

ARTÍCULO

El triunfo de la ley del más fuerte: la concepción *ferrajoliana* del derecho de autodeterminación de los pueblos

The Triumph of Law of the Strongest: Ferrajoli's Conception of the Right of Self-determination of peoples

Lucía Payero López
Área de Filosofía del Derecho
Universidad de Oviedo

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

RESUMEN.

En este trabajo se pretende ofrecer un análisis de la concepción que mantiene Luigi Ferrajoli acerca del derecho de autodeterminación de los pueblos en su obra *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Sus tesis sobre la autodeterminación se sitúan en la línea de la interpretación oficial de los textos de Naciones Unidas: los pueblos que cuentan con Estado y aquéllos que, carentes del mismo, sufren graves violaciones de derechos en el seno del Estado en que se integran son los únicos a los que se reconoce este derecho. Aunque no cabe considerar al jurista italiano un autor de referencia en el tema, la postura que mantiene reviste relevancia por contradecir su teoría del garantismo jurídico, es decir, la concepción de los derechos como instrumentos en defensa del más débil. Como aquí se intentará demostrar, la ampliación de la esfera de los derechos que exige el constitucionalismo casa perfectamente con la introducción del derecho de autodeterminación en los ordenamientos de los Estados democráticos, de manera que el reconocimiento internacional del mismo vea aumentadas sus garantías de realización efectiva.

PALABRAS CLAVE.

Derecho de autodeterminación de los pueblos, derechos colectivos, Ferrajoli, garantismo, nación, *Principia iuris*

ABSTRACT.

In this paper, Luigi Ferrajoli's conception of the right of self-determination of peoples, as it is shown in his work *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, will be analysed. His views on self-determination fit the official exegesis of United Nations' documents: peoples with a state and stateless peoples who suffer severe violations of basic rights within the state they are situated in, are entitled to self-determination. Although the Italian jurist cannot be considered one of the main authors in this field, his stand on self-determination is relevant because it conflicts with the understanding of law as a set of rights in defence of the weak which characterises his political theory. There will be an attempt to prove that broadening the sphere of rights which constitutionalism requires matches the legalisation of self-determination in democratic states, because the international recognition of this right is strengthened with additional guarantees for its effective implementation.

KEY WORDS.

Right of self-determination of peoples, collective rights, Ferrajoli, garantism, nation, *Principia iuris*

1. Introducción

Puede parecer algo excéntrico hablar del derecho de autodeterminación de los pueblos en la obra de Luigi Ferrajoli *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* cuando no es uno de los temas centrales que allí se abordan¹. No obstante, a lo largo de las miles de páginas que comprende este magno trabajo las alusiones tanto a la autodeterminación como a los pueblos son innumerables, pudiendo afirmarse que el autor no pierde ocasión de mencionarlos en cada ejemplificación en que resulten pertinentes. En ese sentido, podría llegar a pensarse que existe una intención soterrada de insinuar una tesis acerca de la autodeterminación, aunque Ferrajoli no se haya decidido a exponerla de manera sistematizada. Igualmente, en obras

anteriores ya había tratado este asunto (1999: 18 y ss.; 2001: 357-362; 2006: 119-124).

La concepción del derecho de autodeterminación de los pueblos que mantiene Ferrajoli no se aleja demasiado de la opinión doctrinal mayoritaria que reconoce este derecho a los Estados ya sancionados y, únicamente en el supuesto de que se violen derechos fundamentales básicos, se lo otorga también a otros pueblos carentes de instancia estatal, los cuales podrían incluso llegar a proclamar su independencia. A nuestro modo de ver, y esta es la razón principal que explica el que se aborde en este artículo un tema tan ancilar en la teoría del italiano, semejante postura contradice los postulados básicos del garantismo jurídico *ferrajoliano* –un paradigma teórico de carácter general consistente en la sujeción a la ley de todos los poderes, tanto públicos como privados, para garantizar los derechos fundamentales (I:

¹ Las citas a esta obra de Ferrajoli, tanto en el texto como en las notas al pie, se refieren directamente al volumen I o II y a la página correspondiente de la versión original italiana de 2007.

196)–, consagrando el realismo político a nivel internacional. Si existe un nexo entre la efectiva protección de los derechos y el mantenimiento de la paz, según reza el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y tal y como Ferrajoli asegura (2001: 356-357), lo cierto es que la autodeterminación de los pueblos debiera ser incorporada al ordenamiento interno de los Estados para evitar el recurso a la vía fáctica, verdadera negación del derecho y fuente de gran inestabilidad e incertidumbre a nivel internacional.

2. El concepto de autodeterminación de los pueblos en *Principia iuris*

Comenzaremos definiendo el objeto de estudio de este trabajo. A lo largo de las páginas que siguen se entenderá por *derecho de autodeterminación de los pueblos* la capacidad de un pueblo o nación para dotarse del régimen de gobierno que desee² –vertiente

interna–, así como para determinar su estatus político y su relación con otros grupos semejantes –vertiente externa–.

Esta definición, tomada de De Obieta (1985: 76-77), no coincide más que en la apariencia de las formas con la que ofrece Ferrajoli, quien considera que la autodeterminación interna “equivale al derecho a la democracia atribuido a los pueblos, es decir, a todas las personas que los componen, a través del ejercicio de la llamada soberanía popular, por parte de aquéllos, y de los derechos políticos, por parte de éstos” (II: 573). A su vez, la dimensión externa de la autodeterminación es definida como “el derecho-poder de cualquier pueblo, en cuanto que sujeto jurídico representado por su correspondiente Estado, (...) a decidir de manera autónoma el propio estatus

“pueblo” y “nación” se utilizarán como sinónimos en este trabajo. Específicamente nos desmarcamos de la distinción hegeliana entre ambos conceptos que ha ejercido una impronta evidente en las obras de numerosos autores, como Ortega y Gasset, y a la que se recurrió al redactar el artículo 2º de la Constitución española. Para un estudio profundo de las fuentes doctrinales que sustentaron el nacionalismo constitucional español, remitimos a Bastida (1998).

² A pesar de que luego será explicado con mayor detenimiento, nos gustaría precisar que los términos

institucional en el ordenamiento internacional”
(II: 573).

Semejante conceptualización suscita tres cuestiones que trataremos de diseccionar a continuación. La primera se refiere al sentido que Ferrajoli confiere a la división bipartita del derecho de autodeterminación en una dimensión interna y otra externa. La segunda, al carácter individual o colectivo con el que configura la autodeterminación nacional. La tercera, por último, orbita en torno a la concepción de pueblo que maneja, verdadero titular de este derecho tan “complejo” (1999: 18; II: 646).

2.1 La dimensión dual del derecho de autodeterminación de los pueblos

La relación que mantienen las dos vertientes del derecho de autodeterminación –interna y externa– no reviste un carácter disyuntivo, sino copulativo, es decir, que al hablar de autodeterminación se está haciendo referencia a ambas dimensiones. De este modo, cuando la

normativa internacional –en concreto, el artículo 1 de los dos Pactos internacionales de 1966 que integran la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos– regula este derecho, contempla tanto la facultad de autogobierno del pueblo como la capacidad de determinar su estatus político internacional. Igualmente, si algún Estado decide constitucionalizar el derecho de autodeterminación, deberá integrar ambas facetas³.

Sin embargo, un amplio sector doctrinal –al que se adhiere Ferrajoli– establece una cesura concluyente entre las vertientes interna y externa de la autodeterminación⁴. Así, a cada

³ El supuesto al que nos referimos es improbable, pero no imposible. En el pasado, el primero de los principios introductorios de la Constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia de 1974 contemplaba el derecho de autodeterminación de los pueblos y el artículo 72 de la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1977 reconocía el derecho de separación de las repúblicas federadas. En la actualidad, el artículo 113 de la Constitución de Saint Kitts y Nevis de 1983 admite la posibilidad de secesión de Nevis, y el artículo 39.1 de la Constitución de Etiopía de 1994 concede el derecho de autodeterminación a todas las naciones, nacionalidades y pueblos existentes en el interior de sus fronteras, mencionando expresamente la capacidad de secesión.

⁴ Rodríguez Abascal nos ofrece un buen resumen de esta interpretación mayoritaria del derecho de
210

una le corresponderían ámbitos de regulación diversos: el Derecho constitucional (estatal) se ocuparía de la dimensión interna, constituyendo la faceta externa materia privativa del Derecho internacional público (Ferrajoli 1999: 19). El Derecho constitucional debiera conferir al pueblo la posibilidad de determinar su régimen de gobierno –el derecho a la soberanía popular (I: 384)–, lo que se identifica con la democracia. En cambio, la capacidad del pueblo para decidir qué relaciones mantiene con otros pueblos –cuyo ejercicio puede adoptar formas diversas: unión, libre asociación, separación⁵, etcétera–, sería competencia del Derecho internacional.

autodeterminación (2004: 327-335). A su juicio, se trata de dos derechos distintos, “que difieren tanto en contenido como en titularidad, aunque tal vez compartan fundamento” (2004: 334), por lo que convendría emplear nombres diversos en aras de una mayor claridad conceptual. De este modo, propone denominar a la autodeterminación interna “derecho a la democracia”, mientras que la vertiente externa se llamaría “derecho a decidir democráticamente sobre el trazado de las fronteras” (2004: 335).

⁵ Por consiguiente, no es cierto que “la pretensión de los pueblos de constituirse (...) en Estados” contradiga el derecho de autodeterminación (II: 574): la independencia representa uno de los posibles resultados

Las consecuencias de sostener una interpretación semejante son dos: en primer lugar, se entiende que ninguna Constitución podrá ser objeto de reproche si omite regular o prohíbe –como hace la española– el ejercicio del derecho de autodeterminación en su vertiente externa, puesto que no es asunto que le corresponda.

En segundo lugar, el Derecho constitucional comparado reconoce habitualmente la capacidad de autodeterminación interna sólo a los pueblos que han cristalizado en la institución estatal. Allí donde nos encontremos con un Estado uninacional, ello no entraña problema alguno, puesto que existe una identidad absoluta entre pueblo y Estado. Por el contrario, en los Estados plurinacionales suele hablarse de la homogeneidad del pueblo, cuando lo cierto es que conviven en sus fronteras pueblos diversos. Tal es el caso de España, donde la Constitución atribuye la

que puede adoptar el ejercicio autodeterminista, pese a que no sea el único.

soberanía al pueblo español (artículo 1.2), olvidándose del catalán, el vasco o el gallego, por ejemplo. En estos supuestos, se entiende que si el Estado es democrático y no discrimina, oprime o excluye de la participación en los asuntos públicos a los integrantes de las naciones minoritarias que alberga en su seno, éstas no se hallan habilitadas para ejercer el derecho de autodeterminación en su vertiente externa. Únicamente cuando se vulneran esos presupuestos, aparece la autodeterminación como una justa compensación (*remedial right*) que se ofrece al pueblo que ha padecido graves violaciones de derechos humanos o ha estado sometido a dominación colonial, como “los pueblos palestino y kurdo” (II: 576). En este sentido, Ferrajoli comparte la interpretación oficial de los textos de Naciones Unidas en materia de autodeterminación, exégesis que estimamos rechazable con base en tres argumentos.

El primero reside en la incompetencia de la ONU para interpretar el artículo 1º de los Pactos de 1966 de una manera más restrictiva que su tenor literal, tal y como hace la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas⁶. Si en el mencionado artículo se dice que “*todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación*”, la ONU no puede limitar el ámbito de aplicación de un precepto contenido en un auténtico tratado internacional como son los Pactos de Derechos Humanos, de obligado cumplimiento para los Estados parte desde el momento de su

⁶ La Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas reza lo siguiente: “en virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”.

Sin embargo, añade más adelante: “ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”.

ratificación. Las dudas hermenéuticas que se planteen una vez que estos tratados (ICCPR e ICESCR) entren en vigor deberán ser resueltas por los Estados parte o, en último caso, podrán ser dirigidas al Tribunal Internacional de Justicia, pero nunca a los órganos de Naciones Unidas.

El segundo argumento que nos lleva a rechazar la exégesis mayoritaria de la autodeterminación consiste en el carácter absurdo de su reconocimiento a los pueblos sin Estado únicamente en ausencia de otros derechos básicos. Es posible limitar los derechos fundamentales con el fin de proteger otros bienes jurídicos que, en determinadas circunstancias, se entiende que deben prevalecer: por ejemplo, el derecho de libre circulación (artículo 19 de la Constitución española) puede suspenderse si se declaran los estados de excepción y sitio (artículo 55.1), puesto que en tales casos la seguridad nacional y el restablecimiento del orden son

privilegiados sobre el derecho individual anterior. Pero sería un disparate reconocer un derecho concreto sólo si concurre uno de los estados de emergencia. A este respecto, nos parece muy oportuno e ilustrativo el símil de Lenin entre el divorcio y el derecho de autodeterminación (1977: 343). La admisión de la libre determinación únicamente en situaciones coloniales o de grave vulneración de derechos humanos equivaldría a conceder el divorcio sólo en casos de malos tratos.

Finalmente, un tercer argumento frente a la interpretación oficial de la autodeterminación preconizada por las Naciones Unidas radica en la incoherencia entre la teoría y la práctica de este organismo. Del análisis comparado de casos reales en los que se ha planteado la cuestión autodeterminista, se puede concluir que el *statu quo* es el gran valor que se pretende proteger –no la paz ni los derechos fundamentales–, puesto que ello beneficia a los países con derecho de veto en el Consejo de Seguridad. Únicamente consentirán en alterar

el orden establecido cuando les interese o cuando, sin perjudicarles, la secesión devenga en hecho por la fuerza de las armas. Los ejemplos de Biafra, Katanga y Bangladesh son suficientemente ilustrativos al respecto⁷.

2.2 La autodeterminación: ¿un derecho individual o colectivo?

Ferrajoli dedica poco espacio a analizar el concepto de derecho colectivo o “comunitario”, que define como el derecho atribuido “por normas téticas a comunidades⁸, esto es, (...) a *macrosujetos* o a sujetos jurídicos colectivos de tipo nacional, cultural o de otro tipo” (I: 765). Menciona como ejemplo el derecho de autodeterminación de los pueblos que, “si es

⁷ En los casos de Katanga (1960-1963) y Biafra (1967-1970), por encima de las consideraciones de índole humanitaria –matanzas– y democrática –voluntad mayoritaria de la población afectada– que aconsejaban un reconocimiento de la independencia de ambas regiones, se impuso el principio de no injerencia en los asuntos internos y de respeto a la integridad territorial de los Estados en que se incardinaban tales territorios (el Congo y Nigeria). Sin embargo, por la política de aceptación de hechos consumados, Bangladesh pasó a formar parte de la ONU en 1974, sin previa situación colonial ni vulneración grave de los derechos humanos.

⁸ Las normas téticas, por oposición a las hipotéticas, son las que consisten en reglas téticas (I: 420), es decir, en prescripciones –“modalidades, expectativas o estatus de carácter universal” (I: 233)–.

entendido en el sentido de *derecho a constituirse en Estado*, no resulta (...) fundamental al no ser universalizable” (I: 765), es decir, al no poder ser “reconocido igualmente a todos los pueblos” (II: 575). *Sensu contrario*, parece que si la autodeterminación no supone la independencia del pueblo que la ejerce⁹, podría estimarse un derecho fundamental. A nuestro modo de ver, Ferrajoli incurre aquí en dos inconsistencias: en primer lugar, con relación al concepto de derecho fundamental que maneja y, en segundo lugar, respecto al carácter colectivo o individual de la autodeterminación.

Comenzando por la primera, debe decirse que si los derechos fundamentales son los “que corresponden universalmente a *todos* en cuanto ‘personas naturales’, en cuanto

⁹ En este sentido, la autodeterminación significaría el derecho a la “autonomía local del máximo número de funciones públicas, integrada por el *derecho a disponer libremente de las propias riquezas y recursos naturales* y a no ser privados de los propios medios de subsistencia” (II: 576). Por tanto, incluiría “un derecho político de autonomía, un derecho económico al goce y explotación de los propios recursos y un derecho social a (...) disfrutar” de los medios de subsistencia (II: 645).

‘ciudadanos’, en cuanto personas naturales ‘capaces de obrar’ o en cuanto ‘ciudadanos capaces de obrar’” (I: 726), o bien el derecho de autodeterminación no es fundamental por no tener un titular humano, o bien no es un derecho colectivo y su titularidad corresponde a los individuos que componen el pueblo, como afirma en más de una ocasión (1999: 20; I: 383; II: 573). Pero no es la universalidad el criterio decisivo para negar a la autodeterminación su carácter de derecho fundamental, siempre que se siga la interpretación del mismo que aquí se propone: un derecho reconocido a *todos* los pueblos, no sólo a los que ya han alcanzado la condición estatal o a los que padecen vulneraciones graves de derechos humanos básicos. Si universales son los derechos atribuidos “a clases enteras de sujetos jurídicos” (I: 656), la autodeterminación merece ser incluida en esta categoría, puesto que sus titulares son todos los pueblos. Y ello con independencia del

resultado concreto que adopte el ejercicio autodeterminista, cuya limitación previa supondría desnaturalizar el significado del derecho de autodeterminación.

Sin embargo, y entramos aquí en la segunda inconsistencia, en algunas ocasiones Ferrajoli configura la autodeterminación como un derecho individual, recayendo su titularidad sobre personas naturales. Según asegura al referirse a los derechos culturales –aunque ahí rechace específicamente el carácter individual del derecho de autodeterminación–, si la autodeterminación se concibe como un derecho individual debería atribuirse su titularidad de manera universal, como derecho fundamental, a los componentes del pueblo “en cuanto personas o ciudadanos” (I: 766). En nuestra opinión, la concepción individual de la titularidad del derecho de autodeterminación puede ser refutada, al tratarse de un derecho que se reconoce a un sujeto colectivo, el pueblo, y cuyo objeto y modo de ejercicio

presentan un tenor igualmente colectivo¹⁰.

Materialmente, sólo existen los sujetos individuales, las personas físicas de carne y hueso, no siendo los colectivos más que ficciones jurídicas. Pero los seres humanos no pueden concebirse al margen de su participación en grupos diversos con unos intereses comunes, puesto que esa participación les constituye como las personas que son. Además, los intereses compartidos, al no poder satisfacerse de manera individual, justifican la atribución de derechos a la colectividad, verdadera titular de los mismos.

¹⁰ El titular del derecho de autodeterminación es el pueblo, un sujeto colectivo del que se hablará en el siguiente apartado. El objeto del derecho de autodeterminación consiste en la autonomía y el desarrollo del pueblo, un bien de carácter colectivo o, en palabras de Réaume, “participativo”, puesto que tanto su producción como su disfrute requieren de la existencia del grupo (1988: 7). La autodeterminación se ejerce asimismo de manera conjunta, precisando de la acción concertada del grupo, para lo que se vuelve necesaria la figura de la representación. No obstante, y aunque no entraremos a analizar este punto por exceder el objeto de nuestro trabajo, quisiéramos simplemente apuntar que Ferrajoli niega que entre el pueblo y sus portavoces autorizados se establezca una relación de representación: es un fenómeno de doble imputación de actos distinto, puesto que “no existe ninguna relación jurídica formada por obligaciones y expectativas” (I: 382). Por el contrario, en el caso de las personas jurídicas y, concretamente, del Estado sí se produce el fenómeno de la representación (I: 370).

En algunos pasajes, Ferrajoli se muestra partidario de recurrir a la denominada “estrategia de los derechos individuales” para proteger a los miembros del grupo (I: 790; II: 576). Entiende así que la situación de inferioridad que padece un grupo minoritario puede ser corregida mediante la concesión de iguales derechos a todos los individuos: si gozan de los mismos derechos individuales que los integrantes de los grupos hegemónicos no será necesario que se preserve su particularidad étnica. Semejante concepción se halla en la base de la negación del derecho de autodeterminación a los pueblos que se integran en un Estado democrático por gozar de los derechos individuales de participación política. No obstante, la implementación de este modelo liberal de igualdad abstracta provoca la marginación de los grupos minoritarios o su asimilación forzada, como demostró el sistema internacional de protección de minorías diseñado en el período de entreguerras, lo que tiene repercusiones

negativas para la libertad de los individuos que pertenecen a una minoría: se reducen sus posibilidades de elección –sus “opciones significativas”, en palabras de Kymlicka (1996: 121)–. Esta situación deviene aún más grave si tenemos en cuenta la enorme dificultad o imposibilidad que encuentra la práctica totalidad de los sujetos a la hora de cambiar su cultura societal, especialmente si las lenguas materna y de adopción difieren. Igualmente, la consideración que merezca el grupo influye decisivamente en la autoestima de sus integrantes, puesto que la pertenencia a una cultura societal resulta esencial para desarrollar la identidad y dignidad personales (Margalit y Raz 1990: 446-449). En el caso concreto del derecho de autodeterminación, la igual atribución de derechos individuales consagra el *statu quo*, lo que beneficia al pueblo mayoritario, es decir, a aquel que goza de instancia estatal que lo represente.

Por tanto, de acuerdo con la clasificación de Ferrajoli, la razón por la que el derecho de autodeterminación no es un derecho fundamental reside en su titularidad colectiva –lo que conduce a rechazar su configuración como derecho individual–, pero no en su falta de universalidad. No obstante, y al margen de las categorías *ferrajolianas*, si se opta por la nomenclatura más habitual que distingue entre derechos humanos y derechos fundamentales¹¹, lo cierto es que el derecho de autodeterminación podría incluirse en la categoría de los derechos humanos si se cumplen dos requisitos: que todos los pueblos

¹¹ Entre la cantidad ingente de definiciones que se pueden encontrar de ambos conceptos, tantas como autores que se han ocupado del tema, citamos a modo ejemplificativo las que ofrece Pérez Luño, para quien los derechos humanos consisten en el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (2001a: 48). La categoría de los derechos fundamentales es una especie de la anterior y comprende todos aquellos “derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, que suelen gozar de una tutela reforzada” (2001a: 549). Por tanto, el punto de cesura entre ambas categorías estriba en el ordenamiento que los regula: el internacional, en el caso de los derechos humanos, y el interno, en el caso de los fundamentales.

sean sus titulares y que cualquier individuo que lo desee pueda integrarse en ese pueblo¹².

La primera condición se da siempre que se interprete el alcance de este derecho de acuerdo con la dicción literal de los Pactos de 1966. La segunda, si se mantiene una definición de pueblo basada en el criterio subjetivo, que pasaremos a explicar en el apartado siguiente. Para que la autodeterminación fuese un derecho fundamental, sería necesario positivizarla constitucionalmente.

2.3 El concepto de pueblo

El titular del derecho de autodeterminación es el pueblo, configurado por Ferrajoli como un

¹² Numerosos autores tienden a excluir de la categoría de los derechos humanos a los derechos colectivos, entendiendo que los titulares de los primeros sólo pueden ser los individuos. Quisiéramos puntualizar que, en nuestra opinión, una concepción generacional de los derechos exige modificar esa configuración rígida de la titularidad para dar cabida a los denominados derechos de la tercera generación, entre los que se incluye la autodeterminación de los pueblos. En ese punto, discrepamos ligeramente de la opinión mantenida por Pérez Luño, quien considera que “postular una concepción generacional de los derechos humanos (...) no significa (...) que se produzca una ampliación en los sujetos titulares de los derechos humanos; porque titular de tales derechos será sólo y siempre la persona individual” (2001b: 262).

sujeto jurídico que, a diferencia del Estado (I: 342, 365, 370, 375-378), no goza de personalidad jurídica (I: 345, 360, 381, 383; II: 573)¹³. Y ello debido a la ausencia de un “acto constitutivo que instituya (...) un pueblo”, así como de un “acto de inscripción o suscripción que determine la pertenencia a ellos de un ser humano” (I: 385). Claro que, a continuación, añade: “una vez que se han constituido y formalizado jurídicamente, estos sujetos (...) tienen la identidad empírica determinada por el derecho positivo” (I: 385); y pone el ejemplo del pueblo italiano.

En principio, nada habría que objetar a una definición formal de este tipo, si no fuera porque de ella se extraen dos conclusiones que contradicen la pretensión de neutralidad ideológica que Ferrajoli le atribuye (I: 366). En primer lugar, cuando distingue entre los

¹³ El sujeto jurídico o sujeto de derecho es el “centro de imputación de actos o situaciones jurídicas” (I: 345), mientras que la persona, concepto más restringido, es aquel sujeto “que, en virtud de su *status personae* o personalidad, puede ser no simplemente centro de imputación de actos o de situaciones, sino más específicamente autor de los primeros o titular de las segundas” (I: 345).

sentidos “pre-jurídico” y “jurídico” del concepto de pueblo (I: 388), se está refiriendo sólo a los pueblos que cuentan con Estado¹⁴: el pueblo se formaliza jurídicamente cuando accede a la condición estatal, momento en que se otorga una Constitución y determina en ella su identidad. Los pueblos sin Estado no son pueblos constituyentes, puesto que no se han dado una Constitución, por lo que no les reconoce la capacidad de autodeterminarse (II: 573).

En segundo lugar, Ferrajoli asume la identificación entre pueblos con Estado y democracia y pueblos carentes del mismo y

¹⁴ Ferrajoli niega que los pueblos sin Estado se hallen excluidos de su categorización dúplice (I: 388), pero en realidad así es: únicamente a los pueblos con Estado les reconoce poder constituyente porque ya lo han ejercido. La diferencia, por tanto, entre pueblos con y sin Estado es puramente fáctica. Las siguientes palabras resultan sumamente reveladoras: un pueblo no es un sujeto jurídico “en el derecho interno, a no ser que tal modalidad venga realmente ejercida como poder constituyente. Pero esto sólo puede decirse *a posteriori*, es decir, en el momento en que el sistema jurídico viene efectivamente constituido, siendo la efectividad del poder constituyente (...) un indefectible rasgo característico del mismo. Antes de este momento, en relación con el derecho interno que aún no existe sólo podemos hablar de *pueblos* en sentido prejurídico, es decir, como sujetos colectivos que reivindican, con su independencia y liberación, un papel constituyente” (I: 388).

esencialismo totalitario, reflejada en el binomio nación política / nación cultural¹⁵. Así, estima que el nacionalismo constitucional español mantiene una “concepción convencionalista y democrática” del concepto de nación (I: 409). No obstante, un análisis detenido del artículo 2º y de las circunstancias que condujeron a su aprobación desmiente tal filiación subjetivista¹⁶: la nación española recurre al paradigma objetivo de construcción nacional, siendo la historia el rasgo relevante que la vertebraba. Y es que, en línea con los postulados del nacionalismo performativo, son los discursos de afirmación nacional la sede adecuada para proceder al estudio de la tipología de la nación correspondiente, no la

¹⁵ La nación política es la que recurre al paradigma subjetivo de construcción nacional, es decir, la que basa su cohesión interna en la voluntad de sus miembros. Por el contrario, la nación cultural se construye sobre postulados objetivos, lo que significa que será la presencia de determinados caracteres indisponibles e irrenunciables para sus integrantes –como la raza, la lengua, la historia, la religión, etcétera– la que determine la existencia del grupo nacional.

¹⁶ El artículo 2º reza: “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

presencia o ausencia de la institución estatal¹⁷.

Por consiguiente, la identidad entre nación política y democracia sólo se mantiene a condición de que entendamos la primera en el sentido aquí postulado, pero no según fue interpretada por los constituyentes españoles: un Estado puede ser antidemocrático, por lo que su sola presencia no nos dice nada relevante acerca de la tipología nacional. En sentido opuesto, una nación minoritaria no tiene por qué recurrir necesariamente a la limpieza étnica en el proceso de construcción

¹⁷ En España la dicotomía nación política / nación cultural, tomada de Meinecke (1970), fue interpretada de forma errónea durante los debates constituyentes. Meinecke entendía que para formar un Estado-nación se podía partir de una realidad estatal previa (*Staatsnation*) o de una comunidad cultural primigenia (*Kulturnation*). No obstante, en España se dijo que nación política era la que había alcanzado la condición estatal, mientras que nación cultural era aquella comunidad sin Estado que jamás podría llegar a tenerlo. Lo más sorprendente del asunto fue que en lugar de caer en el olvido –como la práctica totalidad de los debates parlamentarios–, las categorías meineckianas así interpretadas resultaron rescatadas y popularizadas por un sector doctrinal relevante, con lo que llegaron a la opinión pública. De Blas (1984, 1992-1993, 1994), Peces-Barba (2003, 2010) y Solozábal (1980) son algunos de los autores que más han contribuido a difundir la dicotomía nacional que estamos denunciando.

nacional por el hecho de carecer de Estado¹⁸, transmutando milagrosamente en un país amante de la democracia y los derechos humanos el día en que sea admitida en la ONU.

Ferrajoli apunta el carácter difuso del concepto de “pueblo” (1999: 23; 2001: 360; I: 384-385) y denuncia que semejante ambigüedad terminológica propicia el surgimiento de demandas de autodeterminación en el seno de aquéllos que alcancen la condición estatal. Es lo que se conoce con el nombre de “argumento de reducción al absurdo” o “teoría de la infinita divisibilidad” y suele esgrimirse frente a la definición subjetiva del concepto de pueblo – que aquí suscribimos–. En este sentido, se dice, tras la reclamación secesionista del pueblo

¹⁸ Atendiendo a esta identificación, podría decirse que Ferrajoli recurre a la que Moulines denomina estrategia “contranacionalista”, al considerar a las naciones “realidades nefastas, entidades que, por desgracia, son bien reales, tan reales como un microorganismo infeccioso. Como tales, las naciones deberían ser erradicadas, o al menos tendrían que ser reducidas a una mínima expresión” (Moulines 2001: 30). Así, los autores que predicán la maldad intrínseca del nacionalismo suelen estar pensando siempre en el de las naciones sin Estado, bien sea porque niegan que exista el nacionalismo de Estado –ese “nacionalismo trivial” del que hablaba Billig (1995)– o bien porque asumen las ecuaciones siguientes: nación cultural = nación sin Estado = antidemocracia // nación política = Estado = democracia.

vasco, por poner un ejemplo, podría seguir la de Álava, y después la de Vitoria, y a continuación la de uno de sus barrios, una calle, una comunidad de vecinos y, finalmente, un individuo, lo que no tendría sentido alguno. Sin embargo, también se le puede dar la vuelta al razonamiento: resulta absurda la independencia de un individuo, de una comunidad de vecinos, de una calle, un barrio, de Álava, de Vitoria, del pueblo vasco..., y también de España. Pero España sí se ha autodeterminado, aunque no con base en la lógica, sino en la fuerza armada y la inercia histórica. El argumento de la infinita divisibilidad, por consiguiente, no constituye razón suficiente para impedir un trazado de fronteras alternativo.

3. Autodeterminación de los pueblos y garantismo jurídico

Según fue afirmado al comienzo, la concepción del derecho de autodeterminación *ferrajoliana* contradice sus tesis sobre el garantismo

jurídico. Para entender adecuadamente nuestra posición, se vuelve necesario adentrarse, siquiera someramente, en la teoría garantista de Ferrajoli; de esta forma, y en un segundo momento, procederemos a exponer los principales motivos de divergencia que observamos entre la misma y el concepto de autodeterminación anteriormente descrito.

Siguiendo la estela de Hobbes y Kant, para quienes el derecho del Estado representaba la antítesis del estado de naturaleza –en el que los poderes salvajes no encuentran más límites que los que recíprocamente se imponen cuando entran en conflicto–, Ferrajoli concibe el derecho como un sistema de garantías que busca proteger a los indefensos –los individuos y las minorías carentes de poder (1997: 860)– frente a la amenaza del poder omnímodo y desregulado. El derecho es así definido como la *ley del más débil* que limita y se contrapone a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza.

El jurista italiano distingue cuatro tipos distintos de poderes salvajes (2000: 126-130): los poderes privados ilegales o criminales (la mafia, la camorra, las organizaciones terroristas), los poderes públicos ilegales (los servicios secretos que actúan contraviniendo la ley, las redes de corrupción estatales), los poderes privados extralegales (los todopoderosos “mercados”) y los poderes públicos extralegales (la burocracia, la inefectividad del Derecho internacional en las relaciones interestatales).

Para el tema que nos ocupa resulta particularmente relevante el último ejemplo; en concreto, la falta de eficacia que acompaña a las normas internacionales y que afecta a las relaciones entre los sujetos de este ordenamiento: Estados, pueblos, minorías... A juicio de Ferrajoli, los poderes salvajes extralegales (tipos 3 y 4) “no toleran la regulación, sea legislativa o constitucional” (2000: 131), siendo el resultado de la ausencia

de garantías primarias o sustanciales (2000: 133), es decir, de aquellos “límites y vínculos normativos” (2000: 132) –“la obligación de prestación o la prohibición de lesión” (I: 669)– “impuestos, en tutela de los derechos, al ejercicio de cualquier poder” (2000: 132). El derecho de autodeterminación de los pueblos, regulado en el artículo 1º de ambos Pactos de 1966, carece de efectivas garantías que aseguren su cumplimiento, por lo que su violación deviene inocua.

El garantismo jurídico parte de la premisa de la maldad intrínseca del poder, ya postulada por Montesquieu, al entender que independientemente de quién lo ejerza el poder tiende a volverse absoluto y omniabarcante para el caso de que no halle límites a su expansión¹⁹. En *Derecho y razón*.

¹⁹ “La democracia y la aristocracia no son libres por naturaleza. La libertad política se encuentra sólo en los gobiernos moderados; pero no siempre. No existe sino cuando no se abusa del poder, y una experiencia constante acredita que el hombre dotado de él se halla siempre dispuesto a abusar y que abusa hasta tanto que encuentra límites. ¡Quién lo diría! Hasta la virtud misma tiene necesidad de ellos. Para que no pueda abusarse del poder es absolutamente preciso que por la disposición de las cosas el poder contenga al poder” (Montesquieu 1845: 187-188).

Teoría del garantismo penal exponía Ferrajoli las tres diversas acepciones del término *garantismo*: en primer lugar, el garantismo constituye “un modelo normativo de derecho” (1997: 851), que identifica con el Estado de derecho y la democracia; en segundo lugar, el garantismo alude a una “teoría jurídica de la *validez* y de la *efectividad*” (1997: 852), lo que sitúa este concepto en el horizonte del positivismo jurídico, con su distinción esencial entre los planos del ser y el deber ser; por último, el garantismo alude a una concreta *filosofía política* que adopta el punto de vista externo a la hora de proceder a la “legitimación y (...) deslegitimación ético-política del derecho y del estado” (1997: 853).

3.1 *El garantismo: un modelo normativo de derecho*

Comenzando por la primera de las acepciones del garantismo, Ferrajoli estima que el mismo constituye el principal rasgo funcional del estado de derecho, entendido en un sentido

sustancial y no meramente formal: se trata de un estado caracterizado, además de por el principio de legalidad, por la garantía –tanto negativa o liberal como positiva o social– de los derechos fundamentales de los ciudadanos (1997: 855-857). De esta manera, democracia y estado de derecho se identifican: el garantismo representa también “el rasgo más característico (...) estructural y sustancial de la democracia” (1997: 864).

Es importante subrayar que Ferrajoli se refiere a la democracia en sentido material y no al mero procedimiento mayoritario, puesto que “ninguna mayoría (...) puede decidir la supresión de un inocente o la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un grupo minoritario” (1997: 865)²⁰. Si a ello

²⁰ Pisarello todavía va más lejos, ya que en su opinión “la retórica de los derechos como *triumfo frente a las mayorías*, popularizada por Dworkin y recogida por Ferrajoli (...), puede, en un momento concreto, operar como un arma efectiva de los más débiles contra los más poderosos. Sin embargo, de no activar e involucrar a esferas sociales más amplias, que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, sólo podría dar lugar a victorias pírricas, fácilmente reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional. Y no se trata únicamente de una cuestión de eficacia, sino también de legitimidad. Y es que sólo un amplio proceso deliberativo impulsado desde abajo, con la presencia de

unimos la proyección del garantismo sobre los Pactos de Derechos Humanos de 1966, tal y como específicamente admite el jurista italiano²¹, no podemos más que concluir lo siguiente: la unión forzada dentro de las fronteras estatales no resulta admisible, por lo que el derecho de autodeterminación merece ser reconocido a los pueblos que carecen de Estado. La mayoría nacional no puede obligar a otras minorías a permanecer en la indivisión, negándoles su derecho fundamental a la

los propios colectivos interesados, podría propiciar un esquema de derechos fundamentales no sólo *para* los 'sin derechos' sino *con* los 'sin derechos'. Es decir, no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas, y por lo tanto revocables, que conciban a los destinatarios de los derechos antes como objetos que como sujetos, sino apropiaciones plurales y auto-conscientes de la defensa e interpretación de los derechos fundamentales por parte de los potenciales afectados" (2001: 9). El concepto de derecho de autodeterminación que aquí propugnamos requiere que sus destinatarios, los pueblos, sean percibidos como sujetos y no simples objetos a tutelar por el ordenamiento, cual menores de edad jurídicos necesitados de protección y guía.

²¹ Sus palabras textuales son: "hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos si no tomamos finalmente en serio –según la feliz fórmula de Dworkin– la Declaración Universal de Derechos de la ONU de 1948 y los Pactos sobre derechos de 1966" (1992: 68). Mora Molina señala que de esta manera Ferrajoli expande la extensión del concepto de garantismo "sin variar la intención del mismo" (2004: 47).

autodeterminación reconocido en ambos Pactos de 1966. Más aún, si se llevase a cabo un referéndum autodeterminista, pongamos por caso el que Artur Mas planea realizar en Catalunya, no podría otorgarse el derecho de sufragio a los ciudadanos españoles, sino sólo a los catalanes –cuestión distinta es determinar el criterio que se emplearía para delimitar el *demos*, asunto en el que no entraremos por exceder el objeto de este trabajo–: de lo contrario, el sentido de la consulta resultaría totalmente desvirtuado. En cuestiones nacionales el principio de la mayoría no es aplicable, puesto que se debate cuál sea la unidad política apropiada dentro de cuyas fronteras vayan a operar los principios democráticos, sistema mayoritario incluido (Schwarzmantel 1994: 28).

3.2 El garantismo: una teoría del derecho iuspositivista

El segundo sentido del garantismo lo concibe inscrito en el marco de una teoría positivista del derecho. Concretamente, Ferrajoli destaca

el principio de legalidad como gran novedad del derecho moderno: “el principio de legalidad representa un postulado jurídico del iuspositivismo sobre el que descansa la función garantista del derecho frente al arbitrio” (1997: 870), proporcionando certeza al sistema jurídico y contribuyendo a la positivación y estabilización de los derechos fundamentales.

No obstante, el principio de legalidad se ve seriamente violado cuando se concibe la autodeterminación en el sentido en que lo hace Ferrajoli. Y es que si, como él mismo asegura, el derecho internacional vigente no reconoce un derecho a la estatalidad (II: 575), la única vía abierta a las nacionalidades es la fáctica, es decir, la que recurre a mecanismos *extra* o *para legem*²². Y, fuera del derecho, según

destaca el jurista italiano, lo que impera es la ley del más fuerte típica del estado de naturaleza (2001: 362). Impedir que los pueblos que lo deseen puedan ejercer el derecho de autodeterminación y, llegado el caso, se independicen, significa consagrar el *statu quo* vigente, el sistema de fronteras actuales, y optar, no por el derecho, sino por la fuerza: no en vano, a ningún pueblo se le negará la entrada en la ONU si consigue independizarse fácticamente.

Por otro lado, la teoría iuspositivista *ferrajoliana* distingue los conceptos de vigencia, validez y eficacia del derecho, lo que le conduce, como teoría crítica que se pretende, a denunciar la “tendencial e irreductible ilegitimidad del poder” (Ferrajoli 1997: 872), crítica que se efectúa tanto desde

²² La vía fáctica parece ser la única al alcance de las naciones periféricas en España, teniendo en cuenta el tenor literal de la Constitución y, sobre todo, la actitud del ejecutivo central. Por ejemplo, la convocatoria del plebiscito autodeterminista que Artur Mas anunció para esta próxima legislatura le corresponde “al Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados” (artículo 92.2 de la Constitución). Sin

embargo, siendo una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1, 32^a de la Constitución), la misma podría ser delegada en alguno de los órganos de la *Generalitat* de Catalunya, de acuerdo con el artículo 150.2 de la Constitución. La intención del gobierno de Madrid, por el contrario, es impedir la celebración de la consulta, como ya hiciera cuando Juan José Ibarretxe propuso realizar un referéndum similar en Euskadi, por lo que de celebrarse, el mismo sería ilegal o alegal.

un punto de vista externo como interno, en el sentido hartiano. Sin embargo, el reconocimiento del derecho de autodeterminación únicamente a los Estados ya consagrados y nunca a las nacionalidades minoritarias representa una identificación entre vigencia y validez, esto es, entre el derecho que *es* y el que *debe ser*. Según habíamos explicado, Ferrajoli sigue un criterio de distinción entre pueblos legitimados para ejercer la autodeterminación y pueblos no autorizados para tal ejercicio puramente fáctico: los pueblos del primer tipo son aquéllos que, de hecho, ya han procedido a autodeterminarse, a diferencia de los pueblos que aún no se han autodeterminado, encuadrados en el segundo tipo.

Más aún, en línea con los postulados de una teoría iuspositivista del derecho –contraria a la creencia en el carácter inmutable de las fronteras estatales–, Ferrajoli denuncia la arbitrariedad de las fronteras estatales, pese a

que no sea cierto que dicha arbitrariedad revista un grado superior en el supuesto de Estados de nueva formación que en el de aquéllos que cuentan con siglos de historia (II: 574). A nuestro modo de ver, la posición del jurista italiano representa un argumento a favor de la autodeterminación, puesto que implica reconocer que los confines territoriales no son sagrados y la voluntad popular puede modificarlos. Así, tan legítimo es un Estado español como uno vasco. *Sensu contrario*, si se considera perversa –por los instrumentos de nacionalización forzosa que entraña– u obsoleta –debido al fenómeno globalizador– la institución estatal, lo coherente sería propugnar la desaparición de las ya existentes –extremo que formula como hipótesis, pero no desarrolla (II: 577)–, no arremeter únicamente contra las que aspiran a constituirse. En cualquier caso, proponer la integración en la Unión Europea no nos parece la solución adecuada, puesto que la misma consiste en una unión de Estados, no de pueblos. Cuando

Ferrajoli afirma que “frente a la crisis yugoslava, Europa, en vez de favorecer la creación de nuevos Estados étnicos”, debiera haber “abierto sus puertas acogiendo en la Unión a todos los diversos pueblos hoy divididos y hostiles” (II: 577), no queda claro si pensaba integrar a Yugoslavia entera o a cada uno de esos Estados étnicos; sea como fuere, no vemos qué diferencia supondría a la hora de afrontar los problemas territoriales.

3.3 El garantismo: una filosofía de la política

La tercera acepción del término garantismo lo entiende como una filosofía política dirigida a criticar las instituciones jurídicas positivas asumiendo un punto de vista puramente externo al ordenamiento. Ello conduce a la adopción de una concepción *hetero-poyética* del Estado, es decir, el Estado se entiende en un sentido instrumental al estar dirigido a la garantía de los derechos fundamentales. Para las concepciones *auto-poyéticas*, por el contrario, el Estado presenta un fin en sí

mismo “y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos” (Ferrajoli 1997: 881).

La impronta hegeliana que subyace a las teorías del segundo tipo es clara. A modo de ejemplo, el nacionalismo constitucional español que bebe de las fuentes de Ortega presenta inequívocos rasgos de *auto-poyesis*. La distinción entre la nación española, soberana, y las nacionalidades, carentes de soberanía ahora y siempre, se articuló sobre la base de las categorías meineckianas *nación política* y *nación cultural*, pero interpretadas *more* hegeliano (Meinecke 1970): la nación política equivale a la *nación* de Hegel, mientras que la nación cultural sería el *pueblo* del filósofo de Jena. Así, por ejemplo, decía Solozábal: “el status jurídico-constitucional de la nacionalidad no puede ser considerado la realización frustrada de la vocación nacional, esto es, su forma históricamente posible; ni,

mucho menos, como un estadio intermedio o provisional hacia el destino estatal; sino como el marco organizacional adecuado en el que todas las posibilidades nacionales de la comunidad caben ser realizadas” (1980: 276). Cuando Ferrajoli opta por el nacionalismo de Estado *a priori*, incluso ensalzando su calidad democrática (I: 409), está legitimando ciertas concepciones *auto-poyéticas* del Estado, como la española.

Por último –e íntimamente relacionado con las tres acepciones del garantismo señaladas–, el vínculo que establece Ferrajoli entre la garantía de los derechos vitales y la paz²³ (I: 887; II: 62) debiera conducirle a incluir

²³ Ferrajoli llega incluso a apoyar el recurso a la violencia armada en caso de que el poder amenace dichos derechos vitales: “la garantía de los derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil” (1997: 859). Y es que “sobre cuestiones de vida y de supervivencia (...) no se acepta quedar en minoría” (I: 888). Más aún, en un sistema de democracia constitucional, “la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para (...) la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio (...) que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos” (2000: 144).

también entre los primeros el derecho de autodeterminación. El italiano recurre al conocido argumento de los peligros que para la estabilidad, la paz y los derechos de las minorías atrapadas entrañaría el pleno reconocimiento de la autodeterminación (II: 574-575). Sin embargo, creemos que tales suspicacias resultan bastante infundadas. Primero, porque cuando se concibe el derecho como un instrumento de resolución pacífica de controversias, debe ser la ausencia de norma y la imposición de la ley del más fuerte –situación que refleja la concepción de la autodeterminación que aquí se critica– lo que preocupe a los juristas. Si el derecho de autodeterminación se encontrase constitucionalizado y los Estados no se opusiesen rotundamente a que aquellos pueblos que lo desearan pudieran ejercerlo –lo que no significa que no fuese necesaria una negociación entre ambas partes–, se reduciría el número de conflictos internacionales. Y segundo, porque el que la secesión ocasione

tensiones en el seno de los Estados no constituye una razón suficiente para cercenarla de raíz. También el divorcio –por retomar el ejemplo de Lenin– representa una fuente de problemas y porfías, y no por ello parece sensato prohibirlo, condenando a la pareja –y a los hijos, si los hubiera– a una unión forzada.

4. A modo de conclusión

Comenzábamos estas páginas justificando la elección del tema de nuestro artículo: la concepción que Ferrajoli sostiene acerca del derecho de autodeterminación de los pueblos. Tras la argumentación aquí desarrollada, confiamos en que la pertinencia del mismo haya quedado demostrada.

El adalid del garantismo jurídico se adhiere a la doctrina mayoritaria en materia autodeterminista –sólo los pueblos que cuentan con instancia estatal y aquéllos sometidos a dominación colonial o graves discriminaciones por parte del gobierno del

Estado en que se integran se hallan habilitados para el ejercicio de la autodeterminación en su vertiente externa–, sin reparar en que una configuración semejante del derecho de autodeterminación contradice los postulados básicos de su teoría garantista. Y ello tanto si se concibe el garantismo como un modelo normativo de derecho, como una teoría jurídica iuspositivista o como una filosofía política. Si los derechos constituyen límites al poder de la mayoría para proteger a los más débiles, y teniendo en cuenta que los Pactos de 1966 se encuentran dentro del ámbito de protección del garantismo, el derecho de autodeterminación de las naciones minoritarias debe ser reconocido y antepuesto a la integridad territorial de los Estados, como norma general. Más aún, una concepción iuspositivista del derecho se contradice con la creencia en el carácter inmutable y cuasi-sagrado de las fronteras estatales que subyace a la interpretación restrictiva del derecho de autodeterminación que denunciamos. Por

razones de seguridad jurídica, debiera constitucionalizarse la autodeterminación, de manera que las naciones que deseen ejercerla no se vean necesariamente abocadas a emplear la vía fáctica. Si la constitución, desde una perspectiva garantista, es un “pacto de convivencia” (II: 54), requiere que se establezca de forma negociada entre las partes; asimismo, si la voluntad popular cambia con el tiempo, debe ser posible modificar sus cláusulas. En el caso de Estados plurinacionales, ello podría incluso suponer la ruptura del pacto (secesión). Pese al carácter traumático y desestabilizador que toda separación reviste, la peor opción imaginable consiste en impedir por la fuerza que la misma se materialice, puesto que ello agrega nuevos problemas a los ya existentes. Consagrar un derecho absoluto de los Estados a conservar sus fronteras actuales desoyendo las reivindicaciones de los pueblos minoritarios que alberga en su seno significa privilegiar la

ley del más fuerte y aumentar las posibilidades de que se produzca un conflicto internacional, de nefastas consecuencias para la paz y los derechos fundamentales.

Bibliografía

- BASTIDA, X.; *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, 238 pp.
- BILLIG, M.; *Banal Nationalism*, London, Sage, 1995, 200 pp.
- BLAS, A. DE; *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984, 178 pp.
- “Los nacionalismos españoles y el Estado autonómico”, *Documentación Administrativa* 232-233, 1992-1993, pp. 57-72.
- *Nacionalismos y naciones en Europa*, Madrid, Alianza, 1994, 202 pp.
- FERRAJOLI, L.; “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la democracia* 16-17, 1992, pp. 61-69.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997 (2ª ed.), 991 pp.
- “Il diritto all’autodeterminazione nell’età della globalizzazione”, en *Il diritto all’autodeterminazione dei popoli alle soglie del 2000: genesi, evoluzione, attualità*, Roma, Fondazione Internazionale Lelio Basso, 1999, pp. 18-26.
- *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, 198 pp.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, 391 pp.
- “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales* 15, 2006, pp. 113-136.
- *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (3 vol.), Bari, Laterza, 2007.
- KYMLICKA, W.; *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, 303 pp.
- LENIN, V.I.; “El derecho de las naciones a la autodeterminación”, en *Obras completas (XXI)*, Madrid, Akal, 1977, 555 pp.
- MARGALIT, A. y RAZ, J.; “National Self-Determination”, *Journal of Philosophy* vol. 87 n° 9, 1990, pp. 439-461.
- MEINECKE, F.; *Cosmopolitanism and the National State*, Princeton, Princeton University Press, 1970, 403 pp.
- MONTESQUIEU, CH.; *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Imprenta de Marcos Bueno, 1845, 490 pp.
- MORA MOLINA, J.J.; *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de filosofía del derecho sobre la frágil relación entre la democracia, la constitución y el estado de derecho*, Huelva, Universidad de Huelva, 2004, 176 pp.
- MOULINES, C.U.; “Manifiesto nacionalista (o hasta separatista, si me apuran)”, *Isegoría* 24, 2001, pp. 25-49.
- OBIETA, J.A. DE; *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1985, 251 pp.
- PECES-BARBA, G.; “El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XX, 2003, pp. 39-61.
- “Los nacionalismos en España”, *El País* 23 de noviembre de 2010.
- PÉREZ LUÑO, J.A.; *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos (7ª ed.), 2001a, 584 pp.
- “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en F.J. Ansuátegui (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001b, pp. 259-269.
- PISARELLO, G.; “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la democracia* 41, 2001, pp. 3-10.
- RÉAUME, D.; “Individuals, Groups, and Rights to Public Goods”, *The University of Toronto Law Journal* vol. 38 n°1, 1988, pp. 1-27.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, S.; “El derecho de autodeterminación en la España constitucional”, en J. Betegón et al. (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 327-378.
- SCHWARZMANTEL, J.; “Nacionalismo y democracia”, *Revista Internacional de Filosofía Política* 3, 1994, pp. 18-38.
- SOLOZÁBAL, J.J.; “Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1978. Algunos problemas de la organización territorial del Estado”, *Sistema* 38-39, 1980, pp. 257-281.