

DE LA CARTA DE DERECHOS A LA FORMACIÓN DE UNA ESFERA PÚBLICA EUROPEA*

Luigi FERRAJOLI

SUMARIO: I. *Escepticismo constitucional*. II. *Constitución y pueblo. Una cuestión de hecho*. III. *Constitución y esfera pública. Una cuestión axiológica*. IV. *Viejos y nuevos derechos en la Carta europea*. V. *Carta europea y sistema de fuentes*.

I. ESCEPTICISMO CONSTITUCIONAL

La cuestión previa a toda discusión sobre la Carta europea de Derechos Fundamentales es si para ella, o incluso más para una Constitución europea formal, existen o no los presupuestos políticos, sociales y culturales. “Así como no existe una lengua europea —ha afirmado por ejemplo Claus Offe— no existe tampoco una esfera pública europea”, al no existir una sociedad europea, ni un sentido de pertenencia a Europa paragonable al sentido de pertenencia a los Estados nacionales. Prevalecerían las diferencias y las desconfianzas entre pueblos que tienen a sus espaldas, además de una larga historia de guerras, tradiciones religiosas y culturales diversas, diferentes condiciones económicas y diferentes intereses nacionales. A su vez, Dieter Grimm y Massimo Luciani han repropuesto sus tesis sobre la inoportunidad —en ausencia de un pueblo europeo, o por lo menos de una suficiente

* Traducción de Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

homogeneidad cultural en los diversos países de Europa— de dar vida a una Constitución europea. Esa Constitución sería de hecho no deseable e incluso ilegítima, a causa de la falta de vínculos prepolíticos que solamente provienen de la existencia de una opinión pública y de una sociedad civil que puedan permitir una discusión pública de nivel europeo.¹ Existiría, en suma, según estos autores, un nexo fuerte, ya sea histórico o axiológico, entre Constitución, Estado y pueblo. No existiría una sociedad civil, dice Offe, sin Estado. No sería posible ni siquiera deseable, afirma Grimm, una Constitución europea sin la transformación de Europa en un super-Estado. Sólo el voto popular a través de un referéndum o de una asamblea constituyente, agrega Philippe Schmitter, podría legitimar una plena constitucionalización de Europa.

Son estos nexos a los que intento aquí contestar. E intento contestarlos sobre los planos en los que, a menudo de forma promiscua, son instituidos: sobre el plano empírico o factual y sobre el plano filosófico-político o axiológico. Ciertamente, el proceso constituyente de Europa está siguiendo un camino del todo nuevo, que no tiene precedentes en la historia y que es profundamente diferente del que se ha seguido en la formación de los Estados nacionales: sus actos constituyentes han estado hasta ahora, y probablemente lo seguirán estando, más en los tratados entre Estados que en las votaciones de asambleas constituyentes o en los pronunciamientos populares de tipo referendario o plebiscitario. Debemos, sin embargo, interrogarnos sobre dos cuestiones que pertenecen a la concepción que en el plano de la teo-

¹ Grimm, D., “Una Costituzione per l’Europa”, en Zagrebelsky, G. *et al.* (eds.), *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 339-367; Luciani, “La costruzione giuridica della cittadinanza europea”, en Cazzaniga, G. M. (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Pisa, ETS, 1999, pp. 89-96; *id.*, “Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea”, en Bonacchi, G. (ed.), *Verso la costituzione europea. Una costituzione senza Stato. Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Bolonia, Il Mulino, 2001, pp. 71-87.

ría del derecho y de la filosofía política tenemos de la Constitución: en primer lugar, si en el origen de nuestras actuales Constituciones nacionales existió en verdad el consenso, o por lo menos la adhesión de “naciones” o “pueblos” o “sociedades civiles” homogéneas; en segundo lugar, si la existencia de ese consenso o solamente de una cierta homogeneidad social o nacional es un presupuesto necesario de la legitimidad, además que de la efectividad, de una carta constitucional.

Opondré, por tanto, a las tesis escépticas sobre la oportunidad y/o la legitimidad de una Constitución europea dos órdenes de consideraciones, relativas ambas a la relación entre Constitución y sociedad: una, de hecho, relativa a la cuestión fenomenológica de la existencia, en los orígenes y en la base de las Constituciones nacionales, de un “pueblo” dotado de cierta homogeneidad social, hecha de tradiciones comunes, de cultura y de valores compartidos; la otra, más propiamente filosófico-política, relativa a la cuestión axiológica de si la existencia, o más bien la inexistencia, de esa homogeneidad social es la principal razón o justificación de una Constitución.

II. CONSTITUCIÓN Y PUEBLO. UNA CUESTIÓN DE HECHO

Las consideraciones de hecho se refieren al grado de homogeneidad social y cultural que existió en los orígenes de nuestros Estados nacionales y que permitiría hablar de los correspondientes pueblos europeos como sujetos dotados de una identidad relativamente unitaria. Pues bien, pienso que nada autoriza a afirmar que en la Francia o en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII, ni tampoco en la Alemania o en la Italia del siglo XIX, hayan existido vínculos prepolíticos e identidades colectivas —de lengua, de cultura, de intereses, de lealtad política común— idóneos para juntar campos y ciudades, campesinos y burgueses, trabajadores y empresarios, masas analfabetas y clases profesionales e intelectuales. Ni siquiera podemos suponer

que haya existido, en cada uno de esos países, una opinión pública nacional o por lo menos una homogeneidad social mayor a la que hoy existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo. Y todavía más arriesgado sería suponer que en torno a los valores establecidos por las cartas constitucionales, incluyendo los derechos más elementales, haya existido, o incluso exista actualmente, un consenso mayoritario. Un referéndum en favor de la libertad de conciencia o de las garantías penales y procesales que se hubiera convocado en los tiempos de Cesare Beccaria o de la Revolución francesa no habría desde luego recogido muchos consensos. Todavía hoy debemos temer una votación popular sobre los derechos sociales o sobre la pena de muerte.

El sentido cívico y de común pertenencia, así como el consenso en torno a valores políticos compartidos que hoy podemos encontrar en nuestros países, parece más bien un efecto que una precondition de la formación de nuestros Estados unitarios y de sus Constituciones. Intento afirmar que los “pueblos” y las “naciones” europeos y sus tradiciones han sido una invención de los dos o tres siglos pasados, fruto de voluntades constituyentes y de convenciones constitucionales, así como de los Estados nacionales y de sus instituciones jurídicas. Y no se ve porqué la construcción de un sentido común de pertenencia a una Europa caracterizada por un mismo patrimonio constitucional —sufragio universal, separación de poderes y derechos fundamentales— sea hoy más difícil o más improbable de lo que fue el proceso de formación de los Estados nacionales y no deba de todos modos solicitar la responsabilidad civil de la cultura jurídica y politológica.

Debemos entonces preguntarnos: ¿cómo se afirman y cómo se cimientan en el sentido común los principios y los valores de un pacto constitucional de convivencia?, ¿antes o después de su formalización en una carta constitucional? En otras palabras, ¿la formación de una esfera pública y de una sociedad civil precede

o es consecuencia, de hecho, de la estipulación de una Constitución?

Para responder a estas preguntas es oportuno precisar qué debemos entender por “esfera pública”. Se trata, como sabemos, de una expresión utilizada con múltiples significados. En el sentido hoy más difundido, teorizado por Jürgen Habermas, se refiere a la esfera de la acción comunicativa, y precisamente de la comunicación pública. Para los fines de nuestra discusión, por el contrario, la entenderé en el sentido, parcialmente distinto y más propiamente jurídico, contenido en la clásica definición de Ulpiano: “*publicum est quod ad utilitatem rei publicae pertinet, privatum quod ad utilitatem singulorum*”.² “Esfera pública”, en este sentido, es el lugar de la política que se refiere a los intereses de todos, en oposición a la “esfera privada”, que se refiere al interés de los individuos y por tanto es el lugar privilegiado de la economía. Pero los intereses de todos son antes que nada los que están reconocidos como derechos de todos, o sea como derechos universales y por tanto fundamentales. Su esfera equivale, consecuentemente, a la esfera de la igualdad, que como dice el artículo 1o. de la Declaración de 1789 es una *égalité en droits*, obviamente fundamentales, en oposición a la esfera privada, que es la esfera de los derechos individuales (“*diritti singolari*”), o sea patrimoniales, y por tanto de las desigualdades y de las diferencias.³

Es claro que, entendida en este sentido, la esfera pública se conforma —y, en este sentido, es fundada— sólo en el momento en el que los asociados, aunque sean diferentes e incluso hostiles, pueden reconocerse como iguales, o sea como titulares de iguales derechos. Se constituye, en otras palabras, justamente

² “*Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*” (D. 1. 1. 1. 2).

³ Remito, sobre estos temas, a los trabajos incluidos en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001 y “Per una sfera pubblica del mondo”, *Teoria Politica*, XVII, núm. 3, 2001, pp. 3-21.

con el pacto constitucional en el que se acuerda la igualdad, es decir la tutela de los intereses de todos, que como se ha dicho son los derechos fundamentales. En esta artificialidad y convencionalidad es donde reside su carácter distintivo respecto a la esfera privada; la cual, consistiendo sobre todo en esos intereses de los individuos que son los derechos patrimoniales, no está fundada por ningún acto constituyente sino que coincide, en muy buena medida, con el mercado. Por esto, podemos afirmar que no existe una esfera pública europea mientras Europa sea —o haya sido hasta ahora— simplemente un mercado común, es decir una unión económica y monetaria; y que la esfera pública será creada, precisamente, por la estipulación de la igualdad en esos derechos iguales, porque son de todos, que son los derechos fundamentales. Intento decir que la tesis vagamente comunitaria que está en las espaldas del escepticismo de quien asocia Constitución, esfera pública y homogeneidad social debería derribarse: en los dos planos, fenomenológico y axiológico, que he ya distinguido.

En el plano fenomenológico, la formación histórica del Estado moderno ha demostrado la existencia de una interacción compleja entre sentido común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad. Es verdad que un cierto grado de cohesión social, prepolítica, y de alguna identidad colectiva representan los más seguros factores, si no de la legitimidad, al menos de la efectividad de toda Constitución y por tanto también de una carta europea de los derechos. Pero es todavía más cierto lo contrario: es sobre la igualdad en derechos, como garantía de todas las diferencias de identidad personal, que madura la percepción de los asociados como iguales; y es en la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales que madura el sentido de pertenencia e identidad colectiva de una comunidad política. En suma, es justamente la Constitución, es decir la igualdad en derechos, el presupuesto del reconocimiento de los otros como “iguales” y por tanto el principal factor, más allá que la iden-

tividad colectiva, de la esfera pública. Recordemos el paradigma hobbesiano: se entra en la sociedad civil y se sale del estado de naturaleza con el contrato social, o sea con el pacto de convivencia que define y a la vez constituye la esfera pública, es decir la esfera de los intereses vitales de todos, comenzando por el derecho a la vida. Es más: para los fines de la formación de la esfera pública en el sentido aquí expuesto, igualdad y garantía de los derechos son condiciones no solamente necesarias, sino también suficientes; son de hecho lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que se quieran fundar en el recíproco respeto y no en las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas, o nacionales, o religiosas o lingüísticas.

III. CONSTITUCIÓN Y ESFERA PÚBLICA. UNA CUESTIÓN AXIOLÓGICA

Paso así a la segunda cuestión enunciada al principio: la filosófico-política sobre el papel y por tanto sobre el fundamento axiológico de la Constitución. ¿Si las Constituciones no siempre, ni necesariamente, tienen sobre la espalda una esfera pública y una sociedad civil ya formadas —o sea una cohesión prepolítica y una comunidad de valores, de intereses y tradiciones—, sobre qué se funda su legitimidad? Si no lo son el consenso ni la homogeneidad social y cultural, ¿cuál es la fuente de legitimación de una Constitución? Entre esfera pública y sociedad civil, por un lado, y Constitución por otro, como se ha dicho, existe, en el plano fenomenológico, una interacción compleja a partir de la cual las primeras son más bien el efecto que el presupuesto de la segunda. ¿Cuál es su relación en el plano axiológico? Creo que también, sobre todo en este plano, la relación que comúnmente se ha instituido entre Constitución y esfera pública, entre pacto constituyente y pueblo, debe abandonarse.

Viene aquí la cuestión de la naturaleza y la función de las Constituciones. Tengo la impresión que detrás de la idea dominante en la cultura iuspublicista de que las Constituciones son el reflejo de una cierta homogeneidad social —que presuponen un *demos* y una voluntad o un consenso popular como fuente de su legitimidad, además de como fuente de su efectividad— existe una concepción organicista y metafísica del cuerpo social y de su relación con las instituciones políticas que se resuelve en un desconocimiento, o cuando menos en un debilitamiento, de su papel garantista. Se trata de una concepción anti-iluminista, de la que son reconocibles los antecedentes en el iuspublicismo alemán del siglo XIX y luego en el pensamiento de Carl Schmitt, que definió la Constitución como una expresión de la “unidad política del pueblo”, o bien como un acto que “constituye la forma y el tipo de la unidad política, cuya existencia es presupuesta”.⁴

Creo, por el contrario, que en una perspectiva garantista las Constituciones deben ser entendidas, hobbesianamente, como pactos de convivencia, tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a regular. No sirven, por tanto, para representar la común voluntad de un pueblo, o para recoger una cierta homogeneidad o identidad colectiva o sentido común de pertenencia, sino para garantizar los derechos de todos, incluso contra la mayoría, y por tanto para asegurar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. Son, en suma, pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos, que son más necesarios cuando son mayores, por las fuertes desigualdades y diferencias, los peligros de guerra o los atropellos.

⁴ Schmitt, Carl, *Dottrina della Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 15 y 39; *cfr.*, también, pp. 313 y ss. Para una crítica más analítica de estas tesis remito a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota anterior, pp. 172-180, 329-338 y 362-371.

Es claro que, entendidas de este modo, las Constituciones no tienen su principal fuente de legitimación en el consenso popular. Obviamente una Constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un sentimiento compartido. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, es evidente que no tendrá fuerza vinculante ni estará destinada a durar. Pero este sentido común, este consenso, y por ello la homogeneidad cultural en ellos contenida, son circunstancias de hecho, las cuales fundamentan la efectividad de la Constitución, que es igualmente una cuestión de hecho y no ya de valor. La legitimidad, por el contrario, es una cuestión de valor, ligada no tanto al grado de consenso, que es una circunstancia de hecho, sino justamente a un valor: precisamente al valor de la igualdad, satisfecho por la forma de los derechos fundamentales que la Constitución confiere a todos, cualquiera que sean sus opiniones y voluntades, y que son, por tanto, en este sentido, “universales”: en el sentido de su universal titularidad de cada uno y, por tanto, de todos, y no en el sentido de que en torno a ellos existiría un improbable y quizá imposible consenso universal.

Es en este sentido, referido a los contenidos —los derechos de todos, y por tanto de todo el pueblo—, que las cartas de los derechos son intrínsecamente “democráticas”. Lo son en el sentido de que los derechos fundamentales, estando sobre-ordenados a cualquier poder normativo, equivalen a fragmentos de soberanía pertenecientes a todos y a cada uno. El fundamento de su legitimidad, diferente del de las leyes ordinarias y de las decisiones de gobierno, no es por tanto la *forma* de su producción, sino más bien su *contenido* o su *sustancia*; no el consenso de la mayoría, sino un valor todavía más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales de todos, estipulados como límites y vínculos precisamente a las decisiones de las contingentes mayorías y, a la vez, como factores constitutivos de una esfera pública democrática. Una Constitución, en breve, es democrática

no tanto porque es querida por todos, sino porque sirve para garantizar a todos.

Por otro lado, es evidente que las dos cuestiones —la de hecho sobre la efectividad y la valorativa sobre la legitimidad y justificación de las Constituciones—, aunque son del todo diversas, están entre ellas conectadas. Los principios y los derechos establecidos por una Constitución, de hecho, son entidades lingüísticas. Funcionan como normas sólo si su sentido es generalmente compartido y tomado en serio por sus destinatarios. Crear consenso en torno a ellas es por lo demás el único modo de defenderlas. Inversamente, se convierten en nada, sin necesidad de que tenga lugar un golpe de Estado, si son extirpadas del sentido común y, en los hechos, negadas y violadas sin que su violación suscite disenso, indignación o rebelión. Peor aún, este consenso no es un fenómeno natural. Es generado también por la ciencia jurídica, y por tanto por la cultura política: es decir por el hecho de que esos principios y esos derechos sean asumidos como “valores” y en conjunto como “razones” o “justificaciones” de la convivencia civil. En este sentido, la cultura jurídica y política tiene, en relación con las Constituciones y con su valor normativo, un papel no solamente cognoscitivo, sino por así decirlo constitutivo y preformativo, del que conlleva el mérito y la responsabilidad. Los juristas forman parte del objeto sobre el que indagan y contribuyen a formarlo. Existe, en suma, una circularidad entre Constitución y sentido común: las Constituciones producen sentido común; éste, a su vez, representa de hecho su principal sostén.

IV. VIEJOS Y NUEVOS DERECHOS EN LA CARTA EUROPEA

De ahí la extrema importancia de la Carta de Derechos europea aprobada en Niza en diciembre de 2000. Para los fines de la creación de una esfera pública como esfera de la igualdad y lugar de la política, así como de sentido común de pertenencia, lo

que cuenta, más que la institución de un improbable y ni siquiera ausplicable super-Estado europeo, es precisamente la estipulación de derechos fundamentales en favor de todos los europeos. Me parece que es este sentimiento de la igualdad y de la comunidad en los derechos lo que crea la cohesión política y la identidad colectiva, y no al revés.

Por otro lado, si es verdad, como lo ha observado Massimo Luciani, que cuanto más extendida está la institución política y mayores son las diferencias de orden histórico y cultural que en ella conviven, tanto más improbable y secundaria es la representatividad de sus órganos de gobierno, es también verdad que en esa misma medida aumenta la importancia de la garantía de los derechos fundamentales como límites negativos y vínculos positivos a la esfera de la política; que tanto más restringida debe ser por ello la que he llamado “esfera de lo decidible” propia de la política y tanto más extendida debe ser la de lo “indecidible (que sí o que no)”, es decir de los derechos, de libertad o sociales, que deben ser garantizados a todos.⁵ Esto quiere decir que debe ser más reducida la esfera de competencia de la democracia política, o sea de los órganos políticamente representativos, y debe ser más articulado y desarrollado el paradigma del Estado constitucional de derecho, es decir, la sujeción a la ley y por tanto a los derechos fundamentales tanto de la Unión como de cada uno de los Estados que la conforman. El caso extremo es el ordenamiento internacional. Una democracia representativa a nivel planetario basada sobre el principio una cabeza/un voto no tendría mucho sentido ni valor. En este nivel, de hecho, más que las funciones políticas de gobierno, que no tendría sentido sustraer a la competencia de los Estados, son esenciales las funciones y las

⁵ He llamado “esfera de lo no decidible (que sí o que no)” a la dimensión constitucional de la democracia, identificada a su vez por los derechos fundamentales y por los correlativos límites y vínculos que circunscriben la “esfera de lo decidible”, o sea la dimensión y el espacio de la democracia política (en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 3, pp. 35-40 y 339-355).

instituciones de garantía de la paz y de los derechos fundamentales, es decir, esas precondiciones de la democracia que son justamente establecidas por las Constituciones. Pero vale también, evidentemente, por lo que se refiere a la integración europea, que será tanto más legítima además de efectiva en cuanto pueda garantizar los derechos de todos los ciudadanos europeos.

Bajo estos aspectos, la Carta de Derechos aprobada en Niza colma una insostenible laguna. Como ha observado Giacomo Marramao, tiene alguna cosa más y alguna menos respecto a las Constituciones nacionales, incluida la italiana. Tiene de más una formulación más completa y precisa de los derechos de última generación, relativos a la persona, al cuerpo y a la bioética. Pensemos en la mejor tutela de la intimidad (*privacy*) y en la afirmación del derecho de acceso a los datos de carácter personal previsto por los artículos 7o. y 8o.; en el importante artículo 3o., que establece, además del derecho de todo individuo a la integridad física y psíquica, el deber de la práctica médica de informar y obtener el consentimiento de la persona interesada sobre las curaciones e intervenciones que la afectan, así como la prohibición de las prácticas eugenésicas, de la clonación reproductiva de seres humanos y de cualquier mercantilización de partes del cuerpo humano; en la tutela del medio ambiente impuesta por el artículo 37; en los derechos de la persona frente a la administración establecidos por el artículo 41, como los de “ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente”, de “acceder al expediente que le afecte”, así como a la “reparación por la comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones”; en las garantías penales y procesales establecidas por los artículos 48-50, desde el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas al *ne bis in idem*, desde la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario y a los derechos de defensa; en fin, en la prohibición incondicionada de la pena de muerte y la tortura, que bastaría por sí sola, si es que va a servir para salvar la vida de un turco o de un kurdo, para dar valor a esta Carta.

Pero hay también, en la Carta, muchas cosas menos respecto, por ejemplo, a la Constitución italiana. El límite más grave es la falta del solemne repudio a la guerra, sustituido por un genérico empeño a “compartir un futuro de paz”. Por lo que hace a los derechos sociales, hubiera sido oportuna una formulación más precisa. Y sin embargo existe en la Carta europea un sistema de garantías sobre el trabajo y los derechos sociales en algunos aspectos incluso más eficaz que el existente en las Constituciones nacionales.

Así por ejemplo, aunque no se haya previsto un “derecho al trabajo” sino solamente —cuestión bien distinta y del todo obvia— “el derecho de trabajar y de ejercer una profesión libremente elegida”, se incluye en la Carta una norma, el artículo 30, que prevé el derecho, sobre el que no habla por el contrario ni siquiera nuestra Constitución (italiana), “a la protección frente a cualquier despido injustificado”: lo cual no es poco en los tiempos de triunfante flexibilidad. Si una norma parecida hubiera existido en la Constitución italiana, no hubieran sido necesarios los referéndum de los radicales y luego las sucesivas adiciones al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Son además garantizados, por los artículos 27, 28 y 31, los derechos de los trabajadores a “la información y a la consulta en el ámbito de la empresa” y a “condiciones de trabajo sanas, seguras y dignas”, su derecho a realizar contratos colectivos y de recurrir a acciones de defensa de sus intereses incluyendo la huelga, así como todos los clásicos derechos sobre el descanso, vacaciones y seguridad social. Aunque falte en esta Carta una formulación del principio de igualdad sustancial análoga a la contenida en el artículo 30. de la Constitución italiana, hay en ella, junto a las normas sobre la prohibición de las discriminaciones (artículo 21) y sobre el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística (artículo 22), una norma, el artículo 34, que impone a la Unión “el fin de combatir la exclusión social y la pobreza”, para lo cual se reconoce “el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dis-

pongan de recursos suficientes”: en suma, una suerte de derecho a la vivienda que no contiene la Constitución italiana. No sólo esto. Está explícitamente prevista, en el artículo 23 sobre la paridad entre hombres y mujeres, la posibilidad de las acciones positivas, que fue por el contrario excluida en materia de candidaturas políticas por la Corte Constitucional italiana en contra del deber, establecido en el artículo 3o. de la Constitución, de remover los obstáculos que se oponen a una efectiva igualdad.

Conforme al principio de igualdad, el artículo 34 extiende los derechos sociales a “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión”, incluyendo por tanto a todos los inmigrantes; y el párrafo tercero del artículo 15 establece que los inmigrantes “tienen derechos a condiciones de trabajo equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. Finalmente, se afirma la justiciabilidad de todos los derechos, tanto de libertad como sociales: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados”, establece el artículo 47, “tiene derecho a la tutela judicial efectiva” de todas las clásicas garantías, incluido el derecho de defensa a costa del Estado para quienes no tengan recursos.

Por otra parte, sobre los límites de la Carta, existe en ella una norma, el artículo 53, que establece que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos” por otras cartas y convenciones europeas o por las Constituciones de los Estados miembros. Se aplica, en suma, la protección constitucional más favorable. No se puede compartir la opinión de quienes han sostenido que muchos de los derechos establecidos en la Carta —los artículos 27, 30, 34 y 36— quedarían vaciados por el reenvío, en cuanto a las “condiciones” y “modalidades” de su tutela, “al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”: esta fórmula debe leerse junto al artículo 52, que requiere que “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente

Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades”.

V. CARTA EUROPEA Y SISTEMA DE FUENTES

Concluyo con un último orden de consideraciones. Esta Carta y el proceso constituyente por ella encaminado son importantes no solamente porque son necesarios para la creación de una esfera pública europea, sino también porque sirven para colmar un déficit de principios constitucionales que ya no es sostenible sino al precio de gravísimas aporías.

Debemos de hecho reconocer que las Constituciones estatales no bastan ya para garantizar la igualdad y los derechos en ellas establecidos. Buena parte de las normas de nuestros ordenamientos tienen actualmente su base en el derecho comunitario, del que la Corte de Justicia de Luxemburgo ha afirmado su supremacía sobre las fuentes de derecho interno de los Estados. Por tanto, gran parte de los lugares y de los poderes decisionales se han trasladado a sedes externas a los confines nacionales, hasta ahora sustraídas tanto a controles parlamentarios como a juicios de ilegitimidad constitucional. De ahí la necesidad de subordinar estas nuevas fuentes y estos nuevos poderes a vínculos constitucionales de su propio nivel dirigidos a salvaguardar los principios del Estado de derecho, que no admiten poderes absolutos, evitando así conflictos indisolubles entre Constituciones y jurisdicciones estatales y ordenamiento y jurisdicción comunitaria. Sin contar, por lo que respecta a Italia, que nuestra Constitución no goza de buena salud y está expuesta, hoy más que nunca, a riesgos de manipulación sobre todo en materia de derechos sociales.

Esta Carta (y, en prospectiva, una verdadera Constitución europea) es esencial no sólo porque introduce límites y vínculos a los órganos decisionales europeos de los que proviene actualmente gran parte de nuestro derecho, sino también porque contiene derechos y garantías que corren el riesgo de venir a me-

nos en caso de manipulación de la Constitución italiana. La Carta será una barrera contra estas posibles manipulaciones, sirviendo para fundar un sentido común —un mínimo común denominador— en materia de derechos y Constitución, al que será mucho más difícil incluso para nuestras derechas sustraerse. Representa en suma un antídoto contra los riesgos futuros creados en toda Europa por el desarrollo de populismos étnicos y xenófobos, por las pequeñas patrias, por los resurgimientos fascistas, por las intromisiones católicas, por las políticas y las ideologías neoliberales. Y es esencial también a la vista de la extensión de Europa, ya que sirve para fijar parámetros mínimos —desde la prohibición de la pena de muerte hasta los derechos sociales y del trabajo— para los países que intentan entrar en la Unión. Son precisamente estos parámetros, por otro lado, los que sirven para diseñar un modelo de Europa alternativo al modelo americano.

En el peor de los casos, si alguna crítica se puede hacer a esta Carta es su falta de inclusión en los tratados y por tanto su no clara colocación en la jerarquía de las fuentes y su incierta fuerza vinculante. Queda sin embargo su valor como primer momento del proceso constituyente. El proceso de integración europea, avanzado hasta ahora solamente en el terreno económico y monetario, es de hecho irreversible. No podemos ilusionarnos pensando que los mercados y las economías se retirarán hacia los confines de sus Estados nacionales. A falta de una Constitución europea existe un vacío de derecho público, tanto por lo que se refiere a los poderes políticos de los órganos de la Unión, como por lo que hace a los poderes económicos del mercado. De ahí la urgencia de llenar ese vacío de derechos con la estipulación de límites y vínculos a la acción de unos y de otros; y por tanto de considerar a esta Carta como un paso todavía tímido y sin embargo necesario, dotado de un alto valor simbólico en el proceso que no se puede dar por descontado, de construcción de una democracia europea alternativa al tendencial neoabsolutismo tanto de los poderes políticos como de los económicos.