamientos ideológicos con los problemas reales que deben solucionarse por el derecho, especialmente en sede constitucional.⁶⁶ Está bien que el cosmopolitismo permita “imaginar” una identidad humana universal generando sentimientos de solidaridad entre todos los habitantes del mundo, aunque para ello requiere superar no pocas dificultades antes de tener acceso a la “estrategia de irrelevancia imaginaria”, que finalmente permite que tan complicado esfuerzo trascienda únicamente si queda plasmado en los documentos jurídicos de mayor jerarquía. No obstante, en la medida en que el cosmopolitismo se asocie con el “rechazo del constitucionalismo” tomando como pretexto la supuesta primacía del “internacionalismo”, deviene contraproducente, razón por la que cierto nivel de patriotismo incluyente mantiene un equilibrio idóneo.⁶⁷ Pero el aspecto más interesante de resaltar es que la “paternalista imaginación generosa” no tiene nada que hacer frente al “principio de representación individual” y éste sólo se establece desde el derecho.⁶⁸ En definitiva, es fácil compartir que a fin de “respetar y defender los valores cosmopolitas se necesitan constituciones”, por lo que llegado el debate a este punto, resulta fundamental exigir que sus disposiciones sean cumplidas (1996, 121-134).

Aunque sólo quede enunciado, no hay desperdicio en resaltar ciertas ideas de Judith Butler,⁶⁹ pues debido es reconocer que la confian-

derechos humanos para cada persona en cualquier lugar del mundo, misión en la que los estados, por ser más cercano el control y el cambio de sus autoridades, ofrecen una mejor oportunidad para ganar la contienda. En mi opinión, esa es la unión entre patriotismo y cosmopolitismo en la que “podrán compartir un compromiso común capaz de remodelar las condiciones del Estado humano, la región humana y, en función del éxito de las fuerzas sociales transnacionales, un globalismo decente e incluyente” (FALK, 1999, 73-75).

⁶⁶ SCARRY, E., “La dificultad de imaginar a otras gentes”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 121-134.

⁶⁷ No es el caso de Scarry, pero me rehúso a que esto sea interpretado como evidencia de una supuesta irrelevancia de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, pues eso significa ignorar que tales textos son parte básica de los ordenamientos jurídicos estatales y en ellos cabe su exigencia, garantía y cumplimiento, aunque su origen no sea interno.

⁶⁸ El avance que tal medida fomenta en los ordenamientos jurídicos no hace olvidar que las circunstancias todavía son perfectibles a través de preceptos constitucionales que controlen la acción externa de los gobernantes.

⁶⁹ BUTLER, J., “La universalidad de la cultura”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 59-66.

za en la universalidad de los derechos humanos positivados en las disposiciones de mayor rango en los ordenamientos jurídicos, entre las que obviamente se incluyen las de origen internacional, no puede ser asumida “de una vez por todas”,⁷⁰ como si se tratara de una verdad infalible e inmutable. Queda como otro argumento a favor del perpetuo cuestionamiento de nuestras convicciones propias, a fin de que sea constante la búsqueda de los excluidos, si bien implique arrebatar la ilusión que esconde el carácter provisional y “contextual” de lo universal, algo en interminable reconstrucción, “que todavía ha de lograrse” (1996, 59-66). Adicionalmente, resulta inevitable complicar aún más las cosas, ya que la idea que cada uno tenga de lo universal depende en gran medida de la situación en la que se desarrolla, por lo que está en constante “renegociación”, independientemente del relativo éxito al intentar separar lo “bueno” de lo “justo”. Incluso desde este ámbito, nuevamente se hallan argumentos a favor del vínculo entre patriotismo y cosmopolitismo, lo que me parece constituye una enseñanza central a rescatar de la aportación de Hilary Putnam (1996, 113-120).⁷¹

Conviene hacer una pausa a fin de recapitular y enseguida concluir este diálogo. Desde una concepción fuerte de derechos humanos, en la que resulta básica la igualdad de las personas, el principio de universalidad, para ser coherentemente entendido, demanda una ciudadanía inclusiva. Detrás de ésta, como ideologías, sentimientos u opciones políticas encontradas, es posible hallar al nacionalismo, al patriotismo o al cosmopolitismo. Elegir un equilibrio adecuado entre tales corrientes influye en gran medida en los contenidos del derecho que cada uno de nosotros esté dispuesto a reconocer y, evidentemente, en la cercanía que el derecho mantenga con el poder y la fuerza. Asentado lo anterior, resta dejar constancia de otra de las exigencias que los derechos humanos requieren para ser más que buenas intenciones. Se trata de su interdependencia, que permite el goce real de los mismos. Imagínese una libertad siempre pendiente

⁷⁰ La expresión evoca deliberadamente un pasaje de la obra de RAWLS (1993, 152-153, específicamente, nota 16), aunque también se encuentre en el escrito de BUTLER que motiva mi reflexión y en la que intuyo el mismo recuerdo (1996, 60).

⁷¹ PUTNAM, H., “¿Debemos escoger entre el patriotismo y la razón universal?”, en NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo*, pp. 113-120.

de las decisiones políticas de otros o a la que la precariedad económica pervierte y se comprenderá la trascendencia de lo que expongo.

Es probable que la interdependencia de los derechos humanos inmediatamente evoque uno de los temas de mayor actualidad en el derecho: la exigibilidad de los derechos sociales.⁷² Insisto, si por un momento se piensa en la ausencia de esos derechos y la mayor fragilidad que dicha circunstancia acarrea, es fácil percibir que de esa manera se reducen las probabilidades de gozar de condiciones para reflexionar y construir proyectos de vida y desarrollo sustentables. Asimismo, es una posibilidad que los derechos humanos se comprendan como la victoria de los individuos, pero también es cierto que se puede ser egoísta o fraternal, así como que ello influye en el nivel de congruencia del individualismo, toda vez que si la persona es fundamental, lo es cada una y no sólo algunas privilegiadas. En este contexto, el problema con la igualdad estriba en su aplicación en dos planos, pues por un lado sencillamente refiere la equiparación sin más de las personas, que se predica como valor en un ámbito general, mientras que por otro, constatando las diferencias entre los seres humanos, exige la atención específica a tales particularidades. Abandonar ambas perspectivas condena a la teoría al terreno de la parcialidad, dado que en la igualdad formal no hay “neutralidad”. Hay que repetirlo cuantas veces sea necesario, lo universal es un sinsentido si no implica todos los lugares, todos los derechos, todas las personas.

A pesar de que las teorías de los derechos humanos se moviesen solamente en el mundo del deber ser, no se puede creer que incluso en el plano prescriptivo lo que se busque no sea equitativo. En la opinión de alguien que se confiesa todavía agnóstico, pero que al menos desea ser capaz de defender lo poco que el derecho le ofrece hoy en día, la mínima seriedad que se requiere es nombrar de forma distinta a las opciones. La concepción de los derechos humanos que limite su espacio de aplicación con base en la idea tradicional de nacionalidad y ciudadanía o retire su apoyo a los derechos económi-

⁷² No se asuste el lector que aún continúe a mi lado, pues ya no voy a hablar sobre esto, pero adelantando próximas discusiones y como elemental conocimiento en la materia, bien se invierte el tiempo conociendo un libro más o menos reciente que sintetiza un importante esfuerzo en equipo, ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

cos, sociales y culturales, así como que prohíba la concurrencia de todos, en iguales condiciones, al debate público de cualquier asunto, es muchas veces un incumplimiento del derecho e irremediablemente, aunque en ocasiones inconscientemente, contribuye con una "propaganda" cercana a la órbita del poder y la fuerza.

Me he extendido lo suficiente para enunciar un proyecto de investigación, tal vez de vida, del que añoro ocuparme. Espero que estas líneas, dedicadas a los seres amados que tanto extraño, no los defrauden a ellos ni al que las lea, o bien, que el futuro me permita compensarles.