

DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL DESAFÍO DE LA GLOBALIZACIÓN.

LUIGI FERRAJOLI.

1. *Premisa.* Deseo ante todo expresar mi más profundo agradecimiento a todos los colegas del Consejo Superior de la Universidad de La Plata por haberme honrado con la entrega del título de doctor *honoris causa* en Derecho y por las razones con las cuales han motivado la propuesta de esta distinción. Agradezco también a todos Ustedes, particularmente en la persona de vuestro Presidente, el Profesor Gustavo Adolfo Azpiazu. En fin, un agradecimiento especial al insigne colega Eugenio Raúl Zaffaroni por los conceptos y las generosas referencias que ha tenido conmigo en su *Laudatio*.

Estoy además complacido de encontrarme en esta casa histórica, en esta Universidad que cumple sus primeros cien años y de estar presente en esta ciudad de La Plata, uno de los lugares donde más fuerte y vigorosa ha sido la lucha de resistencia contra las dictaduras militares y muy firme el compromiso en la vuelta y en la defensa de la democracia, tal como lo atestigua la admirada personalidad -tan querida en Italia- de una fundamental protagonista de la lucha por los derechos humanos en toda América: me refiero a la Presidente de las "Abuelas de Plaza de Mayo", Estela Carlotta, cuya militancia permanente ha sido un ejemplo para toda una generación de jóvenes bien conscientes de aquellos valores, comenzado por su hijo, el diputado Remo Carlotta. Otro motivo por el que me siento muy orgulloso por este reconocimiento es que proviene de una comunidad de penalistas argentinos que figuran entre las más prestigiosas del mundo y que contaron en sus comienzos con el determinante magisterio de Luis Jiménez de Asúa⁽¹⁾. A estos penalistas argentinos, entre los que se encuentran David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni y Julio Bernardo Maier, me unen fuertes y antiguos vínculos de amistad y afecto. Siempre he admirado las enseñanzas de estos maestros, en particular de Raúl Zaffaroni, quien es

seguramente a nivel internacional uno de los juristas más ilustres de nuestro tiempo. Estos grandes maestros han restituido a las disciplinas penalistas la dimensión civil y democrática que tuvieron en sus orígenes con la Ilustración, dando vida -y no casualmente en Argentina, donde los horrores del arbitrio policial y de la represión política han sido más dolorosos y terribles- a un movimiento democrático y garantista de penalistas y criminólogos, que combina rigor científico y militancia cultural, reflexión teórica y pasión democrática.

Por lo demás, de esta concepción y orientación es fiel reflejo este Segundo Seminario italo-argentino sobre los derechos de los privados de libertad -un tema frecuentemente desatendido por la cultura penalista académica-. Seminario que reúne, junto a tantos estudiosos argentinos, comprometidos en la defensa de los derechos humanos, también a colegas italianos, comenzando por mi fraternal amigo Alberto Filippi, cuya labor para el conocimiento de la realidad latinoamericana en Italia y en Europa se remonta a los años Setenta, cuando colaboramos en Roma con Lelio Basso en la constitución de los Tribunales Russell II, concebidos para denunciar el terrorismo de Estado y los genocidios perpetrados por las dictaduras en Brasil, Chile, Argentina y Uruguay. Igualmente, me complace la presencia de Stefano Anastasia de la Asociación Antigone, que desde hace muchos años conduce en Italia batallas muy parecidas a las que están librando ustedes para extender y aplicar los derechos fundamentales a toda la sociedad argentina. Es por el conjunto de estas razones que esta lección tendrá por objeto el análisis de esos derechos y de sus garantías.

2. Derechos fundamentales y democracia constitucional. Un nuevo paradigma. Es cierto que los derechos fundamentales -políticos, civiles, de libertad y sociales- han sido solemnemente consagrados en las constituciones de todos los países civiles como dimensiones sustanciales de la democracia, llamada por ello mismo "constitucional", y han sido proclamados en las Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales, hasta haberse vuelto la principal fuente de legitimación y, en caso de que sean violados, de deslegitimación de cualquier orden jurídico y político, tanto estatal como internacional.

Yo creo que en virtud de la constitucionalización de esos derechos ha cambiado la naturaleza tanto del derecho como de la democracia. Cambió la naturaleza del derecho, cuya validez ya no depende sólo de las formas legislativas de su producción, sino también de sus contenidos, es decir, de la sustancia de las leyes producidas, la cual no puede derogar los principios y los derechos establecidos constitucionalmente, siendo que en tal caso resultaría inválida. Simultáneamente, cambió la naturaleza de la democracia, que ya no consiste sólo en la omnipotencia de las mayorías y, por lo tanto, en su dimensión política o formal, sino también en los límites y vínculos de contenido que le impone como su dimensión sustancial, lo que podemos llamar "esfera de lo que no es posible decidir": la esfera de aquello que ninguna mayoría puede decidir, esto es, la lesión de los derechos de libertad, y la esfera de aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir, esto es, en cambio, la no satisfacción de los derechos sociales.

Se trató de un cambio sustancial de paradigma tanto del derecho como de la democracia, que no por casualidad se produjo a partir de la derrota del nazifascismo y de las catástrofes de las dos guerras mundiales (2). De allí el "nunca más" impuesto al derecho y a la política bajo la forma de límites y vínculos a los poderes supremos, a través de esos pactos de convivencia que son las constituciones rígidamente puestas por encima de la legislación ordinaria. De allí la dimensión sustancial insertada junto a la formal, tanto en el derecho como en la democracia, que ya no se vinculan sólo a las normas formales que establecen el "quién" y el "cómo" de las decisiones, sino también a las normas sustanciales -la paz y los derechos humanos- que establecen "qué" es lo que no se permite decidir (la violación de los derechos de libertad) y "qué" es lo que no se permite dejar de decidir (la satisfacción de los derechos sociales).

3. *La crisis actual de la democracia constitucional.* Lamentablemente, aquel "nunca más" opuesto a las tragedias del pasado no fue respetado. Por un lado, no fue respetado en el interior de los ordenamientos estatales, incluyendo a los más avanzados, donde hemos asistido en estos años a violaciones masivas de

los derechos humanos. Piénsese sólo en los horrores de Guantánamo y de Abu Ghraib, en las leyes de emergencia, restrictivas de la libertad personal en Estados Unidos e Inglaterra, y, por otra parte, en la disolución de las garantías de los derechos de los trabajadores y el progresivo dismantelamiento de la esfera pública y del Estado social, fomentado por las actuales políticas neoliberales. Pero ese "nunca más" no fue respetado, sobre todo, en el orden internacional, donde las promesas de paz y de protección de los derechos fundamentales se redujeron a su mera enunciación en el papel.

Ante todo, ha sido retomada la doctrina autoproclamada de la "guerra justa". Nada menos que cuatro veces durante poco más de un decenio ha sido quebrantada la prohibición de la guerra, que es la norma fundamental del orden internacional establecido por la Carta de las Naciones Unidas. La guerra, con su carga implícita de víctimas inocentes, ha sido rehabilitada como instrumento de solución de las controversias internacionales o, peor aun, ha sido propuesta, como en los casos de Afganistán y de Irak, como una nueva y absurda forma de intervención policial y de "justicia" penal sumaria.

Por otro lado, el fenómeno de la globalización económica en su conjunto puede ser entendido e identificado en el plano jurídico, como un *vacío de derecho público internacional*, idóneo para regular los grandes poderes económicos transnacionales, que se sustraen así al rol normativo de los derechos públicos nacionales y se transforman en poderes desregulados y salvajes: un vacío de derecho público colmado, inevitablemente, por el derecho privado, es decir, por un derecho de formación contractual, producido por las empresas mismas, que se sustituyen de esta manera a las formas tradicionales de la ley (3) y que refleja inevitablemente la ley del más fuerte. De ello ha derivado una anomia general y una regresión neo-absolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales: lo cual constituye un neo-absolutismo regresivo que se manifiesta en la ausencia de reglas, condición manifiestamente asumida por el capitalismo globalizado actual, como una suerte de nueva *Grundnorm* del así llamado nuevo orden económico y político internacional.

En ausencia de una esfera pública mundial, el efecto más evidente de la globalización es el crecimiento constante de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que considera inevitables a la miseria, al hambre, a las enfermedades y a la muerte de millones de seres humanos considerados sin valor. Los datos mundiales de la desigualdad y la pobreza son espantosos. Se ha calculado que, en 1820, los países ricos eran 3 veces más ricos que los países pobres, en 1913 eran 11 veces más ricos, mientras que, en 1992, se habían vuelto ya 72 veces más ricos que los países pobres. También se ha calculado que menos de 300 millonarios en dólares son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, tres mil millones de personas (4); que alrededor de mil millones de personas no tienen acceso al agua y a la alimentación básica, lo cual provoca 15 millones de muertes cada año; que 17 millones de personas mueren cada año a causa de enfermedades no curadas y, aun antes, a causa del mercado, ya que no pueden pagar los costosos medicamentos "esenciales", cuyas fórmulas están registradas comercialmente, o, peor aun, porque los medicamentos más simples que podrían curarlos se encuentran entre los llamados medicamentos "huérfanos", es decir, los que ya no se producen porque combaten enfermedades erradicadas en gran parte de los países occidentales (5).

En síntesis, estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene antecedentes en la historia. Actualmente, la humanidad en su conjunto es mucho más rica que en el pasado, pero también es mucho más pobre si consideramos masas inmensas y en constante aumento de seres humanos. Por cierto, en el plano jurídico los hombres son incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, en virtud de las tantas cartas y declaraciones de derechos. Pero también son incomparablemente más desiguales en los hechos. El "tiempo de los derechos" -para usar la conocida expresión de Norberto Bobbio- es también el tiempo de su violación masiva y de la desigualdad más profunda e intolerable. De tal suerte que frente a esta enorme diferencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo de los sistemas políticos, es el constitucionalismo democrático en cuanto tal el que corre el riesgo de ser

desacreditado como un nuevo engaño y una nueva apariencia ideológica de Occidente.

4. *Replantear la esfera pública. Instituciones de gobierno e instituciones de garantía.* Pues bien, este fracaso del constitucionalismo democrático se debe a la ausencia, sobre todo en el derecho internacional, de garantías y, aun antes, de instituciones de garantía que estén a la altura de los nuevos problemas y de los nuevos poderes extra -o supra- nacionales. El orden internacional -salvo la institución de la Corte penal internacional, a la cual, sin embargo, todavía no han adherido las máximas potencias, tal como Estados Unidos, Rusia y China- se ha quedado sustancialmente privado de instituciones de garantía. Pese a todas sus cartas y convenciones de derechos humanos, el orden internacional se puede comparar a lo que sería un orden estatal compuesto sólo por una constitución, sin las leyes necesarias para su actuación y aplicación.

Por lo tanto, es la esfera pública y la clásica articulación entre los poderes públicos lo que hoy debe ser replanteado y refundado. Yo pienso que mucho más que la diferenciación y separación montesquieviana entre los poderes clásicos -legislativo, ejecutivo y judicial- hoy es esencial, sobre todo a nivel internacional, hacer otra distinción y separación: aquella entre *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía*, justificada por la diversidad de sus fuentes de legitimación: la *representatividad política* de las instituciones de gobierno, tanto legislativas o ejecutivas, y la *sujeción al derecho* y, por ende, a los derechos fundamentales positivamente estipulados, de las instituciones de garantía.

Es claro que a nivel internacional el verdadero problema, la verdadera gran laguna, es la falta de las funciones e instituciones de garantía, mucho más que de las funciones de gobierno, siendo que no tiene mucho sentido y no es siquiera pertinente a las funciones de defensa de los derechos humanos una hipotética democracia representativa planetaria basada en el principio un sujeto/un voto. En este nivel, mucho más que el refuerzo de las funciones e instituciones de gobierno, tanto más legitimadas cuanto más son ejercitadas

por los organismos representativos de los Estados nacionales, lo que se requiere es el refuerzo o la creación de funciones y de instituciones de garantía, no sólo de las tradicionales *garantías secundarias o jurisdiccionales*, destinadas a intervenir contra las violaciones de los derechos, sino aun antes de las *garantías primarias* y de las respectivas instituciones, encaminadas a su protección y satisfacción directas (6). Me refiero, en particular, a la FAO y a la Organización Mundial de la Salud, a las que sería necesario dotar de los medios y los poderes necesarios para cumplir con las funciones de provisión de servicios alimentarios y sanitarios; a la fuerza de policía internacional, prevista en protección de la paz por el capítulo VII de la Carta de la ONU; a las instituciones de garantía que sería necesario establecer en temas de ambiente, educación y subsistencia.

Luego, es evidente que tales instituciones requerirían el establecimiento de una *imposición fiscal mundial*: la Tobin Tax, por ejemplo, sobre transacciones financieras, pero, aun antes, la tasación del uso y explotación de los *bienes comunes* de la humanidad (7), como las órbitas satelitales, las bandas del éter y los recursos de los fondos oceánicos, actualmente utilizados por los países ricos como si fueran *res nullius*, en vez de "patrimonio común de la humanidad", como las llaman los Tratados internacionales sobre el mar y los espacios extra-atmosféricos (8).

5. *La garantía de los derechos sociales*. Hoy, por lo tanto, frente a los gigantescos problemas del hambre, la miseria y las agresiones al ambiente, generados por una globalización sin reglas, el desafío principal que ésta le pone a la razón jurídica y política es la fundación de una esfera pública internacional que garantice los derechos fundamentales y, en primer lugar, los derechos sociales a la supervivencia. En efecto, la garantía de los derechos sociales a nivel estatal e internacional no sólo es un deber impuesto por las cartas constitucionales e internacionales, sino que, antes bien, es una necesidad vital, debida al cambio profundo que se produjo en la relación entre hombre y naturaleza, que ha hecho de los derechos sociales a la supervivencia -a la subsistencia, a la alimentación básica, a la salud y a la educación- un corolario

de aquel derecho a la vida que en el modelo hobbesiano del Estado moderno constituyó la primera razón de ser del contrato social de convivencia.

En efecto, en las sociedades actuales, caracterizadas por un alto nivel de interdependencia y desarrollo tecnológico, incluso sobrevivir, no menos que vivir, requiere garantías jurídicas, puesto que también la supervivencia, no menos que la defensa de la vida ante agresiones indebidas, es cada vez menos un fenómeno solamente natural y cada vez más un fenómeno artificial y social. En la época de Locke, en los orígenes de la edad moderna cuando todavía existía una relación directa entre vida y naturaleza, la supervivencia podía ser tranquilamente confiada a la autonomía del individuo: a su trabajo, a su capacidad de adaptación, a su libre y responsable poder de iniciativa y, en todo caso -escribía Locke-, a su voluntad de trabajar y cultivar nuevas tierras "sin perjudicar a nadie, pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes" (9), como podría ser "en cualquier parte interna y desierta de América" (10). Fue sobre esta base que el primer liberalismo pudo ofrecer un fundamento axiológico al primer capitalismo, teorizando el nexo entre libertad, trabajo, propiedad y vida, a cuya "mutua conservación" estaba encaminado el contrato social (11). Es cierto que hoy esto ya no es así. "El hombre civilizado", escribió Tocqueville ya un siglo y medio atrás (12), "está expuesto infinitamente más a las vicisitudes del destino que el hombre del pasado". Mucho más que en el pasado, la supervivencia del hombre en su plenitud -desde el trabajo a la migración, desde la casa hasta la alimentación básica- es confiada a su integración social, es decir, a condiciones materiales y a circunstancias jurídicas y sociales de vida que van más allá de su libertad de iniciativa.

Es en esta artificialidad social de la supervivencia donde se encuentra hoy el fundamento axiológico de los derechos sociales. Debe considerarse además que los derechos sociales a la salud, a la educación, a la subsistencia, tienen sus inevitables y necesarios costos (13), así como cuestan, por lo demás, los derechos de libertad. En consecuencia, cuesta también la democracia constitucional. Pero ¡ojo!: cuesta todavía más no satisfacer esos derechos. Tal

como lo ha demostrado Amartya Sen, sin las libertades fundamentales ni los derechos políticos es imposible la democracia política, pero tampoco la iniciativa económica, la seguridad de los mercados y el desarrollo intelectual, cultural y tecnológico (14).

Ahora bien, a mí me parece que esta tesis de Sen debe ser ampliada, pues vale no sólo para las libertades fundamentales, sino también para los derechos sociales, que quizás sean más esenciales para el desarrollo de la seguridad y la economía. La garantía de todos estos derechos -el acceso al agua y a los llamados "medicamentos esenciales", no menos que a la educación básica- es el presupuesto no sólo de la supervivencia individual, sino también del desarrollo económico de toda la sociedad. En efecto, la malnutrición y la desnutrición provocan enfermedades y muerte, pero también perjudican cualquier desarrollo posible: el desarrollo de la persona, de la cual hipotecan sus aptitudes, sean manuales o intelectuales; el desarrollo de la economía, dado que sofocan, junto a la productividad de los particulares, la producción de la riqueza en su conjunto. En síntesis, el hambre pone en acción un círculo vicioso terrible: provoca enfermedades que llevan a destinar los ya pobres rúditos familiares a la compra de medicamentos; reduce la capacidad productiva de la población; genera revoluciones, conflictos sociales y desórdenes civiles; en fin, es el factor principal de la criminalidad que precisamente se puede denominar de supervivencia. Hoy, más de mil millones de personas sufren de hambre y sed, y decenas de millones mueren cada año por enfermedades o por falta de agua y alimentación de base. Esta no es sólo una catástrofe moralmente inaceptable. Es también la principal razón de la falta de desarrollo económico de gran parte del planeta.

Creo, en definitiva, que se pueda afirmar que los derechos fundamentales son el factor principal y el motor principal del desarrollo, no sólo civil sino también económico. La prueba histórica de este nexo entre derechos sociales y desarrollo está ante los ojos de todos. Ella está ofrecida por la propia experiencia de los países occidentales ricos. Seguramente el mayor desarrollo económico y el mayor bienestar de estos países con respecto al resto del

mundo, como así también con respecto a su pasado, se deben no sólo al aprovechamiento y en muchísimos casos a la explotación del resto del planeta, sino también al mejoramiento de las condiciones generales de vida, a la mayor educación, al mejor estado de salud, a las mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. De tal suerte que podemos decir, invirtiendo el prejuicio de la contraposición entre garantías de los derechos y desarrollo económico, que la mejor política económica, la más eficaz para incrementar el desarrollo, así como la mejor política en materia de prevención de los delitos es una política social encaminada a garantizar los derechos vitales de todos. Y también podemos decir que los gastos públicos que son necesarios para tal fin no deben ser concebidos como un pasivo relevante en los balances públicos, sino como la forma de inversión pública seguramente más productiva.

6. *Las razones de la crisis del constitucionalismo democrático. Dos aporías de la democracia.* Debemos entonces preguntarnos cuáles son las razones del actual vacío de garantías internacionales de los derechos humanos que, sin embargo, se encuentran solemnemente proclamados.

Creo que una primera, brutal razón, es la que sugiere Michel Foucault. Consiste en el *racismo*. El racismo, escribió Foucault hace treinta años, "representa el modo en que ha sido posible introducir una separación entre lo que debe vivir y lo que debe morir". Y es "la condición de aceptabilidad de la decisión de matar ..., la condición en base a la cual se puede ejercitar el derecho de matar"⁽¹⁵⁾. A la opinión pública occidental en tanto le es posible tolerar o ignorar las decenas de millones de muertos cada año por hambre y falta de curas, o la tragedia de miles de inmigrantes rechazados cada año en nuestras fronteras, o las miles de víctimas inocentes de las actuales guerras globales, en cuanto esta tolerancia y este rechazo sean sostenidos por el racismo.

Luego, hay un segundo orden de razones que explica la crisis del constitucionalismo democrático. Se trata de dos aporías presentes en las actuales democracias, ligadas, la primera, a la relación entre democracia y espacio, y, la segunda, a la relación entre democracia y tiempo.

La primera aporía consiste en el final de la relación entre democracias y Estado. En todos los países del mundo -excluido Estados Unidos y, en todo caso, mucho más en los países pobres- se rompió la relación entre democracia y Estado, es decir, entre pueblo y representantes. Los pueblos ya no son gobernados por sus representantes, pues las decisiones más importantes para sus vidas se toman fuera de los confines de sus Estados. Por ello, el orden internacional no es democrático y, de hecho, es gobernado por la mayoría de una minoría, los países ricos de Occidente, que equivalen a un quinto de la humanidad. Es claro que la política de esta minoría, si quiere mantener intactos sus actuales privilegios, debe ser inevitablemente discriminatoria. La conservación de nuestros estilos de vida implica la miseria y el subdesarrollo del resto de la humanidad, aun cuando ello sea contrario al derecho a la vida establecido en las cartas internacionales. De aquí el valor, pero también la ineficacia, de los derechos de todos los seres humanos del planeta.

La segunda aporía, todavía más grave, se refiere al cambio de la relación entre democracia y tiempo. El horizonte de la política en nuestras sociedades democráticas, también a causa de sus degeneraciones videocráticas y de la práctica cotidiana de los sondeos, está limitado a los tiempos breves, brevísimos. La política está perdiendo las dimensiones del tiempo, tanto la memoria del pasado (es decir de los "nunca más" de los que nacieron las constituciones y las cartas de la segunda post-guerra) como la perspectiva y proyección del futuro no inmediato. Sólo así pueden explicarse, por un lado, la remoción de nuestro horizonte de los problemas del hambre y la miseria y, por el otro, de los peligros que pueden provenir de ello para la paz y la seguridad. Sólo así se explican, en definitiva, la ilusión de que la economía pueda autogobernarse y prescindir de una esfera pública global, la destrucción irresponsable del ambiente y la indiferencia despreocupada frente a las prognosis infaustas en torno al futuro de nuestro planeta. En síntesis, la democracia actual, basada en la comunicación televisiva y en los sondeos, conoce sólo tiempos sumamente breves: no recuerda -es más, remueve- el

pasado y no se hace cargo del futuro, es decir, de lo que ocurrirá más allá de las contingencias electorales.

Estas dos aporías, ligadas a los restringidos horizontes espaciales y temporales de la democracia política, conllevan hoy el riesgo de generar un conflicto entre la óptica miope de los tiempos breves, por un lado (que se limita a los intereses inmediatos y nacionales e ignora los grandes problemas globales), y la racionalidad política, por el otro (que, contrariamente, impondría el deber de hacerse cargo de los intereses a largo plazo, los cuales están vinculados con el futuro del planeta y, por lo tanto, también a largo plazo, con el futuro de los países democráticos mismos). Es un peligro gravísimo. De hecho, hay una terrible novedad en los problemas y crisis actuales con respecto a todas las crisis del pasado: se trata del carácter irreversible de las catástrofes que amenazan el futuro de la humanidad, en caso que no se tomen en serio las promesas de paz, de garantía de los derechos y de salvaguardia del ambiente, contenidas en las tantas cartas internacionales de los derechos humanos.

La primera catástrofe es la nuclear. El fin de la bipolaridad no marcó el fin de la amenaza nuclear, sino que, al contrario, la agravó, dejando espacio a una proliferación descontrolada de armamentos nucleares, químicos, bacteriológicos, dotados de capacidad destructiva sin comparación con el pasado. Frente a esta amenaza, el único remedio es la institución, en sostén de la prohibición de la guerra, de garantías idóneas, principalmente el monopolio jurídico de la fuerza en cabeza de la ONU. En segundo lugar, todas las armas deberían ser calificadas como *bienes ilícitos*, de modo que su producción, comercio, uso y tenencia deberían prohibirse tan severamente como se hace con las drogas. Se trataría de la medida más eficaz de prevención frente al terrorismo, la criminalidad y las tantas guerras que afligen al planeta.

La segunda catástrofe, aun más alarmante, es la destrucción del ambiente. Nuestra generación produjo daños irreversibles a nuestro ambiente natural, que aumentan cada año. Estamos destruyendo nuestro planeta en una carrera desquiciada hacia el desarrollo insostenible. Hemos masacrado especies

animales completas, consumido gran parte de nuestros recursos energéticos, envenenado el mar, contaminado el aire y el agua, desforestado, convertido en desierto y cemento millones de hectáreas de tierra. De las otras catástrofes, incluso de las más terribles -piénsese en la segunda guerra mundial y en el horror del Holocausto-, la razón jurídica y política siempre extrajo lecciones, formulando nuevos pactos sociales de convivencia, nuevos "nunca más", a fin de evitar que se repitieran. De manera distinta a todas las otras catástrofes pasadas de la historia humana, la catástrofe ecológica es en gran parte irremediable, y probablemente no tendremos tiempo para extraer las correspondientes lecciones. Por primera vez en la historia existe el peligro de que se adquiriera la conciencia de la necesidad de cambiar el rumbo y establecer un nuevo pacto cuando ya sea demasiado tarde.

Bajo esta perspectiva -el peligro de un crecimiento ilimitado e insostenible- sería necesario unir a las cartas constitucionales de los derechos fundamentales, una *Carta constitucional de los bienes fundamentales*: por un lado, estipulando los vínculos a la producción y distribución de los bienes sociales; por el otro, trazando, sobre la base de un nuevo "contrato natural"⁽¹⁶⁾ encaminado a la protección de los bienes comunes, límites rigurosos tanto al mercado como a la política. En particular, repito, en lo que se refiere a los bienes comunes, debemos ser conscientes de que una política racional encaminada a su protección, convirtiéndolos en inviolables, indisponibles e inapropiables, requiere hoy de una lucha contra el tiempo. Es previsible que se arribe, antes o después, a una democracia cosmopolítica, a un nuevo pacto de convivencia dictado nuevamente por la razón. Pero hoy debemos saber que la historia ya no es concebible con seguridad como progresiva, sino que presenta en su horizonte la catástrofe irreversible. Y nosotros corremos el riesgo de llegar tarde para prevenirla.

7. Por un constitucionalismo mundial. Concluyo afirmando que la perspectiva aquí conjeturada de la ampliación a las relaciones internacionales del paradigma del Estado constitucional de derecho -en pocas palabras, la construcción de una esfera pública mundial- no resulta solamente implicada -y,

por ello, normativamente impuesta-, si tomamos en serio al derecho, por el diseño normativo de la Carta de la ONU y de las convenciones sobre derechos humanos. Ella representa además la única alternativa racional a un futuro de guerras, violencia, fundamentalismos y destrucciones. Agrego que aun cuando la actual anarquía internacional equivalga de hecho a la primacía de la ley del más fuerte, ella no favorece, en el largo plazo, ni siquiera al más fuerte, ya que se resuelve en una inseguridad general y precariedad, ya que siempre "el más débil", como escribió Thomas Hobbes, "tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte con una maquinación secreta o aliándose con otros" (17).

Lamentablemente no hay razones para cultivar ningún optimismo. Pero es necesario, al menos, evitar la falacia en la cual incurre buena parte de la filosofía política y jurídica "realista". En los procesos actuales no hay nada de natural, ni de necesario, ni, por lo tanto, de inevitable. Estos procesos son el fruto de decisiones políticas o, podría decirse también, de un vacío de la política y, en consecuencia, si se los quiere combatir, ellos requieren a la política y aún antes a la cultura jurídica y política la proyección de las nuevas y específicas garantías de un Estado de derecho internacional en condiciones de afrontarlos. El futuro de la paz, de los derechos y de la democracia, en pocas palabras, depende también de nosotros. Vale decir que depende también, como siempre, de la cultura jurídica y política y de su capacidad de análisis y de proyección. Por ello quiero concluir recordando el optimismo metodológico expresado por Norberto Bobbio en uno de los pasajes más bellos de sus últimos escritos. Es cierto, escribió Bobbio evocando a Kant (18), que el progreso "no es necesario", sino "sólo posible". Pero ello depende también de nuestra confianza en esta "posibilidad" y de nuestro rechazo a dar por descontadas "la inmovilidad y la monótona reiteración de la historia". "Respecto a las grandes aspiraciones del hombre" expuestas en las tantas cartas y declaraciones de los derechos, advirtió Bobbio, "ya estamos demasiado retrasados. Intentemos no acrecentar ese retraso con nuestra desconfianza, indolencia, escepticismo. No tenemos tiempo para perder. La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad procediendo en dos direcciones opuestas: en dirección a la paz o en dirección a

la guerra, a la libertad o a la opresión. La vía de la paz y de la libertad pasa a través del reconocimiento y la protección de los derechos del hombre. No niego que la vía es difícil. Pero no hay alternativas" (19).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(*)(*)"Lectio Doctoralis" del profesor Luigi Ferrajoli en la oportunidad del doctorado honoris causa de la Universidad Nacional de La Plata, 22 de noviembre de 2005. Traducción de Pablo Eiroa y Nicolás Guzmán.

(1) Como lo ha reconstruido y evidenciado FILIPPI, A., "La filosofía de Bobbio en América Latina y España", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, ps. 11-33.

(2) Sobre estos cambios de paradigma remito a mi "Lo stato di diritto tra passato e futuro", en P. Costa y D. Zolo, "Lo stato di diritto", Feltrinelli, Milano 2002, ps. 349-386 y "Diritti fondamentali. Un dibattito teorico", a cargo de E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001, ps. 18-22, 145-150, 318-332.

(3) Véase, sobre estas nuevas fuentes del derecho, FERRARESE, M. R., "Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale", Il Mulino, Bologna, 2000.

(4) "UNDP. Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione", Rosenberg e Sellier, Torino 1999, p. 55. La divergencia de rédito entre el quinto de la población mundial que vive en los países más ricos y el quinto que vive en los países más pobres era de 30 a 1 en 1960, de 60 a 1 en 1990 y de 74 a 1 en 1997 (ivi, p.19).

(5) TOGNONI, G., "I farmaci essenziali come indicatori di diritto", en "Giornale italiano di farmacia clinica", 12, 2, abril-junio 1998, ps. 116-122, que recuerda que en 1977 la Organización Mundial de la Salud compiló una lista de "medicamentos esenciales", objeto en cuanto tales, de distribución obligatoria, de los que propuso la siguiente definición: "se definen 'medicamentos esenciales' aquellos que satisfacen las necesidades sanitarias de la mayor parte de la población y que, por lo tanto, deben estar disponibles en todo momento en cantidad suficiente y en la forma farmacéutica apropiada". La lista contemplaba originariamente poco más de doscientos medicamentos. En 1997 contenía poco menos de trescientos, casi todos no costosos. Continúa siendo aún una de las tantas promesas no mantenidas.

(6) Sobre esta distinción, me remito a mi "Garanzie", en "Parole chiave", 1999, N° 19, ps. 15-32.

(7) Recuérdense las máximas romanas clásicas: "Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur" ("Institutiones" di Giustiniano, 2, 1 pr.; D 1,8,2,1 pr.); "et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris" (ivi D 1,8,2,1). Esta clásica definición de los bienes comunes de la humanidad, junto a la reivindicación en cabeza de los españoles del "jus migrandi" y del "ius communicationis", fue esgrimida por Francisco de Vitoria, al

comienzo de la edad moderna, para legitimar la conquista y la colonización del nuevo mundo. Estos bienes, declaró Vitorio, son de utilidad pública: " Ergo neminem licet ab illis prohibere. Ex quo sequitur quod barbari iniuriam fecerent Hispanis, si prohiberent illos a suis regionibus" (F. de Vitoria, "De indis recenter inventis relectio prior" (1539), en "De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII", a cargo de E.Nys, "The Classics of International Law", Oceana, New York 1964, sect.III, 2., prob. 10, p. 258).

(8) Es la expresión usada por el art. 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar del 10.12.1982: "la Zona (de alta mar) y sus recursos son patrimonio común de la humanidad"; "Todos los derechos sobre los recursos de la Zona", añade el art. 137, inc. 2, "pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad (Internacional de los Fondos Marinos). Estos recursos son inalienables"; "Las actividades en la Zona se realizarán... en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la ubicación geográfica de los Estados, ya sean ribereños o sin litoral, y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo" y se asegura "la distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la Zona mediante un mecanismo apropiado, sobre una base no discriminatoria". También "en beneficio de toda la humanidad" son calificados los espacios extra-atmosféricos del art. 1 del Tratado respectivo del 27.1.1967, que impone su "utilización para el bien y en el interés de todos los países, cualquiera que sea el estadio de su desarrollo económico o científico".

(9) LOCKE, J., "Second Treatise of Government" (1690), tr. esp. de Carlos Mellizo, "Segundo tratado sobre el gobierno civil", Alianza editorial, Madrid, 1990, cap.V, § 36, p. 63. Poco antes: "Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso, será propiedad suya. Es como si, como resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales ... Aquel que sometió, labró y sembró una parcela de tierra, añadió a ella algo que era de su propiedad y a lo que ningún otro tenía derecho ni podía arrebatarse sin cometer injuria" (ivi, § 32, p.60).

(10) Ivi, § 36, p.62. "Las posesiones que podría apropiarse", prosigue Locke, no producirían "perjuicio a su vecino" (ibídem). También porque "aquel que, mediante su propio esfuerzo, se apropia de una parcela de tierra no sólo no disminuye la propiedad común de la humanidad, sino que la acrecienta; pues los frutos en beneficio de la vida humana que son producidos por un acre de tierra cultivada resultan ser -sin exageración- diez veces más que los producidos por un acre de tierra igualmente fértil que no es aprovechado y continúa siendo terreno comunal ... Mas si digo que la productividad de la tierra cultivada es diez veces mayor que la de la no cultivada, la verdad es que estoy calculando muy por lo bajo ... habría que preguntarse si de verdad en las tierras salvajes de América que no han sido cultivadas y permanecen en su estado natural, sin ninguna mejora, labranza o cultivo, mil acres producen los mismos bienes utilizables para la vida, que los que producen diez acres de tierra igualmente fértil en el condado de Devonshire donde han sido cultivados" (ivi, § 37, p.64-65).

(11) LOCKE, J., op. cit., cap. IX, 121, p. 339.

- (12) de TOCQUEVILLE, A., "Mémoires sur le paupérisme" (1838), en "Oeuvres complètes", Gallimard, Paris 1989, t. XVI, Mélanges.
- (13) HOLMES, S. e SUNSTEIN, C. R., "Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse", Il Mulino, Bologna 2000.
- (14) SEN, A., "Resources, Values and Development" (1984), tr. it., "Risorse, valori, sviluppo", Bollati Boringhieri, Torino 1982, cap. V, ps.122-141; *id.*, "On Ethics and Economics", (1987), tr. it., "Etica ed economia", Laterza, Roma-Bari 2001; *id.*, "Development as Freedom" (1999), tr. it., "Lo sviluppo è libertà".Perché non c'è crescita senza democrazia", Mondadori, Milano, 2000.
- (15) FOUCAULT, M., "Corso" cit., ps. 200 e 221.
- (16) Es el título del ensayo de SERRES, M., "Le contrat naturel", (1990), tr.it., "Il contratto naturale", Feltrinelli, Milano 1991.
- (17) HOBBS, T., "Leviathan", tr. it., Leviatano, con texto en inglés de 1651 en frente, a cargo de R. Santi, Bompiani, Milano 2001, cap.XIII, 1, p. 203.
- (18) La referencia es a KANT, I., "Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio" (1798), en "Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto", tr. it. de G. Solari, Utet, Torino 1965, §§ 6 e 7, ps. 218-226; *id.*, "Sopra il detto comune: 'Questo può essere giusto in teoria ma non vale nella pratica'", (1793), *ivi*, III, ps. 273-281.
- (19) BOBBIO, N., "Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti" (1989), *ahora en id.*, "Teoria generale della politica", a cargo de Michelangelo Bovero, Einaudi, Torino 1999, ps. 439-440.