

Intereses sin fronteras: ¿qué hacer por los derechos?*

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Magistrado

El selectivo papel de las fronteras, según que lo afectado por ellas sean intereses o derechos es un dato viejo que sigue contando, aunque en la actualidad lo haga bajo (relativamente) nuevos perfiles. Los intereses, a lo largo del tiempo y a lo ancho de la geografía, han constituido siempre su particular orden transnacional; poniendo así de manifiesto la permeabilidad de las fronteras a su persuasiva lógica. Históricamente los titulares de intereses no han hallado, en general, dificultades insalvables para crear un espacio de interacción flexible y entenderse en un lenguaje común. En el plano del derecho, la *lex mercatoria* ha demostrado una ilimitada e imaginativa capacidad de adaptación a las más variadas circunstancias, generando a la vez un consenso práctico tendencialmente universal.

Algo bien distinto es lo sucedido con los derechos, incluso después de que éstos fueran aceptados como atributo incancelable del ser humano y así proclamados en textos que hoy tienen un estatus normativo que ya nadie discutirá, aun cuando su eficaz reconocimiento siga siendo *otro asunto*. Mientras los intereses operan, desde antiguo, con un viejo, implícito e inalterado estatuto de ciudadanía mundial; los derechos nacieron y siguen anclados jurídicamente en el concepto de ciudadanía de impronta estatal. La ciudadanía tiene el rango de *condición formal de posibilidad de acceso al disfrute de aquéllos, no o no siempre* en los textos constitucionales, pero sí en la legislación ordinaria y más aún en la práctica cotidiana. La ciudadanía es el filtro, el diafragma que se interpone entre el reconocimiento universal-formal de los derechos y el acceso al disfrute efectivo de los mismos en una realidad concreta. Sin la previa calidad de ciudadano, en general, no se puede acceder a la de sujeto activo de ciertos derechos, por más fundamentales que éstos sean. Por otro lado —y como nada *paradójica* contrapartida—, el reverso de la medalla es que esa misma condición de ciudadanos reservada para los nacionales, ha hecho de ellos ocasionales *rehenes* de sus propios Estados cuando éstos se han dotado de poderes salvajes, al blindar las correspondientes situaciones como asuntos internos frente a cualquier posible intervención exterior.

* Este texto es un desarrollo de las ideas expuestas en la intervención del mismo título, dentro del curso de verano *Ideales políticos de la humanidad*, dirigido por Fernando Quesada y organizado por la UNED en Ávila (julio de 1999).

El estatus de ciudadano se ha caracterizado, así, por cierta reversibilidad en su proyección. En los momentos de normalidad constitucional, ha deparado a sus titulares situaciones de ventaja frente a quienes, por carecer de esa condición, se veían privados del acceso al pleno ejercicio de los derechos. Pero, a la vez, el universo político de relaciones de que el concepto es función, ha tenido el efecto de dar legitimidad jurídica a la pasividad general frente a las situaciones eventuales de involución y de agresión de los poderes estatales a sus *propios* nacionales. Los problemas de éstos con *su* Estado, eran *sus* problemas.

Las consecuencias prácticas de esa asimetría en la proyección geográfica y geopolítica de los intereses y los derechos son bien ilustrativas. Así, por ejemplo, las dictaduras del Cono Sur de América Latina, mientras resultaban *naturalmente* funcionales a las exigencias de valorización de los intereses *extranjeros* más consistentes y de más presencia en el área, pudieron disfrutar del margen de manos libres implícito en la consideración de los derechos de los nacionales como asuntos internos de exclusiva competencia estatal. En tanto que lo afectado fueran sólo los derechos, las fronteras funcionaron formalmente como corresponde, es decir, cerrando el espacio interno a la intervención exterior; y luego, tras la *normalización*, a cualquier reacción desde el derecho.

Cosa bien distinta de lo sucedido cuando han sido intereses los afectados. La política exterior USA, tal como evidencia Chomsky en *La quinta libertad* no podría haber sido más elocuente al respecto. Pues bien, esa peculiar asimetría en el tratamiento jurídico y práctico de derechos e intereses no se ha invertido, pero sí ha acusado algunos cambios de acento sobre los que vale la pena reflexionar.

En el caso de los intereses, una aproximación al discurrir de su realidad actual obliga a tomar en consideración las transformaciones experimentadas en años recientes por las relaciones económicas a escala mundial, es decir, los procesos que giran bajo el nombre de globalización. Ésta es una cuestión a la que, por razones obvias —de (in)competencia, entre otras— apenas haré alguna alusión. Me basta dejar constancia del dato de que la economía global, con su capacidad de «funcionar como una unidad en tiempo real a escala planetaria» incrementa de forma sensible la libertad de movimientos y la capacidad de expansión de sus agentes (Castells) y libera *nuevas formas de poder*. De poder fáctico reforzado *sub specie* de macropoder económico, por comparación con las formas del poder económico transnacional convencional, sobre todo porque el actual se ha hecho más autónomo. Por tanto, podría hablarse de la emergencia de formas de poder económico reforzadas como tales, por su sobredimensión y por el plus de capacidad operativa y de libertad de actuación que ésta les confiere.

Pero, siendo esto cierto, con todo, me parece correcta la observación de Ferrarese cuando señala que el fenómeno denotado como globalización es, desde el punto de vista estrictamente económico, un grado o momento de evolu-

ción o desarrollo dentro de un *continuum*. La globalización de la economía es para ella algo así como la proyección de un rasgo genético inscrito en el ADN del capitalismo.

No quiere esto decir que los cambios producidos en ese marco sean irrelevantes ni poco significativos. Pero sí que en tal plano no son propiamente *revolucionarios*. Donde la globalización de la economía, en cambio, puede aportar o, mejor dicho, está aportando una transformación cualitativa es en el campo de la relación entre la economía y la política, entre la economía y las instituciones y el derecho. En concreto, en el terreno de la institucionalidad de los Estados nacionales y, por derivación, en el de las vicisitudes prácticas de los derechos, que transcurren esencialmente en esa dimensión.

Como ha señalado Faria, la globalización económica está sustituyendo a la política por el mercado como instancia privilegiada de regulación social. Con evidentes consecuencias negativas para la democracia representativa. Así, resulta muy particularmente afectado el entorno institucional de los derechos y, en esa medida, el marco de garantías, que es el de sus condiciones de viabilidad. El porqué es bastante simple: si en general las circunstancias del poder —cualquiera que sea su naturaleza— son todo menos indiferentes para las de los derechos, cuando evolucionan de forma significativa, el grado de afectación de aquéllos no puede sino ser igualmente relevante.

Lo que emerge es, en realidad, un modo de ser, no sustancialmente nuevo, pero sí aún más consistente, de poder económico, que no va acompañado de un desarrollo equivalente de los dispositivos normativos de garantía política y jurídica, por lo demás, siempre insuficientes. Dicho gráficamente, el paso es a una suerte de mercado a escala planetaria sin Estado, que opera en tiempo real y en condiciones de difícil, cuando no imposible, fiscalización de cualquier clase.

Así las cosas, sobre lo que puede significar el reforzamiento de los mecanismos de poder económico en ausencia de un eficaz desarrollo institucional simultáneo de la idea de límite, tenemos un nutrido caudal de aleccionadoras experiencias recientes en situaciones de notable menor complejidad y, al menos en teoría, con menor potencial de riesgo. Me refiero a los fenómenos de degradación política —no exentos de una dimensión transnacional— conocidos en estos años, que giran bajo el nombre genérico de corrupción. Como se sabe bien, su origen se encuentra en la emergencia de nuevas formas de poder político, las propias del ejecutivo del *welfare*, en las que la capacidad de decidir en ese ámbito llevaba asociada la producción de efectos de considerable alcance económico. Todo ello en un marco de notable desregulación, debido a que tales inéditas funciones político-administrativas habían desbordado ostensiblemente los marcos institucionales de control jurídico-formal, pensados para otras formas de administrar; y para administrar menos, desde el punto de vista del contenido económico de las decisiones.

Nuevos sujetos institucionales y parainstitucionales insensibles a la influencia

de las leyes de la oferta y la demanda, por su privilegiada posición en el mercado, y virtualmente libres también de vínculos jurídicos por el explicable *decalage* legislativo, cobraron llamativa visibilidad en el *político rampante*, que halló el hábitat ideal en el espacio de confluencia de lo público y lo privado, en el aludido vacío de reglas.

Creo que lo acontecido en el marco de esa experiencia da algunas pautas sugestivas acerca de lo que puede suceder y está sucediendo en ese horizonte incomparablemente, más abierto y menos regulado, que es el inmenso campo de la economía globalizada.

En nuestra experiencia, el disfrute de los derechos de cierta calidad, ha sido posible en algunos marcos nacionales, en entornos políticos de cierta calidad democrática y sólo en presencia de determinadas condiciones jurídico-institucionales. La garantía de aquéllos —cierto que a impulsos de instancias propias de la sociedad civil— ha sido, al fin, siempre de procedencia pública. Y esto, tanto si se trata de los derechos de la «primera» como de los de la «segunda» y la «tercera generación». Verdad es que en todos los casos su consagración en los textos constitucionales y legales, así como, de forma regular su plasmación empírica, ha debido producirse en permanente tensión de los diversos actores sociales con el Estado. Pero, una vez obtenido un grado de institucionalización aceptable, la garantía, aún no fácil, ha sido posible merced a la existencia de la forma Estado de derecho.

Pues bien, puede decirse que junto a la precondition imprescindible de un marco homologable como Estado de derecho, la garantía pública de los derechos fundamentales requiere una demanda social de cierta consistencia, capaz de imponer cierto tipo de prioridades *desinteresadas* en la política de gasto público. Máxime cuando ya es bien patente que no cabe mantener de forma radical la tópica separación entre unas y otras categorías de derechos: incluso el aseguramiento de los de la «primera generación» requiere elevadas dotaciones presupuestarias.

Por eso, las crisis fiscales aportan un inevitable factor de riesgo para cualquier forma de garantía de derechos, habida cuenta de la tendencia irrefrenable a priorizar en tales situaciones los que se consideran costes sociales *productivos*.

Y parece poco discutible que una de las consecuencias del nuevo orden económico y de las posibilidades que éste abre a las estrategias empresariales es una franca reducción de los recursos estatales, «un adelgazamiento de las finanzas públicas» (Martin y Schumann), en beneficio de quienes dejan de contribuir a ellas con una parte de sus ingresos por el fácil expediente de sustraerse a la soberanía fiscal del que hasta hace poco había sido el Estado de inexcusable referencia.

La crisis fiscal lleva aparejado el desencadenamiento o la agudización de otras dinámicas igualmente críticas. Una de ellas es la negativa afectación del flujo de la legitimidad política, puesto que el gasto público pasa a depender en

mayor medida de las rentas del trabajo (trabajo, además, cada vez más precario), cuyos perceptores experimentan al tiempo las consecuencias inevitables de una caída de las prestaciones estatales. La creciente impotencia del Estado frente a los grandes sujetos económicos en situación de disfrute de una peculiar forma de «ciudadanía mundial», tiene diversos órdenes de consecuencias.

Se ha llamado la atención sobre el fenómeno conocido como *comercio intra-firmas*, es decir, el que se produce en el marco de las intrincadas relaciones internas de las grandes corporaciones transnacionales, en un marcado régimen de opacidad hacia el exterior y en virtud de pautas operativas y sistemas de reglas autónomos respecto de cualquier ordenamiento estatal. Estos fenómenos, a la vez que implican claras dinámicas de desregulación jurídica de áreas de negocios y de transacciones, potencian también el fenómeno de la descodificación, puesto que permiten a sus protagonistas obtener —desde sus evidentes posiciones de ventaja— marcos normativos específicos, esto es, un trato privilegiado de los Estados, que operan movidos por la consideración implícita de que mejor regular algo que nada.

Los poderosos agentes del orden económico global están en franca situación de ventaja a la hora de inspirar políticas sociales reductivas y las relativas al mercado laboral que más convienen a la valorización de sus recursos. Con ello tiene que ver el *via-crucis* del trabajo, en su irresistible retorno de la —siempre precaria— condición de derecho a la descarnada originaria calidad de mercancía. (A este respecto, es claro que está en marcha un proceso inverso al que llevó del arrendamiento de servicios «de criados y trabajadores asalariados» del Código Civil de estirpe napoleónica al desarrollo del derecho laboral o social que hoy se bate en retirada).

No es impensable que la indicada contracción del gasto y la sensible pérdida de calidad de la oferta de trabajo, como en general, de las políticas sociales, lleve aparejada la consecuencia de un reverdecimiento *compensatorio* de los instrumentos penales, con fines de *prevención* y también en razón del crecimiento previsible de la delincuencia de subsistencia y, en general, de la asociada a la precariedad creciente de las condiciones de vida de amplios sectores de población. Esas políticas de control social, que, de momento, tienen un destinatario privilegiado en el inmigrante ilegal, conviven con una llamativa y tendencialmente creciente manifestación de impotencia estatal frente a las más peligrosas formas de delincuencia. Me refiero a las que Castells engloba bajo la etiqueta del «crimen global».

El desarrollo que los diversos cárteles criminales han experimentado en estos años, traducido en cifras, produce vértigo. En sí mismo, por el ingente volumen de negocios: según Naciones Unidas, sólo el tráfico de drogas en 1994 movió más recursos que el comercio mundial del petróleo en el mismo periodo. Pero, sobre todo, por lo terrible de los efectos que produce. Estos efectos se concretan, en primer término, en la penetración de los sistemas financieros, a

través del blanqueo de dinero. En la capacidad de influir en la economía de cualquier país del mundo y de hacerlo desde la situación de ventaja que depara el elevadísimo margen de beneficios y la extraordinaria capacidad de asunción de riesgos con que operan sus gestores. Y también en la enorme capacidad de irradiar corrupción en ámbitos institucionales.

Como se sabe, la *respuesta* a este gravísimo fenómeno es, hoy por hoy, judicial y policial. E incluso en este ámbito de limitado alcance, puesto que la cooperación internacional sigue presentando múltiples dificultades, aun entre los propios países de la Unión Europea.

La precariedad del compromiso político a escala internacional en la respuesta al crimen global coincide con la creciente importancia política de quienes lo controlan, en su condición de agentes de poder real. Un poder real difuso y deslocalizado como tal, pero con presencia concreta en todos los lugares del mundo; peculiar forma de ser que le dota de una capacidad operativa extraordinariamente incisiva y versátil. Insensible en la práctica a los mecanismos habituales de reacción.

La realidad resultante de la integración de los aludidos factores, vista con la perspectiva del ciudadano acostumbrado a pensar con categorías de Estado de derecho, no puede dejar de percibirse como una suerte de profundo replanteamiento de la relación entre lo público y lo privado, en perjuicio de la estabilidad y la significación de este sector.

La contracción de lo público-formal comporta el crecimiento de lo privado-informal. Dicho más llanamente, la apertura de un mayor espacio a los poderes privados. Puede hablarse, pues, al menos en línea de tendencia, de pérdida de calidad de la garantía pública de los derechos y de la eficacia del derecho como límite frente a tales formas de poder; y, consecuentemente, de un fortalecimiento de los poderes informales, los ilegales, en particular.

Si, aun con el panorama diseñado, de la perspectiva interna o de derecho interno de los derechos pasamos a la consideración de éstos en una perspectiva internacional, hoy resulta imposible no acusar de inmediato la presencia en el escenario de algunos datos de indudable positividad. Me refiero a lo que representan experiencias procesales como las del caso Pinochet y la causa seguida contra los militares argentinos; y, a los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, y al Estatuto del Tribunal Penal Internacional, aprobado en Roma.

Pero, sin privar a ninguno de esos datos de nada de su indudable relevancia, es patente que su trascendencia en el contexto actual del mundo es esencialmente simbólica. (Afirmación ésta que no implica desconocimiento del valor que el elemento simbólico puede cobrar en ocasiones como factor de dinamismo cultural y de transformación). En efecto, el Estatuto de Roma, en lento proceso de ratificación, nace ya viejo, cuando el catálogo de conductas materialmente constitutivas de auténticos crímenes contra la Humanidad y de sujetos no estatales con capacidad de ejecutarlas ha crecido sensiblemente en la prácti-

ca, al margen de las previsiones del legislador internacional y gozando de las zonas de impunidad que asegura la territorialidad de las leyes penales.

La política del derecho y la política criminal en materia de crímenes contra la humanidad han operado por lo general con un tópico: el de que éstos tienen exclusivamente su origen en *la degradación de la política*. O lo que es lo mismo, no podrían ser más que crímenes *del poder y*, en exclusiva, del *poder político*. Al igual que se ha operado con un reductivo estereotipo de criminal: el del dictador o el golpista. Y, además, en la escasa práctica producida, tomados éstos sólo en sus versiones más extremas.

En función de tales presupuestos criminológicos la acción general preventiva se proyecta como (exclusivamente) *política* y se identifica con —se reduce a— la incentivación, la instauración o la reinstauración de procedimientos formalmente democráticos.

Está claro que hoy eso sólo, con ser importantísimo, en este campo no basta. La democracia política, es condición necesaria, pero no suficiente como medio de prevención de ciertas formas gravísimas de delincuencia de escala. Por eso, aunque no quepa pensar en una alternativa excluyente a la perspectiva tradicional de los crímenes contra la Humanidad, de cuya vigencia y pertinencia no cabe la menor duda, es necesario integrar esa perspectiva irrenunciable con otra a cuya toma en consideración fuerzan nuevos fenómenos ya aludidos.

Las grandes corporaciones empresariales se encuentran actualmente en condiciones de producir —como producen— actuaciones *de trascendencia material y masivamente homicida*, y por ello también materialmente agresivas para el bien jurídico denotado por el sintagma «la Humanidad», en cualquier parte del mundo, incluso dentro del marco de realidades constitucionales formalmente democráticas. Pero no sólo: organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han diseñado y alentado políticas de ese signo, como tuvo ocasión de declarar el Tribunal Permanente de los Pueblos en la sentencia que puso fin a la sesión de Madrid sobre «Las políticas del FMI y del BM», en un texto que merece la pena traer aquí:

Las políticas de ajuste han contribuido de manera activa y eficaz a aumentar los índices de morbilidad/mortalidad, lo que habría debido evitarse. El masivo drenaje de una parte consistente de los pobres recursos de los países-víctimas, en los que la mayoría de la población se sitúa habitualmente por debajo del nivel de pobreza, se traduce inmediatamente en una reducción de la duración de la vida. Esto significa la no-prevención, incluso la causa de la muerte de un grandísimo número de personas de carne y hueso, que vienen por lo general tomadas en consideración únicamente bajo la forma abstracta de puras representaciones estadísticas.

De aplicarse a la calificación de las decisiones derivadas de tales políticas criterios de valoración similares a los que rigen habitualmente la práctica de las jurisdicciones penales en todo el mundo, es inevitable hablar de «política homici-

da», en cuanto se trata de decisiones dirigidas a amenazar la vida de las personas. No se trata sólo de acciones cometidas por imprudencia, sino precisamente de actos homicidas de carácter doloso, porque con ellos se adoptaron medidas cuyas consecuencias negativas habían sido ya previamente experimentadas.

La catástrofe de Union Carbide en Bophal, como la sistemática destrucción de la Amazonia con el efecto inmediato sobre las poblaciones afectadas y los mediatos sobre el medio ambiente; y las aludidas políticas de ajuste duro —que, por lo general, comparten contexto con tales fenómenos macrodestructivos— son buenos ejemplos de actuaciones con resultados masivamente homicidas. Procuradas con dolo, cuando menos con dolo eventual, por aceptación de las consecuencias de alcance previamente conocido. Como pone de relieve el texto citado del propio Tribunal Permanente de los Pueblos.

Calificar de macrocriminales o materialmente criminales para «la Humanidad» a este género de actuaciones no es un uso abusivo y tampoco metafórico de los términos: las consecuencias dramáticas para los derechos de colectividades enteras, están fuera de duda; el conocimiento *ex ante* de que esas consecuencias se darán, no es menos claro; las decisiones se toman a sabiendas y a pesar de todo; y, en fin, la localización de esas actuaciones en zonas particularmente deprimidas del mundo, es también una forma consciente de discriminación negativa que elige como sujeto pasivo a quien es cultural, económica y socialmente *otro*.

Las dimensiones planetarias de esas corporaciones y agencias y la forma difusa de su proyección última en el espacio, a través de actores *diseñados* para que puedan resultar inalcanzables mediante los criterios habituales de identificación de la autoría penal, hacen de éstos una suerte de nuevos sujetos infractores más inaccesibles aún a la acción preventiva y, desde luego, a la represiva, que quienes delinquen en el ámbito de la política. Estos, al fin, en cierta (y siempre limitada) medida, responden, aunque sea políticamente, ante alguien, alguna vez. Y, al menos una parte de sus actuaciones, están dotadas, o terminan alcanzando, cierta visibilidad. (Se dirá que no es mucho, pero podría replicarse que «algo es algo».)

Por eso, el modelo jurídico convencional de crímenes contra la Humanidad, que ha experimentado, después de Roma, un indudable avance, está ya desbordado por los hechos y por las necesidades.

El Estatuto de Roma trata bien las modalidades comisivas de los crímenes contra la Humanidad como «ataque generalizado o sistemático contra una población civil». Pero —como no podría ser de otro modo, dados los antecedentes y el fin de la norma— limita su alcance a las conductas de ese género que puedan tener lugar en marcos políticos gubernamentales o paragubernamentales.

La tipificación de los crímenes contra la Humanidad hoy, para gozar de eficacia general-preventiva y represiva, debería adaptarse al perfil real de las ac-

tuciones que tienen esa significación material, mientras que la caracterización legal de los sujetos activos tendría que captar los rasgos reales de quienes están en situación de cometerlos, como los cometen. Frente a éstos, es decir, frente a los agentes de los macro-poderes privados *sin ley*, hacen falta, desde luego, garantías *ex ante* pero también mecanismos penales de respuesta que sean eficaces. En cambio, lo que se percibe es la, para ellos, tendencial disolución o banalización práctica de los dispositivos institucionales de derecho interno, sin que arranque nada capaz de sustituirlos, siquiera limitadamente, en el plano internacional.

La cultura política y la cultura jurídica tienen aquí una enorme responsabilidad a la que deben hacer frente, contribuyendo a crear conciencia de la magnitud de los problemas y de la insuficiencia de los pasos dados en los respectivos campos para tratar de resolverlos. Lo que requiere empezar por interrogarse sobre la propia línea en que se ha venido produciendo la generalidad de las actuaciones que cabe registrar hasta la fecha, sobre su idoneidad para salir al paso con eficacia de los problemas reales.

Acontecimientos recientes, el caso de Pinochet de forma muy particular, han provocado la emergencia de un fenómeno bastante nuevo en el marco de la cultura jurídica. Es un fenómeno de integración de perspectivas y de planos, de ruptura de la vieja compartimentación del saber jurídico y de la distribución disciplinaria de la competencia entre juristas de derecho interno y juristas de derecho internacional.

Se ha hecho, también, un descubrimiento paradójico: siendo tantas las insuficiencias, se estaba dando la circunstancia de que había recursos jurídicos claramente desperdiciados o infrutilizados.

La cultura jurídica democrática debe acabar con la vieja autoparcelación suicida de sí misma y contribuir a producir instrumentos para un jurista integral, capaz de operar con eficacia garantista en (toda) la realidad actual. De proyectar soluciones a la altura de las necesidades. Aunque es obvio que esto la cultura jurídica nunca podría hacerlo sola, por lo mismo que el derecho no se nutre de su propia sustancia.

No hace tantos años, bajo el duro acicate del trauma de los fascismos, nació con las constituciones rígidas una nueva forma de limitación del poder en garantía de los derechos y para conjurar preventivamente eventuales involuciones antidemocráticas y autoritarias. La cultura jurídica y las políticas democráticas generaron un nuevo instrumental de cuyo rendimiento, esencialmente limitado a ámbitos de poder público, tenemos constancia, a pesar de que se está lejos de haber optimizado todos sus recursos. Se trata, pues, de un rendimiento que no está a la altura de las potencialidades del sistema, tanto en el plano de la proyección empírica como en el de la perspectiva teórica. Lo demuestra claramente la relectura profundizadora del modelo llevada a cabo por Ferrajoli, por ejemplo, en materia de garantía de los derechos.

Frente al resignado paradigma kelseniano de la ontológica indigencia del

derecho fundamental, fruto de condicionar su existencia al establecimiento formal de la garantía, pues «tener un derecho subjetivo significa [tener] una acción específica»; Ferrajoli afirma que el enunciado constitucional es ya un acto de creación y, en consecuencia, a partir de él, el establecimiento legal de la garantía una obligación del legislador, jurídicamente vinculante.

Así, mientras que, en el planteamiento de Kelsen, ni los derechos garantizados por el ordenamiento internacional ni los derechos sociales del moderno constitucionalismo serían verdaderos derechos, por defecto de garantías; en el planteamiento de Ferrajoli lo son *de pleno derecho* y lo que se constata es una laguna, debida a una omisión que es ilegítima desde el punto de vista político y antijurídica por lo que supone de ruptura de la coherencia del orden normativo.

Lo que ahora suscita la reflexión sobre los derechos fundamentales en el estado actual del mundo y sobre los crímenes contra la humanidad, unos y otros debidamente contextualizados, es algo más que la cuestión de la codificación e incluso de la represión penal. Es la evidencia de la necesidad de poner en marcha una suerte de constitucionalismo a la medida de los poderes —no sólo políticos en el sentido habitual del término, formales e informales— que hay que contener y reglamentar jurídicamente.

La codificación del derecho penal internacional y los trabajos para poner a punto un tribunal de ese ámbito se inscriben objetivamente en esa línea, aunque también, como he apuntado, en una perspectiva que es ya histórica y resulta abiertamente insuficiente en la situación actual del mundo. Aquellos esfuerzos tienen plena razón de ser, pues los crímenes que son su referente están ahí y, lo que es peor, van a seguir estándolo. Pero, como he señalado, no son los únicos crímenes de escala y, a veces, ya ni siquiera los más importantes, con serlo tanto.

Kelsen vio en el dogma de la soberanía «el máximo instrumento de la ideología imperialista del derecho contra el derecho internacional» y los valores ideales que encarna. Su propuesta era, en realidad, la de un Estado de derecho cosmopolita, y hoy tiene una vigencia indudable. Sólo en un marco semejante, el derecho sería un todo integrado, coherente y eficaz, en el que ya no cabrían escapatorias y coartadas de derecho interno frente al internacional y viceversa, como ahora ocurre.

El problema, innecesario decirlo, es más que jurídico, pero tiene una dimensión específicamente jurídica, que es la aquí contemplada, y, por tanto, afrontarlo en esa dimensión es una responsabilidad de los juristas. La propuesta es *naturalmente* utópica, pues no hay cultura con pretensiones transformadoras que no lo sea en mayor o menor grado. Pero, aunque utópica, e incluso por serlo, la propuesta es realista. Porque donde no hay realismo es en la creencia de que un mundo como éste —en el que un ingente potencial infractor y destructivo de bienes humanos fundamentales va camino de no tener otro límite que el de sus posibilidades materiales de expansión— puede durar indefinidamente como tal sin devorarse a sí mismo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ABRAMOVICH, V. y C. COURTIS: «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales / Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 283 ss. También en *Contextos. Revista Crítica de Derecho Social*, 1 (1997), pp. 3 ss.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Garantía judicial de los derechos humanos», *Claves de Razón Práctica*, 90.
- BONNANATE, N.: *I doveri degli stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. 3: *Fin de milenio* (trad. de C. Martínez Gimeno), Alianza, Madrid, 1997.
- CHOMSKY, N.: *La quinta libertad* (trad. de C. Castells), Crítica, Barcelona, 1998.
- DE CABO MARTÍN, C.: *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.
- DE LUCAS, J.: «Globalización y derechos humanos», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 33.
- FARIA, J.E.: «La globalización y el futuro de la justicia» (trad. de C. López Keller), *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 29.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil* (trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi), Trotta, Madrid, 1999.
- FERRARESE, M.R.: *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bolonia, 2000.
- GARCÍA HERRERA, M.A.: «Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional», en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.
- GARCÍA PASCUAL, C.: *Doctrinas contemporáneas de derecho internacional*, 1998 (versión mecanográfica).
- KELSEN, H.: *Teoría general de las normas* (trad. de H.C. Delory Jacobs, revisión de J.F. Arriola), Trillas, México, 1994.
- : *La paz por medio del derecho* (trad. de L. Echévarri), Losada, Buenos Aires, 1946.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III, Madrid, 1998.
- TRIBUNALE PERMANENTE DEI POPOLI: *Le sentenze: 1979-1998* (ed. de G. Tognoni), Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, Roma, 1998.

Perfecto Andrés Ibáñez es magistrado y autor de «El “velo” de la ley» (2000). También ha sido editor del volumen colectivo «Corrupción y Estado de derecho» (1996).