

## EL DERECHO ¿ESTÁ EN CRISIS?

Paolo COMANDUCCI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho ¿sí o no?* III. *¿Cuánto derecho?*  
IV. *Derecho ¿para qué?*

### I. INTRODUCCIÓN

Un libro publicado hace diez años en Italia tiene como título la provocativa cuestión: *¿Fin del derecho?* En el volumen, algunos de los más prestigiosos juristas italianos analizan la así llamada crisis del paradigma de la modernidad jurídica, ofreciendo agudos comentarios sobre las modificaciones del fenómeno jurídico en las últimas décadas, e interesantes previsiones sobre su desarrollo en las décadas venideras.<sup>1</sup> En esta breve intervención, intentaré presentar mi personal respuesta a esta pregunta, una respuesta que, por ser tan general, espero no resulte sencillamente genérica.

Mi punto de vista va a ser inevitablemente condicionado por mi formación y pertenencia cultural a la Europa continental, aun si mi discurso está dirigido, en la medida de lo posible, a alcanzar una percepción global de los problemas relativos a la supuesta crisis del derecho. Me parece importante subrayar que tales problemas no pueden ser considerados puramente jurídicos, mientras que —al menos parcialmente— jurídico y descriptivo será mi punto de vista. Digo “parcialmente” ya que haré a veces explícita referencia a mis opciones valorativas, y que además la elección de tratar los problemas que me parecen *relevantes* depende en sí misma de un juicio valorativo. Por

---

<sup>1</sup> Rossi, P. (ed.), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, con ensayos de L. Capogrossi Colognesi, S. Cassese, V. Ferrari, M. Fioravanti, G. Lozzi, P. Rescigno, P. Rossi. Véase, también, Vogliotti, M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Turín, Giappichelli, 2008, con ensayos de F. Ost, M. Vogliotti, M. R. Ferrarese, A.-J. Arnaud, F. Viola, M. Delmas-Marty, A. Ruggeri, U. Mattei, L. Pes, C. Guarnieri, M. Donini, R. Orlandi, F. Palazzo, A. Bernardi, G. Ubertis, A. Dondi.

último, el nivel de abstracción de mi discurso pondrá de manifiesto mi condición de operador teórico y no práctico del derecho.

Mis análisis, previsiones y deseos se articulan alrededor de tres preguntas que, en mi opinión, sirven para especificar mejor la cuestión con la que hemos empezado: derecho ¿sí o no? ¿Cuánto derecho? Derecho ¿para qué?

## II. DERECHO ¿SÍ O NO?

El derecho ¿tiene un futuro? ¿En el sentido que continuará a conservar un papel importante como sistema de regulación social? Yo creo —y espero— que sí. Hablando de una forma muy general, me parece que las dos grandes alternativas al derecho como instrumento de control social y guía de las acciones, es decir, el modelo del *homo oeconomicus* y el modelo del *homo socialis*, no logran suplantar la primacía del derecho, y sólo pueden funcionar dentro del marco proporcionado por el mismo derecho.

En efecto, la racionalidad egoísta como motor de las acciones individuales —teorizada por la economía clásica y glorificada por las posturas anarcocapitalistas, que consideran al derecho como una indebida interferencia en la libertad individual— se enfrenta con insalvables problemas de coordinación en el plano de la acción colectiva. Las reglas jurídicas, en situaciones sociales del tipo ejemplificadas por el dilema del prisionero, determinan expectativas razonables de los agentes sobre las conductas de los demás y permiten planear su propia conducta, explicando además una indispensable función de límite a la persecución del interés individual egoísta. Dicho en el léxico contractualista, el *pactum unionis* no puede funcionar sin que no haya también un *pactum subiectionis*. Más aún, como está históricamente demostrado que la anarquía del mercado es dañina para los sectores más pobres de la población —y probablemente para todos a largo plazo—, no se ve por qué aquéllos deberían aceptar un “contrato social” tan desfavorable o no deberían organizarse para formar un Estado. Me parece que en contra del anarcocapitalismo y a favor de un rol —limitado, pero necesario— del derecho estatal buenos argumentos han sido presentados por el libertarismo de Robert Nozick.<sup>2</sup>

Por el otro lado, es bien sabido que las reglas sociales —tengan origen en las costumbres, las morales positivas o las religiones— no alcanzan a cumplir de forma acabada su rol de guía de las conductas, por falta de

---

<sup>2</sup> Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), trad. de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

institucionalización, por la vaguedad que a menudo la caracteriza, por no gozar de “consenso superpuesto” en situaciones de pluralismo étnico, cultural y político.

Las actitudes críticas con relación a la necesidad y la eficacia del rol del derecho en la regulación social son múltiples, pero me parecen todas variantes del (jus)naturalismo. Piénsese, entre otras, en las siguientes:

- a) La postura marxista (mejor dicho: una de las muchas que hacen referencia al marxismo), que considera al derecho como una superestructura que esconde las reales relaciones de fuerza y opera como un disfraz del poder. Este enfoque afirma la primacía de la economía sobre el derecho y la escasa relevancia práctica de este último.
- b) La postura de algunos neoconstitucionalistas,<sup>3</sup> quienes afirman, aun si en ocasiones sólo implícitamente, la superfluidad del derecho: siempre desde el punto de vista justificativo, porque la así llamada unidad del razonamiento práctico conlleva que cualquier justificación en el marco práctico sólo puede ser de naturaleza moral; a veces desde el punto de vista normativo, ya que los principios morales (constitucionalizados) y su ponderación desplazan totalmente el papel de las reglas jurídicas como guía de las conductas sociales.
- c) La postura —afirmada, con un alcance más acotado de las precedentes, por sociólogos críticos de la desviación, que tienen generalmente un *background* marxista— que aboga a favor de la abolición del derecho penal, postura según la cual el derecho penal tiene hoy en día una función casi exclusivamente simbólica, de estigmatización social, y es ineficaz en la prevención de los delitos. Este enfoque generalmente afirma la primacía de la sociedad, y de sus mecanismos de regulación, sobre el derecho.

De acuerdo con una reconstrucción muy difundida, el derecho moderno, que tiene origen en la Ilustración y hunde sus raíces en el pensamiento de Hobbes, es un producto artificial, voluntario-arbitrario, que a veces se opone a, y siempre quiere transformar, la naturaleza de la economía y de la sociedad, y que a menudo está conectado con la idea de “proyecto” y de fe en el progreso de la humanidad. Como insiste Ferrajoli,<sup>4</sup> el paradigma de la modernidad jurídica está expresado por la idea según la cual *autoritas non veritas facit legem*.

<sup>3</sup> Sobre la definición de “neoconstitucionalismo” véase Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, ed. a cargo de R. Escudero Alday, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, cap. 16.

<sup>4</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2000.

Confieso ser partidario de esta idea antinaturalista del derecho, lo que claramente influye sobre mi percepción del fenómeno jurídico. Estoy, en efecto, convencido de que las tres posturas anteriores, que prevén o anhelan la extinción del derecho o de parte de él, no son aceptables.

- a) Creo que hay que rechazar la primera porque es evidente —y también la mayoría de los estudiosos marxistas lo admiten desde hace tiempo— que la superestructura influye considerablemente la base económica. En particular, las instituciones de los Estados modernos, a través de un impresionante abanico de medidas legales, ponen múltiples límites y pautas a la actividad y a los poderes económicos. Por supuesto, las relaciones entre derecho y economía son extremadamente complejas y los *feed-backs* recíprocos son innumerables. Pero nadie hoy en día puede sensatamente afirmar que el derecho es un simple reflejo de las relaciones económicas en la sociedad.
- b) Quizá porque soy firmemente nocognitvista en metaética, constato que no hay acuerdo en el mundo contemporáneo —ni es previsible que habrá en el próximo futuro— entre las doctrinas éticas comprensivas: los divergentes intereses de individuos y grupos, en situaciones de escasez de recursos respecto a sus deseos y necesidades, hacen que surjan diferentes ideas de justicia, concepciones del bien, juicios morales, en competencia entre sí, sin que haya criterios compartidos para dirimir tales conflictos. En esta situación de inevitable pluralismo ético, el derecho desarrolla su papel de solución de los conflictos, brindando un estándar mínimo sobre el que hay —en contextos democráticos— convergencia entre la mayoría de los ciudadanos, que siguen teniendo insalvables divergencias éticas entre sí.<sup>5</sup>
- c) La tercera postura me parece criticable porque el derecho penal —y esto es evidente sobre todo en el Tercer Mundo— puede ser también un instrumento de garantía para los sectores más desaventajados de la sociedad, que se encuentran en una situación de total anomia. Por supuesto, no cualquier tipo de derecho penal —con independencia de su contenido, extensión y forma— puede cumplir este papel protector: no cabe duda que el derecho penal a menudo tiene la función de perpetuar los valores dominantes, es decir, de los grupos que tienen el poder político y económico en la sociedad. Sólo un derecho penal que cumpla con los requerimientos del garantismo *a la Ferrajoli* puede servir como escudo a los más débiles.

---

<sup>5</sup> Kelsen, H., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957.

### III. ¿CUÁNTO DERECHO?

¿Un derecho mínimo, que forma un marco en el cual se desarrollan las actividades socioeconómicas, o un derecho máximo, que intenta planear y reglamentar todo? En las últimas décadas del siglo pasado hubo poderosos líderes políticos, partidos y grupos de presión que se declararon partidarios de, e incluso intentaron, una desregulación muy amplia y radical, pero el derecho en todos los países sigue siendo siempre más extenso. Esta tendencia expansiva parece no poderse parar, pero quizá sería oportuno hacer algo al respecto.

El derecho, como es bien sabido, ha crecido cuantitativamente desde la antigüedad hasta el siglo XVIII. En la Edad Media había una pluralidad de fuentes de producción que lograban, en su conjunto, reglamentar todas las acciones: no sólo las externas y visibles, sino también las así llamadas acciones internas, es decir, las creencias, los deseos y las actitudes. Como es tristemente famoso, esto permitía, entre otras cosas, “descubrir” y condenar herejes y brujas. La falta de separación entre derecho y moral religiosa implicaba la equiparación entre pecado y delito.

La Ilustración y los soberanos absolutos intentaron, en el siglo XVIII, lograr una simplificación del derecho, que comportara también su reducción cuantitativa: se propuso la unificación de las fuentes y la reglamentación sólo de las acciones externas, que no dañen a terceros. La codificación decimonónica, que derogó la mayoría de las normas vigentes en la Edad Media, pretendía brindar una reglamentación completa, y sin integración desde el exterior del código, de los principales sectores de la actividad humana. El ideal liberal e ilustrado era contar con un sistema jurídico constituido por un pequeño conjunto de normas, simples y claras. Este ideal se juntó con el programa político del liberalismo del siglo XIX, cuyo diseño institucional estaba constituido por el Estado mínimo, cuyas funciones eran limitadas a garantizar la paz interna.

Con la ampliación de las funciones del Estado, desde la segunda mitad del siglo XIX en adelante, aumentó también el número de las normas y el alcance del sistema jurídico. Este fenómeno se desarrolló sobre todo en el siglo XX y tuvo una aceleración en la segunda posguerra. Crece enormemente el derecho administrativo, se extiende la reglamentación de las actividades económicas, se hace un uso masivo del derecho penal, los códigos resultan totalmente desplazados: es la edad de la decodificación, según

la afortunada definición de Natalino Irti.<sup>6</sup> El Estado del bienestar europeo continental se ha transformado en el mayor productor de normas jurídicas de la historia: pero en la misma senda se encuentran también los demás países, incluyendo los de *common law*. La idea liberal de un derecho como marco, en el cual deben desarrollarse las actividades socioeconómicas, ha sido sustituida por la idea de un derecho todo-regulador.

Por supuesto, las corrientes contrarias al Estado social de derecho, y en general a la idea de un Estado interventor en la economía, siguen siendo favorables a una desregulación, parecida a la que se realizó hace unas décadas en el Reino Unido, en los Estados Unidos y en otros países; por ejemplo, Chile. Pero, aún después de la caída del muro de Berlín, el proceso de desregulación, también en los países con mayoría liberal-conservadora, no ha podido contrastar el aumento cuantitativo del derecho, que parece una tendencia imparable.

No caben dudas que esta situación —aun si hay razones que la explican y en alguna medida la justifican— termina ocasionando diversos inconvenientes. La multiplicación de las normas aumenta los conflictos potenciales entre ellas, y, por ende, la discrecionalidad judicial. Crece, por consiguiente, la inseguridad jurídica, ya que resulta imposible, para la mayoría de los ciudadanos y de las empresas, estar al tanto de qué les pide el derecho vigente: asciende el grado de *ignorantia legis*, que a veces, como en Italia, se convierte incluso en una causa de justificación por el incumplimiento del derecho. Se multiplican también los costos económicos conectados a la necesidad de acudir a profesionales para llevar a cabo cualquier trámite de mediana relevancia que involucre el uso de normas jurídicas.

Exagerando un poco, podríamos afirmar que hemos vuelto a una situación parecida a la medieval. En efecto, estamos de nuevo en presencia, al menos, de una pluralidad de fuentes del derecho, ya que al derecho del Estado nacional se ha sumado una pluralidad de fuentes supranacionales e infranacionales, sin demasiada coordinación entre ellas; de una pluralidad de jurisdicciones relacionadas a la pluralidad de fuentes, con un recurso cada vez más frecuente a la resolución extrajudicial de los litigios; de la pretensión del derecho de regular todo tipo de conducta.

Respecto a este último punto, hay una tendencia —que personalmente no comparto— a utilizar el derecho como instrumento para implementar la moral de la mayoría, o de los que detienen el poder político, volviendo de este modo a poner en tela de juicio la secularización del derecho; es decir,

---

<sup>6</sup> Irti, N., *L'età della decodificazione. «L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, Milán, Giuffrè, 1999.

aquella distinción entre derecho y moral, que es uno de los elementos constitutivos de la modernidad jurídica. Me refiero en particular a la imposición de una determinada visión sobre las orientaciones sexuales y la familia, al privilegio otorgado a una específica religión y a sus ritos, a la represión penal de conductas no dañinas, pero consideradas como moralmente “malvadas”, etcétera. En mi opinión, el derecho debería quedarse neutral en estos asuntos, y limitarse, siguiendo el principio de Mill, a intervenir donde hay daños a terceros. A la luz de este principio liberal deberían ser tratados también los problemas bioéticos. El derecho de muchos países hoy en día pretende regular el comienzo y el final de la vida. Supuestos como el del aborto, de la fecundación artificial, de la experimentación genética, de la eutanasia, activa y pasiva, son cada vez más objeto de penetrantes regulaciones jurídicas. Una solución a estos difíciles problemas éticos que se base sobre una decisión de la mayoría de imponer su concepción moral sobre las minorías me parece que puede contradecir al principio de Mill y, más aún, puede socavar el valor de la autonomía individual, que es el fundamento mismo del Estado liberal y democrático de derecho.

#### IV. DERECHO ¿PARA QUÉ?

Si se toma en cuenta el derecho como instrumento para alcanzar objetivos, o para realizar valores, políticos en sentido amplio, responder a la pregunta “derecho ¿para qué?”, se resuelve en la búsqueda de cuáles son (o deberían ser) los valores que el derecho implementa (o debería implementar), en la actualidad y en el próximo futuro. Por supuesto, sólo presentaré a continuación mi personal —y para nada original— punto de vista sobre la cuestión.

1. El primer valor que, desde siempre, el derecho pretende implementar es el de la paz. Se distingue tradicionalmente entre la paz interna —que consiste en evitar los delitos en contra de personas y cosas, garantizar el libre desarrollo de las actividades individuales y los acuerdos intersubjetivos) y la paz externa— que consiste en evitar las guerras y otros tipos de violencia entre los Estados, o al menos reglamentarlos en aras de limitar los daños, sobre todo para los civiles.

1.1. Si consideramos el derecho como instrumento para realizar la paz interna, hace falta distinguir entre los problemas que, hoy y a tal efecto, tiene el derecho civil de los que tiene el derecho penal.

En la Europa continental, y sobre todo en Italia, me parece que los principales problemas del derecho civil, por un lado, derivan de la ampliación del concepto de responsabilidad civil extracontractual: extensión del

concepto de daño e individualización de intereses difusos a proteger (de los consumidores, las víctimas de la contaminación, etcétera), incluso con el instituto de la *class action*. Por otro lado, y en casi todos los países, derivan del mal funcionamiento del proceso civil, que no es ni rápido ni eficiente, y que tiene por eso altos costos en términos de justicia social.

Respecto del derecho penal sustancial, las cuestiones más relevantes me parece que son las siguientes.

- a) La inflación en el uso de la sanción penal. A muchos ciudadanos, sobre todo a la mayoría de los políticos, les parece a menudo suficiente, o bien aumentar las penas para solucionar los problemas generados por varias formas de actividad ilícita,<sup>7</sup> o bien producir nuevos tipos delictivos para desincentivar conductas que se consideran reprochables. Esta recurrente furia penalizadora está claramente asociada al valor simbólico, de estigmatización social, que la sanción conlleva.

A la amenaza siempre más frecuente de la sanción penal generalmente no se acompaña una aplicación efectiva y cierta de la pena a los infractores. En el cálculo “racional” del infractor potencial lograría un efecto de mayor disuasión un aumento de las probabilidades de ser sancionado que un aumento de la gravedad de las penas: ¡lo sabía ya Beccaria a mediados del siglo XVIII!

Sería además razonable utilizar otros medios para disminuir las actividades criminales: desde hace más que doscientos años todos están de acuerdo en que es mejor prevenir los delitos, eliminando sus causas, que reprimirlos, pero poco se ha hecho al respecto. Quizá harían falta actos de “coraje” político: por ejemplo —y es hoy en día el caso ciertamente más relevante y dramático— legalizar las drogas como medio de lucha contra la criminalidad organizada.

- b) Las dos sanciones más empleadas en la edad moderna generan ambas varios problemas en su aplicación concreta: la cárcel es criminógena y clasista, y las multas muy a menudo también tienen efectos de discriminación de trato sobre la base de la capacidad económica del infractor. Se impone la búsqueda y la implementación de sanciones alternativas a la cárcel, como los trabajos socialmente útiles, la semi-libertad, el uso del brazalete electrónico, etcétera.

---

<sup>7</sup> Sin tener generalmente en cuenta que en varias ocasiones aumentar las penas genera efectos “perversos”, es decir contrarios a la finalidad perseguida de contrarrestar la criminalidad. Por ejemplo, el aumento de la pena por el secuestro de personas, que en algunos países ha llegado a igualarse a la establecida por el homicidio voluntario, puede determinar el efecto perverso de aumentar los homicidios de las víctimas por parte de los secuestradores.

- c) En muchos países del mundo sigue vigente la barbarie de la pena capital, a pesar de los muchos y buenos argumentos (entre otros el de la posibilidad del error judicial) que militan en su contra. Y, a pesar de tantos discursos sobre la necesidad de la enmienda y reinserción social de los delincuentes, se prevé todavía la cadena perpetua como sanción contra los delitos más graves, sin mencionar la supervivencia, en varias partes del globo, de las puniciones corporales.

1.2. Consideremos ahora el derecho como instrumento para realizar la paz externa. La situación actual está caracterizada, como es bien conocido, por el fin de la guerra fría y la disminución de la probabilidad de un conflicto nuclear global, pero están, por otro lado, aumentando los países que tienen un arsenal atómico; por importantes avances en el *ius in bello*, pero con zonas del planeta, como África sobre todo, en las que esto todavía no está pasando; por tentativas de la ONU y otras organizaciones internacionales de implementar el *ius ad bellum*, pero con una superpotencia imperial que redefine a su arbitrio estas reglas. El objetivo de garantizar la paz a través del derecho, propugnado de forma admirable por Kelsen, me parece el desafío más grande del derecho en el tercer milenio. Para alcanzarlo sería necesario el establecimiento y efectivo funcionamiento de instituciones internacionales que paulatinamente sustituyan a los Estados nacionales en el monopolio del uso de la fuerza, para pasar desde el estado de naturaleza a la *civitas maxima* entre las naciones.

Personalmente no creo en la posibilidad —y deseabilidad— de construir un Estado mundial, pero sí en la oportunidad de democratizar a la ONU y transferir a sus organismos, poderes de policía y de jurisdicción internacionales. Un primer paso sería la creación de tribunales internacionales que juzguen la violación de los derechos humanos, y cuyos fallos sean obligatorios para todos los Estados, derrotando la oposición de la potencia imperial y superando las divisiones y la debilidad de la Unión Europea. La crisis de la soberanía del Estado nacional, el fraccionamiento de los Estados en su interior y las tendencias localistas, podrían quizá favorecer, en el largo plazo, el nacimiento de federaciones y la afirmación de un rol hegemónico de la ONU.

2. El segundo valor que el derecho debe implementar es el de la libertad, mejor dicho, de las libertades. Aquí se plantea el problema de los derechos humanos. Siguiendo a Bobbio,<sup>8</sup> podemos afirmar que hoy en día el problema no es tanto fundamentarlos —ya que están contenidos en las

---

<sup>8</sup> Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, p. 16.

Constituciones y en los documentos internacionales—, sino garantizarlos. Y a este propósito creo que la vía principal es la difusión de regímenes democráticos y constitucionales, y la intervención internacional, sin respeto de las fronteras, pero con la observancia de reglas jurídicas convencionales y evitando el recurso a medidas violentas.

Por supuesto, no hay que olvidar la existencia de problemas de compatibilidad entre algunos tipos de derechos humanos (liberales, sociales, culturales, ecológicos), que se están planteando sobre todo en las sociedades multiculturales y en las que viven momentos de crisis económica (propiedad privada e iniciativa económica versus derechos sociales). Mis simpatías van a favor de un modelo de jerarquización bajo el valor liberal de la autonomía, que puede justificar un Estado constitucional y democrático de derecho.<sup>9</sup>

3. Otro valor es el de la igualdad, cuyo análisis es complejo y controvertido.<sup>10</sup> A parte del concepto formal (“trata igualmente a los iguales”), hay varias concepciones de la igualdad sustantiva y prescriptiva, en competencia, pero no necesariamente contradictorias entre sí: igualdad de trato o de oportunidades, de puntos de partida o de llegada, de bienes o de bienestar, etcétera.

Las discusiones hoy más interesantes, en mi opinión, son las siguientes.

a) Si asumimos que la igualdad es el fin y la regla en el gobierno de las acciones, ¿cuáles son las discriminaciones justificadas, los alejamientos legítimos desde el punto de vista de la igualdad de trato? Ser iguales ante la ley no quiere decir, en efecto, que *todos* deben ser tratados igualmente *en todo*. En Europa, y en los otros países democráticos, no son consideradas legítimas las discriminaciones en el goce de los derechos fundamentales y aquellas basadas sobre sexo, raza, lengua, religión, etcétera. La idea liberal es que sólo se puede discriminar a los individuos sobre la base de un “hacer” y no de un “ser” o un “pertenecer”. Estas ideas están lejos de tener una aplicación universal, sobre todo en el Tercer Mundo.

b) Plantean problemas de contradicción con la igualdad “liberal” —y creo que más los van a plantear en el futuro— las *affirmative actions*, porque el trato diferencial que imponen estas medidas deriva de aquellas características (sexo, raza, lengua, religión, etcétera) que no deberían ser tenidas en cuenta sobre la base de la misma idea liberal de igualdad. La vía de salida podría ser constituida por la propuesta<sup>11</sup> de considerar justificadas sólo

---

<sup>9</sup> Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho*, cit., cap. 7.

<sup>10</sup> Ivi, cap. 4.

<sup>11</sup> Rosenfeld, M., *Affirmative Action and Justice-A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1991.

aquellas acciones positivas que pueden ser configuradas como indemnización de un daño o como necesarias para realizar el valor de la autonomía individual.

4. El último valor que voy a considerar es el de la democracia, que está conectado en mi opinión con el precedente, porque uno de los dos elementos constitutivos del concepto de democracia es la isonomía (elemento sustancial), o sea, la igualdad de trato, siendo el otro constituido por la regla de mayoría (elemento procedimental). La isonomía se realiza con la institución de Constituciones rígidas, que contienen una carta de derechos, y de mecanismos de control de la constitucionalidad de las decisiones tomadas con la regla de mayoría. Es decir, realizando el modelo del Estado constitucional de derecho.

A la par del enorme problema político de extender y consolidar los regímenes democráticos en el mundo, existe el problema político-jurídico de asegurar una representatividad real, y no ficticia, de los ciudadanos. Las democracias actuales son más bien regímenes elitistas, en los cuales hay raros momentos democráticos: el voto sólo funciona como sanción *ex post*, positiva o negativa, a los que acaban de gobernar, pero no tiene efectivas capacidades para determinar las decisiones colectivas del aparato estatal. El futuro podría aportarnos el voto electrónico (y frecuente), pero por el momento sigo convencido de la utilidad de los partidos como lugares privilegiados de discusión pública. No se puede, sin embargo, descartar que Internet, con sus *blogs*, las redes sociales, etcétera, puedan darnos algunas sorpresas al respecto.

Fuerte en Europa, pero no sólo, es la discusión sobre cuál sistema electoral es más capaz de garantizar la representatividad, junto con la estabilidad y la eficiencia, del gobierno. Contrariamente a lo que muchos piensan, creo que —sobre la base del teorema de Arrow y porque favorecen una clara alternancia de gobierno— el sistema electoral mayoritario y un sistema político bipolar resultan la opción preferible.

Otro grave problema de la democracia, sobre todo en las sociedades afectadas por el fenómeno de migraciones masivas, se refiere a la titularidad de los derechos políticos. La solución tradicional que se basa sobre el anclaje entre voto y ciudadanía resulta claramente insuficiente en la actualidad: o bien hay que revisar profundamente los mecanismos de atribución de la ciudadanía (y de otros tipos de derechos fundamentales) a los inmigrantes; o bien hay que reflexionar sobre la posibilidad de desenlazar ciudadanía y derechos de participación política. Yo preveo, y sobre todo espero, que, en la edad de la globalización de los mercados y de la crisis del Estado nacio-

nal, cada vez más se irá afirmando el principio de la participación de cada cual en las decisiones públicas que directamente lo afectan, y, por lo tanto, en la elección de las instituciones que toman aquellas decisiones. De qué manera este principio desplazará las actuales rígidas barreras instituidas por los Estados nacionales, y modificará el derecho público, es en cambio difícil prever.