

## **EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS Y LA JUSTICIA**

### **THE CONSTITUTIONALISM OF RIGHTS AND JUSTICE**

*Artículo Científico Recibido: 8 de febrero de 2017 Aceptado: 10 de abril de 2017*

**Susanna Pozzolo**  
susanna.pozzolo@unibs.it

**RESUMEN:** La idea del derecho hodierno – del término "justicia" hace referencia a la acción de un legislador que, tratando a los ciudadanos como iguales y con respeto, produce normas que, una vez aplicadas en modo consecuentemente coherente por parte de la magistratura, permiten obtener una situación justa. Las dos modalidades se han juntado en el estado constitucional contemporáneo adonde el sistema de derechos fundamentales se dirige en verdad solamente a algunos factores de diferenciación entre los miembros de la comunidad. Aun, quizás, por el momento al menos, estos derechos serian solo y en modo insuficiente, lo más básicos, se trata en todo caso de factores sumamente importantes para crear una base para conseguir el logro de todos los otros.

**ABSTRACT:** The idea of today's law - the term "justice" refers to the action of a legislator who, treating citizens as equals and with respect, produces rules that, once applied consistently by the judiciary, A fair situation. The two modalities have been put together in the contemporary constitutional state where the system of fundamental rights is in truth only addressed to some factors of differentiation between the members of the community. Even for the moment, at least, these rights would be alone and insufficiently, the most basic, they are in any case extremely important factors in order to create a basis for achieving the achievement of all the others.

**PALABRAS CLAVE:** Constitucionalismo, justicia, derechos.

**KEYWORDS:** constitutionalism, justice, rights.

**SUMARIO:** Introducción. El concepto de justicia y el estado contemporáneo 1. Del Constitucionalismo de oposición al constitucionalismo de los derechos (o sea desde la oposición a la regulación). 2. Los derechos y la regulación. 3. Deuda cero y garantías constitucionales. Conclusión. Bibliohemerografía

## **INTRODUCCIÓN**

**El concepto de justicia y el estado contemporáneo.** Abordar el tema de las relaciones entre derecho y justicia aún podría parecer simple, puesto que hay quien diría que deberían tener el mismo contenido, yo me inclino al revés a pensar que eso presuponga un análisis complejo. Por esta razón, entre otras, me parece útil realizar una aproximación al tema delimitando el sentido del término 'justicia' a los usos relacionados con la producción de reglas heterónomas. En lo que sigue, no me ocuparé de los problemas definitorios relativos al término en cuestión<sup>1</sup>.

'Justicia', entonces, será el nombre del criterio para evaluar las instituciones y la calidad del sistema jurídico y social. En esta línea, se puede decir que el término remite a la idea de equilibrio y a aquella de igualdad, así como también a la de armonía del orden normativo<sup>2</sup>. La idea de justicia, el criterio delo justo, determina qué reglas se tienen que aplicar, define en qué ámbitos y en qué medida la igualdad debe ser perseguida. En la aplicación de las normas, la justicia garantiza el igual tratamiento. La justicia, entonces, se presenta como un fin social también.

Hablando de la realidad contemporánea, creo que uno de los sentidos más compartidos – quizás central, me atrevería a decir, en la idea del derecho hodierno – del término 'justicia' hace referencia a la acción de un legislador que, tratando a los ciudadanos como iguales y con respeto, produce normas que, una vez aplicadas en modo consecuentemente coherente por parte de la magistratura, permiten obtener una situación justa. Cuando hablamos de justicia en relación a la comunidad política, inmediatamente pensamos en regulaciones que a) reconocen a todas las personas las libertades fundamentales y, reconociendo el pleno respeto a todos los miembros de la comunidad, b) determinan una redistribución de la riqueza producida por la sociedad en su complejo entre todos sus miembros, según algún criterio evaluado como justo<sup>3</sup>. En breve, la idea de justicia, por un lado, pretende que cada uno obtenga lo suyo y, por el otro, que las reglas establecidas sean respetadas. Y la discusión contemporánea sobre la justicia, de hecho, se concentra sobre una cuestión principal: como estructurar la sociedad en modo justo, entonces como estructurar su gobierno y la distribución de la riqueza producida.

Tomando este marco conceptual, me concentraré sobre los Estados constitucionales contemporáneos. En los Estados modernos las pretensiones de la justicia han encontrado la aplicación a través del principio de legalidad y en el reconocimiento de derechos fundamentales.

<sup>1</sup> Hart en su Concepto del Derecho habla de justicia como igualdad, es decir de un concepto cuyo criterio de verificación cambia con el cambio de los objetos a los que se aplica.

<sup>2</sup>La literatura desde Aristóteles (Ética Nicómaco) hasta Rawls (Una teoría de la justicia) y al "después de Rawls", es vastísima.

<sup>3</sup> Dejo del todo abierto el tema de la justicia internacional, que en esta sede no voy a abordar.

Aun la intervención del Estado se configure también como reparadora y de corrección<sup>4</sup>, es el tema de la redistribución que ocupa el debate.

Desde cuándo se ha terminado de pensar al problema de "los pobres" como a una cuestión de beneficencia y se ha reconfigurado el tema pensándolo como una cuestión social pública, el Estado ha asumido el deber de dividir entre los miembros de la comunidad los bienes producidos. La afirmación de los derechos humanos y fundamentales ha contribuido a definir un deber de reducción de la desigualdad o, al menos, de procurar un nivel básico fundamental para todos los miembros del grupo.

Esta obligación nacida probablemente entre una idea político-filosófica ligada al tema de una reciprocidad fuerte, contributiva diría, con el desarrollo de los estados modernos se ha evolucionado hasta un deber más extenso, estableciéndose que cualquiera, solo por ser miembro de la comunidad, tiene derecho a unos bienes con independencia de sus méritos. La justicia distributiva de los modernos, entonces, se construye alrededor de la idea de pertenencia a una comunidad política y se conforma como justicia social dirigida a reasignar los productos sociales. Este panorama es hoy superado en razón de un proceso de internacionalización de los mercados y de globalización general.

Sin embargo, todavía hoy, el Estado contemporáneo realiza la redistribución de los bienes a través de su política tributaria: definiendo e imponiendo tributos, el Estado financia sus actividades y redistribuye directamente o mediante servicios de vario tipo. A veces, incluso, interviene en el mercado como los otros actores económicos, en otras circunstancias, en cambio, aprovecha su posición dominante del territorio y, por ejemplo, baja el precio de algunos productos y servicios ofertados en el mercado o niega a otros el permiso para su distribución y oferta. Con estas políticas el Estado participa en el desarrollo económico de la sociedad, empujando en una u otra dirección, favoreciendo o desalentando comportamientos de individuos y empresas<sup>5</sup>.

Entonces la primigenia idea de reciprocidad contributiva de los burgueses ha terminado en los estados constitucionales para coincidir con la idea de pertenencia. Y entre los que pertenecen a la comunidad, el objetivo de justicia sería lo de actuar políticas tributarias que permitan una redistribución *justa*, que, en una escala de grado, se podría decir vayan desde la igualdad de oportunidades a la garantía de los derechos básicos fundamentales. Al fin y acabo, entonces, ésta

<sup>4</sup>porque se preocupa por tratar los desequilibrios que se producen en la sociedad y por castigar a quien viola las normas

<sup>5</sup> N. Riva, *Reciprocità e politica tributaria*, in F.V. Albertini, L. Cominelli, V. Velluzzi (eds), *Fisco, efficienza ed equità*, ETS, Pisa, 2015, pp. 15-41. Hay también efectos redistributivos más generales que derivan de la intervención pública como, por ejemplo, la defensa contra las amenazas exteriores del Estado, el logro de un medio ambiente limpio, un cierto nivel de seguridad en la vida cotidiana etc.

redistribución hoy en día es lo que representa la justificación concreta del orden jurídico mismo. Justificación que se acompaña a la creencia generalmente compartida de que se necesita la intervención del Estado en la vida social, es decir: en su ausencia, se verificaría una mala o peor, más injusta, distribución de los bienes producidos<sup>6,7</sup>.

En lo que nos ocupa, es importante señalar el enriquecimiento del concepto moderno de justicia precisamente con la previsión – además de los derechos de libertad (o *contra* el poder político, constitucionalismo de oposición) –de los derechos llamados positivos (o de prestación por parte del Estado). Es decir, se han establecidas unas previsiones normativas que obligan a una dirección la actividad legislativa tributaria. Éstos derechos básicamente hacen referencia a bienes escasos y, usando el esquema de los derechos de libertad, se podrían reconstruir como derechos *contra* el poder de los demás ciudadanos (*sean personas o empresas*), puesto que su disfrute implica una competición entre los miembros de la comunidad<sup>8</sup>. Ahora bien, aun esta imagen tenga su simbolismo, creo que mejor sea concentrarnos en la idea de *obligación* del Estado por actuar en pos de un cierto nivel de igualdad y de respeto de todas las personas que de esos derechos deriva.

Aun los derechos que establecen un servicio o una prestación (o sea todos los que miran a una redistribución de la riqueza social)requieran una concretización que puede ser articuladas y medidas por el legislador diferentemente, como escribía Ernesto Garzón Valdés con referencia a la teoría liberal, creo que se puede asumir que el Estado constitucional contemporáneo tiene como presupuesto fundamental y conceptualmente obligatorio<sup>9</sup>,el reconocimiento, la preservación y el fortalecimiento de la autonomía de las personas<sup>10</sup>, y entonces se puede averiguar en cierta medida la coherencia de su acción tributaria respecto a este objetivo<sup>11</sup>.

Claramente el marco entre lo que se intenta procurar este logro se mueve entre una idea *tendencia* a la viabilidad sustantiva de igualación de las oportunidades y, aun así, en la realización efectiva de esta igualdad inciden muchos factores, entre estos también la cultura, los recursos

<sup>6</sup>Ahora no discuto este punto y sencillamente lo asumo. Se trata de un “productos sociales” porque son el resultado de la existencia de la sociedad y sin ella no existirían. Ésta es lo que es por la participación de todos.

<sup>7</sup>La filosofía de base de esta construcción político-jurídica ve a los miembros de la sociedad como involucrados en un juego de reciprocidad que permite la producción de un bienestar mayor del que tendrían si actuaran de modo aislado. Un bienestar que puede consistir en riqueza, en seguridad personal u en otro objetivo que se considere valioso y que, en todo caso, tiene que ser redistribuido para ventaja de todos. Filosóficamente hablando, esta es la idea del contrato social a través del cual se superan los límites que la naturaleza ha impuesto a cada persona considerada aisladamente. En este marco se sitúa la previsión de los derechos, en la doble función de esqueleto del Estado legítimo y de garantías para los individuos.

<sup>8</sup>Se considere el fenómeno de los efectos horizontales de los derechos constitucionales R. Guastini, *Interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004

<sup>9</sup> S. Pozzolo, *La libertà dalla povertà come diritto fondamentale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 2, 2004, págs. 467-500.

<sup>10</sup> E. Garzón Valdés, *Tolleranza, responsabilità e stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 65, *Ipocrisia, simpatia e Stato di diritto*. Original en *Claves de razón práctica*, N° 101, 2000, págs. 10-19.

<sup>11</sup>Las teorías de Alexy y de Ferrajoli se pueden leer en esta dirección.

disponibles, las condiciones de salud de los ciudadanos etc. Estas políticas de igualdad se desarrollan más o menos en dos modos: mediante la atribución de derechos y creando igualdad de oportunidad en la competición entre participantes. Es decir las reglas intentan equiparar los individuos que compiten entre ellos por adjudicarse otras oportunidades socialmente escasas, por ejemplo: una particular posición social o una carga pública, una beca o un trabajo específico, etc. Se tiene que subrayar que mientras la igualdad resultante de la afirmación de los derechos fundamentales determina, a su vez, una igualdad estructural para que los individuos tengan una posición básica similar entre ellos, diverso es el caso de la igualdad de oportunidad. Es decir, con la idea de los derechos se pone en discusión la repartición desigual del poder (de la cultura, de los recursos) existente hasta entonces. En esto se encuentra la justificación del poder público que, con su intervención y construcción de la sociedad, actúa el objetivo de procurar ventajas mutuas a todos sus miembros. En este sentido el derecho instituye un cambio respecto a la desigualdad natural y social anterior a su establecimiento. Con la postura de la igualdad en las oportunidades para competir, diversamente, no se pone en tela de juicio el tipo de repartición existente entre los miembros de la sociedad, puesto que la competición mantiene las diferencias<sup>12</sup>, aun puedan ser otras respecto a la situación anterior. La idea básica de este modelo de sociedad es entonces la de neutralizar la influencia de las desventajas naturales que determinan desigualdades y que se consideran moralmente irrelevantes, por llevar la competición a nivel superior<sup>13</sup>.

Las dos modalidades se han juntado en el estado constitucional contemporáneo adonde el sistema de derechos fundamentales se dirige en verdad solamente a algunos factores de diferenciación entre los miembros de la comunidad. Aun, quizás, por el momento al menos, estos derechos serían solo y en modo insuficiente, lo más básicos, se trata en todo caso de factores sumamente importantes para crear una base para conseguir el logro de todos los otros. En un sentido se ha enriquecido la declinación jurídica del principio moral moderno según el cual las personas merecen algo moralmente solo cuando este algo se encuentra bajo su control, extendiendo la tarea del derecho hasta actuar contra la mala suerte natural en modo de tener, entre las razones del contrato social de los Estados constitucionales contemporáneos, la promesa de la garantía de la libertad externa<sup>14</sup> y de libertad interna<sup>15</sup>. El objetivo del constitucionalismo de los derechos, entonces,

<sup>12</sup>N. Riva, *L'eguaglianza delle opportunità come criterio di giustizia*, Workingpapers Centro Einaudi, 4, 2009, p. 19 Como justamente señala Nicola Riva siempre se consideran unas oportunidades no siendo posible considerar en abstracto la igualdad o desigualdad de oportunidades.

<sup>13</sup>Entre los factores irrelevantes que afectan los resultados obtenidos por los individuos, con independencia de su voluntad o mérito, se encuentran, por ejemplo, el nacer en una cultura más o menos tradicional (Cosa que puede favorecer o dificultar por ejemplo que una mujer complete su instrucción académica, además de su futura independencia económica), el nacer o no en una familia que estimule el florecimiento de la persona, o el nacer con una salud mental o física más o menos buena, y así por el estilo. El tema de los factores para calcular la responsabilidad y el mérito es muy complejo y difícil para ser discutido brevemente. También la cantidad de voluntad que el individuo logra usar – entendida como una dote personal – puede ser algo que no depende de su mérito.

<sup>14</sup>Libertad de acción y de movimiento: la ausencia de constrictión.

puede encontrar una síntesis en la idea de *desnaturalización de la justicia*<sup>16</sup> y el Estado constitucional democrático contemporáneo se configura "contra" la naturaleza en dos sentidos: i) porque reequilibra artificialmente la fuerza y la debilidad mediante sus reglas y organismos institucionales y ii) porque la idea misma de justicia que se ubica en la base de esta sociedad se muestra hostil a una distribución casual (o natural) del poder y de los bienes, confiando en su capacidad de modificarla en modo justo.

**1. Del constitucionalismo de oposición al constitucionalismo de los derechos (o sea desde la oposición a la regulación).** La historia del constitucionalismo es antigua y no me atrevo a proponer una reconstrucción. Quisiera, nada más, trazar sintéticamente el marco de mi reflexión a través de unos modelos. Aun cuando, en distinta medida, ambas revoluciones aportaron elementos a la moderna concepción constitucional, realmente es

Modelo I. Ante todo, se pueden ubicar las raíces del discurso constitucional contemporáneo en las ideas revolucionarias que llevaron al establecimiento de la Constitución estadounidense y de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Este momento histórico representa una ruptura, un cambio de perspectiva con relación al pasado<sup>17</sup>, en particular la Revolución francesa resulta determinante<sup>18</sup> por el desarrollo y la afirmación de la doctrina subyacente al proyecto de la modernidad con su atribución del poder de control de los hombres de sus propias instituciones. El cambio respecto del constitucionalismo antiguo es radical: desde entonces la sociedad se funda sobre la base de un *orden artificial* y voluntariamente impuesto por los seres humanos a la naturaleza<sup>19</sup>. Las constituciones llevan a cabo por esta vía la positivización de los

---

<sup>16</sup>El reconocimiento de la autonomía del sujeto, de la posibilidad de aspirar sin algún tipo de regulación heterónoma al logro de un cierto fin, o de perseguir un plan de vida. claramente, no existen solo las dotaciones de calidad y capacidad personal, pues también se tiene que considerar la situación social y económica presente al momento en que se establecen las reglas; es decir, se tienen que desnaturalizar también las diferencias heredadas por sociedades anteriores.

<sup>17</sup>Celano

<sup>17</sup>La literatura en cuestión es vasta. Aquí traigo a colación solo los siguientes textos: C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Il Mulino, Bolonia, 1990; G. Tarello, *Storiadella cultura giuridica. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976; P. Costa e D. Zolo, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán, 2002.

<sup>18</sup>Hay que recordar que incluso la Constitución norteamericana usa aquel "WethePeople" determinante para la toma de control por parte de los hombres de sus propias instituciones. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Cap. 1, Giappichelli, Turín, 2001, trad. cast. Palestra, Lima, 2011.

<sup>19</sup>Thomas Paine (*Los derechos del hombre*, 1792) escribía: "La constitución no es cosa de hombre sino de hecho, teniendo una existencia real, y no ideal; donde quiera que no se pueda exhibir en forma visible, no hay tal constitución. Una Constitución es una cosa que precede a un gobierno, y un gobierno es tan sólo la criatura de una Constitución. La Constitución de un país no es obra de su gobierno, sino del pueblo que así constituye un gobierno. Es el conjunto de elementos a que podéis referiros y que podéis citar artículo por artículo; conjunto en el que se contienen los principios sobre los que el gobierno ha de ser establecido, la forma en que se habrá de organizar, los poderes que tendrá, el carácter de sus elecciones, la duración de las legislaturas, los nombres que han de llevar las cámaras, los poderes que tendrá la parte ejecutiva, y, en resumen, todo cuanto se refiera a la completa organización de una forma de gobierno, y de los principios en que lo dirigirán, y por los que estará sujeto. Por lo tanto, una Constitución es, con respecto a un gobierno, lo que las leyes dictadas posteriormente por este gobierno son con respecto a un tribunal de justicia. El tribunal de justicia no hace las leyes ni puede alterarlas, limitándose a actuar de acuerdo con las leyes establecidas: del mismo modo el gobierno es gobernado por la Constitución."

derechos individuales<sup>20</sup>, proyectados como armas *contra* el poder político y como barreras *contra* su invasión en la vida personal. Es todavía una percepción piramidal del poder y de la sociedad, puesto que el poder político se sitúa arriba y verticalmente se impone a los ciudadanos. Estos, gracias a su igualdad horizontal, afirman sus derechos y delimitan su espacio de libertad exactamente en esta oposición. Es este el ideal liberal de los burgueses: el ciudadano burgués<sup>21</sup>, en un marco que limita la intervención del poder vertical, principalmente a garantizar su seguridad externa, desarrolla su autonomía a través relaciones de poder "horizontales" con los demás ciudadanos, en un espacio tendencialmente vacío de normas heterónomas. El consentimiento es el criterio para la construcción de vínculos legítimos, puesto que, básicamente, se trata de personas libres de actuar y pensar<sup>22</sup>. Los derechos de libertad constituyen el aparato de normas que define este espacio libre, circunscribiendo la competencia normativa del legislador confinada al exterior<sup>23</sup>. Creo que el *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés recoja bien esta idea<sup>24</sup>.

Modelo II. El desarrollo del constitucionalismo superó prontamente esta caracterización y su distinción entre una *igualdad horizontal, de ciudadanos a ciudadanos*, y una *desigualdad vertical, de los ciudadanos hacia el poder político*. Ya al inicio del siglo pasado, a partir de la Constitución de Weimar, se van produciendo constituciones más ricas en materia de derechos y, además, con una

<sup>20</sup>Entre los muchísimos libros se encuentra, por ejemplo, A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bolonia, 2007, que recuerda G. Jellinek, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, M. Carbonell y A. Posada (eds), UNAM, México, 2000, p. 82: «Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces solo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo».

<sup>21</sup>La identificación del sujeto único de derecho no determina inmediatamente la desaparición de cada diferencia, sobre todo permanecen desigualdades que excluyen particulares grupos dentro de los iguales. Por ejemplo, porque unos no son *hombres*, así que, de este modo, las mujeres permanecen marginadas, como amas de casa, y excluidas de la vida pública, también burguesa. Sin embargo, se tiene que recordar cómo empiezan en el pensamiento de la ilustración a circular ideas de igualdad entre los sexos, por ejemplo, Condorcet escribió algo y después Paine, Bentham y Mill. Aunque al final serán las mujeres las que reivindiquen sus propios derechos: Mary Wollstonecraft con *A Vindication of the Rights of Woman* (1792), Olympe de Gouges con su *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791) y sin olvidar que todavía hoy estos derechos "universales" siguen siendo como particulares, L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma, 1999.

<sup>22</sup>La afirmación de esta figura va de la mano con el desarrollo del constitucionalismo de *oposición vertical* que predica su división en dos áreas de espacio normativo: i) la primera es dominio del legislador y del derecho, de la política pública, y es aquella en donde el ciudadano tiene que obedecer a normas heterónomamente establecidas. ii) La segunda se presenta, por el contrario, como un espacio libre, un área donde el ciudadano es autónomo en sus decisiones y no obedece a nadie sino a sí mismo (A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, consultable en la dirección [http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/Liberta%20e%20diritti%20di%20liberta'\\_Pace.pdf](http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/Liberta%20e%20diritti%20di%20liberta'_Pace.pdf)).

<sup>23</sup>Escribió Pace, citando a Jellinek «"La pressione che i poteri dominanti esercitarono sulla libertà di determinarsi dell'individuo creò l'idea che uno speciale diritto corrispondesse a ciascuna delle direzioni in cui si esercitava l'oppressione. Così nasce, oltre alla rivendicazione della libertà religiosa, quella della libertà di stampa, della libertà di parola, della libertà di associazione e riunione, della libertà di espatrio, del diritto di petizione, della libertà dall'arresto...". Libertà "al plurale", quindi, che si trasformeranno via via in puntuali diritti soggettivi spettanti al soggetto privato - e a lui solo - grazie alla storia, alla cultura o a concessioni del monarca. Diritti soggettivi appartenenti come tali al più ampio *genus* dei diritti della persona solitamente denominati "diritti di libertà" proprio perché, come già detto, è la libertà a costituirne il contenuto», Id., *Libertà e diritti di libertà*, cit., p. 2. (G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), trad. it, Giuffrè, Milano, 2002, p. 104. En trad. cast. «La presión que los Poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo determinan la idea de que a cada una de las direcciones de la presión correspondía un derecho del hombre. Así se produjo, al lado de la exigencia de la libertad religiosa, la de la prensa, la de la palabra, las de asociación y de reunión, la de emigración, el derecho de petición, la liberación respecto del impuesto...», Carbonell-Posada (eds.), Jellinek, *La declaración*, cit. p. 130).

<sup>24</sup>Ernesto Garzón Valdés propone este modelo en distintos trabajos, aquí me parece interesante recordar "Instituciones suicidas" en *Isegoria*, 9, 1994, pp. 64-128 <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/284>; Id., "Algo más acerca del «coto vedado»", en *Doxa* 6/1989, pp. 209-213.

fuerza obligatoria real—un «entramado de auténticas normas jurídicas de eficacia directa»<sup>25</sup>—, estableciendo la supraordinación de la carta fundamental (y su protección). El ambicioso objetivo de las constituciones del período de entreguerras se tuvo que posponer y a eso se puede anudar el espíritu de las constituciones de la segunda posguerra<sup>26</sup>. En mi opinión, estos documentos representan nuevamente un cambio: por un lado, concluyen la trayectoria del constitucionalismo de *oposición vertical* y, por el otro, dan vida al constitucionalismo *regulativo* o *de los derechos*.

Modelo III. Sin embargo, la afirmación del modelo constitucional "largo y denso", acompañando la normalización de la forma política democrática, produce un nuevo paradigma constitucional que toma más en serio el tema del poder horizontal. Básicamente este constitucionalismo (ya democrático) se concentra en la regulación de lo que era la esfera de libertad: tal regulación se ha convertido en una necesidad, exigida por la positivización de los derechos positivos. En este marco, la idea del control jurídico del poder se traduce, no tanto en una delimitación de su ámbito de acción, sino más bien en la *regulación* de su actividad. Puesto que el poder se corresponde al pueblo en democracia, se entiende como el debate se concentre en torno a las reglas de redistribución aumentando además el conflicto entre "los iguales"<sup>27</sup>. En efecto, es claramente ilusorio imaginar una dilución o una ausencia de poder político solo porque el *demos* gobierna. Por el contrario, puesto que hay distintos intereses por parte de los "iguales"<sup>28</sup>, la competencia que se establece entre los distintos demandantes acaba expresándose también en la concreción en reglas aplicables de los derechos constitucionales, puesto que su garantía implica una (re)distribución por parte del legislador<sup>29</sup>. Entonces, aunque los derechos constitucionales se reconstruyan de medida

<sup>25</sup>R. Escudero Alday, La imposición del «déficit cero» frente al paradigma del Estado constitucional, en Teoría política (nueva serie), ANNALI VI, 2016, pp. 225-247, p. 228.

<sup>26</sup>Rafael Escudero Alday es muy crítico hacia las constituciones de la segunda posguerra. «... con la notable excepción de la Constitución italiana de 1948 ... a partir de la Segunda Guerra Mundial se fue construyendo un constitucionalismo bien diferente al forjado en sus albores... Un primer cambio consiste en la tendencia a limitar al máximo los instrumentos de democracia directa ... recogidos por ejemplo en el art. 73 de la Constitución de Weimar y en el art. 66 de la Constitución de la República Española. Además, se recondujo la participación política de la ciudadanía en los asuntos públicos al interior de los mecanismos propios de la democracia representativa. Buen ejemplo de esta limitación democrática son las Constituciones de Bonn de 1949 y la francesa de 1958. En ellos se dificulta sobremanera que sea la propia ciudadanía la que ejerza directamente la soberanía, canalizándose en cambio las demandas de los ciudadanos a través de la acción de partidos políticos y evitándose así los "excesos" en los que supuestamente habrían incurrido textos constitucionales como el de Weimar», op. cit., p. 229. Recuerda Pace que «Non a caso, Vittorio Emanuele Orlando, già nel 1890, nel suo famoso saggio sulle guarentigie della libertà, osservava che "[l]a scuola francese ha la tendenza di dare alla parola libertà un senso che più esattamente noi renderemmo colla parola democrazia. Così, costituzioni libere sono quelle democratiche; così per trionfo della libertà s'intende il trionfo della democrazia» (V.E. Orlando, "Teoria giuridica delle guarentigie della libertà", en A. Brunialti (ed.), *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, UTE, Torino, 1890, p. 921), *ivi*, p. 17. Yo no comparto completamente la crítica en el sentido que el constitucionalismo por su vocación fundamental tiene que limitar, y también en formas políticas democráticas se generan concentraciones de poder, no creo exista una ciudadanía abstracta, sino grupos de intereses.

<sup>27</sup>La modelización propuesta es solo parcial, asistimos a un constante desarrollo y cambios de elementos que pueden portar a nuevos tipos, sin embargo, por lo que interesa discutir en estas páginas se puede renviar esta ulterior reflexión a otro momento.

<sup>28</sup>Sobre democracia la literatura es inmensa, recuerdo aquí A. Greppi, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.

<sup>29</sup>En la amplia literatura ver, por ejemplo, A. Rossetti, "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales", en S. Ribotta y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 101-126. Para la tesis de la sujeción del legislador a los derechos, entre la literatura, se puede aquí reenviar a la obra de Luigi Ferrajoli que, a partir de su lectura de los derechos fundamentales, concibe claramente la función legislativa como limitada por ellos: la ley tiene que ser sometida a los vínculos substanciales de los principios y de los derechos fundamentales constitucionales. Entre los muchos escritos ver L. Ferrajoli, "Los derechos fundamentales", en *Cuestiones constitucionales*, 15, julio-diciembre, 2006, pp. 113-136, donde se puede leer «[d]el derecho resulta positivizado

como si constituyeran *un sencillo derecho superpuesto al derecho mismo*, que el legislador debería solo obedecer<sup>30</sup>, se revelan también fuente de conflictos y antinomias para el derecho objetivo.

**2. Los derechos y la regulación.** Como ha señalado Bruno Celano "cuando reconocemos o asignamos un derecho, reconocemos o asignamos una especial importancia, un peso particular, a cierto interés, en el sentido que creímos aquel interés una razón suficiente, en igualdad de condiciones, para imponer o negar un deber"<sup>31</sup>. El pluralismo nos deja claro sin embargo que no hay una sola traducción posible, razonable, o justa de los derechos (y de los correspondientes deberes). El cambio al último modelo, ligado también a una interpretación de los derechos como principios, ha contribuido a producir una expansión del *poder decisonal* (dispositivo) de la jurisdicción, cosa que sujeta el legislativo a diversas semánticas constitucionales<sup>32</sup>. Esto evidencia como la carga política del derecho objetivo no se haya agotado y aumentando la duda acerca de la neutralización de la naturaleza.

En Europa, la expansión de las políticas del *welfarestate* tuvo su momento de mayor desarrollo. La afirmación de los derechos económicos –en particular del derecho al trabajo– o de otros, como la salud y la educación, se ha planteado en el marco de una estrategia directa a igualar los ciudadanos en la competición<sup>33</sup>; presuponiendo la escasez de los bienes, el mecanismo redistributivo se da a través la competición entre demandantes. Allí debería empezar la

---

no solamente su "ser" [...], sino también su "deber ser" [...]; ya no solamente los vínculos formales relativos al "quién" y al "cómo" de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativo al "qué cosa" de las decisiones mismas ya que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio», p. 114.

<sup>30</sup>Sobre este punto hay muchísima literatura, desde los realistas jurídicos hasta los *critical legal studies*, se podría reenviar también al debate de Waldron y otros defensores de la democracia contra la institución contra-mayoritaria de los tribunales y su presunta mejor capacidad de defender los derechos, o se podría reenviar al debate neo-constitucionalista y a la tesis de la incorporación de la moral. Lo que me parece claro es que, en la medida en que interpretar un texto normativo no signifique conocer algo, hay un margen de variabilidad en la definición del contenido, así también para los principios y los derechos constitucionales. Entre muchos que subrayan cuán problemática es una precisa formulación de los derechos ver B. Celano, *I diritti dello stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2013. Me ha parecido interesante señalar también el siguiente trabajo, aun acerca de un punto temático un poco diferente: L. Lessig, "Erie-Effects of Volume 110: An Essay on Context in Interpretive Theory", en *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 8 (jun., 1997), pp. 1785-1812.

<sup>31</sup>B. Celano, "I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea", en *Analisi e diritto*, 2001, pp. 1-58.

<sup>32</sup>Se solicitan incluso interpretaciones conformes o, como Guastinilla llama, *adecuadoras (adeguatrici)*, y que, como tales, implican una re-interpretación más general del texto constitucional por parte de los jueces, intensificando el proceso de constitucionalización de todo el derecho y, al final, tal vez modificando el mismo rol del documento constitucional. La interpretación *adeguatrice* implica por ejemplo que: a) el tribunal adjudique sentido al enunciado constitucional concernido. El enunciado normalmente admite diversas interpretaciones que implican una elección valorativa por parte del intérprete, típicamente más si la formulación incluye conceptos morales cuyo significado se queda parcialmente indeterminado. b) El tribunal justifica la interpretación elegida argumentando o sea ofreciendo razones a favor de su resultado interpretativo. c) La disposición de la ley que debe ser interpretada admite varias interpretaciones, el tribunal elige el significado basándose en una interpretación conforme a lo que ha decidido en los pasos a) y b), es decir elegirá la interpretación mayormente conforme al significado atribuido antes a la disposición constitucional (descartando las interpretaciones que resulten incompatibles, aunque dejándolas como posibilidades interpretativas para otros intérpretes).

<sup>33</sup>Cosa que no implica la igualdad absoluta y económica, sobre el tema de justicia distributiva, entre muchos, recuerdo J. A. García Amado, *Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?*, consultable en la dirección <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Igualdad.%20Justicia%20distributiva%20y%20Estado%20social.%20Ponencia%20Alicante.pdf>; Id., "¿Qué desigualdades debe el Estado corregir?" (Debates de filosofía política. I), consultable en la dirección <http://almacendederecho.org/que-desigualdades-debe-el-estado-corregir-debates-de-filosofia-politica-i/>. Hay quien piensa que es posible una recomposición no conflictiva de estos derechos, Th. Casadei, *I dirittisociali*, Firenze UP, 2012.

competencia con oportunidades paritarias. Aun este proceso no ha sido sin dificultades, se produce un derecho cada día más *regulativo*.

Ahora bien lo que se nota con el nuevo milenio es un inclinarse de este constitucionalismo regulativo hacia el tema de la gobernabilidad, quizás disminuyendo el grado de democraticidad del sistema político<sup>34</sup>, puesto que la formulación concreta de la ley se vuelve una *decisión prima facie*, siempre sujeta a una nueva definición judicial. Esto muestra la falta de acuerdo acerca de las condiciones de justicia que permitirían la igualdad en la competición y la percepción de un resultado como justo, la ausencia de una clara y compartida jerarquización de los valores<sup>35</sup>.

Se evidencian unas dificultades. Por un lado, este tipo de constitucionalismo parece debilitar las garantías verticales, transformando derechos en pretensiones ponderables. Y, por otro lado, concentrando la atención en la línea horizontal de la relación entre ciudadanos – además en muchos casos sin considerar a fondo la disparidad entre los actores privados, con el riesgo (paradójico) de no poder tener éxito en ese encuentro contra los grandes grupos de interés, como las multinacionales o los lobbies – este constitucionalismo lleva consigo la idea de una disolución del poder vertical y favorece una limitación de las garantías sociales frente a trágicas libertades, tal como pasa con la disciplina que la Corte de Justicia europea ha establecido en relación con el conflicto entre ‘protección de los trabajadores’ y ‘libertad de empresa’<sup>36</sup>, favoreciendo el *socialdumping*.

**3. Deuda cero y garantías constitucionales.** Ahora bien, si está claro que la constitución no acarrea una doctrina o una sola idea de sociedad, sino es mensajera de una *pluralidad* de valores, cuya realización es también fuente de conflicto, cierto es también que tarea central del Estado constitucional, hasta hoy al menos, ha sido la realización de los derechos fundamental. Esto, a lo largo de los últimos siglos, ha significado hablar de justicia<sup>37</sup>.

<sup>34</sup>Rafa En esta dirección es interesante notar como en el debate público se ponen en oposición entre sí las generaciones, por ejemplo, atribuyendo la culpa de la falta de trabajo para los jóvenes a los más viejos que todavía trabajan. El punto es que siempre se quita la responsabilidad de *quien distribuye* y por *cómo lo hace*, porque este último se ha reservado la imagen del árbitro que adjudica entre las diferentes pretensiones avanzadas por parte de *los iguales*, como si fuesen pretensiones con las que no tiene nada a que ver. Como si la definición de las condiciones de justicia no dependiese de él.

<sup>35</sup> B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, Il mulino, Bologna, 2013

<sup>36</sup> Se lean las Sentencia de la Corte di giustizia C-341/05, Laval un Partneri Ltd / Svensk a Byggnadsarbetareförbundet e a. y sentencia C-438/05, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti.

<sup>37</sup> Ahora bien, el desarrollo del constitucionalismo regulador determina el persistente cuestionamiento de las decisiones políticas. De allí que se produzca una transferencia de poder desde esa esfera a aquella de la jurisdicción que, por un lado, adolece de una falta de legitimidad democrática para solucionar los conflictos sociales, pero que, por el otro, encuentra precisamente en esa falta su legitimidad institucional para buscar una respuesta. Esta es, a mi parecer, una modalidad de producción y aplicación del derecho que va mutando la estructura constitucional, perturbando así los mecanismos de contrapeso. Ciertamente, se ha rebajado la fuerza política del criterio del consentimiento –que sin embargo se mantiene como la fuente de la legitimidad política– y también se ha agrietado el principio de legalidad. Esto, no obstante una larguísima difusión del modelo constitucional que aquí se discute, cfr. S. Pozzolo, *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Aracne, Roma, 2012; Id., “El estado constitucional de derecho como paradigma de la modernidad”, en B. Barrios González y L. Barrios Chávez (eds), *El constitucionalismo de los derechos*, Barrios & Barrios, Panamá, 2014, pp. 21-37; L. Barrios Chávez, *La constitución de los derechos fundamentales*, Barrios & Barrios, Panamá, 2015.

Sin embargo, el cambio que se va determinando, paradójicamente – porque parece el momento más favorable por los derechos desde siempre –, alimenta ideologías que pueden revelarse *constitucionalísticamente* débiles<sup>38</sup> o, incluso, como unos sostienen, de un proceso de *desconstitucionalización*.

Hay sin duda grande incertidumbre, que, en primer lugar, afecta el principio jerárquico (a la base de la entera estructura de garantía y de legalidad del estado moderno<sup>39</sup>) con varias implicaciones y provocando desorden<sup>40</sup> 41, 42 y 43.

La crisis económica de los últimos años ha afectado profundamente a la situación jurídica antes referida, poniendo en serio peligro el nivel de desnaturalización. De esto se puede encontrar un interesante ejemplo en la normativa europea en la previsión de un número creciente de vínculos referentes al gasto estatal. Con la idea de uniformar los comportamientos fiscales de los distintos Estados dentro de la Unión se ha introducido, entre otras normativas, el principio de la deuda cero para la financia pública.

Si ya la democracia formal tenía sus problemas, es la democracia sustancial que parece enfrentarse con un rápido retroceso como directa consecuencia de la contracción de la inversión de los Estados en los derechos sociales<sup>44</sup>. La disminución de la inversión en protección social

<sup>38</sup>Es cierto que, con el fin de recuperar estabilidad, las interpretaciones ofrecidas por los tribunales superiores han producido también especificaciones o concretizaciones de principios que determinan jerarquías estables. Sin embargo, tiene que notarse que esas jerarquías estables, efectivamente, no se refieren a los valores abstractos, tomados por sí mismos, absolutos; sino más bien consideran una u otra de sus contextualizaciones. Así, por ejemplo, se ha producido una jerarquía estable que evita el conflicto entre la libertad de expresión, entendida como la libertad de prensa, y el derecho a la libertad personal o a la personalidad, entendida como el derecho al honor, priorizando los intereses de la libertad cada vez que las noticias perjudiciales al honor sean de importancia pública y, por el contrario, reconociendo preferencia al derecho al honor cada vez que la noticia no tiene tal importancia. El valor transmitido por cada uno de estos principios ha encontrado una regla de composición y estabilidad. Las ponderaciones que dan lugar a jerarquías móviles dejan por el contrario la percepción de un derecho fluido e incierto, casi un oxímoron, un derecho siempre abierto a nuevos equilibrios, a inconsistencias y *defeasibility*. Defectos que, de hecho, se pueden siempre encontrar, pero son diferentemente percibidos en las diversas áreas del derecho y en relación a las modalidades de acción que los interpretes habitualmente adoptan. Sobre el tema de la *defeasibility* ver J. Ferrer Beltran y G.B. Ratti (eds), *The Logic of Legal Requirements. Essay on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012).

<sup>39</sup>Pienso en los productores de normas que van desde las agencias que garantizan la *privacy* hasta los organismos de la Unión Europea, desde órganos como el WTO hasta el *softlaw*.

<sup>40</sup>Ya Nino sostenía la imposibilidad de una reconstrucción insular del derecho, entre sus escritos se pueden mirar: *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; *Introducción a la análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980; *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989; *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994; *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997; “Can there be Law-abiding judges?”, in M. Troper y L. Jaume (eds), *1789 et l’invention de la constitution*, LGDJ, Paris, 1994.

<sup>41</sup>Sobre el tema hay mucha literatura, ver por ejemplo: J. Habermas, “La costituzionalizzazione del diritto internazionale e i problemi di legittimazione che deve affrontare una società mondiale giuridicamente costituita”, en *Iride*, XXI, 53, enero-abril, 2008; S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Turín, Einaudi, 2009; Id., *Oltre lo stato*, Laterza, Roma, 2006; R. Bifulco, “La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito”, en *Rivista AIC*, 4/2014 <http://www.rivistaaic.it/la-c-d-costituzionalizzazione-del-diritto-internazionale-un-esame-del-dibattito.html>

<sup>42</sup>Justo para presentar un ejemplo: *The obscure legal system that lets corporations sue countries* <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid;is-democracy-threatened-if-companies-can-sue-countries?http://www.bbc.com/news/business-32116587>; *Profiting from crisis* [http://corporateeurope.org/sites/default/files/profiting-crisis-ex\\_sum-en.pdf](http://corporateeurope.org/sites/default/files/profiting-crisis-ex_sum-en.pdf); *Corporate Bias in the World Bank Group's International Centre for Settlement of Investment Disputes: A Case Study of a Global Mining Corporation Suing El Salvador* [http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador\\_informe-sobre-caso-CIADI\\_eng.pdf](http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador_informe-sobre-caso-CIADI_eng.pdf)

<sup>43</sup>El debate acerca del tema es realmente amplio. Solo como ejemplos de la variedad de problemas implicados recuerdo: P. Costa y D. Zolo, *Lo stato di diritto*, cit.; N. Kumar Katyal, “Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 9, 2006, pp.2314-2349; C.R. Sunstein, “Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 9, 2006, pp. 2580-2610.

<sup>44</sup>Disminución que no siempre se corresponde a una reducción de la inversión total, sino solo a un cambio en las partidas presupuestarias.

contribuye a un aumento de la desigualdad dentro de los confines europeos. Además, se tiene que subrayar que la *austeridad* no golpea a todos de la misma manera. Hay muchos factores que inciden en el índice de pobreza, en Italia por ejemplos se ha calculado que el nacimiento del primer hijo en una familia no aumenta el riesgo de caer en la pobreza, pasando solamente del 11,6% al 13,1%. Sin embargo, el segundo hijo dobla el porcentaje de probabilidades hasta alcanzar un 20,6%, y el tercero hasta el 32,3%. Parece inmediatamente claro como esto determine la manera en que se forma el entramado social, afectando las expectativas y los deseos que se encuentran en la base de los planes de vida de cada individuo.

La normativa europea se ha decantado hacia posturas neoliberales en distintos grados. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), en particular, vuelto a garantizar finanzas públicas saneadas entre los estados de Unión Europea ha implicado que algunos de esos, como Italia y España, hayan tenido que incorporar el principio de "deuda cero" incluso en la constitución<sup>45</sup>. ¿Qué determina esta inclusión? Naturalmente esta línea político-económica tiene varias implicaciones, señalaré solamente dos puntos.

En primer lugar me parece importante, también considerando las dinámicas políticas afuera de la UE, como el leitmotiv del discurso político se haya largamente reducido a la idea de la necesaria reducción de los impuestos, vehiculando la idea que sea justo el retroceso de las políticas sociales del Estado, incluso para favorecer una mayor libertad de elección de los ciudadanos. Presentada como *la enemiga del crecimiento y del bienestar*, se ha favorecido una indiscriminada actitud adversa hacia la *c.d. presión tributaria*<sup>46</sup>, alimentada además por una retórica populista en larga parte equivocada, puesto que no tiene en cuenta factores importantes como: (a) sobre qué van los tributos – si afectan los ingresos, los consumos o directamente la riqueza; (b) a cuales clases sociales afecta la medida tributaria, y en qué medida; (c) son usadas los recursos acumulados con los tributos –por ejemplo, si son consumidos por los propios sujetos públicos o son redistribuidos a los ciudadanos como servicios o recursos o, incluso, si son redistribuidos a través de transferencias monetarias, de manera que ,en realidad, la riqueza regresa a los privados<sup>47</sup>.

En segundo lugar, se tiene que averiguar si las medidas introducidas a limitar los gastos del estado van a afectar a los derechos constitucionales, y cómo, y si esto acaba modificando el propio modelo constitucional. Hay argumentos a favor y en contra de la constitucionalización de la deuda presupuestaria<sup>48</sup>: se inquiera, por ejemplo, si puede resultar injusto dejar el peso de la deuda sobre los hombros de las futuras generaciones. Sin embargo, una inversión, hoy por hoy, dirigida a producir una

<sup>45</sup>Por la verdad en la Constitución italiana se ha incluso el *equilibrio de presupuesto*, art. 81 Cost.

<sup>46</sup>Puesto que las palabras cuentan: ya no se habla de impuestos sino de *presión*, transmitiendo así su opresión.

<sup>47</sup>R. Escudero Alday, op. cit.

<sup>48</sup>Ibid.

sociedad mejor, con mayor educación y salud, parece producir un beneficio actual del que beneficiarían también las generaciones futuras, puesto que llegarían en una sociedad más próspera. Incluso, se podría decir que sin la inversión hodierna las generaciones futuras tendrían una desventaja, puesto que se encontrarían probablemente con una sociedad menos floreciente y quizás decadente.

Quizás pero el argumento más fuerte es el que apela al riesgo que derivaría de las fluctuaciones del mercado financiero al que el Estado acudiría por vender su deuda. Esto pondría el Estado mismo a merced de factores externos sobre los que no podría, en modo alguno, incidir el legislador o el gobierno nacional. Desafortunadamente, puesto que todos los Estados están inmersos en el proceso de globalización, esta situación ya se verifica en larga parte, aun en mayor o menor medida, en cualquier parte del mundo.

Aunque no hay una posición compartida a este respecto, la introducción de previsiones como la de la "deuda cero" a nivel constitucional parece ofrecer una razón jurídica para el bloqueo de las acciones gubernamentales de implantación de derechos: paradójicamente, tendríamos un mandato constitucional que limitaría la demanda de aplicación de los derechos constitucionales mismos. Como bien ha notado Rafael Escudero Alday, la regla introducida transforma la tradicional responsabilidad política hacia los ciudadanos en una responsabilidad económica hacia los acreedores internacionales.

Si es evidente la creciente fuerza ejercida por los organismos externos a los Estados<sup>49</sup>, parece razonable preguntarse si el constitucionalismo como lo hemos concebido a lo largo del último siglo – es decir, con una conexión político-jurídica necesaria hacia la garantía de los derechos y la democracia – se resiste a las crecientes necesidades económicas o estas se imponen, transformándolo en algo distinto y dando lugar a un proceso de desconstitucionalización.

Tomando en serio las posibilidades ofrecidas por el entramado semántico del texto constitucional se contemplan varios mundos posibles dentro del mismo marco textual. Siguiendo a una reflexión de Rafael Escudero, si tomamos como base al constitucionalismo *principialista*<sup>50</sup>, el mandato de estabilidad presupuestaria sería un principio tan ponderable como los demás constitucionales. Desde una perspectiva garantista, puesto que en este marco los derechos son el límite a la democracia y ésta es el límite a cualquier decisión pública, «[los] derechos no son solo límites al poder público y

<sup>49</sup>Esto ha sido leído en dos modos opuestos: a) como parte del desarrollo de un constitucionalismo supranacional, porque unos estándares de constitucionalización se han difundido mucho, aun bajando el nivel de las pretensiones de justicia, pero en todo caso forzando los gobiernos a tomar en consideración los derechos, hasta que hoy se presentan como una pauta necesaria por la legitimidad política. Al contrario, la correspondiente disminución del poder estatal b) ha sido interpretada como una reducción de la "fuerza" constitucionalista y democrática, porque reduce el rol de los partidos y la fuerza de la población en determinar políticas públicas. Th. Casadei, *Diritti sociali e «processo de-costituente»*, para publicar en *Ragion pratica*, 47, 2016.

<sup>50</sup>R. Escudero Alday, op. cit.; L. Ferrajoli, *constitucionalismoprincipialista y constitucionalismo garantista*, «DOXA»,34, 15-52.S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit.

privado, sino fragmentos de soberanía en manos de los ciudadanos [...es decir son] "contrapoderes"<sup>51</sup>, tampoco la medida de la "deuda cero" parece encajar bien si se asume como regla superior. Si esta previsión fuese entendida como una regla, determinaría, en el primer caso, un bloqueo del constitucionalismo mismo, limitando cualquier ponderación entre principios y políticas económicas por parte del ejecutivo, y, en el segundo caso, representaría una medida directamente reductiva de los contrapoderes democráticos<sup>52</sup>. Si los poderes deben abstenerse de aprobar cualquiera norma o política que vulnere los derechos, a no satisfacer las obligaciones constitucionales el gobierno actuaría fuera de lo legítimo: es decir, no sería solo cuestión de adoptar una versión más pobre de la filosofía subyacente a la constitución. Lamentablemente, hay una falta de garantías contra el déficit de implementación de los derechos por parte de los gobiernos: una laguna jurídica en términos de Ferrajoli. Ciertamente una *laguna política* que el constitucionalismo contemporáneo no ha todavía resuelto<sup>53</sup>. Dramáticamente, en este marco, la regla de la "deuda cero" corre el riesgo de representar la excusa perfecta para acabar con las políticas redistributivas, coadyuvando al logro del límite anual de gastos fijado por los organismos financieros, todo a la expensa de los más vulnerables. De ahí el riesgo concreto de vaciar la Constitución y el constitucionalismo<sup>54</sup>: la última palabra ya no la tiene el tribunal constitucional u otro garante de los derechos, sino la agencia de *rating*<sup>55</sup>.

Hay quien pide más consultas populares y quien propone una recomposición de las dificultades institucionales a través de la metáfora de la red<sup>56</sup>. Ciertamente es que el marco institucional va cambiando a nivel *global*: al lado de los Estados se encuentran actores *supra-nacionales* (como los organismos

<sup>51</sup> R. Escudero Alday, op. cit., p. 241, citando a Ferrajoli, *Poderessalvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p.37.

<sup>52</sup> Sobre este punto se renvia a una futura reflexion mas profundizada

<sup>53</sup> Cfr. entre otros M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton UP, ch 8, pp. 227 e ss.

<sup>54</sup> R. Escudero Alday, op. cit., p. 245.

<sup>55</sup> En el debate italiano ver por ejemplo M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, consultable en la dirección [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Seminario2013\\_Luciani.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf), del mismo autor, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini* consultable en la dirección <http://www.camera.it/temiap/allegati/2015/03/19/OCD177-1158.pdf>; C. Iannello, "Il "non governo" europeo dell'economia e la crisi dello stato sociale", en *Diritto pubblico Europeo*, Rassegna online, Noviembre, 2015 consultable en la dirección <http://edizioni.es.it/dperonline/data/uploads/articoli/iannello-dper-nov-2015.pdf>; A. Cerruti, *I poteri pubblici alla prova della governance economico-finanziaria: bilancio e vincoli costituzionali*, consultable en la dirección <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Cerruti-RomaTre.pdf>. Stefano Rodotà afirma que Keynes se ha vuelto inconstitucional, ver <http://temi.repubblica.it/micromega-online/lo-scippo-della-costituzione/?printpage=undefined>.

<sup>56</sup> Entre los muchos estudiosos que se ocupan del tema, me parece bien recordar aquí M. Losano, "Diritto turbolento: alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovratatali", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 3, 2005, pp. 403-430. De hecho, la idea puede resultar engañosa porque transmite la imagen de un sistema completamente horizontal, donde los centros nodales son sólo *enlaces*, conexiones técnicas. En cambio, como demuestran banalmente las diferencias entre "los iguales", los *links* (también en Internet) tienen un papel de diferente peso e importancia, ajustan la realidad, y solo algunos de los actores son capaces de determinar normativas promocionando un derecho que refuerce sus propios intereses. J.E. Alvarez, "Are Corporations "Subjects" of International Law?", en *Santa Clara Journal Of International Law*, 9, 1, 2011, pp. 1-36 consultable en la dirección [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_069097.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_069097.pdf). Ni la pirámide ni la red implican que "cada uno cuenta por uno". Entonces, tomando una postura pragmática (M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 100-103. Escribe el autor explicando su pragmatismo: «[...] defender la primacía de la práctica. [...] adolece la cultura iusfilosófica [...] la] falta de pragmatismo, de no haber logrado insertarse significativamente en las prácticas jurídicas. ¿De qué sirve producir trabajos de gran sofisticación técnica si no están enfocados —aunque sea a largo plazo y a través de las mediaciones que se quiera— a mejorar el Derecho y el mundo social?», p. 102), creo que se tiene que poner cuidado en la falta de claridad del discurso de la *governance* en continuo y constante cambio, como sugiere el lenguaje de la *liquidez* (S. Bauman, *Modernidad líquida*, Fondo de cultura económica, Argentina, 2003), porqueno nos ayuda.

internacionales), *actores sub-estatales* (como las autoridades locales), *extra territoriales* (como las ONG's o las empresas multinacionales) y también *contra-estatales* (como los pueblos en lucha por su independencia y autodeterminación y/o por su territorio)<sup>57</sup>. Se trata de un mundo diferente de aquel posterior a la Paz de Westfalia y que todavía no se sabe cuál dirección precisa está tomando.

Esto escenario, creo, muestra la necesidad de insistir en la radicación de una cultura que permita a las personas darse cuenta de los riesgos a los que están sometidos sus derechos y libertades, y que, al mismo tiempo, vuelva a todos más conscientes del hecho de que estas conquistas tienen una raíz social, colectiva, y que están necesariamente ligadas al tipo de comunidad en la que vivimos. Los derechos no son propiedades excluyentes sino bienes para compartir.

## CONCLUSIÓN

La normativa europea se ha decantado hacia posturas neoliberales en distintos grados. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), en particular, vuelto a garantizar finanzas públicas saneadas entre los estados de Unión Europea ha implicado que algunos de esos, como Italia y España, hayan tenido que incorporar el principio de "deuda cero" incluso en la constitución.

En Europa, la expansión de las políticas del *welfarestate* tuvo su momento de mayor desarrollo. La afirmación de los derechos económicos –en particular del derecho al trabajo– o de otros, como la salud y la educación, se ha planteado en el marco de una estrategia directa a igualar los ciudadanos en la competición; presuponiendo la escasez de los bienes, el mecanismo redistributivo se da a través la competición entre demandantes. Allí debería empezar la competencia con oportunidades paritarias. Aun este proceso no ha sido sin dificultades, se produce un derecho cada día más *regulativo*.

<sup>57</sup> C. Focarelli, *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale*, en *Politica del diritto*, 2, giugno, 2011, pp. 207-237, pp. 226-227.

## **BIBLIOHEMEROGRAFÍA**

N. Riva, Reciprocità e politica tributaria, in F.V. Albertini, L. Cominelli, V. Velluzzi (eds), Fisco, efficienza ed equità, ETS, Pisa, 2015, pp. 15-41

E. Garzón Valdés, Tolleranza, responsabilità e stato di diritto, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 65, Ipocrisia, simpatia e Stato di diritto. Original en Claves de razón práctica, N° 101, 2000, págs. 10-19.

N. Riva, L'eguaglianza delle opportunità come criterio di giustizia, Workingpapers Centro Einaudi, 4, 2009, p. 19.

A. Facchi, Breve storia dei diritti umani, Il Mulino, Bologna, 2007.

M. Carbonell y A. Posada (eds), UNAM, México, 2000, p. 82.

R. Escudero Alday, La imposición del «déficit cero» frente al paradigma del Estado constitucional, en Teoría política (nueva serie), ANNALI VI, 2016, pp. 225-247, p. 228.

A. Rossetti, "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales", en S. Ribotta y A. Rossetti (eds.)

Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 101-126.

L. Ferrajoli, "Los derechos fundamentales", en Cuestiones constitucionales, 15, julio-diciembre, 2006, pp. 113-136, donde se puede leer «[d]el derecho resulta positivizado».

B. Celano, I diritti nello stato costituzionale, Il mulino, Bologna, 2013.