

A blurred, grayscale portrait of Luigi Ferrajoli, an elderly man with glasses, wearing a white shirt and a dark tie. The background is a light, neutral color. A red curved shape is visible at the top edge of the image.

MINIMA TROTTA

Luigi Ferrajoli. Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

Min.

Poderes salvajes

Poderes salvajes
La crisis de la democracia constitucional

Luigi Ferrajoli

prólogo y traducción de
Perfecto Andrés Ibáñez

MINIMA TROTTA

Título original: Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana

MINIMA TROTTA

© Luigi Ferrajoli, 2011

© Perfecto Andrés Ibáñez, para la traducción y el prólogo, 2011

© Editorial Trotta, S.A., 2011, 2013

Ferraz, 55. 28008 Madrid

Teléfono: 91 543 03 61

Fax: 91 543 14 88

E-mail: editorial@trotta.es

Url: <http://www.trotta.es>

ISBN (edición electrónica pdf): 978-84-9879-418-2

CONTENIDO

<i>Prólogo: Luigi Ferrajoli, sobre poder, derecho y democracia hoy: a las cosas por su nombre: Perfecto Andrés Ibáñez...</i>	9
--	---

PODERES SALVAJES LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

<i>Preliminar</i>	21
1. EL PARADIGMA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	27
1.1. Las aporías de la concepción puramente formal o política de la democracia. La rigidez constitucional.....	27
1.2. Los límites y vínculos constitucionales a la validez sustancial de las leyes. El derecho ilegítimo	33
1.3. La dimensión sustancial, y no solo formal, de la democracia	35
1.4. Las garantías constitucionales.....	39
2. LA CRISIS POR ARRIBA DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA.....	43
2.1. El populismo y la idea del jefe como encarnación de la voluntad popular	46

2.2.	Los conflictos de intereses en el vértice del Estado. El patrimonialismo populista.....	52
2.3.	La integración de los partidos en las instituciones y la pérdida de su papel de mediación representativa	58
2.4.	El control de la información. Dos patologías	61
3.	LA CRISIS POR ABAJO DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA	65
3.1.	La homologación de los que consienten y la denigración de los discrepantes y de los diferentes	65
3.2.	La despolitización masiva y la disolución de la opinión pública. La primacía de los intereses privados	73
3.3.	La crisis de la participación política	77
3.4.	La manipulación de la información y la decadencia de la moral pública	79
4.	LOS REMEDIOS DE LA CRISIS. CUATRO ÓRDENES DE GARANTÍAS	83
4.1.	El método electoral proporcional	84
4.2.	La exclusión de los conflictos de intereses. Tres formas de separación de poderes y de incompatibilidades	90
4.3.	La democracia interna de los partidos y las formas de democracia participativa	96
4.4.	La reforma del sistema de la información. La libertad de información y las garantías de su independencia	100
	<i>Conclusión.</i> El futuro de la democracia constitucional.....	107

Prólogo

LUIGI FERRAJOLI, SOBRE PODER, DERECHO Y DEMOCRACIA HOY: A LAS COSAS POR SU NOMBRE

Perfecto Andrés Ibáñez

Luigi Ferrajoli, en su monumental obra *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, escribe con toda razón que, es obvio, «el derecho positivo no implica la democracia» pero, en cambio, esta «implica necesariamente el derecho». Este derecho —en efecto, implicación profunda, «dimensión sustancial» de la democracia— es el integrado por los derechos fundamentales de *todas* las personas de carne y hueso, con su correspondiente régimen de garantías. De ahí que la precisa consagración normativa de los primeros y la real efectividad de las segundas representen el auténtico momento de la verdad de la democracia. Pues, si no... ¿para qué? De no ser así... ¿para quién?

Este planteamiento, de noble ascendencia teórica, ha sido muy rigurosamente organizado por el autor en un ambicioso modelo conceptual; tan consistente, que cuesta entender que pueda no ser aceptado como una evidencia. Pues de evidencia hay que hablar a propósito de la afirmación de que democracia política y derechos fundamentales efectivamente garantizados son categorías indisociables; que tienen que darse juntas y se necesitan en su recíproca complementariedad. Es por lo que el discurso de Ferrajoli sale, con tanta coherencia como eficacia, al encuentro de la demanda más sentida, desatendida y genuina de las que recorren la histo-

ria. Una demanda de humanización de las relaciones sociales mediante la dignificación y la refundación de la política, que registra en su atormentado devenir ensayos de respuesta tan caracterizados como los debidos al pensamiento ilustrado y al mejor constitucionalismo liberal. Pero, según ahora nos consta, de una respuesta demediada. Precisamente, como resultado de la ausencia de integración de aquellos dos planos, de demostrada imprescindible concurrencia simultánea.

No falta quien, alabando la calidad y la honestidad intelectual del esfuerzo, reprocha a Ferrajoli un punto de ingenuidad; de sobredimensionamiento de la perspectiva ideal, incluso de evasión en el método. Lo propio —parece decir ese alguien— del que, habitante de un renovado «cielo de conceptos», ignorase las reglas no escritas pero bien acreditadas de la *realpolitik*; lo imprescindible de pactar con el *estado de cosas*, como precio de pago inexcusable para no acabar estrellado sobre él.

Esta opción es, desde luego, y con toda probabilidad seguirá siendo la más experimentada a derecha e izquierda, con aceptación implícita de la brutal injusticia que nos rodea como una suerte de dato natural o de *fatum*. Pero me parece que, ahora, también al precio de una indignancia teórica mucho más patente, que contribuirá a hacer tal injusticia menos soportable. Pues, de las muchas virtudes del modelo de Ferrajoli, una es que permite si es que no obliga, como creo, a ver más y mejor, más en profundidad y más lejos. Otra, que si de algo no peca es de ingenuo. Ya que no se engaña y, menos aún, engaña, sino que ilumina con claridad solar y quirúrgica penetración *esta realidad* (tan bien armada y mejor velada) en sus determinaciones políticas relevantes; llamando luego, convencido y convincente, al esfuerzo inaplazable para sustituirla por la proyectada en los mejores textos constitucionales. Proyectada y asumida —conviene recordar— con pretensiones normativas; y no, por cierto, en un ejercicio de narcisismo autorreferencial de juristas ensimismados, sino bajo presión de mayorías abrumadoras en momentos de crecimiento democrático. Merced al tesón y

el esfuerzo de pueblos enteros puestos en pie, que, en todas las ocasiones, sabían demasiado bien de dónde venían como para no tener claro a dónde no deseaban volver y lo que querían.

Puede que esta evocación suene a épica en exceso; cabe que, dados los tiempos que corren, incluso a *lírica*. Pero lo evocado es algo real como la vida misma. Tan real como que los contados momentos de vigencia, aun siempre insuficiente, del modelo considerado, son los que han deparado la mayor calidad de convivencia entre personas que se conoce. Tan real como que su progresiva pérdida de vigor actual está sumiendo en una infelicidad bien concreta a masas de nuestros conciudadanos en esta privilegiada zona central del primer mundo. Sobre la que, además, se proyecta, ahora con particular intensidad, un drama universal, que no es sino el efecto decantado de la negación de aquel a gran formato y a escala planetaria.

Luigi Ferrajoli —según lo anticipado en *Derecho y razón*— habla expresivamente desde el título de «poderes salvajes», trasladando este adjetivo, que el Diccionario reserva para los «animales no domesticados, generalmente feroces», a un terreno inusual, el del discurso sobre la política, tan propenso desde siempre al eufemismo nada inocente. Y lo hace, conectando, también en esto, con precedentes bien autorizados. En particular el de Aristóteles, quien (en su *Política*) atribuyó al poder, cuando no está sujeto a la ley, un neto componente de *animalidad*, pensando, seguramente, en una forma de existencia y ejercicio del mismo en el régimen de absoluta exención de límites que sería el característico de la tópica tiranía. Pero ahora contamos con la certeza de que, también en marcos de legalidad y aun con la previsión de controles de esta misma índole y otros formales de carácter político, el poder puede muy bien experimentar caídas tremendas en semejante brutal condición. Así, el rótulo que abraza las reflexiones del autor es mucho más que una licencia literaria, mucho más que un fácil eslogan efectista, pues conecta íntimamente con la propia *naturaleza* del objeto, de

un modo que le dota de la máxima pertinencia y de la adecuada calidad denotativa.

Contando con una experiencia del poder adquirida en escenarios más numerosos y también más ricos, por su diversidad, de los que pudo tener a la vista el gran clásico; que comprende asimismo lo mucho que hoy se sabe (no diré *aprendido*) acerca de lo de que aquel es capaz en ausencia de límites; Ferrajoli abre sus consideraciones con una presentación sintética del modelo normativo de democracia constitucional, exhaustivamente desarrollado en *Principia iuris*. Lo hace afirmando la patente insuficiencia de la noción formal de democracia, la hoy prevalente en la cultura política al uso, que la reduce al ejercicio del voto para la formación de la «voluntad popular». Es claro que en esta noción se expresa una condición necesaria pero que en rigor no basta para hacer a un sistema político *democrático* en el sentido pleno y profundo del término; que no se satisface con la sola previsión de las conocidas cautelas en el plano de los procedimientos. Estos aseguran derechos políticos ciertamente esenciales, pero al fin dejan a la voluntad de quien ejerce el poder la satisfacción de todos los demás, e incluso, como se ha demostrado, hasta la misma pervivencia de las reglas del juego. De aquí la obligada conclusión de que el nexo entre democracia política y rígida proclamación normativa con garantía eficaz de los derechos fundamentales no es meramente eventual o accidental, sino de orden conceptual; por lo que la democracia, para no mentirse a sí misma, tendrá que ser constitucional, es decir, vinculada —tanto en los modos de proceder y de decidir como en los contenidos de las decisiones— por ese «derecho sobre el derecho» que son los derechos fundamentales, que debe acotar también el territorio y el horizonte de la política.

No hace tanto, el problema de la forma constitucional de Estado parecía radicar fundamentalmente en su falta de pleno desarrollo, por la ausencia de la imprescindible voluntad política al respecto; una vez extinguido el impulso social que la llevó a las constituciones. Sin embargo, con Ita-

lia como primer campo de observación, lo que ahora constata el autor es un preocupante cambio de ciclo, pues lo que podría hallarse en curso es *una crisis esencial* del modelo, a cuyo examen dedica las partes segunda y tercera del libro.

El «caso italiano» es emblemático, al tratarse de un país que, como es notorio, en las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo desarrolló un alto grado de participación popular, una cultura civil y política de calidad en amplios sectores de población, un estimable nivel de garantía de los derechos sociales. Sin embargo, ahora es el paradigma de la crisis del papel constitucional del partido político y de la degradación personalista de la representación, que equivale a la negación de esta como momento de la política democrática. Se ha transformado en ámbito privilegiado de la más burda deriva populista; en el espacio de un alucinante conflicto de intereses, antes difícilmente concebible en nuestro medio, de no ser en un nuevo «Macondo» de ficción, caprichosamente desplazado por su creador al viejo continente... No solo: Italia está conociendo también ataques sin precedentes a los derechos de los trabajadores; importantísimos recortes en materia de gastos sociales; un creciente desarrollo de las pulsiones racistas estimulado desde los centros de poder, con gravísimo reflejo legislativo; y una pérdida del sentido cívico en amplios sectores de la ciudadanía de un alcance imprevisible. Todo asociado a la emergencia y consolidación de una nueva, incontrolada, forma de poder, efecto de la masiva concentración en manos privadas de un enorme aparato de comunicación social.

Sobre este abigarrado conjunto de elementos ondea un nombre propio, cuyo portador, no cabe duda, ha impreso su peculiar carácter, incluido un sesgo gansteril, al complejo fenómeno que lleva su marca. Pero —como hace Ferrajoli— conviene tener cuidado para estar a lo fundamental y no perderse en datos que, sin resultar nunca banales y aun contando con un alto valor sintomático, no son los centrales. Me refiero a los, relativamente anecdóticos en el contexto de regresiones estructurales, que conforman la peripezia

infracultural y cutre de *Il Cavaliere*, también *Il Caimano*, y, ahora, con buen fundamento, *Il Sultano*. Esa singladura que nutre el relato estupefaciente de una suma inusitada de prerrogativas presidenciales (del «legítimo impedimento» al *bunga-bunga*), pero que, no obstante, no capta lo determinante de la situación, que no radica en tales estridencias.

Como no podía ser de otro modo, el aludido es un peligro radicalmente extraño al sólido esfuerzo intelectual de Ferrajoli, que trasciende la *anécdota-Berlusconi* y lo que de esa índole pudiera haber en el berlusconismo como síndrome, para centrarse en la indagación de los presupuestos causales y en el estudio de sus elementos portantes. Y dar razón del complejo porqué de lo que podría llegar a ser auténtica *voladura*, mediante el uso desviado de los instrumentos de la democracia política, de —con todas sus deficiencias— un estado constitucional.

A ello se debe que el interés del análisis de Ferrajoli, en esta obrita que, evidentemente, se centra en Italia, desborde por razón del método y de su alcance los límites de país, y pueda decir mucho en y sobre cualquiera de los del mismo entorno de cultura y política. Porque ni el desentendimiento de esta, debido a la progresiva despolitización inducida y la consiguiente instrumentalización de las masas; ni la profunda crisis de representatividad y la deriva oligárquica de los partidos, con su contaminación de este mismo virus a las instituciones que *ocupan*; ni los altos índices de corrupción; ni la creciente acumulación de la información como poder en centros económicos de decisión democráticamente incontrolables... son males exclusivos de la situación italiana ni, sobre todo, simplistamente interpretables en una clave personal, por más singular que resulte el personaje que la invade con su obscena omnipresencia.

Así, ciertamente, el trabajo de Ferrajoli será muy útil al lector español. No solo porque en nuestro contexto es perfectamente registrable la activa presencia de aquellas constantes, sino también porque no parece que aquí exista una conciencia suficientemente informada y sensible en relación

con las mismas y sobre la clase y la intensidad del peligro que representan para la democracia constitucionalmente entendida. E incluso, descendiendo a la *anécdota*, que me parece que no lo es, porque nuestro país tuvo el dudoso privilegio de albergar la aventura político-empresarial e ilegal, de una ilegalidad criminal, de Gil y Gil y del GIL, *su partido*; que no está tan lejos y que, incluso, en algún aspecto del diseño (cierto que a menor escala), habría ido aún más allá que la del mismo Berlusconi, en el esfuerzo logrado de depredación de lo público.

La obra se cierra con un capítulo de propuestas, dotadas de un sólido soporte empírico y del mejor fundamento teórico. Con ellas se trataría de poner coto al bien diagnosticado de auténtico proceso «deconstituyente», como cifrado en el vaciamiento de la democracia política y reflexivamente orientado a la simultánea desactivación de las estructuras constitucionales básicas. Todo sobrevolado por una política *cultural*, mediáticamente muy bien instrumentada, dirigida de forma sistemática y —¡ay!— con éxito al envilecimiento y la insensibilización de la opinión.

La apuesta es compleja y discurre en dos claves: de resistencia constitucional y contención de las auténticas dinámicas *antisistema* inscritas en el interior de las instituciones mismas, y reconstructiva. En su contexto tienen particular importancia las indicaciones dirigidas a articular nuevos mecanismos de garantía. Estos responden a la necesidad, harto evidente, de seguir al poder real hasta los lugares a los que le ha llevado la, de otro modo, difícilmente contenible deriva oligárquica. Son, a título de ejemplo, los lugares del partido como agencia de gestión de intereses grupales, en régimen de notable opacidad y problemática compatibilidad con la función democrático-representativa; los del *continuum* tendencialmente neoabsolutista integrado por la mayoría parlamentaria, el ejecutivo y la formación política correspondiente; los del conglomerado mediático-propietario, que en Italia ha alcanzado cotas de concentración ciertamente inéditas...

No quiero cerrar estas líneas sin dejar de señalar que, a mi juicio, la *anécdota-Berlusconi* tiene un punto en el que el *pathos* personal desborda los propios límites, para trascender al terreno de la *categoría*. Es el de su increíble confrontación con la instancia jurisdiccional, que ciertamente carece de precedentes. Desde luego, no los tiene en la grosería del *estilo*, en la intensidad y en las modalidades de la ofensiva. Me atrevería, incluso, a decir que en la aventura político-empresarial de otro *berlusconismo* posible, de alguna *finezza* en la táctica, aun siendo inevitable el choque con la jurisdicción, podría no resultar *necesario* llevarlo a semejantes extremos de zafiedad. Pues bien, creo que aunque expresarlo de este modo quizá resulte paradójico, precisamente en el exceso, en la falta de maneras, en la abrumadora sobredimensión, radica una suerte de involuntaria lección *de democracia constitucional* —obviamente en negativo— que no debiera pasar desapercibida, y menos aún desaprovecharse.

En efecto, pues nadie como Berlusconi ha puesto de relieve con tanta claridad lo relevante, lo imprescindible de una eficaz separación de poderes, de un poder judicial y un ministerio público independientes, del papel de las instituciones de garantía y de los límites *de derecho(s)*, como contrapunto a los nada teóricos posibles extravíos de la razón política. En este caso producidos —forma parte de la *lección*— en un marco de democracia constitucional.

Lo último del increíble *culebrón* me sugiere, como ejercicio dialéctico, el traslado de sus vicisitudes a un escenario de ficción: el del diálogo hipotético entre un *mayoritarista* a lo Waldron y un *constitucionalista normativo y garantista* a lo Ferrajoli. Un diálogo en el que el segundo, para poner de relieve al primero los riesgos de su planteamiento, argumentase con el ejemplo de un sujeto político que, en contexto democrático, accediese al poder del modo y con los intereses que lo hizo Berlusconi, para actuar y mantenerse en él de la misma manera. No hay duda: el *caso* resultaría estigmatizado como «de escuela» por irreal, el argumento sería tachado de artificioso y su ideación de demagógica y sofista.

Pues bien: ahora se sabe que ninguna de las tres cosas. Por eso, ante la cruda evidencia, creo que la de Luigi Ferrajoli con *Poderes salvajes* es una guía muy valiosa para leer con perspectiva en nuestras realidades políticas en curso que no debiera desperdiciarse.

PODERES SALVAJES
LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL

PRELIMINAR

Está en curso un proceso de deconstitucionalización del sistema político italiano. Este proceso se ha manifestado en la construcción de un régimen antiliberal basado en el consenso o, cuando menos, en la aquiescencia pasiva de una parte relevante de la sociedad italiana a una amplia serie de violaciones de la letra y el espíritu de la Constitución. Con todo, su aspecto más grave radica en el rechazo por parte del actual grupo del gobierno, más que de la Constitución de 1948, del propio constitucionalismo, es decir, de los límites y los vínculos constitucionales impuestos a las instituciones representativas. Ello ha dado como resultado la progresiva transformación de hecho de nuestro sistema político en una forma de democracia plebiscitaria, fundada en la explícita pretensión de la omnipotencia de la mayoría y la neutralización de ese complejo sistema de reglas, separaciones y contrapesos, garantías y funciones e instituciones de garantía que constituye la sustancia de la democracia constitucional. La idea elemental que está en la base de esta pretensión es que el consenso popular es la única fuente de legitimación del poder político y, por ello, serviría para legitimar todo abuso y para deslegitimar críticas y controles. Así, el edificio de la democracia constitucional resulta minado de raíz en su totalidad: porque no se

soporta el pluralismo político y constitucional; por la desvalorización de las reglas; por los ataques a la separación de poderes, a las instituciones de garantía, a la oposición parlamentaria, a la crítica y a la prensa libre; en definitiva, por el rechazo del paradigma del estado constitucional de derecho como sistema de vínculos legales impuestos a cualquier poder.

Por otra parte, el proceso deconstituyente se ha desarrollado también en el plano social y cultural, con la eliminación de los valores constitucionales en las conciencias de una gran parte del electorado: por indiferencia, por falta de sentido cívico o por el cambio de la propia concepción de la democracia en el imaginario colectivo. Veinte años de intentos de contrarreformas constitucionales y de agresiones a la carta de 1948 —sistemáticamente descalificada como vieja y superada, e incluso como responsable de la ineficiencia del sistema político— han producido la caída del valor de la Constitución en el sentido común. Es este, como veremos, el daño más profundo. Una democracia puede quebrar aun sin golpes de estado en sentido propio, si sus principios son de hecho violados o contestados sin que sus violaciones susciten rebelión o, al menos, disenso. Recuérdese el último artículo de la Constitución francesa del año III: «El pueblo francés encomienda la presente constitución a la lealtad» de los poderes públicos y a la «vigilancia de los padres de familia, las esposas y las madres, al afecto de los jóvenes ciudadanos, al coraje de todos los franceses». En estas dos garantías, de carácter político y social —la garantía política de la «lealtad» de los poderes públicos y la garantía social de la «vigilancia» de los ciudadanos—, descansa la efectividad de las garantías jurídicas y, con ellas, del estado de derecho y de la democracia. Hoy no es posible confiar en la lealtad de los titulares de los poderes de gobierno, al ser ellos mismos los promotores de la deformación constitucional. Y la vigilancia de una parte relevante de la opinión pública decrece progresivamente, anestesiada por la propaganda.

Este debilitamiento de la dimensión constitucional de nuestra democracia se interpreta habitualmente en el debate público como el precio pagado por el reforzamiento de su dimensión política, debido a la atribución a los electores del poder de elegir en cada ocasión la coalición gobernante. En otras palabras, como una reducción y una desvalorización de la dimensión legal de la democracia en beneficio de la valoración de su dimensión política y representativa, concebida, por lo demás, como el único fundamento de la legitimidad de los poderes públicos. Este trabajo tiene el fin de rebatir tal planteamiento. Pretende demostrar cómo tras el pretendido fortalecimiento de la representación política como expresión directa de la voluntad popular se oculta en realidad una deformación profunda de las instituciones representativas, responsable no solo del vaciamiento de la dimensión constitucional de la democracia, sino también de la tendencial disolución de su dimensión política y representativa. En efecto, como trataré de hacer ver, existe un nexo biunívoco entre forma representativa y dimensión constitucional de la democracia y, por lo mismo, entre la crisis de una y otra, hasta el punto de que hoy cabe hablar de una crisis de la democracia *tout court*. De la democracia constitucional, debido a la involución populista de la representación y de la falta de límites reivindicada para esta; pero también de la democracia política, por efecto de los conflictos de intereses en el vértice del Estado y del debilitamiento de las reglas de la democracia constitucional. En resumen, los enemigos de la democracia constitucional son también los principales enemigos, disfrazados de amigos, de la democracia política.

En este momento, en Italia, parece perfilarse una crisis del proceso involutivo y deconstituyente: por la crisis interna de la mayoría y por el total descrédito de su líder, por el crecimiento del disenso y de la protesta y también por la sustancial resistencia de las estructuras constitucionales del estado de derecho frente a tantos ataques e intentos de reforma. Sin embargo, los venenos que han alimentado este proceso están todavía activos, y requerirán una larga y

no fácil labor de desintoxicación y de reconstrucción. Por otro lado, la enfermedad de la democracia italiana debería servir de lección para el futuro, dado que los actuales fenómenos de personalización, confusión y concentración de poderes y de disolución del espíritu público, en ausencia de garantías adecuadas y de anticuerpos culturales eficaces, pueden perpetuarse y reproducirse, en el nuestro como en otros países. En fin, como escribió Montesquieu, es un dato de «experiencia eterna» que los poderes, libres de límites y controles, tienden a concentrarse y a acumularse en formas absolutas: a convertirse, a falta de reglas, en poderes salvajes. De aquí la necesidad no solo de defender, sino también de repensar y refundar el sistema de las garantías constitucionales. En efecto, pues —es mi tesis— únicamente el reforzamiento de la democracia constitucional, a través de la introducción de nuevas garantías específicas de los derechos políticos y de la democracia representativa, permitirá salvaguardar y refundar una y otra.

En el próximo capítulo ilustraré, primero, el paradigma de la democracia constitucional, tal y como se ha afirmado en Italia y en todos los ordenamientos avanzados con la introducción de constituciones rígidas supraordenadas a los poderes políticos y de garantías constitucionales específicas contra la omnipotencia de las mayorías parlamentarias y de gobierno. Señalaré después cómo la crisis de este paradigma, por el nexo que liga forma y sustancia de la democracia, está provocando en Italia una tendencial disolución también de la democracia política. Precisamente, haré ver en el segundo capítulo los procesos deconstituyentes que operan desde arriba, y en el tercero, los que lo hacen desde abajo —unos en el plano político e institucional, los otros en el social y cultural—, convergiendo todos a hacer inútil no solo la dimensión constitucional o sustancial, sino también la dimensión política o formal de nuestra democracia. En fin, en el capítulo cuarto, indicaré algunas garantías de la democracia política y representativa capaces de frenar estos procesos mediante la expansión

y el reforzamiento del paradigma normativo de la democracia constitucional*.

Roma, 7 de enero de 2011

* Una parte de este libro fue publicada en *Parolechiave* 43 (2010), con el título «La democrazia costituzionale e la sua crisi odierna». Agradezco a Marina Graziosi, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Claudio Pavone y Salvatore Senese la lectura y discusión de este texto.

EL PARADIGMA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1.1. *Las aporías de la concepción puramente formal o política de la democracia. La rigidez constitucional*

En el sentido común la democracia se concibe habitualmente, según el significado etimológico de la palabra, como el poder del pueblo de asumir las decisiones públicas, directamente o a través de representantes. Esta noción de democracia puede llamarse *formal* o *procedimental*, dado que identifica la democracia atendiendo exclusivamente a las *formas* y los *procedimientos* idóneos para legitimar las decisiones como expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. Porque, en otras palabras, la identifica a tenor del *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* de las decisiones (el sufragio universal y la regla de la mayoría), con independencia de sus contenidos, es decir, del *qué* se decide. Por lo demás, esta tesis es también compartida por la mayor parte de los teóricos de la democracia¹.

1. Recuérdense H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* [1929], traducción de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934; J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia* [1954], traducción de J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971; N. Bobbio, *El futuro de la democracia* [1984], traducción de J. Moreno, Plaza y Janés, Barcelona, 1985; G. Sartori,

La tesis que voy a sostener es que esta noción formal de democracia expresa un rasgo ciertamente necesario —una *conditio sine qua non*— en ausencia de la cual no cabe hablar de democracia, pero no una condición suficiente para identificar todos los elementos cuya presencia permite calificar a un sistema político de «democrático» y, especialmente, de «democracia constitucional». Por dos razones, correspondientes a otras tantas aporías, que exigen la integración de los rasgos formales de la democracia con límites y vínculos *sustanciales* o de *contenido*, es decir, relativos al *qué* no es lícito decidir o no decidir, como son los impuestos en las constituciones actuales por los derechos fundamentales que las mismas establecen².

En primer lugar, esa noción, si puede valer para definir la *dimensión política o formal* de la democracia, no permite dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, que no entrarían en tal concepto, ya que en ellas el respaldo popular ya no es suficiente para legitimar cualquier decisión. La misma carece por ello de alcance empírico y de capacidad explicativa. En efecto, en virtud del cambio de paradigma

Democrazia e definizioni, Il Mulino, Bologna, 1957; R. Dahl, *La democracia y sus críticos* [1989], traducción de L. Wolfson, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993; M. Bovero, *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores* [2000], traducción de L. Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2002. La misma concepción prevalece en la filosofía jurídica actual. Me limitaré a recordar las críticas que me ha dirigido A. Pintore, «Derechos insaciables», en L. Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 42009, pp. 243 ss., y mi réplica, en pp. 339 ss.; además, los trabajos de P. Salazar Ugarte, P. de Lora, A. Greppi y A. Ruiz Miguel, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 22009, a los que he dado respuesta en *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, traducción de A. Greppi, Trotta, Madrid, 22009, en particular en el capítulo VI.

2. Para un análisis más profundo de las tesis desarrolladas en este capítulo, remito a mi *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* I. *Teoría del derecho* y II. *Teoría de la democracia* (en lo sucesivo *Pi I* y *Pi II*), traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011.

generado por el constitucionalismo rígido en la estructura de las democracias, también los poderes legislativos y los de gobierno están jurídicamente limitados, no solo en relación con las *formas*, sino igualmente en lo relativo a la sustancia de su ejercicio. Estos límites y estos vínculos son impuestos a tales poderes por los derechos constitucionalmente establecidos, que se identifican con lo que se puede llamar la *esfera de lo indecible*: la esfera de lo *no decidible que*, integrada por los derechos de libertad, que prohíben como inválidas las decisiones que los contradicen, y la esfera de lo *no decidible que no*, formada por los derechos sociales, que imponen como debidas las decisiones dirigidas a satisfacerlos. Por consiguiente, ya que estos límites y vínculos de contenido contradicen la noción puramente política de la democracia, basada en reglas exclusivamente formales que hacen posible la virtual omnipotencia de las mayorías, habremos de admitir que, de atenernos a tal noción, las actuales democracias constitucionales no son democracias.

En segundo lugar, esa noción puramente formal ignora el nexo conceptual que liga la democracia política y todos los derechos constitucionalmente estipulados que operan como límites o vínculos de contenido a la voluntad de las mayorías, que de otro modo sería absoluta. Es por lo que tales derechos conforman la *dimensión constitucional* de la democracia, que, con una expresión gastada por los usos ideológicos de que ha sido objeto, *puede* muy bien llamarse *sustancial*, en cuanto referida a la *sustancia*, es decir, al *qué* prohíben u obligan a decidir las constituciones³. Se trata de un doble nexo.

3. La expresión «democracia *sustancial*» fue utilizada por los apologetas de las llamadas «democracias populares» para designar las experiencias antidemocráticas del socialismo real por oposición a la «democracia *formal*». Es el sentido en que justamente la criticó Norberto Bobbio: «Junto a la noción procedimental de democracia, prevalente en la teoría política occidental y en el ámbito de la *political science*, ha ido difundiéndose en el lenguaje político contemporáneo otro significado de democracia que comprende formas de régimen político, como las de los países socialistas y del Tercer Mundo, especialmente africanos, en las que no están vigentes, o no se respetan cuan-

Por una parte, el ejercicio consciente e informado de los derechos políticos supone la garantía de los clásicos derechos de libertad —de libertad de expresión, de información, de asociación y de reunión— y también de los derechos sociales, como los de la salud y la educación. Por otra, en ausencia de cualquier límite sustancial relativo a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* —o, cuando menos, *puede no*— *sobrevivir* al ser siempre posible en principio la supresión por mayoría, con métodos democráticos, de los métodos democráticos mismos: no solo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los propios derechos políticos, el pluralismo, la separación de poderes, la representación, en suma, todo el sistema de reglas en que consiste la democracia política. No es una hipótesis de escuela: en el siglo pasado, fascismo y nazismo se apoderaron del poder por vías legales y luego se lo entregaron «democrática» y trágicamente a un jefe que suprimió la democracia⁴.

do lo están, algunas o todas las reglas por las que se llaman democráticos en virtud de una larga tradición los regímenes liberal-democráticos y los regímenes social-democráticos. Para evitar la confusión entre dos significados tan diversos del mismo término, se ha generalizado el uso de especificar el concepto genérico de democracia con un atributo calificativo, y así, por ejemplo, se llama ‘formal’ a la primera y ‘sustancial’ a la segunda» (N. Bobbio, voz «Democrazia», en N. Bobbio y N. Matteucci [dirs.], *Dizionario di politica*, Utet, Turín, 1976, p. 305 [traducción castellana, *Diccionario de política*, Siglo XXI, México, 1982]). He subrayado el carácter deliberadamente provocativo de mi redefinición de la expresión «democracia sustancial», que invierte el sentido de aquellos usos ideológicos, al asociarlo a los límites y los vínculos impuestos por las constituciones a cualquier poder, en «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*», § 3.1, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 506 ss. [traducción castellana coordinada y supervisada por P. Eiroa y N. Guzmán, *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Temis, Bogotá, 2000]; y en M. Carbonell (ed.), *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 88-89. Véase también *Pi I*, § 11.18 y *Pi II*, § 13.3.

4. Habitualmente esta objeción trata de eludirse con la tesis de que los límites a la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales, y en particular por los derechos de libertad, son «condiciones», «pre-

Fue precisamente a partir de aquellas trágicas experiencias como se produjo en Europa, tras la segunda guerra mundial, un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, a través de la constitucionalización de uno y otra. Este cambio consistió en la sujeción de la producción del derecho en su totalidad, incluida la legislación, a normas constitucionales rígidamente supraordenadas a todos los poderes normativos y, con ello, en el perfeccionamiento del modelo paleopositivista del estado de derecho. En el viejo estado legal de derecho el poder legislativo de las mayorías parlamentarias era un poder virtualmente absoluto, al resultar inconcebible la posibilidad de una ley que limitase a la ley. Existían, es cierto, constituciones y derechos fundamentales estipulados en cartas constitucionales. Sin embargo, al menos en el continente europeo, estas cartas eran constituciones flexibles: leyes solemnes, pero, al fin, leyes que el legislador ordinario podía válidamente modificar con otras posteriores. Los principios y los derechos establecidos en ellas operaban, así, de hecho, como límites y vínculos solamente políticos, carentes de una fuerza jurídica capaz de vincular a la legislación.

De este modo, en un país como Italia, de débiles tradiciones liberal-democráticas, el fascismo pudo deshacer con sus leyes el Estatuto albertino y sepultar la democracia y las libertades fundamentales sin un formal golpe de estado. En efecto, pues en sustancia es lo que fue, aunque no en las formas, dado que las leyes fascistas, incluso las que hicieron pedazos el estado de derecho y la representación parlamentaria, tuvieron la consideración de formalmente válidas en cuanto votadas por mayorías de diputados según los cánones de la democracia política o formal. Por eso puede muy bien

condiciones», «presupuestos», «límites» o «reglas preliminares» de la democracia. Véase, por ejemplo, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 6 y *passim*; M. Bovero, *Una gramática de la democracia*, cit., cap. II, § 6, pp. 48-51. Pero una condición, cuando se considera necesaria, equivale a un requisito esencial y, por consiguiente, debe ser incluida en la definición del término que se trata de definir, como condición *sine qua non*.

decirse que el antifascismo es un rasgo genético no solo de la democracia italiana, que lo sancionó explícitamente en su constitución, sino, en general, de la democracia constitucional nacida de las ruinas de la segunda guerra mundial y de los fascismos: porque la democracia, tras aquellas catástrofes, se redefinió y tomó nueva conciencia de sí misma, estableciendo en normas de derecho positivo, rígidamente supraordenadas a la legislación ordinaria, los límites y los vínculos —la separación de poderes, la paz, la igualdad y la garantía de los derechos fundamentales— hasta entonces solo políticos, de los que el fascismo había renegado.

La rigidez de las constituciones aprobadas en Italia y en Alemania después de la guerra, y luego en España y en Portugal a la caída de las dictaduras, cambió, radical y simultáneamente, tanto las condiciones de validez de las leyes como la estructura de la democracia. Al situar en el vértice de la jerarquía de las fuentes las normas constitucionales, hizo vinculantes, en relación con la legislación, las expectativas universales en que consisten los derechos establecidos en ellas: como expectativas negativas de la no lesión de los derechos de libertad y como expectativas positivas de satisfacción de los derechos sociales⁵. El resultado son dos cambios de paradigma, interconectados y paralelos. En primer lugar, del derecho y de las condiciones, ya no solo formales sino también sustanciales, de la validez de las leyes; en segundo término, de la estructura de la democracia, caracterizada a su vez ya no por la dimensión política o formal como única, sino también por una dimensión sustancial, relativa a los contenidos de las decisiones.

5. Sobre los conceptos de «derecho subjetivo» y de «derecho fundamental», uno como expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones), el otro como derecho universal en tanto que atribuido a todos como personas, ciudadanos o capaces de obrar, remito a mi *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, pp. 19 ss. y sobre todo a las definiciones D10.20 y D11.1 en *Pi I*, § 10.11 y § 11.1.

1.2. *Los límites y vínculos constitucionales a la validez sustancial de las leyes. El derecho ilegítimo*

La primera transformación se refiere a las condiciones de validez de las leyes. En el paradigma paleo-positivista del estado liberal, la ley, cualquiera que fuese su contenido, era la fuente suprema e ilimitada del derecho. En efecto, en el imaginario de los juristas, y menos aún en el sentido común, no existía la idea de una ley supraordenada a la ley en condiciones de vincular los contenidos de la actividad legislativa. Esta omnipotencia de la ley desaparece con la afirmación de la constitución como norma suprema a la que todas las demás están rígidamente subordinadas. Gracias a esta innovación, la legalidad cambia de naturaleza: ya no es solo condicionante y disciplinante, sino también ella misma condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales; ya no simplemente un producto del legislador sino también planeamiento jurídico de la calidad de la propia producción legislativa y, por consiguiente, un límite y un vínculo al legislador. De este modo, el derecho resulta positivizado no solo en el *ser*, o sea, en su «existencia», sino también en su *deber ser*, esto es, en sus condiciones de «validez»; no solo en el *quién* y el *cómo* de las decisiones, sino también en el *qué no debe ser decidido*, o sea, la lesión de los derechos de libertad, o, al contrario, *debe ser decidido*, es decir, la satisfacción de los derechos sociales.

Este *derecho sobre el derecho*, este sistema de normas metalegales en que consisten las actuales constituciones rígidas no se limita pues a regular las *formas* de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además vincula sus *contenidos* mediante normas sustanciales sobre la producción como son, en particular, las que enuncian derechos fundamentales. Los vincula al respeto y la actuación de tales derechos, cuya violación genera *antinomias*, consistentes en la indebida presencia de normas sustancialmente inválidas por contradictorias con

aquellos, o bien en *lagunas*, que consisten en la ausencia, igualmente indebida, de las normas que establezcan las necesarias garantías de los mismos. De aquí se sigue que la validez de las leyes depende de la observancia no solo de las normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido. De este modo, gracias a las constituciones rígidas, hace su aparición, en las democracias constitucionales, el derecho ilegítimo, extrañamente negado como «contradicción en los términos» por Hans Kelsen⁶, que también teorizó la estructura en grados del ordenamiento jurídico y el control de constitucionalidad de las leyes. Hoy, para que una ley sea válida es necesario que no solo sus *formas*, es decir, los procedimientos de formación de los actos legislativos, sean *conformes*, sino también que su *sustancia*, esto es, sus significados o contenidos, sean *coherentes* con las normas constitucionales que disciplinan su producción.

6. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* [1945], traducción de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949, Primera parte, cap. XI, H), b), p. 185. En efecto, «por ‘validez’ —escribe Kelsen— entendemos la existencia específica de las normas», *ibid.* cap. I, C), a), p. 35; D), c), p. 56; cap. X, C), c), p. 137; Íd., *Teoría pura del derecho* [1960], traducción de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, cap. I, § 4, c), p. 23. La tesis de la equivalencia entre validez y existencia lleva a Kelsen a contradecirse repetidamente, pues le induce a calificar a la «ley inconstitucional» unas veces de «válida», otras de «inexistente». La tesis de la validez se sostiene, por ejemplo, en *Teoría pura del derecho*, cit., cap. IV, 4, § 29, f), p. 154: «La ley ‘inconstitucional’ es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o una derogación general— una ley válida. No es nula, sino solo anulable» (la misma tesis se encuentra también *ibid.*, cap V, § 35, j), a), pp. 277 y 280, y en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., cap. X, C], c], p. 138). La tesis de la inexistencia, en cambio, se sostiene en *Teoría pura del derecho*, cit., cap. V, § 35, j), β), p. 277: «De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico» (la misma tesis también en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., cap. XI, H], b], p. 185).

1.3. *La dimensión sustancial, y no solo formal, de la democracia*

Por el isomorfismo que siempre existe entre derecho y sistema político, este cambio de las condiciones de validez de las normas retroactúa sobre las condiciones de la democracia, ellas mismas ya no solo formales sino también sustanciales. En efecto, la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales, al imponer prohibiciones y obligaciones a los poderes públicos, ha injertado también en la democracia una dimensión *sustancial* relativa a lo que no puede ser o debe ser decidido por cualquier mayoría, añadida a la tradicional dimensión política, meramente *formal* o *procedimental*, relativa a las formas y a los procedimientos de las decisiones. En consecuencia, ha cambiado la relación entre la política y el derecho. Ya no es el derecho el que debe quedar subordinado a la política como su instrumento, sino que la política se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales: vínculos negativos, como los generados por los *derechos de libertad* que no pueden ser violados; vínculos positivos, como los generados por los *derechos sociales* que deben ser satisfechos. De este modo, política y mercado —activados y legitimados, una por el ejercicio de los derechos políticos, el otro por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía— forman la *esfera de lo decidible*, rígidamente delimitada por la *esfera de lo indecidible* integrada por el conjunto de los derechos fundamentales.

Las dos dimensiones de la democracia, la formal y la sustancial, resultan así anudadas, por el paradigma constitucional, a otras tantas clases de derechos fundamentales: los que podemos llamar *derechos formales* de autonomía —los *derechos políticos* en la esfera pública de la política y los *derechos civiles* en la privada del mercado— que aseguran la forma democrática de las decisiones; y los que he llamado *derechos sustanciales* —los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*— que aseguran la sustancia democrática.

tica de las mismas. Así resulta una concepción de la democracia constitucional como modelo normativo articulado en varias dimensiones, correspondientes a otras tantas clases de derechos fundamentales: la *democracia política*, asegurada por las garantías de los derechos políticos; la *democracia civil*, asegurada por las garantías de los derechos civiles; la *democracia liberal* (o liberal-democracia) asegurada por las garantías de los derechos de libertad; la democracia social (o social-democracia), asegurada por las garantías de los derechos sociales⁷. En este sentido el garantismo, tomado en sus cuatro dimensiones —*política, civil, liberal y social*, según la clase de derechos garantizados— puede muy bien ser considerado como la otra cara del constitucionalismo y como el presupuesto jurídico de la efectividad de la democracia⁸.

Se desvanece, por consiguiente, la soberanía como *potestas legibus soluta*, claramente incompatible con el estado constitucional de derecho, que no admite la existencia de poderes absolutos, es decir, no sujetos a las leyes. Las constituciones siguen hablando de soberanía: «La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y dentro de los límites de la Constitución», dice, por ejemplo, el artículo 1 de la Constitución italiana. Pero, entonces, ¿por qué hablar aún de «soberanía», aunque sea «popular»? A mi juicio, esta expresión dice algo todavía si y solo si se la interpreta, literalmente, como una *garantía negativa*: o sea, en el sentido de que la soberanía pertenece al pueblo y a nadie más, y nadie —ni asamblea representativa ni presidente electo— puede apropiarse de ella

7. Para un tratamiento de mayor amplitud remito a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 2009, § 57, p. 855; a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., III, § 6, pp. 339-355; y, sobre todo, *Pi I*, caps. XI-XII, y *Pi II*, caps. XIII-XV.

8. Sobre los diversos significados de la palabra «garantismo» en la cultura jurídica y política contemporánea véase últimamente la reconstrucción de D. Ippolito, «Itinerarios del garantismo», traducción castellana de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y debate* 69 (2010), pp. 6 ss.

o usurparla⁹. Y puesto que el pueblo no es un macrosujeto dotado de voluntad unitaria, sino el conjunto de todos los ciudadanos, tal expresión puede ser entendida también como *garantía positiva*, como la suma de los fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales atribuidos a todos y a cada uno: no solo de los derechos-poder de autonomía, tanto políticos como civiles, sino también de esos derechos sustanciales, consistentes en otros tantos contra-poderes, que son los derechos de libertad y los derechos sociales. Por eso, hay que decir que los derechos fundamentales no son solo límites a la democracia política. Son, además, su sustancia democrática, en cuanto se refieren al pueblo en un sentido aún más concreto y más pleno de la representación política misma, es decir, a las libertades y a las necesidades vitales de todos y cada uno de sus miembros de carne y hueso¹⁰.

En esta perspectiva, cabe decir, invirtiendo el significado ideológico de otra expresión desacreditada del léxico político, que la democracia constitucional no solo integra la dimensión «sustancial» añadida a la tradicional dimensión «formal» de la democracia, sino que resulta concebida como «gobierno *para el* pueblo», además de como «gobierno *del* pueblo»¹¹.

9. Lo reconoció, contradictoriamente, incluso Rousseau, en el mismo pasaje en el que afirmó el valor de la misteriosa «voluntad general»: «La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma, o es otra cosa: no hay término medio» (*Del contrato social* [1762], traducción de M. Armiño, en *Del contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Alianza, Madrid, 1980, lib. III, cap. XV, p. 98).

10. Este nexo entre derechos fundamentales y soberanía popular está bien expresado en el famoso artículo 34 de la Declaración que precede a la Constitución de 24 de junio de 1973: «Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido». Recuérdese también el nexo establecido en el artículo 23 de la misma Declaración entre «garantía social» de los derechos, consistente en la «acción de todos» en su defensa, y «soberanía nacional».

11. En el mismo pasaje citado en la nota 3, Norberto Bobbio, después de haber criticado la noción soviética de «democracia sustancial», añade: «Se-

En efecto, al duplicar las reglas sobre el poder, la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales ha vinculado su ejercicio, no solo a las normas sobre «quién» está legitimado para decidir, que definen la democracia política como gobierno «del pueblo», sino también a las reglas sobre las opciones que deben presidir el «qué» de las decisiones y que caracterizan a la democracia como gobierno «para el pueblo» en cuanto tienen como fin la garantía de los derechos de todos. También la fórmula «democracia para el pueblo», que en su viejo uso ideológico designaba las formas extremas de gobierno de los hombres que fueron las llamadas «democracias socialistas», asume así, en el paradigma constitucional, un significado diametralmente opuesto: designa la forma extrema y completa del gobierno de las leyes realizada mediante la doble subordinación al derecho, en las formas y en la sustancia, de las leyes mismas.

De este modo, el antiguo contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, correspondiente al antiguo e igualmente recurrente dilema y contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *derecho natural* y *derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que desde la Antigüedad ha atravesado toda la historia de la filosofía jurídica y política, ha sido resuelto por las actuales constituciones rígidas con la positivización de esa «ley de la razón», aunque sea históricamente determinada y con-

gún la vieja fórmula que considera la democracia como gobierno del pueblo para el pueblo, la democracia formal es sobre todo un gobierno del pueblo, la democracia sustancial es sobre todo un gobierno para el pueblo». Véase, además, N. Bobbio, «Perché democrazia» [1976], en *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Turín, 1976, p. 71: «El concepto tradicional de democracia se enturbia cuando se cambia el gobierno del pueblo por el gobierno para el pueblo. Confieso que me he sentido francamente mal al leer que esta segunda acepción del término democracia ha sido usada por Breznev en su informe al XXV Congreso del PCUS. Leo: 'Podemos decir que para nosotros es democrático *todo lo que sirve a los intereses del pueblo* y a los intereses del partido comunista» [traducción castellana de J. J. Moreso, *¿Qué socialismo? Discusión de una alternativa*, Plaza y Janés, Barcelona, 1977].

tingente, que se expresa en los principios y en los derechos fundamentales estipulados por ellas como límites y vínculos a la «ley de la voluntad», que en democracia es la ley del número expresada en cambio por el principio de mayoría. Antígona conserva su autonomía, como portadora del punto de vista político irreductiblemente externo, crítico y proyectivo en relación con el derecho vigente, incluido su deber ser constitucional. Sin embargo, con la transformación de sus leyes de razón en normas constitucionales de derecho positivo, la divergencia entre justicia y derecho ciertamente se ha reducido. Pero la divergencia está destinada a reabrirse con la emergencia de nuevas instancias de justicia, y a reducirse nuevamente con la conquista de nuevos derechos, y por eso con el progreso histórico del constitucionalismo.

1.4. *Las garantías constitucionales*

Si todo esto es cierto, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia. Tomo aquí *garantías* en el sentido del que he hecho uso más veces¹²: para designar las prohibiciones o las obligaciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas, por lo común, en forma de derechos subjetivos. Son *garantías negativas* las prohibiciones correspondientes a expectativas negativas, como todos los derechos a no ser lesionados por otros, del derecho real de propiedad a los derechos de libertad y al derecho a la vida; son, en cambio, *garantías positivas* las obligaciones correspondientes a expectativas positivas, como todos los derechos a prestaciones de otros, de los derechos de crédito a los dere-

12. Sobre la noción de garantías y sobre la distinción entre garantías positivas y negativas, primarias y secundarias, remito a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, § 2, p. 26; a *Garantías*, traducción de G. Pisarello y A. de Cabo, ahora en L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2010; y a *Pi I*, §§ 3.5 y 10.16.

chos sociales, por ejemplo los derechos a la educación o a la asistencia sanitaria. Además, he llamado *garantías primarias* a la suma de las garantías positivas y de las garantías negativas, y *garantías secundarias* a las garantías jurisdiccionales de justiciabilidad que intervienen, en caso de violación de las garantías primarias y de los derechos correlativos, a través de la anulación de los actos inválidos y de la sanción por los actos ilícitos.

Las *garantías constitucionales* son las garantías de la rigidez de los principios y de los derechos constitucionalmente establecidos que gravan de manera específica a los poderes del Estado. En efecto, la *rigidez* consiste en la colocación de la constitución en el vértice de la jerarquía de las fuentes y por ello en el grado supraordenado y normativo de todas sus normas en relación con todas las demás del ordenamiento. Está asegurada por dos órdenes de garantías: en primer lugar, por la *garantía primaria* que consiste en la prohibición de derogar y en la obligación de actuar los principios, derechos e institutos establecidos por la constitución, solo modificables a través de los procedimientos de revisión agravados o no modificables en modo alguno; en segundo lugar, por la *garantía secundaria* consistente en el control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que contradigan tales principios y derechos. Más precisamente, las *garantías constitucionales primarias negativas* consisten en la prohibición, para el legislador ordinario, de modificar o derogar los principios y los derechos constitucionalmente establecidos¹³.

13. Se habla de *rigidez absoluta*, y por eso de prohibiciones o límites *absolutos*, si la revisión está radicalmente excluida por tales garantías: es lo que establecen el artículo 139 de la Constitución italiana a propósito de la «forma republicana» y, con respecto a algunos principios y derechos fundamentales, el artículo 79.3 de la Constitución alemana de 1949, el 288 de la Constitución portuguesa de 1976, el 60 de la Constitución brasileña y los artículos 441 y 442 de la Constitución ecuatoriana. Se habla, en cambio, de *rigidez relativa*, y con ello de prohibiciones o límites *relativos*, cuando estén previstas formas más o menos agravadas de revisión. Además de los límites *explícitos* a la revisión dictados por la propia constitución, existen también

En cambio, las *garantías constitucionales primarias positivas*, extrañamente ignoradas por la doctrina jurídica, consisten en la obligación, también a cargo del legislador ordinario, de producir una legislación de actuación de los derechos constitucionalmente establecidos, es decir, de introducir las correspondientes garantías primarias y secundarias así como las correspondientes funciones e instituciones de garantía. La violación de las garantías primarias negativas, mediante, por ejemplo, leyes lesivas o restrictivas de los derechos de libertad, da lugar a *antinomias*, es decir, a la indebida presencia de leyes inválidas destinadas a ser removidas por la intervención de las *garantías constitucionales secundarias*, esto es, por su anulación o su inaplicación, una y otra en sede jurisdiccional¹⁴. La violación de las garantías primarias positivas —más grave en cuanto estructural, al consistir, por ejemplo, en la falta de implantación de la enseñanza pública o de la asistencia sanitaria gratuita en garantía de los derechos sociales correspondientes— da lugar a *lagunas*, o sea, a la ausencia indebida de leyes de actuación, igualmente en contraste con la constitución y, sin embargo, no subsanable por vía judicial sino solo por vía legislativa¹⁵.

límites *implícitos*, hoy reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En Italia, la sentencia constitucional 1146/1988 estableció el carácter inmodificable de los «principios supremos del ordenamiento», no expresamente relacionados en la Constitución pero claramente identificables en los derechos «inviolables» de que habla el artículo 2.

14. Aludo a los dos posibles tipos de control judicial de la legitimidad de las leyes: el control difuso, acogido en Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos, consistente en la no aplicación de la norma inconstitucional en el caso sobre el que se decide, de modo que la misma continúa en vigor, salvo el valor de hecho vinculante del precedente, tanto más autorizado si debido a las Cortes Supremas; y el control concentrado, introducido en Italia y en otros países europeos en la segunda posguerra, según el modelo kelseniano adoptado por la Constitución austriaca de 1920, y consistente en la anulación de la ley inconstitucional por un tribunal constitucional.

15. Hablaré en tal caso de *derechos débiles*, a los que corresponde solamente la *garantía débil* consistente en la obligación del legislador de introducir las correspondientes *garantías fuertes*, es decir, las obligaciones a cargo

de la esfera pública, por ejemplo, de la concreta prestación escolar o sanitaria (sobre este punto remito a *Pi I*, § 12.5 y a *Pi II*, §§ 13.15 y 13.19). Es útil precisar que las tesis que aquí se sostienen suponen la distinción entre derechos y garantías, negada en cambio por Kelsen, según el cual el derecho subjetivo sería solo el «reflejo» de un deber jurídico (*Teoría pura del derecho*, cit., § 29, a], p. 140), es decir, de la que antes he llamado garantía primaria, equivalente a la «posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la norma sancionadora correspondiente» (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. VI, C], d], p. 96), esto es, a la que he llamado garantía secundaria. Mi tesis de que la ausencia de garantías correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos equivale a una laguna y no, como dice Kelsen, a la *inexistencia* de los derechos no garantizados, ha dado lugar a un intenso debate en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit. Cf. también *Garantías*, cit., pp. 71-76; *Pi I*, §§ 3.6 y § 12.14; *Pi II*, §§ 13.15 y 13.16. Aquí me limito a señalar que la tesis de Kelsen de la inexistencia de tales derechos y, por consiguiente, de las normas que los enuncian, solo porque están desprovistos de garantías, contradice, de un lado, el principio iuspositivista en virtud del cual, en los sistemas nomodinámicos, las normas *existen simplemente* porque han sido *puestas* o producidas y, de otro, la jerarquía de las fuentes, en virtud de la cual la *existencia* de normas constitucionales, como las que establecen derechos fundamentales, no puede quedar subordinada a su actuación por parte del legislador ordinario sin admitir el poder de este para reducir a la nada a la constitución.

LA CRISIS POR ARRIBA DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA

El paradigma de la democracia constitucional hasta aquí delineado es un modelo normativo, caracterizado por un grado más o menos alto de ineffectividad y, consiguientemente, de ilegitimidad, a causa de las inevitables lagunas y antinomias. En efecto, se puede identificar el grado de legitimidad y, a la inversa, de ilegitimidad del ordenamiento de un estado constitucional de derecho con el grado de efectividad y con el grado de ineffectividad de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos en él. Un cierto grado de ineffectividad y de ilegitimidad es, con todo, inevitable y por ello fisiológico en cualquier democracia constitucional, precisamente a causa del carácter normativo de sus fuentes de legitimación. De ello se sigue un papel a su vez normativo que el constitucionalismo rígido atribuye a la ciencia jurídica: no concebible ni practicable ya como una mera contemplación y descripción del derecho vigente, según el viejo método técnico-jurídico, sino investida, por la misma estructura en grados del propio objeto, de un rol crítico de las antinomias y de las lagunas generadas en él por los desniveles normativos y de un rol proyectivo de las técnicas de garantía idóneas para superarlas o, al menos, reducirlas¹.

1. Sobre el papel crítico asignado a la ciencia jurídica por el paradigma constitucional, remito a *Pi I*, Introducción, §§ 6 y 8 y 10.16, y a «Democrazia costituzionale e scienza giuridica»: *Diritto pubblico* 1 (2009), § 4, pp. 14-20.

Sin embargo, más allá de ciertos límites, el grado de ineffectividad del paradigma constitucional puede llegar a ser patológico. Es lo que está sucediendo en Italia, donde el proceso de deconstitucionalización del sistema político se ha manifestado en un amplio elenco de violaciones de la carta constitucional: las numerosas leyes *ad personam*, que junto con las publicadas en la legislatura de 2001-2006 forman hoy un verdadero *Corpus iuris ad personam* dirigido, contradiciendo el principio de igualdad, a sustraer al presidente del Gobierno a los muchos procesos penales en los que está implicado; las leyes que han penalizado el estatus de clandestino y han negado, de hecho, a los inmigrantes los derechos elementales a la salud, a la vivienda y a la reunificación familiar; las medidas demagógicas en materia de seguridad, que han militarizado el territorio, legitimando las rondas, previsto la ficha de los sin techo y agravado las penas de la criminalidad callejera; la reducción de las garantías jurisdiccionales de los derechos de los trabajadores; el control político de la información y de los medios de comunicación, sobre todo televisivos, que ha hecho a Italia precipitarse en el puesto septuagésimo tercero de la clasificación de Freedom House sobre los niveles de libertad de prensa. Y más aún: los recortes del gasto público en educación y en sanidad, la agresión a los sindicatos, la precarización del trabajo y, con ello, de las condiciones de vida de millones de personas. En fin, el proyecto deconstituyente se ha manifestado en las iniciativas de ley dirigidas a reducir la libertad de prensa en materia de interceptaciones y de derecho de huelga, así como en los intentos de manipular la identidad de nuestra democracia suprimiendo el *incipit* de la Constitución según el cual «Italia es una República fundada en el trabajo» y el principio de que «la iniciativa económica privada no podrá desarrollarse en contradicción con la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, la libertad, la dignidad humana», establecido en el artículo 41. Incluso se ha propuesto introducir, mediante ley de revisión de la Constitución, una norma constitucional

ad personam: el llamado «Laudo Alfano constitucional»*, dirigido a neutralizar la acción penal frente al presidente del Gobierno.

Pero no son estos los aspectos más graves del proceso deconstituyente. También en el pasado se produjeron violaciones e incumplimientos del dictado constitucional, aunque nunca de forma tan masiva. El aspecto más grave es que este proceso, como he dicho al comienzo, se ha desarrollado a través de una doble crisis destructiva de la representación política, por arriba y por abajo. La crisis por arriba está generada por cuatro factores, opuestos en apariencia pero que en realidad convergen en minar de raíz la relación de representación. Todos se manifiestan en la negación de otras tantas separaciones entre esferas o niveles del poder —entre Estado y pueblo, entre esfera pública y esfera privada, entre fuerzas políticas e instituciones públicas, entre poderes mediáticos y libertad de la cultura y de la información— caracterizadores de la modernidad jurídica. Consecuentemente, todos se resuelven en otras tantas regresiones premodernas y, lo que es más grave, en el desarrollo de otros tantos poderes desregulados y salvajes².

* *Lodo Alfano ordinario* —que toma el nombre del ministro de Justicia Angelino Alfano que lo propuso— es como se conoce la Ley 124/2008, de 23 de julio, que dispuso la suspensión de los procedimientos penales contra los llamados «altos cargos del Estado» (presidente de la República, presidentes de las Cámaras y presidente del Gobierno) hasta su cese en el desempeño de la función, incluso en el caso de que las causas fueran debidas a hechos anteriores a la asunción de la misma. Anulada por la Corte Constitucional, en sentencia 262/2009, de 19 de octubre, se optó por dar al asunto el tratamiento de ley constitucional. Así surgió el llamado *Lodo Alfano costituzionale*, que no obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación. (*N. del t.*)

2. Sobre los poderes salvajes que inevitablemente se desarrollan al margen del derecho, en ausencia de límites y controles, remito a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruíz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 2009, § 62, pp. 931-940; y a «Garantismo e poteri selvaggi»: *Teoria politica* 3 (1993), pp. 11-24; y a *Pi I y Pi II, passim*. La expresión «poderes salvajes» alude claramente a la «libertad salvaje y sin ley» de la que habla Kant como poder del más fuerte, en cuanto no sujeto a límites y a reglas, que inevitablemente se afirma en el estado de naturaleza, por la falta de los lí-

2.1. *El populismo y la idea del jefe como encarnación de la voluntad popular*

El primer factor está constituido por la verticalización y la personalización de la representación. El fenómeno está presente en muchos otros países de democracia avanzada en los que en estos años ha tenido lugar un reforzamiento de los ejecutivos y de sus jefes y una correlativa desautorización de los parlamentos. Gracias a la difusión del modelo presidencial o de sistemas electorales de tipo mayoritario, la representación política —ciertamente en Italia, pero también en Francia y en Inglaterra, además de, obviamente, en Estados Unidos y en países de América Latina— tiende a identificarse cada vez más con la persona del jefe del Estado o del Gobierno. Pero en Italia, con la actual ley electoral que ha transformado de hecho las elecciones políticas en el nombramiento de los parlamentarios por los vértices de los partidos, lo alterado es el objeto mismo de la representación. Los «representantes» representan hoy, mucho más que a los electores, a quienes los han nombrado y de los que dependen. No solo. A causa de lo elevado del límite mínimo establecido para el acceso de las minorías al parlamento y de un ingente premio de mayoría atribuido por esta ley a la coalición electoral que haya obtenido la simple mayoría relativa, minorías importantes resultan privadas de representación y la coalición vencedora, aunque solo sea por un punto, puede acreditarse como mayoría absoluta, sustituyendo en la propaganda la realidad por la ficción jurídica.

Lo que, en Italia, hace todavía más destructivo este proceso de personalización de la representación es la ideología política que lo acompaña y lo sostiene y que se manifiesta en la negación, más o menos consciente, de la distinción y

mites jurídicos que caracterizan al «estado jurídico» o de derecho (I. Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, § 47, en *La metafísica de las costumbres*, traducción de A. Cortina y J. Conill, estudio preliminar de A. Cortina, Tecnos, Madrid, p. 146).

de la separación entre representantes y representados, entre Estado y sociedad. Según esta ideología, que ha adquirido connotaciones cada vez más abiertamente populistas, la democracia política consistiría, más que en la representación de la pluralidad de las opiniones políticas y de los intereses sociales y en su mediación parlamentaria, en la opción electoral por una mayoría de gobierno y con ella por su jefe, identificados con la expresión directa y orgánica de la voluntad y de la soberanía popular en las que se fundaría la legitimidad de los poderes públicos³. Es así como la elección de la mayoría y de su jefe se presenta en el debate público como un factor de reforzamiento de la representación política, hasta el punto de que los ideólogos más encendidos hablan de ella como de una forma de «democracia gobernante» y, por consiguiente, de la forma de democracia más directa y participativa. El resultado es una deformación de la democracia representativa en sentido plebiscitario: la reducción de los partidos a comités electorales del líder; la relación directa de estos con el pueblo a través de la televisión; la idea de la omnipotencia de la mayoría personificada en un jefe, celebrado como encarnación de la voluntad del pueblo, imaginado a su vez como una suerte de macrosujeto colectivo; la descalificación de las reglas y, con ello, de los límites legales y constitucionales al poder de gobierno expresado por la mayoría; la gestión de

3. Recuérdese el pasaje de *El Federalista*: «En una asamblea popular, los representantes del pueblo parecen imaginarse en ciertas ocasiones que son el pueblo mismo y dan muestras violentas de impaciencia y enfado a la menor señal de oposición que proceda de otro sector» (Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist* [1788], traducción castellana de G. R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, LXXI, p. 305). La idea de que la soberanía popular se transfiere del pueblo a sus representantes es, en democracia, el producto de una tentación común a todo el estamento político. «Los hombres de partido —escribió Constant—, por puras que sean sus intenciones, siempre tienen repugnancia en limitar la soberanía. Ellos se consideran como herederos presuntivos, y economizan aun en las manos de sus enemigos su propiedad futura» («Principes de politique», en *Cours de politique constitutionnelle* [1818-1819], traducción castellana de M. A. López, *Curso de política constitucional*, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820, I, cap. I, pp. 3-4).

la administración ordinaria bajo la enseña de la excepción y de la perenne emergencia; la contestación de la separación de poderes, de las funciones de control de la magistratura e incluso del debate parlamentario, cuya sustitución por las votaciones de los jefes de grupo ha llegado a proponerse por el presidente del Gobierno: como en las sociedades por acciones o en las asambleas de copropietarios, donde se cuentan las cuotas de participación.

Ahora bien, esta idea de la omnipotencia del jefe como voz y expresión orgánica de la voluntad popular es al mismo tiempo anticonstitucional y antirrepresentativa. Es sobre todo una idea *anti-constitucional*, dado que ignora o cuando menos desvalora los límites y los vínculos impuestos por las constituciones a los poderes de la mayoría reproduciendo, en términos parademocráticos, una tentación antigua y peligrosa, que está en el origen de todas las demagogias populistas y autoritarias: la opción por el gobierno de los hombres, o peor aún, de un hombre —el jefe de la mayoría— en oposición al gobierno de las leyes, y la consiguiente consideración de la legalidad y de los controles judiciales como insoportables e ilegítimos estorbos a la acción de gobierno. Lo repito, es precisamente esta concepción la que fue excluida por la Constitución de 1948 después de la derrota del fascismo. Tras la Liberación se entendió que la omnipotencia de la mayoría puede degenerar siempre en la omnipotencia del jefe de la misma. Y se redescubrió el significado de «constitución» estipulado en el artículo 16 de la *Déclaration des droits* de 1789, como norma dirigida a garantizar la separación de poderes y los derechos fundamentales de todos⁴. O sea, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación del fascismo.

Pero esa idea es también radicalmente *anti-representativa*, dado que ninguna mayoría parlamentaria, y menos aún el jefe de la mayoría, y ni siquiera la mayoría de los electores,

4. «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point constitution».

pueden representar la voluntad de todo el pueblo. Como nos enseñó Hans Kelsen, «no existe tal voluntad general», al no ser el pueblo «un todo colectivo homogéneo», y su presentación ideológica como tal solo sirve para «ocultar la contraposición radical y real de intereses existentes, que se dan en el hecho de los partidos políticos y en el hecho, aún más significativo y subyacente, de las clases sociales»⁵. «El ideal de la democracia —añade Kelsen— envuelve la ausencia de dirigentes»⁶; ya que los jefes, siempre, tanto más si son abyectos o mediocres, tienden a autocelebrarse como seres excepcionales e intérpretes directos de la voluntad y de los intereses populares. Por eso, la idea de que la mayoría y su jefe encarnen la voluntad de los electores se resuelve en la negación de la mediación representativa enunciada en el artículo 67 de la Constitución italiana, según el cual cada parlamentario «ejerce sus funciones sin mandato imperativo»: que es una tesis descriptiva, antes aún que normativa, dado que el elector se limita a elegir los representantes y, ciertamente, no puede, no digamos vincularlos, sino ni siquiera prever sus futuras decisiones. Este banal principio, que es el fundamento de la democracia representativa, ha sido sustituido, en el debate público italiano y en el imaginario colectivo, por la mistificación ideológica de la identificación de la voluntad

5. H. Kelsen, «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?» [1931], en C. Schmitt y H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, con estudio preliminar de G. Lombardi, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 348 y 346-347.

6. H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* [1929], traducción de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, cap. VIII, p. 11. «De las entrañas de su espíritu —sigue Kelsen— provienen las palabras que Platón pone en boca de Sócrates en su *Estado* (III, 9), al preguntarle cómo se trataría a un hombre de cualidades excelsas, a un genio, en un Estado ideal: ‘Le veneraríamos como a un ser divino, maravilloso y digno de ser amado; pero, después de haberle advertido que en nuestro Estado no existía ni podía existir un hombre así, ungiéndole con óleo y adornándole con una corona de flores, le acompañaríamos a la frontera’».

de los representantes y de su jefe con la voluntad popular⁷. Prueba de ello es el lenguaje con que son comúnmente llamadas y estigmatizadas como ilegítimas —«violaciones de la voluntad popular», «traición a los electores», «lesión del mandato electoral», *ribaltone** e incluso «golpe político» y «subversión de la democracia»— las crisis políticas de la mayoría y sus posibles y fisiológicas soluciones parlamentarias. Y el hecho de que semejantes invectivas puedan valer como una interdicción en el debate político es la señal inequívoca de la debilidad de la cultura constitucional de la clase política y de lo avanzado del proceso deconstituyente en curso.

En realidad estamos, no simplemente, como a veces se sostiene, ante la alteración de hecho del sistema parlamentario en sistema presidencial, sino frente a algo bastante más grave y profundo: un cambio de sistema. Cuando la identificación entre jefe y pueblo no es solo una tesis propagandística sino que se propone como un rasgo institucional y como una fuente de legitimación de los poderes públicos, el populismo equivale a un nuevo y específico modelo de sistema político. Corresponde a esa forma degenerada de democracia que Aristóteles llamó «demagogia» y definió, con extraordinaria lucidez, como el régimen en el que «el soberano es el pueblo y no la ley [...] los muchos tienen el poder no como individuos, sino en conjunto»⁸. En tal concepción

7. «La función de esta ideología es ocultar la situación real y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo, a pesar de que, en realidad, la función del pueblo —o, dicho más correctamente, del cuerpo electoral— se encuentra limitada a la creación del órgano legislativo» (H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* [1945], traducción de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949, Segunda parte, cap. IV, B], g], p. 346).

* En el Diccionario: vuelco, sacudida. Pero en el texto es una expresión de la jerga política italiana, que ha sido utilizada para designar el cambio de la mayoría gobernante, en el parlamento. En este caso, la coalición vencedora en las elecciones (aunque en el sistema electoral vigente en el país, como mayoría solo relativa, es decir, como minoría mayor) que había entrado en crisis a raíz del paso a la oposición de una parte de sus integrantes. (*N. del t.*)

8. Este bello pasaje de Aristóteles (*Política*, traducción de J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 1292a,

del pueblo como «conjunto» y en la identificación del jefe con él reside el rasgo característico del fascismo. Es posible que quienes sostienen actualmente la identificación entre representantes y representados, entre voluntad del «elegido por el pueblo» y «voluntad popular», no sean siquiera conscientes de esta ascendencia. Pero en un país como Italia que ha conocido el fascismo, la idea misma del «jefe» o de los «jefes» carismáticos, inducida por la actual personalización de casi todos los partidos y sobre todo del partido en el gobierno, representa una insidia mortal para el futuro de la democracia. Pues no existen jefes buenos ni carismas democráticos. La existencia de un jefe carismático es siempre incompatible con la democracia, o cuando menos indica un debilitamiento de su dimensión política y representativa y no solo de su dimensión constitucional. El «jefe carismático» *implica* siempre su relación orgánica con el pueblo, es decir, con cuantos lo identifican como «jefe»: es exactamente lo mismo, en el sentido de que no hay jefe sin relación orgánica —de identificación y no de representación— con quienes lo exaltan y reconocen como tal.

Con los proyectos de reforma constitucional promovidos por la derecha, se ha intentado, además, la constitucionalización de este cambio de sistema. En particular con las llamadas normas «*anti-ribaltone*» introducidas en la ley constitucional de 16 de noviembre de 2005, luego rechazada por el referéndum de junio de 2006, que hacían imposible la moción de censura parlamentaria al Gobierno a no ser con el apoyo de su misma mayoría⁹. En fin, como prueba de la

p. 176) ha sido recordado por V. Pazé, «Democrazia e populismo»: *Nuvole* 40 (2010). En el mismo pasaje, Aristóteles añade: «En las democracias de acuerdo con la ley no hay demagogos, sino que son los mejores ciudadanos los que tienen la preeminencia, pero donde las leyes no tienen la supremacía surgen los demagogos» y «los aduladores son honrados». Y más adelante: «Donde las leyes no tienen autoridad no hay república». (En la versión italiana se dice «no hay constitución». [N. del t.]

9. La nueva formulación del artículo 94 de la Constitución preveía que la «moción de censura aprobada por la mayoría absoluta de los compo-

subcultura institucional que ha contagiado a todo el arco político, hay que decir que una reforma análoga había sido propuesta en un borrador que en aquellos años circuló ampliamente en el área del centro-izquierda¹⁰.

2.2. *Los conflictos de intereses en el vértice del Estado. El patrimonialismo populista*

El segundo factor de crisis por arriba de la representación política consiste en los procesos de progresiva confusión y concentración de poderes. Más que a la lesión del clásico principio de la separación de los poderes públicos, y en particular de la independencia del poder judicial, intentada con reiteración en Italia, me refiero a la progresiva desaparición de una separación todavía más importante, que forma parte del constitucionalismo profundo del Estado moderno: la separación entre

nentes de la Cámara» comporta «la disolución de la Cámara» misma, salvo que vaya acompañada de la «designación de un nuevo Primer ministro por parte de los diputados pertenecientes a la mayoría expresada por las elecciones en número no inferior a la mayoría de los componentes de la Cámara»; y que «el Primer ministro dimitirá también cuando la moción de censura haya sido rechazada con el voto determinante de los diputados no pertenecientes a la mayoría expresada por las elecciones». Mayoría y minoría resultaban así blindadas: solo los parlamentarios de la mayoría habrían tenido —no singularmente, al no poder unir sus votos a los de la oposición, sino en su conjunto— un poder de iniciativa política y de responsabilización del ejecutivo; mientras que se privaría a los parlamentarios de la minoría de todo poder de control, conservando solo el derecho a la tribuna. Habría sido el fin de la representación sin mandato imperativo prevista en el artículo 67, es decir, del principio básico de la democracia política, dado que cada parlamentario resultaría vinculado a la coalición de pertenencia, comenzando por los de la mayoría, ligados por un mandato imperativo al primer ministro. Sobre este intento de reforma antiparlamentaria de la Constitución y sobre sus perfiles de ilegitimidad, remito a mi «Processo decostituente», en D. Gallo y F. Ippolito, *Salviamo la Costituzione*, Chimenti, Taranto, 2005, pp. 93-100.

10. También este borrador preveía una norma «anti-ribaltone» (tanto que no es claro quién copió a quién): la disolución de las Cámaras en caso de censura, «a menos que una moción constructiva votada por la mayoría inicial, en todo caso autosuficiente aun cuando integrada o eventualmente reducida, no proponga un candidato diverso».

esfera pública y esfera privada, o sea, entre poderes políticos y poderes económicos. El cauce de esta confusión de poderes lo forman los conflictos de intereses generados por la estrecha alianza entre poderes políticos públicos y poderes económicos privados y por la sustancial subordinación de los primeros a los segundos. Bajo este aspecto los conflictos de intereses, en las formas de la corrupción o del intercambio político con los *lobbies* corporativos y, sobre todo, con los medios de comunicación son hoy fenómenos endémicos en todos los ordenamientos democráticos, en los que resulta cada vez más fuerte la relación entre dinero, información y política: dinero para hacer política e información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero e información, según un círculo vicioso que se resuelve en el creciente condicionamiento anti- o extra-representativo de la acción de gobierno¹¹.

No obstante, en Italia, el conflicto de intereses en el vértice del sistema político ha adoptado las formas, sin parangón y sin precedentes, de la concentración en las mismas manos de los poderes de gobierno, de un enorme sistema de intereses y de poderes económicos y financieros, así como de poderes mediáticos asegurados por el casi monopolio de la información televisiva. Hasta el punto de que, en puridad, no puede siquiera hablarse de conflicto de intereses, sino de una abierta primacía de los intereses privados del presidente del Gobierno sobre los intereses públicos y de una subordinación de los segundos a los primeros, asumidos como una suerte de *grundnorm*, inderogable y no negociable, del nuevo sistema político. En efecto, se ha producido un cambio de paradigma del propio sistema de la corrupción que fue sacado a la luz en los primeros años noventa por las investigaciones judiciales de la llamada *Tangentopoli*. Entonces se puso de manifiesto una relación corrupta y oculta entre política y economía, en virtud

11. Sobre la creciente concentración y confusión entre poder político, poder económico y poder ideológico, véase el reciente libro de E. Vitale, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, en particular los capítulos III y IV.

de la cual la primera se vendía a la segunda y la segunda condicionaba a la primera, además de ser a su vez condicionada y deformada. Sin embargo, la relación entre esfera pública y esfera privada, por más que corrupta y contaminada, continuaba siendo una relación de distinción y separación. Por el contrario, en el momento en que un sujeto portador de enormes poderes económicos y mediáticos asume él mismo, sin siquiera la mediación del intercambio y de la corrupción, el máximo poder político de gobierno —y sus intereses privados se confunden y sobreponen inmediatamente a los intereses públicos y generales—, la separación entre corruptor y corrupto, entre poder económico y poder político se desvanece. Es un cambio de un alcance enorme: una aberración institucional, que conlleva una deformación del sistema político y de la democracia incomparablemente más grave que las formas tradicionales, también patológicas y delincuenciales, de la corrupción.

Por esto, a propósito de la anomalía italiana, cabe hablar de una forma singular de regresión premoderna. En síntesis, de una forma de patrimonialismo populista o de populismo patronal, que se manifiesta en una suerte de apropiación privada de la esfera pública, acompañada de formas de feudalización de la política y de las instituciones basadas en el intercambio entre fidelidad y protección. Se trata de un fenómeno nuevo en la historia de las instituciones políticas, no parangonable con la vieja degeneración de la esfera pública, cuando la política era corrompida, comprada y subordinada a los intereses económicos privados y, no obstante, siempre distinta y separada de estos. De las colusiones ocultas entre intereses públicos e intereses privados que daban sustento al viejo sistema de la corrupción, se ha pasado a su confusión explícita e institucionalizada¹². Formalmente, la corrupción,

12. Sobre estas perversiones, remito a mi «Il berlusconismo e l'appropriazione della sfera pubblica. Un nuovo caso italiano»: *Democrazia e diritto* 1 (2003), *Il sistema Berlusconi*, pp. 21-34. Véase también *Pi II*, § 14.6. Es inútil decir que, en relación con lo escrito entonces, los elementos de degeneración del sistema político se han agravado enormemente.

para el que detenta tanto el poder político como los poderes económicos, acaba siendo superflua, al resultar sustituida por la directa gestión política de los propios intereses personales: ya se trate de la abolición de los impuestos sobre las sucesiones y las donaciones, de la aprobación reiterada de leyes *ad personam* sobre la justicia, de la ley sobre la transacción de los contenciosos fiscales hasta los límites de la condonación¹³, de la censura del disenso y de la información, o de leyes dirigidas a defender o a reforzar el monopolio televisivo. Pero es claro que todas las decisiones públicas adoptadas con el fin de favorecer intereses privados equivalen, en lo sustancial, a hechos de corrupción. Por otro lado, la corrupción propiamente dicha en modo alguno ha ido a menos. Por el contrario, ha crecido, hasta el punto de que, en la clasificación relativa al grado de corrupción, Italia ha caído al puesto vigésimo sexto entre los países europeos y al quincuagésimo quinto entre los países del mundo¹⁴. La voracidad de la nueva clase política, su falta de sentido del límite y el desprecio de las reglas exhibido en el vértice del Estado han hecho extenderse de nuevo los abusos de poder y los negocios sucios, que han salido a la luz gracias al hecho de que existe todavía una magistratura independiente. Se ha llegado incluso a la compraventa de votos de diputados para la formación de mayorías parlamentarias.

Así las cosas, el resultado del conflicto de intereses es la disolución de la representación, en los dos significados del término. Se desvanece, en primer lugar, la *representación jurídica* o *legal* de la institución estatal, que, según establecen

13. Se trata del Decreto-ley 40/2010, de 25 de marzo, sobre la conclusión de litigios pendientes que, fotografiando la situación deudora por evasión fiscal de la casa editorial Mondadori, propiedad del presidente del Gobierno, ha permitido el cierre de los procesos tributarios, que habían llegado a la Casación, con dos sentencias favorables al contribuyente, mediante el pago de solo el 5 % del valor de la deuda tributaria (en el caso del que aquí se trata, de 8,6 millones de euros sobre 173).

14. Sobre el crecimiento de la corrupción en Italia, cf. R. Salorenzo, «Relazione introduttiva al XVIII congresso nazionale di Magistratura Democratica»: *Questione giustizia* 4 (2010), § 11, pp. 7-8.

con carácter general los artículos 1394 y 2391.1 del Código Civil, es conceptualmente incompatible con el conflicto entre los intereses del representante y los del sujeto representado. Pero resulta comprometida también la *representación política* de los electores, a causa del condicionamiento que ejercen sobre la misma los intereses personales del representante, tanto más cuando este es el jefe del Gobierno. En efecto, más allá del consenso mayoritario, son estos intereses particulares y no los intereses generales —«la Nación», como impone el ya recordado artículo 67 de la Constitución— los que resultan de hecho representados, en contradicción con el carácter político y público de las instituciones representativas, fundado precisamente en la separación de Estado y sociedad. Prueba de ello es el dato de que el debate político y una parte relevante de la actividad parlamentaria de toda la legislatura iniciada en 2008 han girado en torno a los procesos contra el presidente del Gobierno y las leyes y proposiciones de ley dirigidas a neutralizarlos: el «legítimo impedimento»*, el «laudo Alfano ordinario» y luego el «laudo Alfano constitucional», y los procesos «breve» o «largo»** , previstos en ambos supuestos para favorecer la prescripción¹⁵.

* Es el nombre dado a la Ley 51/2010, de 7 de abril, que reconocía al presidente del Gobierno y a los ministros la posibilidad de oponer a la citación para declarar como imputados en una causa la existencia de alguna incompatibilidad con la agenda oficial (en el sentido del artículo 420-ter del Código Procesal Penal). Ha sido declarada parcialmente inconstitucional por sentencia de 13 de enero de 2011, que dispone que el juez pueda valorar el fundamento o falta de fundamento de la alegación. (*N. del t.*)

** Se les llama así, al primero porque conlleva una drástica reducción de los plazos de prescripción, incluidos los de las causas en curso, calcada sobre las seguidas a Berlusconi; y al segundo por la previsión de medidas dilatorias, que, por ejemplo, impiden incorporar a un proceso actuaciones producidas en otro o la fiscalización judicial de la pertinencia de las pruebas solicitadas por la defensa, lo que podría llevar a tener que oír en declaración innecesariamente, a voluntad de esta, a múltiples testigos propuestos con fines exclusivamente dilatorios, etcétera. (*N. del t.*)

15. Produce un sentimiento de verdadera nostalgia medir el grado de degeneración del sistema político mediante la relectura, a distancia de veinti-

Añadiré que estos dos primeros factores de disolución de la representación —el populismo plebiscitario, de un lado, y, de otro, la concentración de poderes y la utilización de las funciones públicas con fines privados— son al mismo tiempo contrarios y convergentes. Lo primero porque anulan la mediación representativa por opuestas razones: uno porque identifica los representantes con los representados al tomar a los primeros, y más precisamente a su jefe, como expresión directa y orgánica, y no simplemente indirecta y representativa, de la voluntad de los segundos; el otro porque excluye la representación de los intereses generales al anclarla en los intereses personales de los representantes y de nuevo, específicamente, del jefe. Son convergentes porque la disolución de la mediación representativa que acarrearán —ya sea por sustituirla por la identificación ideológica entre representantes y representados, ya al excluirla por la subordinación de hecho de los intereses generales de los representados a los intereses privados de los representantes— se produce en ambos supuestos a través de la máxima personalización de la representación. No solo. Estos dos factores se refuerzan recíprocamente: de un lado, los conflictos de intereses, y en particular el control de los medios de comunicación, sirven para conquistar y reforzar el consenso electoral; de otro, el consenso mayoritario resulta a su vez invocado para legitimar los conflictos de intereses, al igual, por lo demás, que cualquier otro tipo de desviación, y para deslegi-

siete años, de las páginas en que Norberto Bobbio, a propósito de la segunda de las seis «promesas no mantenidas» de la democracia —la representación política de los intereses generales sin mandato imperativo, en oposición a los intereses particulares— denunciaba la «revancha de los intereses», que él identificaba en fenómenos incomparablemente menos graves que los actuales: como la disciplina de partido, que de hecho somete al parlamentario a los dirigentes del partido, y las concertaciones «neocorporativas» promovidas por el Gobierno entre las partes sociales representadas de las grandes organizaciones de los industriales y los trabajadores (N. Bobbio, *El futuro de la democracia* [1984], traducción de J. Moreno, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, cap. I, § 5). ¡Ojalá fuesen todavía solo estos los intereses particulares en conflicto con los intereses generales!

timar cualquier vínculo o crítica proveniente de poderes o sujetos no electivos. Es así como el cruce perverso de populismo y patrimonialismo se resuelve en el connubio de dos absolutismos: el de los poderes privados y el de los poderes de gobierno, unos y otros intolerantes con la separación de poderes y los principios de igualdad y legalidad. Y resulta agravado por una ulterior forma de concentración de poderes, de la que hablaré en el § 2.4, entre poderes políticos y poderes mediáticos, generada por la propiedad y el control de los medios de comunicación por parte del titular del poder político, en contraste con otra separación asimismo producida con la Modernidad: la de poder y saber y, precisamente, de poderes, tanto públicos como privados, e información. Con el resultado de que ya no son la información y la prensa libre quienes controlan a los poderes públicos, sino al contrario.

2.3. La integración de los partidos en las instituciones y la pérdida de su papel de mediación representativa

El tercer factor de crisis por arriba de la democracia y de disolución de la representación ha sido, en estos años, la creciente integración de los partidos en el Estado y la consiguiente pérdida de otra separación: la separación entre partidos e instituciones y del papel de los primeros como instrumentos de la mediación representativa de las segundas con la sociedad. Esta confusión, hasta la identificación, entre fuerzas políticas e instituciones públicas y por eso, de nuevo, entre representantes y representados, ha provocado un debilitamiento de los partidos como lugares de agregación social y de elaboración desde abajo de programas y opciones políticas y su transformación en costosas oligarquías colocadas de manera estable en las instituciones representativas y muy expuestas a la corrupción y a los negocios sucios. Pero, sobre todo, junto con los dos factores de crisis antes señalados, ha contribuido también a alterar la propia mediación representativa fundada, repito, en la distinción y la separación entre representantes y representados.

Este cambio de los partidos ha tenido una larga incubación. Sus orígenes se remontan a la primera República, cuando los partidos de gobierno fueron identificándose cada vez más con las instituciones, usurpando sus funciones y dando origen a los procesos de distribución de las mismas entre ellos por cuotas (*lottizzazione*) y de corrupción de la administración pública y del mercado que explotaron con las investigaciones de *Mani Pulite*. Pero entonces aquel proceso no tuvo los efectos destructivos de la representación que están hoy a la vista. Por dos razones. En primer lugar, porque, al menos en parte, las fuerzas políticas de oposición se sustrajeron a tal involución, manteniendo alguna alteridad con respecto a los partidos del gobierno. En segundo término, y sobre todo, porque aquella involución no se vio acompañada por la desmovilización de las organizaciones de base de las grandes fuerzas políticas y ni siquiera de las del gobierno: una desmovilización que se ha producido en especial durante los últimos veinte años, con el desvanecimiento de la participación política de base en la vida de los partidos y con la afirmación de la televisión como forma privilegiada de la comunicación política.

Es así como se ha puesto de manifiesto una grave aporía, de cuya superación depende el futuro de la democracia. Los partidos son grupos de poder privados cuya organización, también a causa de la falta de garantías de su carácter democrático, está en gran medida sustraída al derecho. Y, sin embargo, separándose cada vez más de sus bases sociales, han acabado por ocupar literalmente las instituciones representativas hasta identificarse con ellas. El proceso se ha consumado en estos años con el vaciamiento del momento electoral por obra de la actual ley sobre las elecciones políticas, que, como se ha apuntado, ha privado a los electores de la elección de sus representantes y, por el cauce de la formación de listas bloqueadas, ha entregado la designación de los parlamentarios a los jefes de los partidos. De este modo se ha explicitado y sancionado la total identificación entre burocracias de partido e instituciones representativas. Como consecuencia, los partidos han dejado de ser las libres asociaciones de ciu-

dadanos queridas por el artículo 49 de la Constitución para concurrir «con método democrático a determinar la política nacional». Se han convertido en instituciones parapúblicas que, de hecho, gestionan de manera informal la distribución y el ejercicio de las funciones públicas. Así pues, no son organizaciones de la sociedad, sino sustancialmente órganos del Estado articulados según la vieja férrea ley de las oligarquías.

La crisis del papel de mediación de los partidos entre Estado y sociedad resulta así comprometida por un nuevo factor: el conflicto de intereses, generado por las autocandidaturas y las cooptaciones, en la formación de la propia representación política. En efecto, los elevados sueldos de que gozan los «elegidos» —en el parlamento nacional como en todas las demás instituciones electivas—, sus privilegios, el consiguiente cambio de estatus económico y social, unido a su nombramiento desde arriba generan en todos ellos un interés personal en la conservación del cargo y, con ello, la sumisión a quien los ha nombrado y podría volver a hacerlo o revocarlos, que deforma radicalmente su función pública de representación política. A esto hay que añadir que el fenómeno se ha agravado en estos años, alcanzando dimensiones —todavía más— patológicas, por la creciente expansión del estamento político, de sus costes y privilegios¹⁶, en simultaneidad con la crisis de arraigo social de los partidos. Es como se ha conseguido una creciente aversión antipolítica de los electores en relación con la clase política en su conjunto, percibida sin matices como una casta abusiva y parasitaria.

Este cambio de estatus de los parlamentarios —transformados de representantes del pueblo en cortesanos, o en cualquier caso secuaces bien retribuidos de los jefes de partido— suscita, por tanto, más que una cuestión moral o económica, una cuestión institucional, a causa de la corrupción

16. Cf. C. Salvi y M. Villone, *Il costo della democrazia. Eliminare sprechi, clientele e privilegi per riformare la politica*, Mondadori, Milán, 2005, que documenta la existencia en Italia de cerca de medio millón de personas que viven de la política.

que induce en la relación de representación entre elegidos y electores. En efecto, también este tercer factor de crisis de la democracia política se resuelve, como los dos primeros, en una disolución de la mediación representativa: tanto porque resulta excluida por la sustancial integración de los vértices de los partidos en las instituciones representativas y por la concentración de hecho, en sus manos, del poder incontrolado de cooptación de los elegidos, como porque acaba siendo deformada por los intereses personales de los elegidos, vinculados *de facto* no ya al mandato desde abajo y a la responsabilidad en relación con los electores, sino al mandato desde arriba y a la responsabilidad y a la fidelidad a quien los ha designado y de quienes depende su futura designación.

2.4. *El control de la información. Dos patologías*

En Italia, hay un cuarto factor de crisis por arriba de la democracia política: la total ausencia de garantías de la información. Existe, obviamente, la libertad de prensa y de información como *libertad frente a* impedimentos o constricciones. A nadie se le impide hablar en el bar, imprimir octavillas o publicar, si tiene medios para ello, periódicos y revistas. Existen diarios de oposición y todos pueden decir o escribir lo que piensan sin temer arrestos o censuras. Pero dentro de los grandes medios de información no se dan garantías del ejercicio independiente de la misma libertad, ni, por consiguiente, del derecho de los ciudadanos a una información no condicionada por relaciones impropias de subordinación. Dicho en pocas palabras, no existen garantías de una efectiva independencia de la gran información: ni del *derecho activo de libertad* de quien hace la información, es decir, de los periodistas, ni del *derecho pasivo a la no desinformación* de quien es destinatario de las informaciones. La censura y la autocensura, el control de las opiniones y de las informaciones, que, como he recordado, han hecho caer a Italia, como país solo «parcialmente libre», en la cla-

sificación de Freedom House sobre los grados de la libertad de prensa, pasan a través de la total ausencia de garantías de ambos derechos, generada por su sumisión a la propiedad de los medios de información, concentrada en pocas manos. Gracias a esta hipoteca, el pensamiento, la opinión y la información, más que derechos fundamentales, son mercancías, cuya producción se decide y gestiona por la propiedad: son, de hecho, derechos y bienes patrimoniales abandonados a las dinámicas del mercado y de la política.

Cuando, además, como sucede en Italia, tal propiedad está en la mayor medida en manos de quien es titular del máximo poder político y tiene el control de gran parte de la televisión pública, el destino del que hace información y, por ello, de la información misma está a merced de ambos poderes, el privado y el público, sólidamente entrelazados. Por otra parte, mucho más que los periódicos que en cada caso adquieren los lectores, la televisión es un lugar público, decisivo para la formación del sentido común y del consenso. Por eso, su doble control equivale a un control tanto de la información como del debate público. Gracias a la sinergia cada vez más estrecha entre poder económico, poder político y poder mediático, una parte esencial de la esfera pública se ha convertido, de este modo, en objeto de apropiación privada. Ya no son la información y la opinión pública quienes controlan el poder político, sino el poder político y al mismo tiempo económico el que controla la información y la formación de la opinión pública.

Nos hallamos, pues, ante dos patologías —el control político y el control propietario de la información—, ambas mortales para el futuro de la democracia, tanto más cuando van juntas. La primera patología es un aspecto bien conocido y una precisa agravante de la infección ya explicada de nuestro sistema político que es el conflicto de intereses. La confusión con los poderes y los intereses públicos, y, en último término, la primacía, no ya de un interés y un poder privado cualquiera, sino de ese poder específico que es el de la información, detentado a través de la propiedad de un im-

perio televisivo y editorial. De ello se sigue la lesión de otra separación no menos importante, que está también en la base, antes aún que de la democracia, de la modernidad jurídica: la separación entre poderes políticos y poderes ideológicos y culturales, que es un corolario del liberalismo. Controlando la información, escribió Condorcet, el poder político persigue la homologación ideológica y política, haciendo que «los ciudadanos no aprendan nada que no sirva para confirmarles en las opiniones que sus gobernantes quieren suscitar en ellos»¹⁷. Pero es todavía más grave la segunda patología antes indicada: la de la subordinación de la libertad de información a la propiedad de los medios de comunicación, del todo ignorada e incluso alejada del pensamiento liberal. Por lo común, incluso los pronunciamientos más avanzados de la Corte Constitucional y las posiciones más críticas del actual sistema de la información se limitan a reivindicar límites más rígidos a la concentración de los medios de comunicación, en garantía del pluralismo y de la competencia entre cabeceras. Pero la cuestión es bastante más radical: ¿la libertad de prensa y de información es una variable dependiente del mercado, o bien un principio y un derecho fundamental constitucionalmente establecido? ¿Su garantía pasa solo por la reivindicación de la pluralidad de los propietarios de los medios, o bien debe ser garantizada como un valor que es un fin en sí mismo? ¿Es solo un problema de *antitrust* o también, e incluso antes, un problema autónomo de libertad y de democracia? Dicho brevemente: ¿la libertad de prensa y de información se identifica con la propiedad de los periódicos y de las televisiones, o es distinta de ella y debe estar supraordenada, en vez de subordinada, a la misma?

En suma, con el advenimiento de la televisión y con sus actuales formas de concentración y homologación ha explotado una aporía que estaba ya presente, aunque de manera

17. M. Condorcet, *Rapport sur l'instruction publique*, Edlig, 1989, p. 95 (traducción castellana de T. del Amo Martín, *Cinco memorias sobre la instrucción pública y otros escritos*, Morata, Madrid, 2000).

menos llamativa, en la información por medio de la prensa. El que es un poder patrimonial, el poder empresarial de la propiedad, ha llegado a superponerse a un derecho de libertad de rango constitucional, la libertad de prensa y de información y, por ello, a englobarlo y aplastarlo. Más adelante, en los §§ 3.4 y 4.4, volveré sobre este asunto¹⁸. Aquí me limito a poner de relieve un equívoco teórico de fondo, no resuelto por la tradición liberal: la confusión entre la libertad de manifestación del pensamiento y la propiedad de los medios de comunicación y la consiguiente dependencia de hecho de la primera respecto de la segunda. En cambio se trata de dos derechos radicalmente distintos, pues uno es un derecho fundamental de todos, mientras que el otro es un derecho patrimonial solo de los propietarios de las cabeceras. La Constitución italiana garantiza el primero y no ciertamente el segundo: «Todos tienen derecho a manifestar libremente *el proprio* pensamiento», dice el artículo 21, que es evidentemente el pensamiento de los periodistas y no el de los propietarios. Es claro que un derecho semejante postula la total independencia de las redacciones respecto de la propiedad. Sin embargo, en la práctica se ha invertido la relación entre ambos derechos. La propiedad devora a la libertad. Los derechos de libertad, en vez de operar como límites al poder, son limitados por este. Y, de hecho, la ley del mercado está supraordenada a las reglas del estado de derecho y de la democracia constitucional.

18. Para un análisis más profundo de esta cuestión, remito a *Pi II*, §§ 15.7 y 15.22.

LA CRISIS POR ABAJO DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA

Como he dicho al comienzo, hay además un segundo aspecto del proceso deconstituyente y de la crisis de la democracia política: el apreciable desde abajo, es decir, del lado de los representados y, por tanto, de la sociedad. Los totalitarismos del siglo pasado, que ciertamente gozaron de vastos consensos populares, deberían habernos enseñado que los pueblos y su común sentir son frágiles y cambiantes; que la idea de una «voluntad general buena» es una ilusión, que la sociedad puede ser ampliamente modelada por la política, cuando falten las garantías de los derechos fundamentales y, en particular, el pluralismo y la independencia de la información. Distinguiré también, desde este punto de vista, cuatro factores de esta crisis de la representación considerados desde abajo, en gran parte correlativos a los antes ilustrados, y directamente alimentados por ellos, que operan desde arriba.

3.1. *La homologación de los que consienten y la denigración de los discrepantes y de los diferentes*

El primer factor de crisis está constituido por un doble proceso: por un lado, la homologación de los que consienten, por otro, la denigración de los que disienten; por un lado, la

máxima verticalización y concentración de los poderes, por el otro, la máxima división y disgregación en la sociedad; de una parte, el crecimiento del conformismo favorecido por el indiferentismo (*qualunquismo*) político, de otra, la promoción de una pluralidad de fracturas en la sociedad y de rupturas de la solidaridad social, en medio de una crisis económica que requeriría la máxima unidad. A la homologación organicista e identitaria que está en la base del populismo y del culto al jefe corresponde, en el plano social, la lógica de la exclusión bajo la enseña de la oposición amigo/enemigo. El que no se identifique con la voluntad popular expresada por el jefe es un potencial enemigo: un comunista, un derrotista, un anti-italiano, antidemócrata y antipatriota, en todo caso carente de legitimación en cuanto no forma parte de la mayoría.

Por otra parte, es, además, el enemigo, junto con el jefe, quien en la demagogia populista confiere identidad al cuerpo social¹. En el síndrome de la derecha italiana el enemigo tiene rostros diversos, geográficos, sociales, políticos o culturales: el Sur respecto del Norte, los inmigrantes clandestinos, los delincuentes callejeros, los comunistas, la oposición, la prensa libre, los intelectuales, el sindicato, la magistratura e incluso quien disiente del jefe dentro de su propio partido. En todos los casos es un enemigo que miente y conspira. Por eso se han exhumado viejas categorías de la propaganda fascista: son derrotistas las críticas de la prensa y las polémicas de la oposición; son subversivos los procesos y las investigaciones judiciales; son traidores los exponentes políticos que discrepan incluso dentro de la misma mayoría gobernante. Hasta vicisitudes dramáticas como la agonía de la pobre Eluana Englaro pueden servir de ocasión para lanzar una campaña difamatoria: para tachar de asesinos a su padre, a los médicos y a los enfermeros que pusieron fin a sus terribles sufrimientos, y a cuantos compartieron sus razones. Al

1. Sobre el nexo entre obsesión identitaria y lógica del amigo/enemigo, véase G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

mismo tiempo, cualquier crítica, ataque o mal resultado es el fruto de un complot. En particular, los procesos penales o las revelaciones escandalosas sobre la vida disoluta y los abusos de poder del jefe son conjuras urdidas en la sombra, gestionadas por comunistas o quizá por centrales extranjeras.

A causa de estas campañas Italia está convirtiéndose en un país envenenado por el miedo, por el odio a los diferentes y por el desprecio de los débiles. Miedo y racismo, sospecha y desconfianza hacia los diversos, inseguridad y agresividad social han sido, en estos años, intensamente alimentados por la demagogia de la seguridad de las derechas, a la que las izquierdas han sido en gran medida subalternas. El miedo ha sido siempre un recurso del poder político: puede producirlo él mismo, como en los regímenes abiertamente autoritarios, o servirse de él, secundándolo o alimentándolo con objeto de obtener consenso y legitimación, como en las campañas populistas de apoyo a medidas penales tan duramente represivas como inútiles e ineficaces². En Italia, en estos años, el miedo ha sido en gran parte construido y dramatizado por la política y los medios de comunicación. En efecto, las estadísticas nos muestran una extraordinaria divergencia. Nos dicen que la tasa de criminalidad ha caído, que el número de homicidios ha descendido de 4.100 en los últimos veinte años del siglo XIX a en torno a 1.900 en los años cincuenta del siglo pasado, a 1.700 en 1990 y a poco más de 600 en estos últimos años, gran parte de ellos cometidos por padres y maridos; que en los últimos cincuenta años las lesiones intencio-

2. Esta política en materia de seguridad, dirigida a obtener consenso secundando el miedo y la demanda de medidas represivas con un uso coyuntural y demagógico del derecho penal, ha sido eficazmente llamada «populismo penal» por el jurista francés Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, París, 2005. Véanse también J. Prats, *Los peligros del populismo penal*, Finjus, Santo Domingo, 2006; L. González Placencia, *Ciudades seguras. Percepción ciudadana de la inseguridad*, UNAM, México, 2002; L. Ferrajoli, «Democrazia e paura, L'illusione della sicurezza», en M. Bovero y V. Pazé (eds.), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 115-135.

nales han disminuido en cerca de dos tercios y que lo mismo ha sucedido con las agresiones sexuales, a pesar de que ha bajado la cifra negra de las no denunciadas³. Y sin embargo, las encuestas informan de que simultáneamente ha crecido de manera exponencial la percepción de la inseguridad, gracias a la fábrica del miedo en que se ha convertido la televisión. Exactamente en la medida en que han aumentado, hasta duplicarse, los tiempos de telediario y debates televisivos dedicados a la crónica negra y a los crímenes más feroces⁴.

Es inútil decir que los principales blancos del populismo penal son los inmigrantes, contra los que se han publicado leyes duramente represivas y discriminatorias. Me limitaré a recordar la que es quizá la más indigna de la historia de la

3. *Sommario di statistiche storiche dell'Italia. 1861-1975*, Istituto Centrale di Statistica, Roma, 1976, p. 68. Hasta las sustracciones han disminuido durante estos años: de 1995 a 2003 las de automóviles han caído de 533 por cada 100.000 habitantes a 318 y las producidas en viviendas de 371 a 298 (*Rapporto sulla sicurezza in Italia*, 2007, en www.aipros.org/oldsite/frame.htm, pp. 167 y 171).

4. Según los datos ofrecidos por el Centro de seguimiento radiotelevisivo del Partido Radical, el espacio dedicado a la criminalidad ha pasado del 10,4% de duración en 2003 al 23,7% en 2007, con un incremento del 233,4%, producido por lo demás, casi enteramente, en el bienio 2006-2007 del gobierno Prodi y sobre todo durante la campaña electoral que dio la victoria a la derecha. Simultáneamente —según los datos del Rapporto Demos sobre la percepción de la seguridad, dirigido por Ilvo Diamanti en colaboración con el Observatorio de Pavía y publicados en *La Repubblica* del 22 y el 23 de noviembre de 2008—, en octubre de 2007 el 88,2% de los entrevistados, la mayor parte «teleadictos» (es decir, personas que ven la televisión durante más de cuatro horas al día), consideraba que la criminalidad había aumentado con respecto a cinco años antes, y solo el 3,4% era conocedor de su objetiva disminución. Por otra parte, tanto la crónica negra como la percepción de la inseguridad han decrecido en 2008, tras la victoria de la derecha sobre la ola del miedo y del populismo penal. En correspondencia con la disminución del tiempo dedicado por la televisión a las noticias sobre la criminalidad, después de mayo de 2008, los que estiman que la criminalidad y la inseguridad son los problemas más graves y urgentes han pasado del 40% en noviembre de 2007 al 30% de los entrevistados en noviembre de 2008, y, al mismo tiempo, han bajado del 14% los que ven en los inmigrantes un peligro para la seguridad.

República, la Ley 94/2009*, que en el artículo 1.16 introdujo el delito de entrada clandestina, con violación de los principios basilares del estado de derecho en materia penal: del principio de estricta legalidad, en virtud del cual solo es posible castigar por *lo que se ha hecho* y no por *lo que se es*, por hechos ilícitos y no por la propia identidad; del principio de igualdad, que excluye toda discriminación «de condiciones personales y sociales» y el de la (igual) dignidad de las personas; en fin, del principio de lesividad, dado que no es ciertamente un daño la presencia en Italia de un inmigrado clandestino. Así se ha creado una nueva figura, la de la *persona ilegal*, carente de derechos por ser jurídicamente invisible y, por ello, estar expuesta a cualquier tipo de explotación, vejación o humillación. Tal es el aspecto más grave de esta y de todas las demás normas legales contra los inmigrados: el veneno racista inyectado por ellas en el sentido común. Estas normas —a las que hay que sumar el tupido sotobosque de circulares ministeriales y ordenanzas municipales antiextranjeros, todas persecutorias de diversas maneras y en gran medida ilegítimas⁵— no se limitan a reflejar los miedos y la intolerancia frente al diferente difundidos en la sociedad. Ellas mismas son leyes racistas, que sirven para secundar y alimentar esos miedos y esa intolerancia. Por primera vez en la historia de la República la estigmatización penal —como sujetos peligrosos, portadores de una culpa ligada a su identidad— no golpea a individuos singulares por delitos que hubieran cometido, sino a enteras categorías de personas en función de su calidad personal. Es el mecanismo típico

* Sobre esta ley puede verse L. Pepino, «La emigración, el derecho, el enemigo. Consideraciones marginales a la Ley 94/2009», traducción de C. Casado Navarro: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 67 (2010), pp. 111 ss. (*N. del t.*)

5. Sobre este infraderecho administrativo puramente vejatorio, véase la investigación de I. Gjergji, «La socializzazione del arbitrio: alcune note sulla gestione autoritaria dei movimenti migratori in Italia», en P. Basso (ed.), *Razzismo di stato. Stati Uniti, Europa, Italia*, Angeli, Milán, 2010, pp. 439-446; cf. también M. Revelli, *Poveri, noi*, Einaudi, Turín, 2010, cap. I.

de la demagogia populista: se construyen enemigos potenciales —los inmigrantes, los gitanos, los musulmanes— y se los etiqueta como sujetos peligrosos y posibles delincuentes, exponiéndolos a la desconfianza, la sospecha, la demanda de expulsión o represión y a veces, como ha sucedido, a la violencia homicida. Naturalmente, estas políticas de la exclusión y del miedo no sirven en absoluto para afrontar la delincuencia, si acaso son criminógenas. Y es que su principal efecto es empujar a los inmigrantes clandestinos a la ilegalidad, cuando es obvio que los excluidos de la sociedad civil y legal están siempre expuestos y dispuestos a ser incluidos en las comunidades inciviles criminales.

Por otra parte, al miedo al diferente se añade el miedo al futuro. La idea de que el futuro puede ser mejor que el pasado, dominante en los años precedentes, se ha convertido en su contraria: en el miedo o, peor todavía, en la certeza de que el futuro será peor que el pasado. Esta depresión del espíritu público, juntamente con la devaluación de los valores constitucionales de la igualdad y la dignidad de la persona, ha sido generada sobre todo por la agresión al trabajo. «Italia es una República democrática fundada en el trabajo», dice el artículo 1.1 de la Constitución, cuya abrogación ha sido propuesta, según he recordado. Nuestra democracia, fundada en el trabajo, puede pues ser debilitada, como está sucediendo, a través del ataque al trabajo y a los derechos de los trabajadores. El ataque se ha producido en varias direcciones: a la estabilidad del trabajo a través de su precarización, que priva de hecho a los trabajadores precarios de las garantías más elementales, haciendo imposible su lucha contra el propio empleador; a las garantías jurisdiccionales de todos los derechos, incluido el de la readmisión del injustamente despedido asegurado por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, a través de la previsión de la llamada «cláusula compromisoria» con la que el trabajador, en el momento de ser contratado, se compromete a renunciar al derecho de accionar en juicio y a someterse a juicios privados de tipo arbitral; al derecho de huelga, para el que, mediante

un proyecto de ley delegada, se prevén limitaciones tales que equivalen de hecho a su supresión; a la seguridad del trabajo en la fábrica, a través de la reducción de las sanciones por violaciones de las normas de prevención de accidentes; a la unidad sindical y a la contratación colectiva, vaciadas de su contenido por el acuerdo de 22 de enero de 2009; en fin, al empleo y al derecho a la subsistencia de segmentos cada vez mayores de población⁶. El objetivo de estas políticas es la división y el desarme del conjunto de los trabajadores: por el debilitamiento de las tradicionales formas de solidaridad basadas en el sentido común de pertenencia a la misma condición; por la competición en el mundo del trabajo inoculada por el desempleo creciente y por la multiplicación de las figuras atípicas de trabajo precario; por la general desvalorización del trabajo provocada por la posibilidad de deslocalizar las producciones fuera de las fronteras nacionales; por la neutralización del conflicto social y la imposición a los trabajadores de la renuncia a sus derechos bajo el chantaje de los despidos, como en las factorías de Pomigliano*, donde la Fiat ha inaugurado un modelo de relación laboral basado en el desprecio de cualquier regla, de la Constitución a las leyes y los contratos colectivos, en la consiguiente disolución del derecho del

6. Véanse las espantosas estadísticas sobre el crecimiento de las desigualdades, del desempleo, sobre todo juvenil, y de la pobreza por debajo de los mínimos vitales, recogidas por M. Revelli, en *Poveri, noi*, cit.

* Primero en la factoría de Pomigliano, en la provincia de Nápoles, después en la turinesa de Mirafiori, el administrador delegado de la Fiat, Sergio Marchione, suscribió con los sindicatos CISL y UIL, pero no con el FIOM (mucho más representativo), un acuerdo que prevé la drástica reducción de los derechos de los trabajadores, incluida la renuncia al ejercicio del derecho de huelga, como condición para evitar el desplazamiento de la producción a Serbia o a Polonia. Luego sometió el acuerdo a un falso referéndum entre los trabajadores, declarando que, en el caso de que el mismo no hubiese sido aprobado por la mayoría, habría cerrado las fábricas o dejado a los obreros sin trabajo. Como consecuencia de esta amenaza, el acuerdo fue aprobado, si bien con el voto contrario de una amplia minoría de trabajadores (en Mirafiori casi la mitad de la plantilla). (N. del t.)

trabajo en su totalidad y en el carácter abiertamente absoluto y salvaje reivindicado para sí por los poderes empresariales.

Hay, en fin, una última dimensión del populismo y de la demagogia que retroactúa, en el plano social y cultural, bajo la forma de una cotidiana deseducación masiva: la decadencia de la moral pública, la exaltación y la exhibición de la vulgaridad, la ordinariez, la ignorancia y el machismo, en el lenguaje y en la práctica política. El mensaje transmitido por el histrionismo político y televisivo es simple y eficaz: «Soy uno de vosotros, soy como todos vosotros, soy (o somos) todos vosotros». La anticultura —no menos que la antipolítica— resulta así legitimada como democrática por popular, proponiéndose y contraproponeándose, como hegemonía anticultural a las formas elitistas de las tradicionales hegemonías culturales. Se produce, en efecto, una suerte de recíproco contagio y de legitimación cruzada: en nombre del consenso y de los niveles de audiencia, política y televisión secundan y legitiman los más bajos impulsos del electorado y de los espectadores, que a su vez legitiman y convalidan, por su carácter masivo, la vulgaridad del estamento político. Por otra parte, a la deseducación de masas contribuye la descalificación de la moral pública como moralismo e hipocresía y, con ello, la promoción de la desconfianza, la suspicacia y la sospecha frente a todos los actores de la vida pública: comenzando por los adversarios, todos unidos por la idea de que son (o somos) todos igualmente deshonestos, igualmente movidos por inconfesados intereses personales o por fines de parte. El descenso del sentido moral y la destrucción del espíritu público no son solo un efecto, sino también un fin de la estrategia demagógica de construcción del consenso. Por desgracia, esto es algo ya conseguido. El escándalo más grave y penoso, surgido de las revelaciones sobre la vida licenciosa y disoluta del presidente del Gobierno, es que el mismo no escandalice en las filas de la mayoría, y ni siquiera en las del electorado de su partido, que, según los sondeos, se mantiene en torno al 30%: en el mejor de los casos, un signo de la desinformación promovida por las televisiones y la prensa al

servicio del Gobierno, y, en el peor, de una creciente corrupción del sentido moral en la base electoral de los partidos en el poder.

3.2. *La despolitización masiva y la disolución de la opinión pública. La primacía de los intereses privados*

El segundo factor de crisis por abajo de la representación, en parte consecuencia del primero, es la despolitización de amplios sectores del electorado que se manifiesta en el abstencionismo, en la antipolítica, en el indiferentismo y, por otro lado, en la estimulación y la legitimación de todos los egoísmos, individuales y sociales: en síntesis, en el debilitamiento del sentido cívico y de la relevancia política de la opinión pública que son los necesarios presupuestos de la democracia. En efecto, pues ¿qué es la opinión pública? Es la opinión que se forma sobre las «cuestiones públicas», entendiendo con esta expresión las cuestiones que son de interés público porque tienen que ver con los intereses de todos. En este sentido la opinión pública se opone a las opiniones que cada uno tiene acerca de los propios intereses privados. Y se extingue cuando se disuelve en una suma de opiniones que versan todas sobre múltiples y diversos intereses personales. Dicho brevemente, cuando cada uno se interesa por las cuestiones públicas asumiendo como parámetro de juicio y de valoración, incluso en ejercicio del derecho de voto, solo los propios personales intereses. El caso límite y paradigmático de tal deformación es el llamado voto de intercambio (*voto di scambio*).

En efecto, hay dos modos, no alternativos sino convergentes, de destruir la opinión pública, ambos promovidos por los regímenes autoritarios pero actualmente en uso en los sistemas democráticos, gracias al control de los medios de comunicación. El primer método es el de la desinformación, de la mentira y la propaganda, sobre todo televisiva: la difusión de noticias falsas, la omisión o minimización de noticias

verdaderas, la exaltación del jefe, la difamación de los opositores, el embotamiento de las conciencias y de las inteligencias con espectáculos estúpidos y vulgares. La segunda forma de disolución de la opinión pública es la que se sigue de la despolitización, esto es, de la pérdida del sentido cívico y las virtudes políticas. En efecto, sentido cívico y virtudes políticas se basan, esencialmente, en la identificación de las razones de la política y del compromiso político con la persecución y el cuidado de los que se considera son los intereses públicos o generales. Se puede tener opiniones políticas de derecha o de izquierda, conservadoras o progresistas e incluso liberales o antiliberales. Lo que hace de ellas una opinión «pública» o «política» es el hecho de que estén informadas, o, en todo caso, de que quieran informarse en los intereses públicos.

Pues bien, esta segunda forma de destrucción de la opinión pública consiste en promover el desinterés y la indiferencia por los intereses públicos en sectores lo más amplios posibles del electorado; en remover del horizonte político de los ciudadanos la idea misma de interés general o de bien común y en dirigir su atención solo a sus intereses personales y privados, propuestos abiertamente como los únicos y exclusivos criterios de valoración política también en el ejercicio del derecho de voto⁷. En estos casos se trata de múltiples minúsculos conflictos de intereses, legitimados y alimentados por el conflicto de intereses exhibido en el vértice del Estado, cuya

7. Recuérdese el discurso en la Cámara de Diputados del 27 de agosto de 1848, en el que Tocqueville lamentó que «las opiniones, los sentimientos, las ideas comunes [fuesen] sustituidas cada vez con más frecuencia por los intereses particulares, las miras particulares, los puntos de vista informados por la vida y los intereses privados» y, después de haberse preguntado si no habría «crecido incesantemente el número de los que votan por intereses personales o particulares, y si el número de los que lo hacen sobre la base de una opinión política no decrece de la misma manera incesante», denunció como «moral baja y vulgar» esta tendencia a hacer «de los derechos políticos [...] un uso personal en interés propio» (A. de Tocqueville, «Discurso sulla rivoluzione sociale», en Íd., *Scritti politici I. La rivoluzione democratica in Francia*, ed. italiana de N. Matteucci, Utet, Turín, 1969, pp. 270-271).

generalización se resuelve en el desvanecimiento de los lazos sociales y en la desertificación de la opinión pública. De nuevo se da una interacción entre la primacía del interés privado sobre los intereses públicos en el vértice de las instituciones y la misma primacía en el sentido común de los electores, propuestos uno como espejo y aval del otro. No es casual que la principal razón de jactancia de la política gubernamental se exprese con reiteración en la fórmula vulgar «no metemos la mano en los bolsillos de los italianos»: que significa que los impuestos —indistintamente, ya graven a los pobres o a los ricos, y de hecho sobre todo a los muy ricos—, aunque dependan de ellos las prestaciones sociales, son un robo, y es lícito defenderse de ellos incluso con la evasión fiscal. Bajo este aspecto, la exaltación de los intereses individuales se conjuga con la lógica del enemigo y del miedo, manifestándose en la movilización agresiva y rencorosa de todos los egoísmos sociales —contra el Sur, contra los inmigrantes, contra los marginados— y dando lugar a conflictos identitarios de tipo clasista o racista.

Es claro que esta indiferencia de los ciudadanos ante los intereses generales y este su aislamiento en los propios intereses privados forman el mejor caldo de cultivo de la reducción a la pasividad política y, con ella, del populismo y la delegación en un jefe. Por eso, el declinar del sentido cívico y la despolitización de la sociedad son estimulados y secundados por todos los regímenes antiliberales y por todas las políticas demagógicas. Es lo que está sucediendo en Italia, por una parte, con la quiebra de la enseñanza pública y con la creciente ignorancia provocadas por los recortes presupuestarios en la escuela y la universidad y, por otra, con la obra de difusión del miedo, de instigación al odio y al racismo, de devaluación de la esfera pública y de los valores civiles de la igualdad y la solidaridad puesta en práctica cotidianamente por la mayoría de las televisiones con su pedagogía incivil y con las campañas sobre la seguridad. Ignorancia y miedo, egoísmos antisociales y desinterés por la política son otros tantos presupuestos de los giros autoritarios. Hay una página bastante

conocida de Alexis de Tocqueville, hoy de extraordinaria actualidad, que ilustra este nexo entre depresión del espíritu público y despotismo: «El despotismo [...] —escribe— ve en el aislamiento de los hombres la garantía más segura de su propia duración, y de ordinario pone todas sus precauciones en aislarlos [...] Llama espíritus turbulentos e inquietos a los que pretenden unir sus esfuerzos para crear la prosperidad común y, cambiando el sentido de las palabras, llama buenos ciudadanos a los que se encierran estrictamente en sí mismos. [...] El despotismo alza barreras entre ellos y los separa [...] y hace de la indiferencia una especie de virtud pública»⁸. Y más adelante, en el célebre capítulo titulado «Qué especie de despotismo deben temer las naciones democráticas»: «Veo una multitud innumerable de hombres semejantes e iguales que giran sin descanso sobre sí mismos para procurarse pequeños y vulgares placeres con los que llenan su alma. Cada uno de ellos, retirado aparte, es extraño al destino de todos los demás. Sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana. En cuanto al resto de sus conciudadanos, están a su lado pero no los ve; los toca pero no los siente, no existe más que en sí mismo y para sí mismo, y si todavía le queda una familia, se puede al menos decir que no tiene patria. Por encima de ellos se alza un poder inmenso y tutelar [...] Quiere que los ciudadanos gocen con tal de que solo piensen en gozar [...] Nuestros contemporáneos [...] imaginan un poder único tutelar, todopoderoso pero elegido por los ciudadanos [...] Con ese sistema, los ciudadanos salen un momento de la dependencia para señalar a su amo y vuelven a entrar en ella»⁹. Se entiende que en estas condiciones el dinero, en ausencia de otros parámetros de valoración, se convierta en la única medida del valor de las personas y el mercado se transforme en la única fuente de legitimación

8. A. de Tocqueville, *La democracia en América* [1840], traducción castellana y edición crítica de E. Nolla, Trotta, Madrid, 2010, vol. II, Segunda parte, IV, pp. 852-853.

9. *Ibid.*, vol. II., Cuarta parte, VI, pp. 1151-1156.

de las relaciones sociales: tanto de la acumulación ilimitada como de la máxima explotación del trabajo y de su precarización y desvalorización.

A esto hay que añadir una forma de indiferentismo en el electorado de izquierdas: la particular primacía del interés y la vanidad personal que se manifiesta en el rechazo a votar por partidos que no reflejen plenamente las propias ideas. El abstencionismo, en homenaje a una propia decantada pureza e indisponibilidad al compromiso, es la forma que asume este indiferentismo narcisista, que, aunque sea por razones opuestas a las del indiferentismo y el abstencionismo de derechas, se manifiesta en la idea de que todos los partidos, a derecha e izquierda, son equivalentes, y en la sustancial indiferencia por el interés general, incluso al precio de favorecer derivas antidemocráticas, autoritarias y racistas. Es un indiferentismo en cierto aspecto más deplorable que el de derechas, porque no está determinado por la ignorancia y la desinformación, sino por la irresponsabilidad moral y política.

3.3. *La crisis de la participación política*

En los orígenes de esta reducción de la sociedad a la pasividad política hay un tercer factor de crisis por abajo de la democracia política: la quiebra de la participación de los ciudadanos en la vida pública —de sus formas, sus sedes y sus ocasiones— determinada por el correspondiente factor de crisis por arriba, es decir, por el creciente distanciamiento de los partidos de la sociedad y por su pérdida de representatividad y de arraigo social. La media de edad de los inscritos en los partidos decrece cada año. Son pocos los jóvenes que participan en la vida de los partidos por razones ideales y no con la esperanza de encontrar un empleo. De lo que se sigue una profunda crisis del reclutamiento del personal político. Desvanecida la vida política en las viejas secciones territoriales, desecado el debate de base y los tradicionales canales de selección de grupos dirigentes, el recambio del estamento

político queda inevitablemente confiado a las relaciones personales, o, lo que es peor, a las de carácter familiar y clientelares de los dirigentes. El resultado es una caída de la calidad no solo profesional, sino también moral e intelectual de toda la clase política.

El fenómeno, no exclusivamente italiano, se ha manifestado en Italia en formas aún más llamativas que en otros países por múltiples razones, que en parte se remontan a los últimos años de la primera República pero que en su mayor medida han madurado durante el último veintenio. La primera razón ha sido la pérdida de prestigio y de credibilidad de los partidos debida al proceso de degeneración partidocrática de nuestra democracia producido en los años setenta y ochenta: los partidos gozan hoy de un grado de popularidad y de confianza muy inferior al de cualquier otra institución. La segunda razón ha sido la desmovilización de las organizaciones territoriales de los partidos, que representaban el principal antídoto de las derivas populistas, y la consiguiente impermeabilidad del campo político a las incitaciones provenientes de la sociedad, comenzando por las del mundo de la cultura. Es un proceso que ha afectado a todos los grandes partidos de masas en los que se había organizado la sociedad italiana y se había desarrollado, en la primera República, la participación directa y políticamente motivada de millones de ciudadanos en la vida pública. En fin, la crisis ha sido favorecida por el cambio de las formas de la comunicación política: ya no la socialización horizontal, el debate de base y la confrontación directa, sino el debate de vértice y la confrontación televisiva. Este cambio, unido a la transformación de los partidos en oligarquías burocráticas y en máquinas electorales, ha alterado radicalmente la naturaleza de la relación de los partidos con los ciudadanos, reducidos al papel de espectadores: no participación activa sino consenso pasivo, o, peor aún, desinterés, sentido generalizado de impotencia, indiferencia o rechazo.

Estos tres elementos de crisis por abajo de la democracia representativa tienen, además, un elemento común: la disgregación social, generada tanto por la ruptura de los viejos lazos

sociales como por la despolitización masiva y la disolución de las comunidades de base de los partidos. No solo. Estos elementos de la disgregación social son, por un lado, reflejo de los factores de crisis por arriba de la representación política y, por otro, están ligados a ellos por una suerte de legitimación recíproca. La omnipotencia de la mayoría y del poder político del jefe como encarnación de la voluntad popular, y hasta los conflictos entre sus intereses privados y los intereses públicos, resultan legitimados por el consenso o cuando menos por el no disenso y el desinterés popular. Pero, por otra parte, la regresión del sentido cívico, la desaparición del interés general del horizonte de la política, la corrupción del sentido común y las propias pulsiones racistas son legitimadas por su progresivo carácter mayoritario: exactamente por las mismas perversiones contra las que, tras la liberación del fascismo, las constituciones rígidas introdujeron límites y vínculos a la voluntad de las mayorías.

Ciertamente, la democracia constitucional y la Constitución italiana han resistido hasta hoy, gracias sobre todo a la efectividad de la separación de poderes: de la independencia de la magistratura ordinaria y de la jurisdicción constitucional. Pero no podemos estar seguros de que, de proseguir la corrupción del sentido común y del imaginario popular en materia de democracia, esta resistencia de carácter institucional no resulte vencida. Pues existe, en efecto, una interacción entre involución institucional y sentido común: la opinión pública puede muy bien ser transformada y corrompida por la demagogia política desarrollada por el sistema político-mediático y retroactuar en su favor bajo la forma de consenso de masas.

3.4. *La manipulación de la información y la decadencia de la moral pública*

Llego así al cuarto factor de crisis por abajo de la democracia política: la transformación de la información en una fábrica

de consenso, a causa del doble control, propietario y político. Cuando resulta de los sondeos de opinión que la mayoría de los ciudadanos o en todo caso una parte consistente de ellos cree que los magistrados que investigan al presidente del Gobierno son comunistas o participan de un complot para derrocarlo, hay que preguntarse de dónde pueda provenir tal absurda convicción si no es del hecho de que estas tesis son cotidianamente repetidas en televisión, de modo que los ciudadanos repiten, en los sondeos, simplemente lo que oyen en aquella. Por otra parte, un consenso tan amplio en relación con un gobierno que se ha distinguido únicamente por las promesas no mantenidas, por la inhibición frente a la crisis económica, las políticas antisociales, las leyes racistas contra los inmigrantes, las agresiones al trabajo y a los sindicatos, a la enseñanza pública y a la laicidad del Estado, es un signo, no solo de la decadencia moral de una parte relevante de la sociedad italiana, sino también del grado de desinformación y manipulación de la opinión pública.

Es claro que no existe un derecho a la información «verdadera», que estaría en conflicto con la libertad de información. Solo puede hablarse de un derecho a «recibir» informaciones¹⁰. Sin embargo, existe un derecho negativo a la no desinformación, consistente en una libertad negativa, es decir, en la inmunidad frente a las desinformaciones y la manipulación de las noticias. Esta libertad negativa es un corolario de la libertad de conciencia y de pensamiento, esto es, de la primera libertad fundamental que se afirmó en la historia del liberalismo y que implica el derecho a la no manipulación de la propia conciencia provocada por la desinformación en torno a los hechos y a las cuestiones de interés público. Por lo demás, aquella

10. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 19 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 enuncian el derecho «de investigar y recibir informaciones y opiniones». El artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirma que la libertad de información «incluye la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas».

está implícita en la misma libertad de manifestación del pensamiento como derecho a la expresión del «propio», del que están excluidas las manifestaciones del pensamiento fraudulento y la difusión de noticias cuya falsedad se conoce y que, en consecuencia, por definición, no corresponden al «propio» pensamiento. Si además se considera al lector como un consumidor, el derecho a la no desinformación y a la no manipulación de las noticias equivale al derecho a no recibir mercancía averiada¹¹. En fin, la garantía de esta libertad-inmunidad es una condición previa elemental del ejercicio consciente del derecho de voto y de la formación de una opinión pública informada y madura, y por eso un presupuesto directo de la democracia política y de la soberanía popular. Desde este punto de vista cabe decir que la información es objeto de un autónomo interés público y colectivo, implícito en todos los principios de la democracia política: de la transparencia de los poderes públicos al control popular sobre su ejercicio, hasta la representatividad y la responsabilidad de los elegidos ante los electores.

En suma, la información implica una pluralidad de derechos, fundamentales y patrimoniales, y de intereses públicos y privados, que el análisis conceptual debe descomponer y distinguir: en primer lugar, la libertad-facultad de información, la libertad-inmunidad de la conciencia frente a la desinformación e, indirectamente, el derecho político de voto, que son todos derechos fundamentales; en segundo término, el interés público a una información libre e independiente; en tercer lugar, la propiedad de los medios de información, que es un derecho patrimonial real, y el derecho civil de libre empresa periodística. En la práctica estos últimos dos derechos se resuelven en la propiedad privada de la información: la propiedad puede comprar la libertad o bien

11. Se advierte, bajo estos aspectos, la gran importancia que tendría la aprobación del «estatuto de los lectores», en la doble vertiente de ciudadanos y de consumidores, propuesto por Enzo Marzo, «Bozza di statuto dei diritti dei lettori», en *I diritti dei lettori. Società Panuzio*, Quaderno 1, supl. de *Critica liberale* (marzo-abril 2010).

intimidarla, reprimirla o censurarla. Tanto la libertad constitucional de información en sentido activo, como el derecho pasivo a la no desinformación como condición del ejercicio consciente de los derechos políticos, o el interés público en la libre información resultan violados por el control político y propietario de los medios de comunicación. Por ello, como se verá en el § 4.4, solo pueden ser garantizados por un sistema eficaz de garantías de la independencia de la información como derecho fundamental y, al mismo tiempo, como condición de la democracia política.

LOS REMEDIOS DE LA CRISIS. CUATRO ÓRDENES DE GARANTÍAS

Evidentemente existe un nexo entre todos los factores de crisis de la representación, por abajo y por arriba, hasta aquí ilustrados: entre la despolitización, la reducción a la pasividad y la disgregación social, producto de la indiferencia por el bien común y de la exclusiva preocupación por los propios personales intereses, y la verticalización y personalización de la representación celebrada como expresión orgánica de la voluntad popular. Existe incluso un nexo entre estos aspectos de la crisis y los conflictos de intereses en el vértice del Estado: legitimados por el voto electoral, tales conflictos, que se resuelven en la prevalencia de los intereses privados del que gobierna sobre los intereses generales, acaban por operar de hecho como modelo y fuente de legitimación de tantos pequeños conflictos de intereses, de tantos egoísmos y particularismos y de tantas primacías de los propios intereses personales sobre los intereses públicos de las que está tejida y en las que se resuelve la vida asociada, por falta de un sentido cívico.

Es claro que estos procesos de vaciamiento de la democracia política pueden ser afrontados sobre todo en el plano político y cultural. En este terreno haría falta un fuerte compromiso de pedagogía civil, dirigido a dar un nuevo fundamento en el sentido común a los valores del constitucionalismo democrático: el pluralismo político, la separación de

poderes, el principio de igualdad y dignidad de las personas, el papel de defensa de los derechos y los intereses generales que corresponde a la política. Pero los procesos deconstituyentes antes ilustrados deben ser afrontados también en el plano jurídico. Indicaré cuatro tipos de límites y garantías aptos para contener las cuatro perversiones por arriba y por abajo de la democracia representativa hasta aquí analizadas y para refundar la democracia política. En su mayor parte solo son realizables mediante intervenciones legislativas, hoy ciertamente inverosímiles mas deseables cuando menos en la difícil fase de reconstrucción que habrá que poner en marcha tras el final de la aventura berlusconiana. Algunos, sin embargo, pueden consistir también en autorreformas de los partidos, que ciertamente serían favorecidas por leyes de apoyo pero que pueden ser afrontadas por los propios partidos con simples reformas estatutarias.

4.1. *El método electoral proporcional*

En primer lugar, para la tutela de la igualdad en el específico derecho fundamental que es el derecho de voto y contra las tentaciones y las derivas populistas que siempre acechan a la democracia política, se precisa una reforma electoral apta para refundar la representatividad del sistema político. Como he hecho ver en el § 2.1, la Ley electoral 270/2005, de 21 de diciembre, es uno de los principales factores de disolución de la representación popular. En efecto, pues, además de la designación de los parlamentarios por parte de un pequeño número de jefes de partido, prevé un fuerte premio de mayoría y un límite mínimo muy alto para las minorías, con el efecto de falsear totalmente el resultado de las elecciones. Precisamente, establece la asignación del 55 % de los escaños de la Cámara a la mayoría relativa, es decir, a la minoría mayor¹,

1. La atribución de este premio es el efecto de un complejo mecanismo, en virtud del cual los 630 componentes de la Cámara de Diputados

y la exclusión del parlamento de las fuerzas políticas cuyas listas no alcancen por sí solas el 4% de los sufragios. De este modo puede suceder que la lista de mayoría relativa obtenga por ejemplo el 30% de los votos, equivalentes, si se tienen en cuenta las abstenciones, a poco más del 20% de los electores, y consiga, sin embargo, una mayoría absoluta de escaños tan masiva como para ser presentada por la propaganda como expresión del «pueblo soberano». El único precedente de una estafa similar es la Ley Acerbo, n.º 2444/1923, de 18 de noviembre, que luego confluyó en el texto único n.º 2694/1923, de 13 de diciembre, que dio el poder a Mussolini. Esta preveía la asignación de dos tercios de los escaños (356 frente a 179) a la lista que hubiese obtenido el mayor número de sufragios, con tal de que hubiera superado el 25% de los votos (y no el 10% que prevé la ley actual)².

son divididos, aparte de los 13 miembros elegidos en las circunscripciones exteriores y en Val d'Aosta, en dos secciones: una de 340 diputados, asignados por ley a la coalición o al partido que haya alcanzado la mayoría relativa, la otra de los 277 diputados restantes, distribuidos a su vez entre todas las demás coaliciones y listas, en proporción a los votos conseguidos. En cuanto al Senado, el mecanismo es análogo, pero opera sobre una base regional, con el resultado de conferir el premio a la coalición vencedora en cada región. Sobre esta ley absurda, véase R. La Valle, «Introduzione», a D. Gallo y F. Ippolito, *Salviamo la Costituzione*, Chimenti, Taranto, 2005, pp. 14 ss.

2. La Cámara fue disuelta inmediatamente mediante un decreto de 25 de enero de 1924, y las elecciones siguientes, del 6 de abril de 1924, entregaron todo el poder a Mussolini. Mucho más democrática, sin comparación, que la ley actual fue la llamada «ley estafa» (*legge truffa*) n.º 148/1953, de 21 de marzo, que atribuía un premio de mayoría del 65% de los escaños al partido o a la coalición que hubiera obtenido más del 50% de los votos y que provocó el obstruccionismo parlamentario y una movilización de protesta en todo el país: el premio de mayoría no salió por muy poco (cerca de 60.000 votos), dado que en las elecciones del 7 de junio de 1953, precedidas de una encendida campaña electoral, la coalición DC-PSDI-PRI-PLI sumó solo el 49,85% de los votos. Es claro que la ley actual favorece a la coalición de derechas, que no por casualidad la defiende con furia, estando la actual oposición, aunque mayoritaria, dividida entre un polo de centro y otro de centro-izquierda (o bien, según los acuerdos, entre un polo de centro-izquierda y uno de izquierda).

Una reforma democrática de este absurdo sistema debería, en primer lugar, impedir, mediante una prohibición específica, la inclusión del nombre del jefe de la coalición en las papeletas electorales, que permite la ley actual. Esta banal y desdichada operación, consistente en la asunción del nombre del jefe, como símbolo y representación, por casi todos los partidos italianos, ha sido un factor no secundario de personalización de la política, de la transformación de los partidos en comités electorales del jefe y, sobre todo, de la deriva populista de nuestra democracia: hasta el punto de ser invocada en apoyo de la modificación sustancial del sistema constitucional pretendida, que habría consistido en identificar la elección de una mayoría con la elección de un jefe, como expresión de la voluntad popular, y que, como se ha visto, permite tachar de «golpe de estado» cualquier posible solución parlamentaria de las crisis de gobierno.

Pero sobre todo sería necesario reintroducir el método electoral proporcional en garantía del sistema parlamentario todavía diseñado por la Constitución de 1948. Solamente la democracia parlamentaria basada en el método proporcional, al favorecer el desarrollo de los partidos y, por su conducto, la representación de intereses sociales y de opciones políticas diversas y en virtual conflicto, es idónea para garantizar el pluralismo político. Bajo este aspecto, aquella es una condición necesaria de la representatividad de todo el electorado, y no solo de mayorías más o menos ficticias, y el más seguro antídoto frente a las falacias ideológicas y las involuciones organicistas, populistas y monocráticas de la representación generadas en cambio por su verticalización y personalización en los sistemas diversamente mayoritarios, bipolares y presidenciales. En efecto, solo el método proporcional goza de idoneidad para representar la pluralidad de las opiniones políticas, la diversidad de los intereses y los conflictos de clase que cruzan el electorado. Dicho en pocas palabras, la complejidad de la sociedad cuyo reconocimiento y cuyo respeto son los presupuestos elementales de la democracia política. Por ello, como escribió Kelsen, «el sistema

de la representación proporcional es la aproximación más grande posible al ideal de la autodeterminación dentro de una democracia representativa y, por tanto, el más democrático de los sistemas electorales»³. Más aún: al garantizar la igualdad política en el derecho de voto y la representación de todo el electorado, es el único sistema electoral efectivamente representativo.

Por otra parte, la experiencia tendría que haber enseñado que la deriva populista y antirrepresentativa del sistema político italiano es el fruto envenenado y el coronamiento institucional —en la forma y en la sustancia, en el método y en los contenidos— de la opción por el bipolarismo y de la borrachera mayoritaria. En efecto, el sistema bipolar equivale a una suerte de molde impuesto a la sociedad, que niega artificialmente el pluralismo político, mortifica el disenso, oculta las diferencias de los intereses representados y, pura y simplemente, simplifica la complejidad social, construyendo a los electores a alinearse con una de las dos partes en conflicto y transformando las elecciones en una competición en la que se vence incluso solo por un voto. Una exigua mayoría de electores inciertos, esencialmente despoltizados y mucho más expuestos que los demás al condicionamiento de la propaganda, decide el resultado de las elecciones con un altísimo grado de casualidad. El sistema bipolar sustituye así el compromiso parlamentario, la mediación transparente y la confrontación sobre los contenidos que propicia el sistema proporcional, por el compromiso realizado forzosamente en el plano social a través de la división ficticia y el enfrentamiento a priori,

3. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* [1945], traducción de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949, Segunda parte, IV, B), h), 3, p. 353. También, del mismo, *Los fundamentos de la democracia* [1955], traducción de J. Ruiz Manero, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 320: «El sistema de representación proporcional es la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación en una democracia representativa y, por tanto, el sistema electoral más democrático, precisamente a causa de que no exige una lucha competitiva por el voto del pueblo».

animado por la lógica del amigo/enemigo, entre polos rígidamente contrapuestos. Piénsese en lo que habría ocurrido en Italia si se hubiera introducido el sistema bipolar inmediatamente después de la Liberación: el choque entre derecha e izquierda, entre democristianos y comunistas, en el contexto de la guerra fría, habría degenerado en un clima de guerra civil. Solo el sistema parlamentario y proporcional garantizó durante medio siglo la convivencia pacífica y civilizada y el desarrollo de la democracia italiana.

Por esta razón, después de casi veinte años de involución de nuestro sistema político, sería necesario hacer un sereno balance de los efectos perversos del bipolarismo. Este sistema ha destruido los partidos, ha profundizado la brecha entre clase política y sociedad, ha reducido las competiciones electorales a guerras de *spots* entre coaliciones que se disputan el centro y, por consiguiente, tienden a ser tanto más reñidas cuanto más deben tender a homologarse. A diferencia del sistema proporcional, en el que los distintos partidos tienen programas diversos y representan a fuerzas sociales diferentes y contrapuestas, en los sistemas mayoritarios los partidos mayoritarios se ven, en efecto, constreñidos a asemejarse, y por ello, a combatir, precisamente por ser semejantes: a vaciar sus programas de contenidos distintivos para competir la representación del electorado incierto y moderado y, por eso, a dividirse y confrontarse sobre la nada⁴; donde los partidos menores están constreñidos a dar su adhesión a programas que no comparten y, con ello, a reducir su papel de representación, adquiriendo en compensación un poder de chantaje sobre la coalición vencedora que, por lo demás, es simétrico

4. «Una de las ventajas del sistema de representación proporcional consiste en que no es necesaria la competencia de candidatos de diferentes partidos políticos. De acuerdo con el sistema de la representación mayoritaria, cada delegado es electo con los votos de un grupo, el grupo mayoritario, en contra de los del otro, el grupo minoritario. De acuerdo con el sistema de la representación proporcional, cada representante es electo solamente con los votos del propio grupo, y no contra los votos del otro» (H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 302).

y opuesto al ejercido sobre ellos, en el momento de la formación de las listas, por las fuerzas mayoritarias. Con el resultado de la máxima polaridad del sistema político unida a su máxima homologación, sobre la base de un genérico moderantismo y del máximo vacío programático.

Además, y sobre todo, el sistema mayoritario y bipolar, al favorecer la pérdida de radicación social de los partidos, la personalización y la verticalización de la representación y el culto al jefe, ha cambiado el sentido común en materia de democracia y de constitución. El bipolarismo funciona, aunque sea como sistema representativo imperfecto, en países de sólidas tradiciones liberal-democráticas basadas en valores políticos unánimemente compartidos: como la separación de poderes, el respeto de la legalidad, el pluralismo de la información, la garantía de la prensa libre y, sobre todo, la firme e incondicionada defensa de todos estos principios elementales. En la ausencia o cuando menos en la debilidad de estos presupuestos, como es el caso de Italia, el mismo favorece el desarrollo de la vieja tradición anarcoide y destructiva de la derecha italiana: del populismo, de la reducción a la pasividad política, de la idea de relación orgánica entre jefe y pueblo, que fueron los rasgos característicos del fascismo y que vuelven de nuevo a amenazar a nuestra democracia.

Hoy la opción bipolar sigue siendo defendida en Italia por la mayoría de las fuerzas políticas, incluida, increíblemente, una parte de la izquierda, que ha sufrido de ella los mayores daños. Esto obliga a reflexionar sobre el deterioro que dicha opción ha producido en las instituciones representativas y en la sociedad. Es el que hace noventa años, en los umbrales del fascismo, denunció Piero Gobetti con su durísima crítica del sistema mayoritario —«una forma feudal» que «se expresa en la formación de una clase de políticos proclives a degenerar en una práctica de politiquería parasitaria»⁵— instaurado por el fascismo con la Ley Acer-

5. P. Gobetti, *La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia* [1924], Einaudi, Turín, 1964, III, p. 154.

bo de 1923, que abolió el sistema proporcional introducido el 2 de septiembre de 1919 junto con el sufragio universal. La opción proporcional, escribió Gobetti, sirve para «crear las condiciones de la lucha política y del normal desarrollo del trabajo de los partidos [...] El fascismo, para vencer, tuvo que desbaratar los resultados liberal-conservadores de dos experimentos proporcionalistas, y opuso al ejército de los electores bandas de esclavos ignorantes de los derechos políticos. Su instinto de patronos guía con bastante precisión a los fascistas en la lucha contra la proporcional [...] Donde prevalece sin incertidumbres una mayoría, no may más que una oligarquía larvada»⁶.

4.2. *La exclusión de los conflictos de intereses. Tres formas de separación de poderes y de incompatibilidades*

En segundo lugar, el principal remedio frente a las diversas formas de confusión y concentración de poderes generadas por los conflictos de intereses, y frente a las tentaciones absolutistas de las mayorías y de sus jefes, es un sistema de incompatibilidades y de separaciones bastante más complejo y eficiente que el actual. En efecto, la separación entre los múltiples poderes coexistentes y en conflicto en las sociedades actuales es la única técnica que permite diseñar una estructura institucional suficientemente compleja y articulada para satisfacer las muchas funciones garantistas de la democracia constitucional. Sin embargo, ha sucedido que, paradójicamente, el crecimiento de la complejidad social y de las promesas constitucionales, que habrían requerido un sistema de incompatibilidades más desarrollado, se ha visto correspondido en estos años con la simplificación populista y la máxima confusión y concentración de poderes.

A mi juicio, son tres las separaciones que habría que instaurar o restaurar en garantía del desinterés personal y de la

6. *Ibid.*, pp. 154-156.

independencia frente a condicionamientos impropios de los poderes públicos: entre esfera pública y esfera privada, entre Estado y sociedad y entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía. Más adelante, en el § 4.4, hablaré de una cuarta separación: entre poderes, sean políticos o económicos, y libertad de información.

La primera, esencial separación es entre funciones públicas y grandes intereses privados, es decir, entre poderes políticos y poderes económicos. A tal fin es necesario un rígido sistema de incompatibilidades capaz de impedir y sancionar, con las concentraciones de poderes, los conflictos de intereses y, de hecho, la prevalencia de los intereses privados de quien está investido de funciones públicas, sobre los intereses públicos.

Incompatibilidades de este tipo están previstas en todos los ordenamientos, incluido el italiano, en el que, sin embargo, permanecen totalmente inefectivas. Recuérdese, además de los principios generales en materia de imparcialidad y de exclusión de los conflictos de intereses entre representantes y representados establecidos por el Código Civil, la inelegibilidad, dispuesta por el artículo 10 de la Ley electoral 361/1957, de 30 de marzo, de «los que por sí mismos o en calidad de representantes legales de sociedades o de empresas privadas resulten vinculados con el Estado [...] por concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica», como las exigidas a las empresas televisivas. Ciertamente sería necesario un sistema de incompatibilidades bastante más rico y articulado: no solo entre poderes públicos y poderes privados, sino también entre cargos públicos diversos, hoy bastante a menudo acumulados por las mismas personas. Sin embargo, por desgracia también las normas existentes han sido siempre ignoradas por las Comisiones parlamentarias de verificación de poderes, llamadas claramente a juzgar en causa propia. Por tanto, lo que falta en Italia, frente a semejantes conflictos de intereses, son no tanto las garantías primarias o sustanciales como, en particular, las garantías secundarias o jurisdiccionales, al estar los contro-

les sobre la elegibilidad confiados a los *interna corporis*, a las propias asambleas electivas, que, de este modo, resultan ellas mismas implicadas en un ulterior conflicto de intereses. Solo instituciones de garantía independientes, externas al órgano representativo —como, por ejemplo, en México el Tribunal Federal Electoral y el Instituto Federal Electoral, instituidos en 1996—, podrían decidir con imparcialidad y de forma creíble sobre las controversias subsiguientes a las elecciones y, antes de las elecciones, sobre el igual acceso a los espacios de la comunicación política y sobre la regularidad y la transparencia de la financiación de los partidos⁷.

Hay, además, una segunda separación que debería introducirse en garantía de la representatividad de las instituciones políticas, del papel de mediación de los partidos y de la exclusión de un segundo tipo de conflictos entre intereses personales e intereses públicos: la incompatibilidad entre cargos de partido y cargos públicos electivos, con objeto de impedir el interés personal de los titulares de los primeros de auto-elegirse como titulares de los segundos. Frente a la crisis de la mediación representativa provocada por la integración de los partidos en el Estado y por los actuales

7. En México, tras la introducción de estas instituciones de garantía, el Partido Revolucionario Institucional perdió, por primera vez después de setenta años, las elecciones del 2000. Sobre las instituciones de garantía y de justicia electoral presentes, no solo en México, sino también en otros países de América Latina, véanse J. Orozco Henríquez, «El contencioso electoral», en D. Nohen, S. Picado y D. Zovatto (eds.), *Tratado de derecho electoral comparado de America Latina*, IFE, México, 1998, pp. 708-807; R. Becerra, P. Salazar y H. Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México, 2000. Pero recuérdense también, en Europa, las impugnaciones de las elecciones de varios cargos electivos ante el Tribunal Constitucional, previstas en el artículo 141 de la Constitución austriaca; y las competencias que los artículos 58-60 de la Constitución francesa atribuyen al Conseil Constitutionnel, en orden a la vigilancia sobre la regularidad de las elecciones del presidente de la República, al examen de las reclamaciones presentadas, a las decisiones, en caso de impugnación, sobre la regularidad de las elecciones de diputados y senadores y a la vigilancia sobre la regularidad de las operaciones del referéndum.

mecanismos electorales de autodesignación y cooptación, acentuados en estos años por la enorme expansión de la clase política y por el crecimiento de sus retribuciones y privilegios, el único remedio es garantizar la distinción, y con ella la relación de representación y de responsabilidad, entre partidos e instituciones electivas, reponiendo a los primeros en su papel de órganos de la sociedad: como sujetos ellos mismos representantes; como órganos no ya del Estado, sino de las fuerzas sociales que ellos tienen el deber de organizar para permitir a los ciudadanos «concurrir a determinar la política nacional», como exige el artículo 49 de la Constitución italiana. Y esto solo será posible si se introduce una separación no menos importante que la de poderes políticos y poderes económicos: la separación entre representados y representantes, entre fuerzas políticas y sociales y poderes institucionales representativos, garantizada por una rígida incompatibilidad entre cargos de partido y funciones públicas, entre dirigentes de partido y representantes electos en las instituciones representativas.

Solo esta incompatibilidad entre cargos de partido y cargos institucionales valdría para reponer a los partidos en sus funciones de mediación representativa entre esfera pública y sociedad: como partidos sociales, además de políticos, destinados a realizar, con la participación de los afiliados, las grandes opciones políticas, a formular los programas, a formar las listas de los candidatos, a organizar las elecciones y a ejercer un control externo y desde abajo sobre los representantes elegidos, pero, precisamente por esto, excluidos del ejercicio directo de las funciones institucionales de gobierno, a fin de asegurar su posición social de sujetos representados y no representantes. Solo esta exclusión y esta alteridad, merced a la cual el que se presenta como candidato a las funciones representativas debería dejar los cargos de partido y viceversa, serviría para producir una recíproca autonomía, beneficiosa y saludable para ambos. Para las funciones de los representantes, que resultarían investidos de una responsabilidad mucho más visible y directa ante los partidos

representados; para los partidos, que recuperarían su papel de organizaciones directamente sociales, instrumentos de la participación política de los ciudadanos, intérpretes de sus necesidades, carentes de responsabilidades de gobierno pero, precisamente por esto, fuentes y factores de responsabilización de los elegidos en sus candidaturas en relación con las orientaciones políticas elaboradas por ellos mismos.

En tercer lugar, tendría que ser repensada y rediseñada la clásica separación de los poderes públicos debida a Montesquieu: entre el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, originariamente dirigida a garantizar la autonomía y la primacía del poder legislativo y representativo respecto del ejecutivo, personificado en el monarca, y la independencia de ambos del judicial. Esa tripartición, elaborada hace más de dos siglos y medio con referencia a un sistema institucional incomparablemente más simple que el de las actuales democracias constitucionales, es del todo inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de los actuales ordenamientos y para fundar la legitimación de los diversos tipos de poderes. Es inadecuada en el plano *descriptivo*, dado que resulta desmentida en todos los sistemas políticos democráticos, en los que el ejecutivo tiene la misma legitimación electoral del legislativo y la relación entre ejecutivo y legislativo, sobre todo en los regímenes parlamentarios, es bastante más de coparticipación que de separación. Pero es también inadecuada en el plano *axiológico*, al haberse asignado a la esfera pública una enorme cantidad de funciones que ciertamente no entran en la vieja tripartición según fue formulada en el siglo XVIII y después instituida en las constituciones del viejo estado liberal de derecho, cuando la esfera pública consistía esencialmente en un conjunto de poderes y de límites impuestos a su ejercicio, exclusivamente en garantía de los derechos de libertad frente a constricciones o interferencias. Hoy las funciones de la esfera pública se han multiplicado. Con el desarrollo del estado social y la constitucionalización de los derechos a prestaciones positivas, como por ejemplo los derechos a la salud y a la educación, se

ha desarrollado, junto a la esfera pública de las prohibiciones y los límites negativos, una esfera mucho más articulada y compleja de obligaciones y vínculos positivos. Con ello, se ha añadido, a la que antes he llamado la esfera de lo *indecidible que*, una esfera de lo *indecidible que no*: a la esfera de lo que está prohibido a los poderes públicos, es decir, la lesión o limitación de los derechos de libertad, la esfera de lo que es obligatorio para ellos, esto es, la satisfacción pública de los derechos sociales.

Por tanto, mucho más que la clásica separación de Montesquieu entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial, es hoy indispensable otra distinción y separación, la de *funciones e instituciones de gobierno* y *funciones e instituciones de garantía*, fundada en la diversidad de sus actuales fuentes de legitimación: la *representatividad política* de las primeras, sean legislativas o ejecutivas, y la *sujeción a la ley* y, en particular, a la universalidad de los derechos fundamentales, constitucionalmente establecidos, de las segundas⁸. En efecto, si la común legitimación política y representativa justifica formas más o menos acentuadas de *coparticipación* y no de separación entre funciones legislativas y funciones ejecutivas, ambas concebibles como *funciones de gobierno*, las *funciones de garantía* cuya separación se impone se han extendido en la actualidad bastante más allá de las clásicas *funciones jurisdiccionales de garantía secundaria*, hasta comprender todas las funciones generadas por el crecimiento del estado social: la educación, la salud, la previsión social y otras similares. Todas estas *funciones administrativas de garantía primaria*, al no consistir, ciertamente, en funciones legislativas o judiciales y no ser tampoco encajables en la vieja tripartición de Montesquieu, se han desarrollado históricamente en el marco de la gestión del ejecutivo y bajo la etiqueta omnicompreensiva de «Administración pública». Pero es claro que, piénsese en

8. Sobre esta formulación de la separación de poderes y sobre la contraposición entre separación y coparticipación, remito a *Pi I*, § 12.5-12.6 y *Pi II*, § 14.10.

la educación y en la sanidad pública, al no estar legitimadas, como las funciones de gobierno, por el principio de la mayoría, sino por la aplicación imparcial de la ley y de su papel de tutela de los derechos fundamentales de todos, incluso frente a la mayoría, son funciones de garantía, cuya independencia y separación del poder ejecutivo debería ser asegurada.

4.3. *La democracia interna de los partidos y las formas de democracia participativa*

En tercer lugar, frente a la despolitización de la opinión pública y la disgregación política y social, se requiere una revitalización de la relación entre sociedad e instituciones representativas, que únicamente podría provenir de una refundación de los partidos políticos. En democracia, ha escrito Kelsen, «el partido político es un vehículo esencial para la formación de la opinión pública»⁹. La democracia política no puede funcionar sin los partidos. Hoy los partidos, no solo en Italia, están atravesando una crisis de credibilidad y de representatividad de las que hacen época, al extremo de llevar a pensar que su papel de instrumentos de organización política de la

9. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., Segunda parte, IV, B), h), 3, p. 350; Íd., *Esencia y valor de la democracia* [1929], traducción de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, cap. II, pp. 35-36: «La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos»; «Solo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos» (*ibid.*, p. 37). La crítica de los partidos en cuanto tales, concluye Kelsen, equivale en último término a la crítica de la democracia: «La actitud adversa a la constitución de los partidos, y hostil, en el fondo, a la democracia, sirve, consciente o inconscientemente, a fuerzas políticas que tienden a la hegemonía de un solo grupo de intereses, que en la misma medida en que se niega a tomar en cuenta otro interés ajeno, procura disfrazarse ideológicamente como interés colectivo ‘orgánico’, ‘verdadero’ y ‘comprensivo’. Toda vez que la democracia como Estado de partidos insiste en deducir la voluntad colectiva de la voluntad de los partidos, puede prescindir de la ficción de una voluntad colectiva ‘orgánica’ y ‘suprapartidista’» (p. 44).

sociedad se encuentra ligado a circunstancias históricas del pasado: a su fase originaria, cuando nacieron como partidos obreros y organizaciones de clase, y luego, tras la Liberación, cuando el personal político provenía del exilio, de las cárceles fascistas y de la Resistencia. En pocas palabras, cuando la selección de sus dirigentes era producida por circunstancias que excluían como inimaginable que su empeño en la política pudiera ser originado o condicionado por intereses personales o de poder, o incluso solo de carrera. Esas circunstancias históricas son ya inexistentes e irrepetibles. Por ello, la crisis de los partidos debida a la transformación de los grupos dirigentes en castas privilegiadas separadas de su base social es tan grave que, para que no arrastre consigo a la democracia política, tiene que ser superada con reformas radicales. La primera de todas es la ya ilustrada de la incompatibilidad entre cargos de partido y cargos institucionales, que ciertamente tendría el efecto de eliminar el interés personal por la aut CANDIDATURA y de restituir al partido su papel constitucional de organización desde abajo de la participación de los ciudadanos en la vida política.

En suma, si queremos que este papel no se invierta en el de un diafragma corporativo y burocrático entre instituciones y sociedad, es necesario que los partidos vuelvan a ser asociaciones de base, generadas por opciones ideales compartidas y capaces de promover, gracias a la vida asociativa, el compromiso colectivo y la pasión política. La incompatibilidad por ley entre funciones de partido y funciones públicas, confiada en el pasado, al menos en parte, al sentido moral de la clase política, es absolutamente necesaria pero no suficiente para ese fin. Se requiere además una ley sobre la democracia interna de los partidos. Hay un viejo lugar común que resulta necesario deshacer: la idea de que en materia de derechos políticos y de representación las garantías no servirían y serían incluso lesivas para la libre autodeterminación política. La auténtica, espontánea organización de la «voluntad popular» rechazaría cualquier tipo de regulación jurídica. Semejante ideología de la autorregulación ha podido ser du-

rante mucho tiempo compartida en Italia solo porque, en los orígenes de la República, el nivel moral del personal político, formado en la lucha antifascista, era incomparablemente superior al de la mayor parte de la clase política actual.

Por desgracia, la experiencia ha proporcionado desde hace tiempo un duro desmentido de aquella ilusión. Nos ha hecho ver que la autorregulación estatutaria no es suficiente para impedir la degeneración de los partidos en oligarquías que no toleran el disenso y que no admiten el recambio de los dirigentes si no es por cooptación de vértice; que las normas estatutarias de garantía son habitualmente inadecuadas o inefectivas; que solo la heteronomía de una ley estatal es capaz de imponer garantías efectivas contra la personalización y la concentración de los poderes decisionales en manos de un jefe o de un grupo restringido de dirigentes. Una ley semejante debería prever, además de la incompatibilidad entre cargos de partido y funciones públicas, el respeto de algunos vínculos estatutarios esenciales en materia de democracia interna de los partidos, cuando menos como condición del financiamiento público. De este modo resultarían garantizadas no solo la autonomía de los partidos y su democracia interna, sino también su capacidad de atracción y de organización de la sociedad, quedando en libertad de organizarse como sectas o de entregarse al culto de un jefe, los partidos que renuncien al financiamiento público; pero estando, en cambio, obligados a observar los principios de democracia establecidos por la ley los que pretendan beneficiarse del mismo. En fin, «el método democrático» mediante el cual «los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir [...] a determinar la política nacional», viene exigido por el artículo 49 de la Constitución, en coherencia con las funciones públicas y no ciertamente privadas que desarrollan los partidos.

Por otro lado, la participación política y la autoorganización social pueden promoverse también a través del desarrollo de nuevas formas de ciudadanía activa y de democracia participativa, basadas en la directa intervención de los ciudadanos en los procesos decisionales: en su presión desde

abajo, ejercida por movimientos o asociaciones a través del debate político en torno a temas específicos, o bien en la implicación desde arriba, a través de consultas, asambleas o sondeos promovidos por los partidos y por las administraciones públicas¹⁰. Con todo, el principal obstáculo a estas formas de democracia participativa no es la pasividad política y el indiferentismo generados por la crisis del espíritu público antes ilustrada. No obstante el desarrollo de estos fenómenos, existen todavía innumerables formas de asociacionismo y de voluntariado, y también de movilización de masas, inspiradas en la defensa de los intereses generales y expresiones de una segura disponibilidad de base a la participación política y al compromiso civil. Lo que se opone a esta disponibilidad es el cierre de las instituciones políticas y de los mismos partidos: una impermeabilidad a los estímulos externos que solo podrá ser removida por una fuerte presión social y por una batalla cultural dirigida a refundar la legitimidad de las fuerzas políticas sobre su capacidad de abrirse a la confrontación y al control de todos los sujetos interesados en las decisiones públicas, y de dejarse orientar e influenciar por sus demandas y por el debate que los mismos promuevan.

10. Sobre las múltiples formas de experiencia de democracia participativa en Francia, en España, en Alemania y en Italia, cf. el reciente conjunto de estudios *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa* coordinado por U. Allegretti, Firenze University Press, Florencia, 2010, del que cabe señalar, en particular, los trabajos de U. Allegretti, M. Fromont y E. Ganuza Fernández. Véanse también los números 3 y 4 de *Democrazia e diritto*, dedicados a la «democracia participativa» y, en particular, en el n.º 3, U. Allegretti, «Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa», pp. 7-14 y las contribuciones sobre las diversas experiencias en América Latina (en particular sobre «presupuestos participativos» en Porto Alegre) y en el n.º 4, L. Bobbio, «Dilemmi della democrazia partecipativa», pp. 11-26, y U. Allegretti, «Bassi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti», pp. 151-166. Cf. además F. Robbe (ed.), *La démocratie participative*, L'Harmattan, París, 2007.

4.4. *La reforma del sistema de la información. La libertad de información y las garantías de su independencia*

Hay, en fin, un cuarto orden de remedios a la actual crisis de la democracia, tal y como se manifiesta en la degeneración del sistema de la información provocada por el doble control, político y propietario, que, como se ha dicho, pesa sobre los medios de comunicación, en particular sobre la televisión.

Frente a esta doble patología hay que reiterar, primero, la incompatibilidad entre funciones políticas y grandes intereses privados, sobre todo si son de relevancia pública, y por ello la necesidad de la separación de poderes políticos y mediáticos, tanto más esencial en vista del creciente condicionamiento de los segundos por parte de los primeros. Y, en segundo lugar, es preciso que la ley prevea una prohibición de concentración de las cabeceras mucho más rígida que la prevista por la actual legislación. Si la función de los medios de información es ofrecer informaciones y opiniones, no se entiende por qué no debe bastar a tal fin la propiedad de una sola cabecera y por qué las mayores inversiones no deban estar dirigidas a reforzarla, incrementando su calidad y difusión, y no a adquirir y con ello a controlar y a neutralizar las cabeceras de la competencia. Por consiguiente, una similar garantía de la información —la prohibición a cualquiera de la propiedad privada de más de un diario o de una red televisiva— es la única medida capaz de asegurar un pluralismo efectivo y una efectiva diferenciación de los medios de información. Por lo demás, ya hoy, mientras que en las actividades empresariales ordinarias el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe «la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común», en materia de empresas periodísticas y televisivas estaría prohibida, incluso en Italia, por la sentencia de la Corte Constitucional n.º 420/1994 y por el artículo 2 de la Ley 249/1997, la misma «*formación* de posiciones dominantes», claramente producida en manos del presidente del Gobierno y posteriormente agravada por la ley Gaspari

de 2003. Además, en cuanto a las economías de escala en las infraestructuras necesarias para la información televisiva —redes, cables, radio-frecuencias, satélites y similares—, con las que habitualmente se justifican las concentraciones, aquellas podrían muy bien realizarse encomendando la instalación, el mantenimiento y, en general, la gestión económica a la esfera pública (como la red de carreteras o la ferroviaria), o incluso, según se está experimentando en Alemania, a consorcios neutrales abiertos a todas las empresas¹¹.

Pero la prohibición de concentración de las cabeceras no basta para garantizar la independencia de la información y su papel democrático. Si es cierto que la libertad de información es un derecho fundamental de rango constitucional, en cuanto tal supraordenado a los poderes políticos y a los poderes económicos, es la relación entre libertad fundamental de (y derecho a la) información y propiedad de los medios de comunicación, y no solo entre información y poderes de gobierno, la que hoy debe ser repensada e invertida en sus términos si se quiere impedir el colapso de la democracia. Es el antiguo problema irresuelto, suscitado en los §§ 2.4 y 3.4, de la concepción y de la disciplina propietaria de la información, convertido dramáticamente en central e ineludible, en las actuales democracias, por el desarrollo de la televisión, transformada hoy en el espacio público por excelencia y dotada de una capacidad de penetración, de influencia y sugestión incomparable con la de los periódicos. De acuerdo con esta concepción, se han incorporado y confundido en un único derecho dos derechos estructuralmente distintos y entre ellos virtualmente en conflicto: la libertad de información y de manifestación del pensamiento, que es un derecho fundamental de libertad de quien hace información y manifiesta el «propio» pensamiento, y la propiedad privada de los medios de comunicación, que es un derecho patrimonial singular de la empresa periodísti-

11. Cf. V. Cardarelli y V. Zeno-Zencovich, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 18 y 61.

ca o televisiva. El resultado es una inversión de la jerarquía constitucional de los derechos: la libertad de información y de expresión del pensamiento, que es la más clásica de las libertades fundamentales, resulta de hecho sometida a un derecho-poder como es el de la propiedad de los medios, que tiende a autoidentificarse con la primera, comprimiéndola junto con el derecho de los ciudadanos a una información libre e independiente.

Naturalmente, la solución de este problema no es fácil. Pero, cuando menos, sería necesaria la conciencia de semejante aporía. Esta conciencia consiste en el reconocimiento de que la propiedad empresarial de los medios de comunicación, ya se la considere como un derecho de libre iniciativa económica o como un derecho patrimonial real, consiste en un poder. Y que por eso hay al menos dos reglas, transmitidas por la tradición teórica del estado de derecho, a las que tal poder debe ser sometido, como cualquier otro, de manera que se impida su acumulación en formas absolutas. La primera regla es su sujeción a la ley, es decir, a límites y vínculos idóneos para garantizar la libertad de información, del mismo modo que el derecho de todos, además del interés público, a una información libre e independiente. La segunda regla es la separación de poderes, que es, al fin, la vieja receta de Montesquieu, que no puede dejar de extenderse al «cuarto poder» que es la prensa y, en especial, la televisión, para que sea realmente «cuarto», es decir, independiente, no solo del poder político, sino también del poder económico de la propiedad. En efecto, la independencia y la separación de la libertad de información respecto de la propiedad de los medios de comunicación es tan esencial para esta como lo es para el judicial la separación del poder ejecutivo. Más aún: libertad de información e independencia de la información son exactamente la misma cosa.

Por eso sería hoy necesaria una campaña de la oposición y de la prensa libre que incluyera en el orden del día, como primer problema, el de las garantías de la independencia de la libertad de información de la propiedad y reivindicase

con ese fin un estatuto adecuado de los derechos de los periodistas y de los lectores. Son muchas y muy variadas las garantías que podría introducir ese estatuto, con objeto de neutralizar o, en cualquier caso, reducir el poder de la propiedad: la elección o al menos la participación decisiva de las redacciones en el nombramiento de los directores de las cabeceras, bajo la forma, por ejemplo, del poder de opción entre las propuestas presentadas por la propiedad, o bien, a la inversa, del poder de someter propuestas vinculantes a la elección de la propiedad; la institución, junto al *antitrust*, de autoridades de garantía independientes, elegidas por los periodistas y no por los órganos políticos y específicamente dedicadas a impedir las concentraciones manifiestas u ocultas y a tutelar la libertad de los periodistas y la autonomía de las redacciones; la prohibición de despidos arbitrarios, de discriminaciones y censuras por las opiniones expresadas, y la prohibición de injerencias de la propiedad en las decisiones y las orientaciones de las redacciones sobre los contenidos de la información y las programaciones televisivas. Hay, en fin, una última reforma, tanto más simple cuanto más eficaz, para elevar la calidad del sistema periodístico y televisivo y garantizar su independencia: el financiamiento público de las cabeceras —diré que mucho más justificado que el actual, por la función pública de la información— en medida inversamente proporcional a los ingresos por publicidad y a los espacios reservados a esta. Tal clase de financiamiento, condicionado en todos los casos a la ausencia de controles patronales, además de reforzar la independencia de las redacciones, vendría también a favorecer las cabeceras de pura información y a distinguir las de las cabeceras y las televisiones puramente comerciales.

En fin, junto al máximo pluralismo de las televisiones privadas, debería reforzarse el servicio público con una política exactamente contraria a la de las privatizaciones en cuyo favor existen diversas propuestas. Hay una norma de la Constitución italiana, el artículo 43, que parece pensada precisamente para la información televisiva, aunque fue escrita antes de que

existiera la televisión: «Por razones de utilidad general la ley puede reservar originariamente o transferir, mediante expropiación y salvo indemnización, al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores y usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas, que se refieran a servicios públicos esenciales, a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y tengan carácter de preeminente interés general». ¿Qué «servicio público» es más «esencial» y tiene en mayor medida «carácter de preeminente interés general» que el que se ha convertido en la actual arena política, es decir, el espacio público más visible, más poblado, más invasivo y más decisivo del debate político y de la formación del consenso? No hay que olvidar que, durante decenios, la Corte Constitucional italiana fundó precisamente en esta norma la legitimidad del monopolio estatal del servicio radiotelevisivo a escala nacional. La «reserva al Estado» de tal servicio, afirmó aquella en su sentencia n.º 148/1981, de 21 de julio, se justifica «en vista del fin de utilidad constituido por la necesidad de evitar la concentración de las emisiones radiotelevisivas en régimen de monopolio u oligopolio privado». Y añadió, con visión de futuro: «El afirmado aumento de la disciplina de las frecuencias no parece, en efecto, elemento determinante para excluir el peligro de oligopolios privados, en cuanto una serie de factores de orden económico, con la utilización del progreso de la tecnología, hace que permanezcan los riesgos de concentración oligopolística a través del instrumento de la interconexión y de los demás medios de enlace de diverso tipo, bien conocidos, que hoy existen para las transmisiones televisivas».

Obviamente, no se trata de restablecer el monopolio estatal, sino simplemente de evitar los «oligopolios privados» temidos en Italia, hace casi treinta años, por la Corte Constitucional. Temidos, además, debe reconocerse a distancia de treinta años, con una previsión optimista, visto que aquellos oligopolios se han transformado, de hecho, en un sustancial monopolio político-privado. Al contrario, se trata de asegurar la libre competencia entre empresas televisivas privadas gracias a un efectivo pluralismo de las mismas, añadido a

una fuerte televisión pública. Por otra parte, precisamente como «servicio público» destinado a «fines de utilidad general» —y no, pues, «empresa comercial», sino lugar público por excelencia, al que tendría que garantizarse en su papel de contrapoder, es decir, de instrumento imparcial de información, de crítica y de control sobre el poder, libre de censuras y discriminaciones internas y de constricciones e imposiciones externas—, la televisión pública podría muy bien ser emancipada de la actual dependencia de la publicidad, volviendo a ser una televisión predominantemente no comercial, cuyo sostenimiento justificaría el pago de un canon. Es, pues, evidente que el principio de separación y de equilibrio de poderes requeriría una administración de la televisión pública encomendada no, como hoy, a un órgano de nombramiento político y por eso expresión de la mayoría o, en el mejor de los casos, de la distribución partidista por cuotas, sino una institución de garantía orgánicamente separada de las instituciones de gobierno, garante al mismo tiempo de la independencia de los periodistas, del pluralismo político y de la máxima e igual posibilidad de acceso para todos.

Separar y garantizar la libertad de información de la propiedad; instituir autoridades de garantía destinadas a tutelar de manera efectiva la libertad de prensa y de información; impedir toda forma de concentración de la propiedad de los medios de comunicación, transformar las frecuencias en bienes públicos igualmente accesibles a todos; favorecer a las televisiones no comerciales con financiamientos adecuados, inversamente proporcionales a los ingresos por publicidad y con la creación de instalaciones e infraestructuras comunes; afirmar el carácter objetivamente público de la televisión en cuanto tal y ampliar el espacio del servicio televisivo en manos públicas, son solo algunas de las posibles reformas dirigidas a afrontar el amenazante peligro del gran hermano. Son reformas difíciles, dado que chocan con potentes intereses consolidados. Pero que, al menos, se tome conciencia de los términos dramáticos del problema. En este terreno están en juego las libertades fundamentales y la democracia.

Conclusión

EL FUTURO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Hemos llegado así a una importante conclusión teórica: la democracia constitucional está expuesta a constantes manipulaciones por las deformaciones de la representación política; a la inversa, la democracia política representativa no está solo limitada, sino también garantizada por la democracia constitucional, y puede ser preservada y refundada solo por la introducción y el reforzamiento de garantías constitucionales y legislativas adecuadas. Cuanto más se debilita la relación de representación, cuanto más se separan de la sociedad los representantes, tanto más esencial se hace el paradigma constitucional, es decir, el sistema de límites y vínculos, de separaciones y garantías, idóneos para impedir la corrupción y la degeneración burocrática y autoritaria. Pero hay más. Todos los derechos fundamentales —no solo los derechos políticos, sino también los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales— son, además de derechos individuales, también poderes y contrapoderes sociales capaces tanto de equilibrar y limitar los poderes de la mayoría como de dotar de efectividad a la representación política. Además, entre todos los diversos derechos fundamentales hay una relación de sinergia, acreditada por la experiencia histórica: sin garantías de independencia de las grandes libertades políticas no hay desarrollo del sentido cívico y de

una opinión pública en condiciones de valorar y responsabilizar a los poderes públicos; sin garantía de los derechos sociales, en particular, a la educación y a la información, los derechos de libertad y los derechos políticos no son ejercitables con conocimiento de causa. Como lo demuestra la historia de nuestros países, incluso el desarrollo económico depende de las garantías de los derechos fundamentales: de los derechos de libertad, sin los que no hay control democrático del correcto funcionamiento de las instituciones¹, y más aún de los derechos sociales a la educación, a la salud y a la subsistencia, cuya garantía no es solo un fin en sí misma, sino que constituye también el presupuesto elemental de la productividad individual y colectiva; hasta el punto de que, seguramente, puede afirmarse que el gasto en tales garantías es la inversión productiva más eficaz².

Por eso, después de tantos intentos fallidos de debilitar el paradigma constitucional, hoy sería preciso, en primer término, abandonar todo proyecto de «gran» reforma constitucional y poner a la Constitución a salvo de nuevos golpes de mano de las mayorías. Con tal fin, sería necesario reforzar la rigidez constitucional, a través de una reforma del artículo 138 de aquella en tres direcciones: *a*) elevando a 3/4 o cuando menos a 2/3 de los componentes de las Cámaras la mayoría cualificada requerida para cualquier revisión; *b*) sustrayendo al poder de revisión, de acuerdo con la ya recordada sentencia constitucional de 1988, los «principios supremos del ordenamiento» —como los de igualdad y dignidad de la persona, la prohibición de la guerra, la separación de poderes, la representación política y todos los derechos fundamentales—, en relación con los cuales solo estaría permitido su reforzamiento o expansión; *c*) limitando, en fin, explíci-

1. Es la conocida tesis de A. Sen, *Development as Freedom* [1999], traducción castellana de E. Rabasco y L. Toharia Cortés, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000; Íd., *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milán, 2002.

2. Remito sobre este punto a *Pi II*, § 13.13.

tamente el poder de revisión, con la exclusión de la posibilidad de proponer reformas de la Constitución en su totalidad o de sus partes relevantes y complejas, y, como ha sucedido en Estados Unidos, con previsión de la sola posibilidad de enmiendas de alguna singular y determinada norma constitucional. Por lo demás, esta última limitación debería ya hoy considerarse implícita en la naturaleza del poder de revisión constitucional: que es un poder *constituido*, que no puede transformarse en poder *constituyente* sin violar el artículo 1 sobre la decantada soberanía popular y sin transformar en un plebiscito el referéndum constitucional de confirmación previsto en el artículo 138.

Sin embargo, después de veinte años de deriva populista y de caída oficial de los valores constitucionales, la defensa de la Carta de 1948 no basta para la refundación de la democracia. La superación de la crisis actual requiere el desarrollo, en el plano político y social, de una cultura constitucional y de una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separaciones y de equilibrios entre poderes, de límites y de garantías, alternativa a la de la derecha, hoy desgraciadamente hegemónica en cuanto compartida en gran medida por muchos exponentes de la izquierda. En segundo lugar, exige que el nexo entre forma y sustancia de la democracia, que caracteriza al paradigma normativo de la democracia constitucional, alcance cuanto antes plena realización, mediante la construcción del sistema de garantías y de instituciones de garantía capaz de colmar la divergencia entre el «deber ser constitucional» y el «ser» efectivo del derecho y del sistema político, que ha llegado a ser patológica. En ambos aspectos, la batalla por la democracia es hoy, como siempre, una batalla sobre todo cultural. En un doble sentido: en el sentido de que el nexo entre democracia y constitución es un hecho cultural, hoy desaparecido del sentido común, y en el sentido, más general, de que el desarrollo de la cultura es un factor esencial de la construcción de la democracia.