



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



**DERECHOS
HUMANOS**

CUATRO TEMAS Y CUATRO PROBLEMAS EN LA TEORÍA JURÍDICA DE LUIGI FERRAJOLI

ROBERTO GARGARELLA

En este breve escrito, quisiera comentar críticamente algunos aspectos centrales de la teoría del jurista Luigi Ferrajoli, tal como se desprenden de su libro *Democracia y garantismo* (Ferrajoli 2008). Esta obra se compone de una importante colección de ensayos elaborados por el profesor italiano, y ha sido recientemente editada por el colega y constitucionalista Miguel Carbonell. Mi análisis se centrará entonces en este reciente trabajo, y sólo ocasionalmente haré alusión a otros escritos del autor. Lo dicho debe servir, también, para afirmar los límites de mi trabajo. Me resulta imposible dar plena cuenta del armazón teórico elaborado por Ferrajoli a lo largo de una intensa, extensa y fructífera vida académica, y por ello - al optar por este análisis acotado- corro el riesgo de ser injusto con dicha vasta obra. A favor de mi emprendimiento, en todo caso, señalo que los trabajos agrupados en *Democracia y garantismo* son numerosos, sustantivos, y dan buena cuenta del valioso mundo teórico elaborado por el jurista.

En mi estudio, pondré bajo análisis algunas de las posiciones defendidas por Ferrajoli en relación con cuatro cuestiones fundamentales: teoría de la democracia; teoría de los derechos; justificación del control judicial; y minimalismo penal. Dichos temas aparecen articulados, entre los distintos capítulos del libro, para dar lugar finalmente a una teoría, en principio, abarcativa, completa y autosostenida. Éste es, sin dudas, uno de los principales méritos del trabajo de Ferrajoli: el autor reconoce las complicaciones y exigencias propias de los temas que aborda, y sensatamente hace frente a ellas mostrando, además, los modos en que estas distintas cuestiones se encuentran relacionadas entre sí, y de qué modo la justificación de unas requiere de la asistencia de las demás.

Mi trabajo consistirá fundamentalmente en dos partes. En la primera, haré una resumida presentación del modo en que el autor trata y articula los cuatro temas teóricos mencionados (democracia, derechos, control judicial, minimalismo penal). Luego, en la segunda parte, examinaré críticamente la visión teórica que de allí se desprende.

PRIMERA PARTE: CUATRO TEMAS EN LA TEORIA DE FERRAJOLI

I. DEMOCRACIA E IRRACIONALIDAD

Un aspecto central en toda la estructura teórica propuesta por Ferrajoli tiene que ver con su mirada sobre la democracia, que subyace como última variable explicativa de muchos de sus análisis más específicos. Sistemáticamente, el profesor italiano asocia a la idea de democracia con la irracionalidad de las mayorías y el abuso del poder. Parece haber en su pensamiento una asentada idea según la cual la democracia conduce *necesariamente* a la opresión de las minorías por parte de las mayorías.

Así, en su texto “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con M. Bovero,” Ferrajoli relaciona a la democracia, directamente, con lo que Michelangelo Bovero denominara *kakistocracia* o gobierno de los peores. Denuncia entonces, al respecto, las tendencias plebiscitarias y corruptas de esta forma de gobierno. Dice el autor:

En tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista de la democracia la que debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritarias y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus perversiones videocráticas; o, dicho en una palabra, contra la *kakistocracia* de la que habla Michelangelo Bovero (85).¹

Pero algo más: la corrupción que Ferrajoli reconoce en la democracia es concebida, directamente, como inevitable. La combinación de elementos que encuentra en la democracia, y deriva de ella, no puede ser más inatractiva: las mayorías parecen estar gobernadas, fundamentalmente, por pasiones e intereses particulares, a la vez que se muestran por completo vulnerables frente al engaño de líderes inescrupulosos. La inexorable conexión entre democracia y opresión sólo

¹ El número de página corresponde siempre a la obra bajo análisis, salvo que señale lo contrario.

puede frenarse, para él, a través de vallas muy firmes puestas contra los arrebatos de las mayorías desbocadas. Agrega así el autor:

Me pregunto si la *kakistocracia* que Bovero ha ilustrado no depende precisamente de la (inevitable) degeneración, en ausencia de adecuados límites y controles, de la democracia política por él identificada con la democracia *tout court*: si, en otras palabras, el constante empeoramiento del ‘gobierno de los peores’ al cual estamos asistiendo en tantos de nuestros países no sea un efecto perverso propio del deterioro en el sentido común –aun antes que en mutaciones institucionales concretos- del valor de la constitución y de las garantías impuestas por ella a los poderes democráticos de la mayoría (88).

El juicio de Ferrajoli es radical: si la democracia nos lleva al abuso, la unanimidad nos remite entonces al totalitarismo. De allí la necesidad de barreras y controles “contra-mayoritarios,” sobre los que enseguida volveremos²

II. LA ESFERA DE LO INDECIDIBLE COMO ESCUDO FRENTE A LA DEMOCRACIA

Dados los riesgos extraordinarios impuestos por la organización democrática, se torna imprescindible –en opinión de nuestro autor- el apelar a herramientas institucionales de protección contra los impulsos irrefrenables de las mayorías. Ferrajoli alude, entonces, a lo que ha dado en llamar la *esfera de lo indecible*, es decir, un territorio que se expropia del reino democrático –un ámbito sustraído del control mayoritario.

² Dice el autor: “Sabemos bien que si un pueblo fuese unánime, ello sería la señal más elocuente de la degeneración totalitaria de la democracia y que hablar del ‘poder del pueblo’ sirve para ocultar el pluralismo político y los conflictos de clase que atraviesan las sociedades...Y es justamente para impedir que este poder sea absoluto por lo que la democracia política, para no contradecirse a sí misma, debe incorporar ‘contra-poderes’ de todos, incluso de la minoría, orientados a limitar los poderes de la mayoría. Estos contra-poderes, que no se advierte por qué no deban ser configurados también ellos como ‘poderes del pueblo’ (o ‘democráticos’), son precisamente los derechos fundamentales, gracias a los cuales todos y cada uno están tutelados de las invasiones y de los arbitrios de una parte del pueblo sobre las otras” (87)

“Jurisdicción y democracia” es uno de los tantos artículos en donde Ferrajoli se refiere a la *esfera de lo indecible*. Allí, define a la misma, y describe su contenido, del siguiente modo:

Esta esfera de lo *no decidible* –‘qué cosa’ no es lícito decidir (o no decidir)- no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayorías. Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales –los primeros entre todos son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público a los que puedan ser sacrificados – y a la sujeción de los poderes públicos a la ley (212-13).

Ferrajoli asocia la idea de lo *indecible* con la tradición contractualista;³ con el pensamiento liberal –que incluye, según su descripción, a autores que van desde von Humboldt a Constant y a Tocqueville-; y también con las propuestas de reconocidos autores propios de la filosofía política contemporánea, entre los que cita a Norberto Bobbio (y su idea del “territorio inviolable”) o Ernesto Garzón Valdés (y su noción del “coto vedado”).⁴

Una peculiaridad notable de su noción de la *esfera de lo indecible* –una peculiaridad que lo separa de algunos de los criterios expuestos por autores como los mencionados- es que la misma no incluye, exclusivamente, límites “negativos,” que

³ En su escrito sobre “La esfera de lo indecible y la división de poderes,” Ferrajoli se refiere al “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías. La expresión evoca nociones análogas del léxico político. Michelangelo Bovero ha recordado la noción de ‘coto vedado’ de Ernesto Garzón Valdés y la de ‘territorio inviolable’ de Norberto Bobbio. En general, la expresión se refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal: desde von Humboldt hasta Constant y Tocqueville (102).”

⁴ Así, en “La democracia constitucional,” sostiene que: “Esta convención –en la cual bien podemos reconocer la forma positiva concretamente asumida por el ‘contractualismo social’ hipotetizado por las filosofías iusnaturalistas, de Hobbes a Locke y a Beccaria- no es otra cosa que la estipulación de aquellas normas que son ‘derechos fundamentales’, es decir, de aquellos derechos elaborados por la tradición iusnaturalista, en el origen del Estado moderno, como ‘innatos’ o ‘naturales’, y convertidos, una vez incorporados a aquellos contratos sociales en forma escrita que son las modernas constituciones, en derechos positivos de rango constitucional.” (31)

definen qué es lo que la democracia no puede hacer nunca, sino también obligaciones “positivas,” que un Estado democrático no puede dejar de cumplir (102-104). En tal sentido, Ferrajoli alude a:

este derecho por encima del derecho, en este sistema de normas metalegales destinadas a los poderes públicos y ante todo al legislador, consiste la *constitución*: se trata de la *convención democrática* acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y por qué otras no pueden no ser no decididas.

En todo caso, lo que resulta claro –y lo que vincula estrechamente a la postura de Ferrajoli con parte fundamental de la tradición liberal-contractualista, es el carácter no-mayoritario –y, más bien, contra-mayoritario- del esquema que defiende. Nuevamente, la postura de Ferrajoli sobre el punto es muy extrema: los derechos y obligaciones en juego no sólo se establecen como resguardos *contra* lo que puedan decidir las “contingentes mayorías,” sino además como resguardos insuperables, es decir, resguardos que no pueden ser dejados de lado siquiera a partir de una decisión unánime adoptada por la ciudadanía. En su artículo “Sobre los derechos fundamentales,” Ferrajoli expresa su posición de modo que no deja lugar a dudas. En sus palabras:

De forma distinta a las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no decidible (qué sí o qué no)’. Ésta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre –de los derechos de libertad a los derechos sociales- contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción (55).

Significa esto, como podrían decir algunos, que la democracia entonces pierde contenido, y así razón de ser? Quiere decir esto, acaso, que la democracia resulta vaciada de contenido? La respuesta de Ferrajoli es negativa. Nos dice:

La política, gracias a [las constituciones] ha sido sometida al derecho y precisamente a la esfera de lo indecible, imponiendo que esté regida por funciones de garantía independientes. Pero esto no significa que los espacios de la política se hayan hecho angostos, como lamentan muchos defensores de la omnipotencia política de las mayorías de gobierno. A la política le queda sobre todo la esfera de lo decidible, confiada a las funciones legislativas y gubernativas de innovación normativa y de dirección política, siempre respetando a la constitución. Pero sobre todo le queda confiada lo que los sociólogos llaman la implementación de las funciones de las instituciones de la garantía, es decir, su creación y su regulación en acatamiento del mandato constitucional (108).

III. CONTROL JUDICIAL, VERDAD Y DEMOCRACIA

Una vez definidos los rasgos esenciales de la democracia –vinculados con la irracionalidad y la inevitable propensión a la comisión de abusos- y establecido también el ámbito de protección que se crea, frente a la misma –dada por la *esfera de lo indecible*- Ferrajoli se refiere al papel de los jueces en democracia. En este sentido, resulta muy importante su análisis sobre la habitual crítica al control judicial de constitucionalidad. Según esta crítica, resulta un problema, en una democracia, que los jueces, como funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, sean capaces de “derrotar” a las pretensiones mayoritarias (expresadas, fundamentalmente, a través de las leyes), en el ejercicio de su función de contralor (típicamente, a través de la declaración de inconstitucionalidad de alguna ley).⁵

En busca de respaldo para su postura, Ferrajoli recurre, de modo especial, a Ronald Dworkin y a su propuesta de ver a los derechos como “cartas de triunfo frente a las mayorías.” Esta base resulta esencial, en el jurista italiano, para montar su defensa del carácter democrático la función judicial. Ante todo: los derechos a proteger no

⁵ Esta habitual crítica reconoce como antecedente fundamental el trabajo de Alexander Bickel (1961).

surgen de las mayorías, y se establecen *contra* las ambiciones de ellas. Cómo pensar, entonces, que la protección de los mismos podría quedar en manos de las mismas mayorías que son principales amenazas para esos derechos, y así objeto principal de ese control?

En este sentido, en su trabajo “Jurisdicción y democracia” Ferrajoli se refiere a la “jurisdicción” como “límite a la democracia política,” y afirma:

si ‘democracia’ se entiende, según el viejo paradigma jacobino, en el sentido de la omnipotencia de la mayoría y, por tanto, de los poderes político-representativos, el fundamento de la legitimidad del poder judicial no es ‘democrático’ sino ‘legal’. Sin embargo, si entendemos la democracia en el segundo sentido indicado –el de la dimensión que podemos llamar ‘constitucional’ o ‘sustancial’, relativa no a *quién* se encuentra habilitado para decidir (la mayoría, desde luego), sino a *qué cosa* no es lícito decidir (o no decidir) a ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad – son justamente estos cambios de paradigma los que han proporcionado un fundamento nuevo, ‘democrático’ en este segundo sentido, al papel del juez en un Estado constitucional de derecho, no antitético sino complementario del de la democracia política (212-13).

Para nuestro autor, entonces, la objeción “contra-mayoritaria” aparece disuelta, y la disolución parece resultar plenamente justificada: el controlado no puede encontrarse identificado y superpuesto con el órgano principal de contralor.

Conviene señalar, además, que Ferrajoli tiene otro argumento importante en sus manos, una carta adicional referida, específicamente, al papel que le toca ocupar al juez penal en este escenario. La cuestión tiene que ver con la búsqueda de la “verdad” que aparece en los procesos penales. El argumento es que esa verdad no depende –ni puede depender nunca- de las reglas democráticas, y la participación y voluntad del mayor número. Más bien lo contrario. Si existe algún vínculo entre “verdad” en el proceso, y decisión mayoritaria, se trata de uno de absoluta tensión.

Esta naturaleza de la jurisdicción es por sí sola suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y par fundar la independencia respecto de cualquier

poder representativo de la mayoría. Precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría, que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero....(porque los derechos son, como en la feliz expresión de Dworkin, derechos 'contra la mayoría), también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente 'contra la mayoría'. No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque tal decisión responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que fuera, podría hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable (214).⁶

IV. MINIMALISMO PENAL

Llegados a este punto, una pregunta adicional e importante, que nos queda por hacer, es la siguiente: Cómo concebir al derecho penal, dentro de un marco como el descrito? La respuesta, para Ferrajoli, parece sencilla, y se encuentra estrechamente relacionada con los antecedentes examinados.

Piénsese, ante todo, en la fuerte contraposición que él establece entre "garantismo penal" y "democracia política." Recordemos, en esta instancia, su presupuesto conforme al cual la democracia nos conduce tendencialmente hacia violaciones de derechos. En el ámbito penal, dicha tendencia opresiva -los excesos de la democracia- se traducen en un populismo también irrefrenable, que pretende el establecimiento de más y más penas, y penas más y más gravosas.

Es por ello, por caso, que en "Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo" Ferrajoli nos habla de una

⁶ De modo similar, en "Garantías y derecho penal" alude a "el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdicción penal y su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría." Y agrega: "Precisamente porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la comprobación imparcial de la verdad, precisamente porque los derechos fundamentales y sus garantías son, según la feliz expresión de Ronald Dworkin, derechos y garantías 'frente a la mayoría', también el poder judicial a quien se encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente 'frente a la mayoría'" (198).

deriva inflacionista del derecho penal...El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, que se desarrolla fuera de todo diseño racional y a través del cual han entrado en crisis todos los clásicos principios garantistas y de legitimación (257)

Mientras tanto, en “Garantías y derecho penal” él nos refiere a la contraposición que existe entre “garantismo penal” y “democracia política.” Dice entonces:

entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del imputado, del reo y del detenido, existe *de facto* una antinomia; que la legitimación del poder judicial, en otras palabras, no es ‘democrática,’ si por ‘democracia’ se entiende únicamente voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría. La batalla del garantismo penal, ha escrito Norberto Bobbio, siempre ha sido una ‘batalla de la minoría’ (196)

Para Ferrajoli, por tanto, la única salida frente a este proceso en principio irrefrenable, siempre amenazante, es la defensa de un *derecho penal mínimo*, destinado a proteger las garantías y derechos que la democracia pone en riesgo. Esa es la manera de empezar a poner límite a las ansiedades punitivistas de las mayorías. Dice Ferrajoli:

Quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir, o sea minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos...Si y sólo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si, en suma, es capaz de realizar, como *derecho penal mínimo*, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas (194).⁷

⁷ Y agrega: “Como paradigma meta-teórico, la expresión ‘derecho penal mínimo’ designa una doctrina que justifica el derecho penal si y sólo si puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales, y la prevención y minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían” (252).

SEGUNDA PARTE: CUATRO PROBLEMAS EN LA TEORIA DE FERRAJOLI

En esta sección, y a continuación, quisiera examinar críticamente los presupuestos y propuestas defendidas por el autor, y resumidos en las páginas anteriores.

DEMOCRACIA Y CIUDADANIA

Un primer problema presente en la teoría del autor italiano se refiere a su visión de la democracia. Según entiendo, se trata de un problema que abarca tanto cuestiones descriptivas como normativas. Su presentación, por ello, resulta vulnerable tanto en cuanto a la sociología política que ofrece, como en lo que hace a la filosofía política que presupone. Para empezar por lo primero, veamos cómo es que el analiza la vida democrática de nuestras comunidades. En su opinión, y según hemos visto, las mayorías tienden a decidir irracionalmente; se dejan seducir y engañar por irresponsables; consagran la *kakistocracia* o gobierno de los peores; y se inclinan habitualmente por políticas que implican acciones opresivas sobre los derechos de las minorías.

El escenario descrito por Ferrajoli no puede ser más ominoso y pesimista. Ello, por un lado, porque su postura simplemente imputa a la ciudadanía acciones y decisiones sobre las cuales ella, en muchos casos, ni ha intervenido, y sobre las que carece de control real. Por ejemplo, si examináramos nuestros sistemas políticos bajo el presupuesto de que hoy existe una radical “crisis de representación” (una descripción que, en todo caso, encontraría tanto respaldo en el “sentido común” como la que presenta el propio Ferrajoli), luego, tendría poco sentido seguir asignando a la ciudadanía la responsabilidad principal en las malas decisiones públicas que dichos sistemas producen. En efecto, en un marco institucional marcado por la crisis de representatividad, la ciudadanía es menos protagonista que víctima de las decisiones del poder público. Lo mismo ocurriría si sostuviéramos –como podría hacerlo un defensor de un modelo más participativo de la democracia- que el propio sistema institucional trabaja en contra de la posibilidad de que se tomen decisiones más

imparciales, al eliminar foros de discusión pública y dejar que el proceso de toma de decisiones quede cada vez más en manos del dinero y el poder de unos pocos. La postura descriptiva propuesta por Ferrajoli, en este sentido, parece encontrarse en problemas que él no se ocupa de discutir, ni de rebatir a partir de alguna evidencia empírica sólida. Al mismo tiempo, existen alternativas descriptivas razonables, que él no discute, y que nos permitirían arribar a conclusiones opuestas a las que él toma como dadas.

Pensemos ahora, en la filosofía política asumida por Ferrajoli, a través de la lectura de la democracia en la que se apoya. Al respecto, podríamos decir que, de las numerosas concepciones disponibles sobre la materia, Ferrajoli opta por la línea más conservadora, relacionada con una visión más bien elitista de la democracia. Según esta visión, no es conveniente alentar la intervención ciudadana en los asuntos públicos, dadas las pulsiones opresivas y las rasgos de irracionalidad que caracterizan su accionar colectivo. El tipo de opción asumida por Ferrajoli se advierte más claramente cuando se la contrasta con algunas de las alternativas a mano, habituales empleadas dentro de la filosofía política moderna. Al respecto es dable encontrar, por caso, visiones teóricas opuestas a la que él asumo, y que toman como presupuesto fundante y punto de partida una actitud de confianza en las capacidades cívicas para actuar colectivamente. Algunas de estas visiones –por atribuirles un nombre llamémosles *rousseauunianas* o *populistas*– acompañan dicho presupuesto con una idea también opuesta a la ferrajoliana, conforme a la cual la ciudadanía tiende a actuar siempre de manera racional –una visión que, en su momento, alcanzara expresión pública a través del slogan político “la voz del pueblo es la voz de Dios.” Otras concepciones, con las que en lo personal siento más afinidad, parten también de una actitud de confianza en torno a las capacidades de la ciudadanía, pero sin la necesidad de presuponer una conexión ontológica, necesaria, entre voluntad mayoritaria y razón. Permítaseme entonces delinear, brevemente, qué es lo que podría sostenerse desde una concepción de este tipo, a la que podríamos denominar concepción *deliberativa* de la democracia.

Para una concepción deliberativa, la vida pública debería estar regulada por normas surgidas de procesos de discusión pública inclusivos, celebrados entre ciudadanos situados en un pie de igualdad. El presupuesto, en este caso, es la idea millleana conforme a la cual *cada individuo es el mejor juez de sus propios intereses*, y a partir de la cual se nos dice que todos deben argumentar, frente a los demás, para definir el modo en que organizar la vida en común. No se asume, en este caso, que la deliberación va a llevarnos siempre o necesariamente a decisiones correctas, pero sí que –en una sociedad de iguales- no hay forma mejor para determinar de qué modo vivir colectivamente. La idea es que en una sociedad de iguales, ningún individuo o caudillo, ningún grupo o familia, ninguna elite –tampoco la elite judicial, por caso- merece arrogarse la razón, ni el derecho de decidir en nombre de los demás. Decir esto, al mismo tiempo, no implica negar ni el valor ni la importancia de los mecanismos institucionales dirigidos al establecimiento de controles al poder, y de procedimientos para la mutua corrección. Más bien lo contrario: todo el andamiaje institucional defendido por quienes sostienen visiones deliberativas de la democracia se orienta justamente a eso, es decir, a tornar cognoscibles las “quejas” de quienes se sienten maltratados por el sistema institucional, y a favorecer la corrección de las decisiones públicas, de modo tal de tornarlas cada vez más imparciales. La idea es, en definitiva, que cada persona sea tratada como un igual.

Por supuesto, concepciones de la democracia como la recién expuesta –una concepción deliberativa- resultan para muchos inatractivas, polémicas, complejas de defender. Ello, a pesar de que las mismas cuentan con el respaldo de muchos de los más notables pensadores contemporáneos en la materia, entre los que podemos citar a John Rawls, Jurgen Habermas, o al argentino Carlos Nino. En el contexto de este trabajo, sin embargo, mi propósito no es el de afirmar y probar la superioridad de este tipo de visiones, en las que creo. Me basta, por ahora, con dejar asentado que Ferrajoli opta, sin mayor argumentación, por una lectura sobre la democracia y la ciudadanía que no es nada obvia, y que –a la luz de las alternativas existentes- merecería una defensa más cuidadosa.

Resulta obvio, por lo demás, que las consecuencias que se siguen de adoptar un tipo u otro de presupuestos, en este terreno, son muy significativas, tal como vamos a comprobarlo en las secciones que siguen.

II. DERECHOS

En su reflexión sobre teoría de los derechos, otra vez, la teoría de Ferrajoli se inscribe dentro de una línea por demás polémica y difícil de justificar. Se trata nuevamente, y según mi opinión, de una lectura elitista, que tiene claras raíces en la tradición del pensamiento iusnaturalista lockeano. Conforme a esta visión, que marcó al pensamiento iluminista moderno, existen ciertos derechos fundamentales “naturales,” que resultan, a su vez, autoevidentes. La misión principal del gobierno político, y la que lo justifica, entonces, es la de proteger esos derechos, y en todo caso actuar en el espacio libre que dejan tales derechos –para utilizar el lenguaje de Ferrajoli, el gobierno debe actuar dentro de la *esfera de lo decidible*.

A esta altura, debiera ser claro que la opción defendida por Ferrajoli resulta, en tales aspectos, muy problemática. Muchos de entre nosotros intuimos, por caso, que existen intereses fundamentales que merecen la máxima protección por parte de las autoridades, pero a la vez sabemos que disentimos radicalmente a la hora de determinar cuáles son esos intereses, cuáles sus contornos, cuáles sus contenidos (Waldron 1999). Si hay una cualidad que no podemos atribuir a dichos “derechos” es, justamente, la de ser autoevidentes. Pensemos, por ejemplo, en la tríada de derechos naturales, innegociables e intangibles defendida por los iusnaturalistas norteamericanos, en 1776, luego de la revolución independentista. Para algunos, la lista estaba de derechos fundamentales encabezada por los derechos a la vida, la libertad, y a la propiedad. Para otros –para la facción entonces dominante, por caso– esos derechos básicos no incluían a la propiedad, sino a la felicidad. Es decir, ni en el momento social tal vez más propicio para la noción de los derechos naturales hubo un acuerdo capaz de definir siquiera los primeros lugares de la lista de esos derechos. Y qué decir sobre los contenidos y límites de cada uno de los derechos seleccionados?

Lo que nuestra práctica constitucional nos indica es que llevamos una vida de disputas legales intentando definir los alcances de los mismos.

Desde el punto de vista de una concepción deliberativa como la que defiendo, la existencia de tales desacuerdos radicales, tanto como la necesidad de y la vocación por alcanzar acuerdos al respecto, no resultan problemáticas. Más bien lo contrario. Otra vez, una práctica jurídica como la nuestra ratifica lo obvio, es decir, que los derechos no son autoevidentes, y que tenemos que ponernos de acuerdo, colectivamente, acerca de cómo pensarlos. Se trata de una tarea de reflexión colectiva, abierta a todos, permanente, sin un final previsible. De allí, también el valor de la discusión, y la importancia de organizar las instituciones públicas de modo tal de hacer posible esa discusión inclusiva, progresiva, inacabable.

Contra lo que aquí sugiero, en cambio, una teoría como la propuesta por Ferrajoli simplemente expropia esa discusión de las manos de la ciudadanía, a la que asume ansiosa por despedazar los derechos minoritarios. Pero lo cierto es que su teoría no nos deja en claro cuáles son esos derechos, ni cómo y quiénes tienen la capacidad para definirlos, ni de qué modo. Tampoco resulta claro, en tal sentido, el por qué de esa ansiedad opresiva de las mayorías, ni las razones que tenemos para pensar que algún grupo, dentro de la sociedad, va a tener la tranquilidad y la capacidad necesarias para sobreponerse a las pasiones de los demás, y dar custodia a aquello que las mayorías quieren arrasar.

III. CONTROL JUDICIAL

A partir de su controvertible aproximación a las nociones de democracia y derechos, Ferrajoli encuentra allanada la justificación del control judicial de constitucionalidad. Si nos importa preservar ciertos derechos básicos, y a la vez sabemos que las mayorías tienden a actuar irracionalmente, dejándose engañar por líderes inescrupulosos (la *kakistocracia*), luego, resulta obvio que no haríamos bien en confiarle la custodia de los derechos a quienes resultan sus principales o más riesgosos enemigos. Por otro lado, si

la lista de los derechos fundamentales que queremos preservar tiene un contenido definido y más o menos transparente, luego, no es necesario albergar mayores preocupaciones a partir del hecho de que un cuerpo técnico, independiente de las presiones mayoritarias, quede a cargo de su resguardo. En todo caso, el riesgo aparecería sólo si los jueces perdieran independencia y distancia en relación con las mayorías –si pudieran quedar seducidos por las pretensiones de aquella, o si tuvieran incentivos institucionales para seducir a esas mayorías (lo que ocurriría, por caso, si las posiciones judiciales quedaran sujetas a la elección y reelección popular). En definitiva, para Ferrajoli, y tal como viéramos, los derechos son “contra-mayoritarios” (“cartas de triunfo” contra las mayorías) y sus custodios deben serlo también (es decir, no deben estar sujetos a la elección popular, ni a su influencia): los jueces (penales) deben ocuparse de buscar la “verdad,” y no el favor de las mayorías.

Ocurre, de todos modos, que cuando problematizamos –como ya lo hemos venido haciendo- cada uno de los supuestos de la teoría de Ferrajoli, luego, necesariamente, la defensa que él hace del control judicial también resulta debilitada. Ello, por varias razones. En primer lugar, podríamos decir que las pasiones, los intereses, los raptos de irracionalidad, no son patrimonio exclusivo de ningún grupo. Por caso, no hay razones para pensar que nuestro sistema judicial es más o menos invulnerable frente a sesgos de clase, género, religión o raza que queremos ver ajenos a la decisión de conflictos sobre derechos. Más bien lo contrario. Nuestros planteles judiciales se muestran claramente sesgados en tales términos, conforme a lo que nos dicen todos los pocos estudios sociológicos con los que contamos (la mayoría de los jueces son blancos, de clase media alta, católicos, conservadores, etc.), a la vez que parece haber una alta correlación entre dichos sesgos y los resultados de sus sentencias. La evidencia empírica sobre este último aspecto no resulta, por lo menos, desdeñable (Sunstein et al 2006).

Las cosas se complican aún más cuando reconocemos que la tarea judicial no consiste, simplemente, en contrastar la evidencia empírica para encontrarse, finalmente, con la verdad del proceso. Necesariamente, y de modo mucho más claro

cuando lo que están en juego son derechos fundamentales, los jueces deben involucrarse en la *interpretación* de los derechos en juego, para definir sus contornos, alcances, contenidos. Y allí, esperablemente, sesgos como los señalados comienzan a operar, normalmente de modo indebido.

Demás está decir que esta crítica no supone ni necesita suponer ninguna mala fe en nuestros jueces. Ocurre que, por un lado, sesgos como los señalados resultan muy difíciles de erradicar, cualquiera sea el grupo final que tome las decisiones del caso. Por otro lado, y lo que aquí resulta más importante, la interpretación constitucional resulta una tarea compleja, que más de doscientos años de reflexión teórica sobre la materia no ha sabido desentrañar: no contamos hoy, luego de siglos de discusiones al respecto, con teorías interpretativas más o menos consensuadas o compartidas.

Es muy importante notar, en este punto, que las reacciones posibles frente a una descripción como la anterior pueden ser –al menos– de dos tipos, más bien opuestas entre sí, y dependientes de nuestros previos puntos de partida. Por un lado, autores inscriptos en una tradición de pensamiento como la que Ferrajoli defiende, podrían decir que, justamente, la complejidad de la tarea interpretativa refuerza la necesidad y justificación de la labor judicial. Cómo no dejarle la tarea a los “técnicos” y estudiosos del derecho, siendo dicha tarea, como se ha dicho aquí, tan compleja? (Y mucho más: cómo hacerlo cuando los legisladores resultan, además, parte interesada en el juego, y la principal amenaza de los derechos que se quieren defender?).

Por otro lado, y contra la posición anterior, muchos podríamos que, i) dado el hecho de que nuestros desacuerdos sobre cuestiones fundamentales son inerradicables, ii) dado el hecho adicional de que ninguna persona o grupo se encuentra en condiciones óptimas para resolver de un modo imparcial dichas disputas; y iii) dada la necesidad de encontrar una solución que iv) sea una solución respetuosa del hecho fundamental de nuestra igualdad dignidad; entonces v) debemos discutir y resolver colectivamente tales disputas, en lugar de dejarlas en

manos de algún individuo o grupo particular (una posición algo similar en Waldron 1999). Finalmente, los jueces de cualquier Corte Suprema, para tomar un caso, van a disentir tanto como nosotros mismos, frente a dilemas de derechos como los sugeridos.⁸

El punto que me interesa afirmar, de todos modos, no es uno referido a la necesidad de eliminar el control judicial. Por el contrario, creo que es posible defender al mismo, si se organiza sobre ciertos temas, y de ciertos modos, para ponerlo al servicio del fortalecimiento del debate democrático. Tampoco me interesa sostener aquí que todos los problemas constitucionales deben resolverse a través de plebiscitos u otras formas de la acción mayoritaria. Ello implicaría, entre otras cosas, asociar democracia con mayorías, y mayorías con racionalidad o verdad, de un modo en que no me interesa hacerlo.

Lo único que quisiera sostener, por el momento, y en este apartado, es que la defensa que hace Ferrajoli del control judicial es demasiado imperfecta, y que se encuentra sostenida en premisas de raíz elitista, que tenemos razones para cuestionar y rechazar. Frente a ello, por tanto, quiero dejar asentado que hay formas diferentes, y más atractivas según entiendo, para acercarse al problema del caso.

IV. MINIMALISMO PENAL

Finalmente, discutiría también algunos aspectos del minimalismo penal defendido por Ferrajoli. Al respecto, y ante todo, quisiera dejar asentados algunos puntos de mi crítica más general sobre el esquema defendido por el profesor italiano en este aspecto. En tal sentido diría, en primer lugar, que no objeto a Ferrajoli –como otros podrían hacerlo- por ir demasiado lejos con su propuesta garantista-minimalista sino, en todo caso, por *no ir lo suficientemente lejos*. Considero que si el mundo penal reviste

⁸ Este hecho se ve corroborado cotidianamente, cuando reconocemos que los casos sobre derechos fundamentales son habitualmente decididos a partir de fallos divididos, que rafican que dentro del tribunal hay quienes leen esos derechos, frente al caso particular, de un modo, mientras que otros los leen del modo contrario (Waldron 1999).

las características opresivas que hoy le reconocemos, y tales características implican – como considero que implican- la imposición de penas brutales e injustificables, luego, es difícil ver entonces por qué se opta por la salida del minimalismo penal y no, en cambio, por formas de reproche alternativas, más plenamente justificadas, o aún – directamente- por estrategias abolicionistas. Para decirlo con un ejemplo que ya he utilizado en otros casos: si la realidad penal que tuviéramos frente a nosotros pudiera ser descrita apropiadamente con el lenguaje de la tortura, luego, no quedaría en claro por qué es que deberíamos abogar, en nuestras propuestas reformistas, por la aplicación de “sólo un poco de tortura” o “la mínima tortura posible.” Lo que deberíamos hacer, en tales situaciones, es ponernos de pie y firmes contra la tortura, para rechazarla en todos los casos y en todas sus formas. (Gargarella 2009)

Ferrajoli (tanto como en Raúl Zaffaroni u otros doctrinarios locales), consideran que la justicia debe comprometerse, sin embargo, con la aplicación moderada/ limitada de castigos, y ello debido a una serie de premisas adicionales, siempre muy discutibles. El profesor italiano menciona al menos dos razones que trabajarían en tal dirección. Por un lado, él se refiere a la necesidad de favorecer el fin de prevención general negativa, que busca maximizar la utilidad de la mayoría (Ferrajoli 1997, 332). En segundo lugar, alude al servicio que puede prestar la pena en tren de minimizar el “malestar necesario de los desviados” (sic) –lo que convierte en injusta toda pena “agravada más allá de lo necesario para quienes deben sufrirla.” Allí aparece otro criterio al que denomina “el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal,” cual es el de impedir “la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella” (ibid.). La pena aparece, entonces, como una forma de minimizar la “reacción violenta al delito” (ibid.).⁹

⁹ Finalmente, Ferrajoli ve a su proyecto justificatorio como “histórica y sociológicamente” relativo. Para él, “la gravedad y cantidad de las penas ha de ajustarse en suma a la gravedad y cantidad de la violencia que se expresa en la sociedad y al grado de su intolerabilidad social” (ibid., 344). Y, concluye, “bajo este aspecto es indudable que la sociedad contemporánea es incomparablemente menos violenta” que sociedades pasadas.

Lo dicho resulta, sin embargo, problemático por varios motivos. Por un lado, Ferrajoli en ningún momento nos ofrece una evidencia empírica (o referencias a ella) que sea capaz de fundar la conexión causal que establece entre ausencia de penas – que no es lo mismo que ausencia de reproche estatal- y venganza privada.¹⁰ Por otro lado, si lo que se quiere es evitar los riesgos de la venganza privada ¿por qué no diseñar entonces estrategias protectivas sobre los acusados o responsables de ciertas ofensas, en lugar de encerrar a estos últimos, privándolos de sus libertades más básicas? Otra vez, descripciones tan críticas de la pena requieren de justificaciones extraordinarias, si se quiere mostrar a la misma, a pesar de todo, como una herramienta necesaria.¹¹

La falta de apoyatura empírica que señalábamos se torna más seria cuando vemos las conexiones existentes entre su propia defensa del minimalismo, y el maximalismo penal que atribuye al accionar mayoritario. Finalmente, y como viéramos, Ferrajoli presenta al “garantismo penal” como contracara de la “democracia política.” En tal sentido, si fuera cierto, por caso, el vínculo que Ferrajoli señala entre neopunitivismo y decisión mayoritaria, luego, él tendría un mejor apoyo para avanzar su propuesta. Sin embargo, el nexo que aquí se establece tiene al menos dos problemas serios. En primer lugar, Ferrajoli no ofrece ningún apoyo empírico serio para

¹⁰ Enfatizo este aspecto de la justificación dada por Ferrajoli para la pena, dado que él mismo admite – en la sección de su libro dedicada a la justificación de la pena- que “es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente” su primer objetivo, el de prevenir el delito, dadas las “complejas razones sociales, psicológicas y culturales de los delitos, ciertamente no neutralizables mediante el mero temor a las penas” (ibid., 334).

¹¹ De modo similar, Zaffaroni señala que, si los jueces no aceptaran aplicar ciertas dosis mínimas de represión penal “las restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad...se ocuparían de aniquilar a la agencia (al acusado del caso) y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia” (Zaffaroni 2003, 284). Pueden verse las consecuencias nefastas de este tipo de visiones en casos recientes resueltos por la Corte Suprema de nuestro país –y con el claro aval del jurista argentino- como “García Méndez,” en donde se justificó el encierro de menores en situación de calle bajo la idea de que de ese modo se los protegía. Como dijera la jueza Carmen Argibay, luego de aparecido el fallo, “No podíamos mandar estos chicos a la calle sin averiguar qué pasa. Si hacíamos eso, estaríamos ofreciendo blancos móviles. No se olviden de que en la Argentina existe el gatillo fácil.” http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1077242

su propuesta. Bien podría ser, por caso, que dicha conexión entre mayoritarismo y neopunitivismo fuera más azarosa, o más compleja, o menos unidireccional de lo que él alega. Pero ocurre además, y en segundo lugar, que hay buenos estudios empíricos que socavan sus dichos, y que muestran, por ejemplo, que la mayor intervención popular en el área penal, y la deliberación democrática sobre la cuestión no terminan necesariamente en un apoyo a propuestas consistentemente más punitivistas, sino más bien lo contrario.¹² En todo caso –y aún asumiendo lo que no asumo, es decir el carácter polémico de estos últimos estudios- lo que resulta claro es que Ferrajoli no puede seguir sosteniendo su defensa del minimalismo penal de la manera en que lo hace: ella falla en su base empírica, tanto como en su apoyatura teórica.

CONCLUSION

En las páginas precedentes examiné algunas de las posiciones sostenidas por el profesor italiano Luigi Ferrajoli en relación con cuatro temas de crucial importancia en su teoría jurídica: la teoría de la democracia; la teoría de los derechos; la justificación del control judicial; y el minimalismo penal. Me interesó mostrar los déficits de argumentación que afectan a la vasta y lúcidamente estructurada teoría jurídica del autor. Sostuve que la misma se apoya en una filosofía política muy discutible, anti-mayoritaria y de raíces elitistas; una base empírica extremadamente imperfecta (que suele ser reemplazada por consignas que tienden a ser desmentidas por la práctica); y una sociología política también muy controvertible, que termina imputando a la ciudadanía la producción de decisiones opresivas -decisiones sobre las que ella, en verdad, tiene pocas oportunidades de intervenir y manifestarse (ello, entre otras razones, por la creciente desapropiación de la política a la que se la ha sometido, gracias al auge de posturas teóricas elitistas, como aquellas en las que la propia teoría de Ferrajoli se apoya).

Bickel, A. (1961), *The Least Dangerous Branch*, Conn: Yale University Press.

Ferrajoli, L. (1997), *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.

¹² Examino algunos ejemplos en Gargarella (2009).

Ferrajoli, L. (2008), *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.

Gargarella, R. (2009), *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá: Siglo del Hombre.

Sunstein, C., et al (2006), *Are judges political?* Washington: The Brookings Institution.

Waldron, J. (1999) *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford U.P.

Zaffaroni, R. (2003), *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, R. (2006), *El enemigo del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires.

FERRAJOLI: JUECES, MAYORITARISMO Y CASTIGO

ROBERTO GARGARELLA

Algunos comentarios y críticas que he recibido a partir de mi escrito sobre Luigi Ferrajoli y la democracia, me ayudan a volver sobre un tema –el castigo– y un autor –Luigi Ferrajoli– que considero de central importancia en la discusión académica.¹³ Frente a las preguntas que he ido encontrando en este camino, quisiera ordenar mi presentación-respuesta en torno a tres grandes ejes, relacionados con la función judicial; los riesgos del mayoritarismo político; y los modos en que pensar el castigo penal. Un hilo común recorrerá todos mis comentarios: me refiero a un cierto énfasis en los aspectos institucionales involucrados en nuestra discusión, en contraste con cuestiones o criterios que son fundamentalmente subjetivos.

Los jueces y la neutralidad: La ideología de los jueces

Quisiera comenzar por referirme a la cuestión de la neutralidad judicial. Hay quienes se preguntan (y me preguntan también), si acaso el juez “debe ser neutro”; o “cómo conciliar la denuncia al activismo judicial con la afirmación de que los jueces no son neutrales”; o si es cierto que, en mis escritos, condeno “cierto activismo o cierta intensidad en el activismo del intelectual-juez”. Estas preguntas suponen, según entiendo, que defiendo un papel activo para el juez en el caso exclusivo en que el magistrado se muestre inspirado en concepciones –de la democracia, de la justicia, del bien– como las que personalmente defiendo.

Lo cierto es que, en este tema, como en otros, mi preocupación es fundamentalmente institucional. Ante todo, la pregunta que me interesa responder tiene que ver con las condiciones institucionales que pueden ayudar a que, a través del proceso de toma de decisiones, elaboremos respuestas colectivas que sean respetuosas de los reclamos y puntos de vista de todos los potencialmente afectados. Señalar esto tiene muy poco que ver con una preocupación por la neutralidad judicial, per se: la neutralidad la concibo como una virtud institucional, dependiente del modo en que organicemos al sistema institucional, y no del modo en que piensen y actúen, individualmente, los

¹³ Parte de este debate que sigue se relaciona con una discusión que mantuviera con mi buen colega Andrés Botero (2012), y que quedara publicada en Londoño Jaramillo, ed., 2012.

jueces. Un resultado institucional no puede ser dependiente de tales coyunturales sucesos (las características personales de quienes ocasionalmente ocupen un cargo). Finalmente, a esto es a lo que se refería James Madison cuando afirmaba que “si los hombres fueran ángeles, las instituciones saldrían sobrando”, es decir, resultarían inútiles. Justamente porque no podemos descansar en los buenos ánimos de nadie, es que necesitamos instituciones. Y necesitamos instituciones, además, que puedan reaccionar del mejor modo, ya sea para el caso en que la suerte nos permita contar con los mejores funcionarios públicos, ya sea para el caso en que la mala fortuna nos enfrente a los funcionarios peor motivados. Lo mismo, más específicamente, en relación con los jueces y el sistema judicial: nadie puede ver como aceptable un sistema institucional en donde el contenido de las decisiones judiciales descansa fundamentalmente sobre el buen azar de contar con buenos jueces. Lo que necesitamos, más bien, es contar con un sistema institucional que nos permita maximizar la imparcialidad en la decisión de un litigio, aún para el caso en que contemos con los jueces peor animados.

Lo anterior es consistente con señalar críticamente los modos en que la ideología de los jueces influye en sus fallos. A través de una afirmación como esta no se pretende defender las ideas directamente opuestas a las que uno critica (es decir, criticar la falta de neutralidad de los jueces no implica defender ideas tales como que “los jueces no deben tener ideología”; o “los jueces deben tener tal ideología”), sino poner en cuestión, en todo caso, alguno de los mitos fundacionales sobre los cuales se asienta el derecho. Por ejemplo, la idea de que el derecho es neutral y se aplica neutralmente, no importa quién lo haya escrito ni quién lo interprete. La crítica a dicha mitología es importante, porque la preservación del mito dominante resulta dañina frente al pensamiento crítico, y nociva frente a nuestras posibilidades de progresar intelectualmente en la materia. En otros términos, es muy importante reconocer los radicales sesgos que el derecho conlleva, pero no para pedir que el sesgo sea otro, sino para cuestionar los contornos de nuestro sistema institucional, y replantearnos los modos de construir imparcialidad –entendida esta como sinónimo de decisión no sesgada indebidamente hacia ningún grupo o clase–.

En el contexto descrito, el control judicial, tal como hoy sigue estando organizado, y conforme a la forma en que hoy es ejercido, resulta problemático porque promete la imparcialidad que no es capaz de dar. Por supuesto, ninguna persona, grupo o institución puede asegurar dicha imparcialidad: ella debe ser construida a través de un proceso colectivo que, en el mejor caso, nos acercará a tomar decisiones más respetuosas de los reclamos de todos. En dicho marco, mi crítica a Luigi Ferrajoli no parte, en absoluto, de que yo defienda otra ideología judicial; o de que yo crea que los jueces son incapaces, o simplemente elitistas. Mi crítica parte del convencimiento de que el modo en que hoy organizamos el control judicial no es apropiado para el tipo de fines que queremos obtener a través del sistema institucional vigente. Y se refuerza, de modo muy especial, por el hecho de que dicha forma de organización del poder se sostiene y justifica –por caso, a través de escritos como los de Ferrajoli– a partir de un modo de pensar la democracia que es inconsistente con el pensamiento igualitario desde el cual se enuncia esa crítica.

Mayorías y autoritarismo

Íntimamente relacionada con el punto anterior, referido al papel de los jueces, se encuentra la reflexión sobre el papel de las mayorías en política. En esta discusión, otra vez, a mí me interesa poner el acento en la cuestión institucional, antes que en otras más subjetivas. En este sentido, debería señalar que no se trata de que, en lo personal, uno sea “optimista,” frente al “pesimismo” de, pongamos, Ferrajoli. Tampoco pondría el acento en las “responsabilidades” que le corresponden al buen ciudadano, para que la democracia (o la democracia deliberativa) funcione. La preocupación principal de mis escritos, en todo caso, residiría en cómo organizar las instituciones, frente al material humano con el que contamos, y las limitaciones que enfrentamos, relacionadas, por caso, con los alcances y límites propios de la psicología y la razón humanas. Y en este respecto, creo no suscribir una visión “optimista” ni “pesimista”. Parto, en todo caso, de básicas y compartidas convicciones acerca de nuestra racionalidad –la de cualquiera, no solo la de los votantes– o de nuestro altruismo frente a las necesidades que

tenemos como sociedad, y los limitados recursos con los que contamos. Parto, finalmente, de algo no muy diferente de aquello que (desde David Hume en adelante) la filosofía ha identificado como “las circunstancias de la justicia”, y que se vincula con lo que John Rawls identifica como las limitaciones propias de la razón o “las cargas de la razón” (Rawls, 1995).

La pregunta es, entonces: si en este contexto de necesidades amplias y posibilidades materiales limitadas, todos podemos equivocarnos, todos tenemos una racionalidad imperfecta, pero al mismo tiempo queremos seguir viviendo juntos, y nos vemos obligados a tomar decisiones que involucren a todos, ¿cómo decidir de un modo lo más respetuoso posible de las exigencias y los puntos de vista de todos?

Frente a una pregunta como la anterior (y aquí me referiré a un problema que afecta a la teoría de Ferrajoli), entiendo que quien quiera establecer una asociación entre democracia e irracionalidad debería trabajar más para probar ese punto, y no simplemente señalar, directa o implícitamente, a experiencias desafortunadas que se siguieron del uso del voto popular, en tal o cual contexto (del mismo modo en que uno podría señalar decisiones judiciales desafortunadas, sin necesidad de establecer una conexión entre irracionalidad y decisión judicial, o pensar en el control judicial como conduciendo al “gobierno de las elites judiciales”). Dicha posición, según entiendo, desafía nuestros entendimientos compartidos, que son los que finalmente dan apoyo a la idea común de la democracia como mejor sistema de gobierno, en donde la democracia –cualquiera sea la visión de la misma que se tome– requiere de un lugar fundamental y no degradado para la regla de mayoría¹⁴.

¹⁴ Señalar esto no implica considerar que no se deba discutir sobre la idea de democracia (por el contrario, creo que ésta es una prioridad, y enseguida vuelvo sobre el tema), o que no merezca reflexionarse críticamente sobre la dificultad que existe para agregar preferencias, o medir intensidades de votos, o revelar las demandas colectivas. Todos estos problemas son muy importantes, pero su tratamiento es consistente con afirmar –como solemos hacerlo– una cosmovisión en donde la democracia aparece como punto de reposo, algo que –se lo admita o no– resulta cuestionado cuando se asocia a la voluntad mayoritaria con la irracionalidad; como resulta tergiversado cuando se adjudica a los jueces la capacidad de racionalidad que no se reconoce en las mayorías.

Es posible sostener que quienes parten, en sus análisis, de la incapacidad de la ciudadanía para tomar decisiones imparciales, y a la vez reivindican las capacidades especiales de ciertos individuos o grupos para decidir racionalmente (como aquellos no pueden hacerlo), se enlistan en una posición conservadora. Afirmar esto no depende –otra vez– de las preferencias subjetivas de nadie. Hace casi tres siglos, por ejemplo, Edmund Burke sostuvo una posición semejante, en desafío a la Revolución Francesa, y desde entonces, al menos, dicha posición fue identificada como una posición conservadora. Por ello mismo, nadie debe sorprenderse si asociamos a tal visión con el conservadurismo. Se trata del uso corriente del lenguaje; se trata del uso habitual que les damos a conceptos que están con nosotros desde hace cientos de años. Nuevamente: está muy bien seguir discutiendo sobre los contenidos y contornos precisos de conceptos como los de conservadurismo o liberalismo, pero en todo caso nadie debería sentirse afectado si uno retomase alguno de tales conceptos, vinculándolo con el sentido que comúnmente le hemos asignado¹⁵.

En lo que respecta a mi investigación en materia institucional, me interesa partir de presupuestos como los que señalara más arriba (acerca de la racionalidad imperfecta, las necesidades crecientes, la escasez de recursos), para preguntarme luego qué diseño institucional es el que mejor puede ayudarnos, dentro de dicho marco, para tomar decisiones debidamente respetuosas de las demandas de todos los afectados. He defendido esta posición y sus implicaciones en muchos lugares (Gargarella, 2007; Gargarella, 1998), por lo cual no creí pertinente dar detalles sobre la misma en mi breve análisis del trabajo de Ferrajoli.

¹⁵ Por lo demás, debe quedar claro que el hecho de que alguien suscriba una concepción conservadora de un determinado concepto (retomo de Ronald Dworkin la distinción entre concepto y concepción), no convierte a esa persona en conservadora (de hecho, me parece claro que Ferrajoli suscribe posiciones normalmente asociadas con el progresismo, en muchos casos). En todo caso, puede tener un sentido especial el mostrar de qué modo, alguien que resiste en general las posiciones conservadoras (por caso, en materia política), termina por suscribir en algunos casos –tal vez sin advertirlo– posiciones que se contradicen con aquellas que en otros ámbitos denuncia o pretende defender.

Diría, de modo muy sucinto, que dicha postura pretende poner en el centro del proceso de toma de decisiones a la voluntad mayoritaria, reforzada y “ayudada” por mecanismos institucionales diversos –que pueden incluir al control judicial–, organizados de forma tal de fortalecer el carácter imparcial del proceso de toma de decisiones mayoritaria. Dicha imparcialidad puede promoverse de formas diversas –insisto–, a través de mecanismos judiciales o no. Por ejemplo, la obligación de abrir un proceso de consulta obligatoria a las comunidades indígenas, cuando se toman decisiones que los afectan directamente es un buen intento –puesto en práctica en los últimos tiempos– destinado a fortalecer la imparcialidad del proceso decisorio (no una garantía del mismo). El establecimiento de procesos que obliguen a los órganos mayoritarios a “pensar dos veces” las decisiones (i.e., a través de mecanismos de “reenvío”), antes de tomarlas, también resulta funcional al reforzamiento de la racionalidad de las decisiones públicas. La apertura de foros y oportunidades especiales para que se escuchen en la esfera pública las voces que tienen más dificultades para llegar a ella (i. e, a través de regulaciones en la comunicación pública, como lo fuera en su momento la *fairness doctrine*), también es otra medida capaz de mejorar al proceso de toma de decisiones. Ahora bien, ¿son estas las únicas medidas que pueden tomarse en tal sentido? No, por supuesto: se trata solo de unos pocos ejemplos. ¿Son tales medidas garantía de imparcialidad? No, en absoluto: la imparcialidad no puede asegurarse, y solo podemos aspirar a tener procesos que nos ayuden a tomar mejores decisiones, o a disminuir el previsible riesgo de un proceso decisorio sesgado a favor de algunos. ¿Despejamos de ese modo la posibilidad de que las mayorías tomen malas decisiones? ¿Es que la deliberación y participación populares evitan el riesgo de la opresión de las minorías? No, en absoluto: cualquier proceso de toma de decisiones es compatible con la adopción de medidas opresivas (como lo fuera, por ejemplo, el reconocimiento judicial de la esclavitud, en el caso *Dred Scott*, o la validación judicial de la criminalización de la homosexualidad, en el caso *Bowers*). Se trata, sin embargo, de construir un proceso de toma de decisiones que minimice las chances de la opresión, y que al mismo tiempo sea respetuoso de nuestra igual dignidad moral –una igual dignidad que se pone en cuestión, cuando a otros se les permite decidir lo que a uno se le impide, en nombre de la aparente tendencia de

uno o de su grupo a la irracionalidad-. Otra vez, lo que aquí está en juego es el modo en que diseñamos nuestras instituciones, y no el modo en que se comportan algunas personas, cuáles son sus rasgos de carácter, cuál su nivel de responsabilidad individual, etc.

En dicho contexto, insisto, los jueces pueden jugar un papel relevante, relacionado siempre con su limitada legitimidad democrática, y el particular lugar institucional que ellos ocupan. Al respecto, señalaría simplemente que los jueces –por ser ellos quienes están encargados, institucionalmente, de recibir las quejas de los que se sienten maltratados por el proceso mayoritario– se encuentran bien situados para ayudar a mejorar el contenido de las decisiones mayoritarias. Ello así, por caso, obligando al poder mayoritario a dar las razones que no ha dado; a considerar los argumentos y puntos de vista que no ha considerado; a tratar los temas que se ha comprometido constitucionalmente a tratar, pero que no trata. El poder judicial ha dado muestras de que puede llevar adelante dicha tarea, apropiadamente, en ciertos casos pero, otra vez, eso nos ayuda a pensar en que es posible un ejercicio de la función judicial justificado, pero no nos da razones para considerar que –a partir de un diseño institucional como el actual– vayamos a tener a jueces inclinados a actuar de modo justificado¹⁶. De allí que debemos seguir bregando por un ordenamiento institucional diferente.

Finalmente, la posición que sostengo en materia de democracia se relaciona con la idea de democracia deliberativa; y al respecto, quisiera señalar solo tres cuestiones. La primera es que, en varias ocasiones, he justificado por qué valoro esa forma de pensar la democracia, con independencia de los nombres propios particulares de quienes defiendan o no una posición semejante (a quienes puedo citar, no como argumento de autoridad, sino para que quien quiera seguir la discusión al respecto tenga otras referencias acerca de por dónde seguirla). En segundo lugar, agregaría que mis críticas a Ferrajoli no dependen del sostener una concepción de la democracia deliberativa: no

¹⁶ Gargarella, 2011. Allí muestro varias formas de accionar judicial justificado, y argumento por qué considero que tal forma de decidir puede justificarse.

critico a Ferrajoli *porque* defendiendo la democracia deliberativa, ni me parece que haya que estar allí situados, teóricamente, para poder hacerlo. Más bien, creo que las críticas que yo presentara frente a la postura del autor italiano se sostienen bien, aun si uno partiera de visiones mucho más modestas y menos exigentes de la democracia, que la democracia deliberativa. Por último, destacaría que defender la democracia deliberativa, en todo caso, implica resistir –sí, al menos en muchos casos– visiones de la democracia como la visión de la democracia *pluralista*, que tantos proponen o simplemente asumen en sus escritos sobre el tema (dejo para otra oportunidad la fundamentación de este último punto, muy trabajado por defensores de la democracia deliberativa, como Carlos Nino, Jon Elster o José Luis Martí).

Sobre el castigo penal y el derecho de las víctimas

Llegados a este punto, es relevante hacerse la siguiente pregunta: ¿es que la preocupación especial que muestro en mi crítica al trabajo de Ferrajoli, en relación con los derechos de los victimarios (una posición que sostengo de modo más detallado en mi trabajo: Gargarella, 2009), implica un desconocimiento o un escaso cuidado por los derechos de las víctimas? Entiendo que no, e insisto con mi posición en la materia: las víctimas pueden merecer, de parte del Estado, una actitud de amparo, la reparación, un cuidado especial, cobijo, etc. Sin embargo, otra cosa es el papel que debe jugar la víctima –y/o sus allegados, familiares, vecinos– al momento de definir una política penal. Y este es punto central del tipo de debate que quiero dar, relacionado con preguntas como las siguientes: ¿Cómo se definen los contenidos de las políticas penales a aplicar? ¿Qué contenidos pueden justificarse, o ser propuestos como contenidos justificados? Me interesa menos, en cambio, la cuestión relativa a cómo atender a la víctima de un delito (no porque ella no sea importante, sino porque en relación con dicha cuestión no encuentro la necesidad urgente de objetar las posturas predominantes). En tal sentido, diría que respetar debidamente a la víctima no puede ni debe significar que ella o sus allegados tengan la voz dominante en dicho proceso. Destacaría, en todo caso, que la resistencia a esta postura –tan comúnmente expresada por los voceros del *neopunitivismo* y el maximalismo penal, que tanto

Ferrajoli como yo objetamos– resulta más sencilla desde una posición como la que sostengo, que desde otra más afín a un cierto elitismo político, como la que Ferrajoli en los hechos defiende. En efecto, quienes tomamos como punto de partida una concepción más bien robusta de la democracia, luego, no tenemos mayores inconvenientes para descalificar el pretendido “contenido democrático” de las apelaciones neopunitivistas. Y ello es particularmente importante frente a una postura que pretende legitimarse invocando el respaldo mayoritario a sus posiciones más punitivistas (un respaldo mayoritario que, en el peor caso, deriva de imágenes televisivas, y en el mejor, de encuestas de mercado, y no de un proceso de discusión colectiva).

Ahora bien, no es que la posición que sostengo resulta compatible con un minimalismo penal identificado con el reproche estatal (un reproche que sea independiente del castigo penal)? Me parece que la respuesta es obviamente positiva, si lo que hemos hecho, en definitiva, es transformar la posición que critico en la posición que defiendo. Pero me parece que de ese modo no somos justos ni con Ferrajoli, ni con la postura que he defendido. Según entiendo, el minimalismo penal siempre ha defendido formas de respuesta coercitivas que –aún en dosis mínimas (de allí el nombre)–, conviven con distintas formas del castigo penal, entendido este (conforme lo definiera el filósofo H. Hart) como “imposición deliberada de dolor”, y entendiendo el castigo, muy habitualmente, como privación de la libertad. Si el minimalismo penal incluye, como considero que incluye, estas formas de la pena, luego de hacer el tipo de críticas que hace a las penas realmente existentes, creo que el minimalismo está en problemas, por lo que señalaba en mi comentario anterior. Es decir, si la privación de la libertad hoy nos remite a formas de respuesta penal que guardan paralelismos cruciales con la tortura (dadas las consecuencias e implicaciones efectivas de dichas penas), luego, lo que corresponde es seguir sosteniendo que nunca, y bajo ninguna condición, avalaremos la tortura. Por supuesto –cabe aclarar– en mi caso seguiría manteniendo dicha postura aún en la situación –que no conozco y considero muy poco probable– de que tal respuesta (pongamos, una visión de la pena que avalara la tortura) emergiera luego de un “debate público robusto.” Y ello, por la

simplísima idea –simplísima idea que por alguna razón les cuesta reconocer a los críticos de la democracia deliberativa– que nos dice que el resultado de un debate democrático no convierte una decisión mayoritaria en una decisión “correcta”. Luego del debate, lo que tenemos no son decisiones “correctas” sino, en todo caso, decisiones más legítimas, en términos democráticos; y decisiones que cuentan con mayores chances de ser respetuosas de los puntos de vista de todos (en relación con otras tomadas sin discusión pública, o a través de procesos excluyentes o elitistas).

Bibliografía

- Botero, A. (2012), “Una lectura crítica de otra lectura crítica: De la democracia judicial de Ferrajoli a la democracia deliberativa de Gargarella,” en M. Londoño Jaramillo, *Constitución y democracia: La cuadratura del círculo*, Univ. de Medellín.
- Gargarella, R. (1998). Full representation, deliberation, and impartiality. En: J. Elster (Ed.). *Deliberative Democracy* (260-280). Cambridge U.
- Gargarella, R. (2007). Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights? En: S. Besson & J.L.Martí (Eds.). *Deliberative Democracy and its Discontents* (233-252). Inglaterra: Ashgate.
- Gargarella, R. (2009). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Gargarella, R. (2011). Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights. En: Gløppen & A. Yamin. *Litigating Health Rights*. Cambridge: Harvard University Press.
- Londoño Jaramillo, M. (2012), *Constitución y democracia: La cuadratura del círculo*, Univ. de Medellín.
- Rawls, J. (1995). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.

AMNISTÍAS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES. UNA REFLEXIÓN A PARTIR DEL CASO GELMAN

ROBERTO GARGARELLA¹⁷

¹⁷ Versión sintetizada de R. Gargarella (2012), "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman," http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf

El 24 de febrero de 2011, al resolver el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) condenó a Uruguay por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y el nacimiento en cautiverio de su hija Macarena Gelman, durante la dictadura militar.¹⁸ En su fallo, la Corte sostuvo que Uruguay debía remover todo obstáculo que permitiera la impunidad de los responsables del hecho. En tal sentido, consideró que la Ley 15.848, de *Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* (“Ley de Caducidad”), promulgada el 22 de diciembre de 1986, que impedía que fueran llevados a juicio quienes habían cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar, resultaba carente de efectos jurídicos, dada su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Al mismo tiempo, consideró que no constituía un impedimento para dejar sin efecto a la Ley, el hecho de que la misma hubiera sido aprobada democráticamente, y luego respaldada popularmente a través de *dos consultas directas con la ciudadanía*.

En lo que sigue concentraré mi análisis en dos tópicos centrales: el primero, i) vinculado con la *democracia*; y el segundo, ii) vinculado con los *derechos*.

Democracia. El problema de la gradación democrática

La cuestión democrática resulta central, como veremos, en el marco de la causa *Gelman*. Los jueces de la Corte IDH le dedican al tema algunos de sus considerandos más importantes. Así, en el apartado 238 de su decisión, la Corte manifiesta que

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia... se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C. No. 221.

A renglón seguido, en su considerando 239, la Corte extendió y clarificó su posición en la materia al sostener que

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana.

De este modo, y en fuertes términos, la Corte se apresuró a restar validez a la Ley de Caducidad.¹⁹ E inmediatamente, y en el mismo párrafo, el tribunal hizo lo propio, también, con las dos consultas directas hechas por el gobierno rioplatense a la ciudadanía del país: en primer lugar, el recurso de *referéndum* (párrafo 2 del artículo 79 de la Constitución del Uruguay), en abril de 1989; y más luego, un *plebiscito* (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay), sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley, el 25 de octubre del año 2009.

Una primera pregunta que genera lo decidido por la Corte se vincula con el lugar en donde aparece la tensión denunciada entre las decisiones democráticas del caso, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Más específicamente: cuál era el aspecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que estaba siendo desafiado por las decisiones democráticas tomadas en Uruguay? La respuesta había sido anticipada por la Corte, y era retomada ahora en la sección F de su decisión, referida a "*Las amnistías y la jurisprudencia de esta Corte.*" Allí, la Corte volvió a insistir sobre la idea según la cual "las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José (de Costa Rica)." Esta idea ya había sido expresada por la Corte, de otro modo, en casos como *Barrios Altos vs. Perú*, del 2001, y su decisión se

¹⁹ La Ley estableció la caducidad del "ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto".

relacionaba también con los dicho en sus fallos *La Cantuta vs. Perú*, del 2006; *Almonacid Arellano vs. Chile*, del 2006; y *Gomes Lund vs. Brasil*, del 2010.²⁰ Ello así, pues las amnistías (agregó el tribunal en su decisión de *Gelman*, considerando 226) impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional, ellas carecen de efectos jurídicos.

Lo señalado por la Corte IDH en la materia resulta difícil de aceptar por varios motivos, algunos de los cuales examinaremos en el marco de este trabajo. Por el momento, llamaría la atención sobre una primera cuestión, que tiene que ver con lo siguiente. Latinoamérica tiene una larga historia de amnistías y leyes de perdón, y esa historia se tornó especialmente densa y poblada en las últimas décadas a raíz de dos motivos bien conocidos: por un lado, la grave oleada de quiebras democráticas y masivas violaciones de derechos humanos producidas, muy en particular, desde comienzos de la década del 70; y por otro, la desigualdad política y económica que desde siempre ha afectado a la región, y que se ha manifestado también en la presencia de actores con enorme capacidad de acción y presión sobre los poderes políticos democráticos.

Ahora bien, por una diversidad de razones (relacionadas por caso con el aprendizaje mutuo que se dio en todos estos años entre los distintos países de la región; los temores y entusiasmos generados por las experiencias vecinas; las diferentes maneras en que se dio la transición en los distintos países; la mayor fortaleza o debilidad de sus actores civiles; etc.), las amnistías que fueron apareciendo en la

²⁰ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. No. 75; Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

región respondieron a motivaciones diversas, y adquirieron formas y contenidos también diferentes. De allí que la decisión de la Corte de considerar igualmente carentes de validez jurídica a *todas* las amnistías aparecidas frente a graves violaciones de derechos humanos, a pesar de sus diferencias evidentes y relevantes, pueda resultar, en principio, poco sutil, y finalmente injusta.

Ello así, en particular, teniendo en cuenta un elemento especialmente importante y diferenciador entre las diversas amnistías producidas: su diferente *legitimidad democrática*. Es aquí donde aparece la dificultad que denominara *problema de la gradación democrática*.

Quisiera ilustrar las diferencias que señalo haciendo referencia a cuatro amnistías – según entiendo, muy diversas entre sí- aparecidas en la región durante los últimos 30 años. Me refiero a i) la auto-amnistía dictada por el Proceso de Reorganización Nacional de la Argentina, antes de abandonar el poder; ii) la auto-amnistía dictada por el régimen de Alberto Fujimori, en Perú, luego de producida la masacre de Barrios Altos; iii) las leyes de perdón dictadas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, en la Argentina, para poner término a los juzgamientos contra los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el país desde 1976; y iv) la Ley de Caducidad dictada en el Uruguay y respaldada a través de dos procesos de consulta popular. Doy a continuación algunos datos sobre las mismas, sólo para quien no esté básicamente familiarizado con alguna de ellas.

- i) La primera de las amnistías mencionadas se relaciona con la Ley 22.934 o “Ley de auto-amnistía,” que fue dictada bajo el gobierno del dictador General Bignone, el 23 de Septiembre de 1983, a semanas de la asunción del nuevo gobierno democrático de la Argentina, que habría de estar encabezado por el Presidente Raúl Alfonsín. La norma en cuestión se dictó con el explícito objetivo de “pacificar al país” y asegurar la “reconciliación social”, y vino a perdonar todos los actos “subversivos o anti-subversivos” cometidos entre mayo de 1973 y Junio de 1982, cubriendo a los responsables directos de los crímenes en cuestión, y a quienes habían colaborado con ellos. La amnistía, por supuesto, se dictó

bajo condiciones de máximas restricciones a las libertades políticas y civiles, y ausencia de instituciones que expresaran o fueran responsables ante la voluntad popular.²¹

- ii) La segunda amnistía a la que quiero hacer referencia es la que dictó el Presidente Alberto Fujimori tiempo después de que se produjera la masacre de Barrios Altos, en una barriada pobre en Perú, el 3 de noviembre de 1991. La masacre había sido cometida por un escuadrón para-policial, cercano al gobierno, en búsqueda de miembros del grupo terrorista Sendero Luminoso, y había generado una honda conmoción social, que derivó en la apertura de un proceso político y judicial en busca de los responsables de la misma. El Congreso, sin embargo, impidió la prosecución de las investigaciones a través de la Ley 26.479, aprobada el 14 de junio de 1995, que determinó una amnistía general para todos los involucrados en el hecho, y que se extendió a todas las violaciones de derechos humanos cometidas luego de mayo de 1980.²² Dos hechos adicionales merecen destacarse en torno a esta amnistía. Por un lado, la decisión legislativa del caso fue tomada luego de que Fujimori cerrara el Congreso y lograra controlar por completo el tablero político, a la vez que restringía severamente el debate democrático, a través de acciones sobre la prensa y las organizaciones políticas y sindicales capaces de desafiar su autoridad. Por otro lado, debe señalarse que, luego de caído Fujimori, la

²¹ En este punto podría citarse otro caso, y otro fallo condenatorio dispuesto por la Corte IDH, en esta ocasión contra Brasil, en el marco del caso de la "Guerilha do Araguaia," decidido por el tribunal internacional en diciembre de 2010, a través de la decisión *Gomes Lund vs Brasil*, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf En el caso se analizó la ley de amnistía dictada en Brasil, y que lleva por número el 6.683/79, a la luz de una denuncia presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se denunció la "responsabilidad [del Estado] en la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas, entre miembros del Partido Comunista de Brasil [...] y campesinos de la región, [...] resultado de operaciones del Ejército brasileño emprendidas entre 1972 y 1975 con el objeto de erradicar a la Guerrilha do Araguaia, en el contexto de la dictadura militar de Brasil (1964-1985)". El informe de Fondo de la Comisión lleva el n. 91/08.

²² <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26492.pdf>

investigación sobre la masacre fue reabierto, y el caso llegó a instancias de la Corte Interamericana. Así fue que, en una decisión del 14 de marzo de 2001, la Corte IDH, en el citado fallo *Barrios Altos*, consideró la invalidez de este tipo de amnistías.

- iii) La tercera amnistía en la que pienso tiene que ver, en verdad, con una serie de decisiones tomadas por el gobierno de Raúl Alfonsín, en la Argentina, preocupado por el desarrollo que había adoptado el histórico juicio a las juntas militares que él mismo había promovido. Una primera muestra de tales medidas de perdón apareció en abril de 1986, cuando el Ministerio del Interior dictó una serie de “instrucciones” a los fiscales, para que concentraran su acción persecutoria sobre los altos jefes militares, antes que en la oficialidad más joven. De modo más relevante, apareció luego la Ley 23.492 o “ley de punto final,” dictada en diciembre de 1986, que estableció la caducidad de la acción penal contra los imputados en casos de desaparición forzada de personas, si los mismos no eran llamados a declarar en un plazo de 60 días (y considerando que ya habían transcurridos dos años de la apertura de los juicios). La ley, que procuró poner un “punto final” al proceso de remoción del pasado, sólo serviría para acelerar la apertura de nuevas causas, contradiciendo así su propósito inicial. Por ello mismo, la norma sería seguida por otra ley, la n. 23.521 o “ley de obediencia debida,” dictada el 4 de junio de 1987. La misma vino a establecer una presunción *iuris et de iure* (es decir, que no admitía prueba en contrario), respecto de los delitos cometidos durante el Proceso militar, en la medida en que los mismos hubieran sido realizados en cumplimiento de órdenes de sus superiores en rango militar. Es importante anotar, además, que la norma fue dictada al poco tiempo de una grave rebelión de oficiales jóvenes, en la Semana Santa de 1987 (Nino 1996). Ambas leyes –las de punto final y obediencia debida– resultarían invalidadas años después por el propio Congreso argentino, a

la vez que anuladas por la Corte Suprema en el caso *Simón*²³ -esto último, tiempo después de que en el fallo *Camps*²⁴ la Corte las hubieran considerado como válidas.

- iv) La última ley de amnistía a la que quiero referirme es la Ley de Caducidad uruguaya, objeto de estudio principal en este escrito.²⁵ Al respecto, quisiera señalar que la misma fue aprobada por el parlamento uruguayo el 22 de diciembre de 1986, y luego considerada constitucional por la Suprema Corte de Justicia uruguaya, en el año 1988. Más tarde, y tal como anticipara, la ley resultó puesta bajo escrutinio popular en dos oportunidades.²⁶ La primera ocasión tuvo que ver con un referéndum, organizado por una Comisión Nacional Pro Referéndum creada en 1987. El escrutinio se realizó en abril de 1989, y en el mismo se propuso derogar los primeros 4 artículos de la Ley de Caducidad. La ley, sin embargo, fue sostenida por el 58% de los votos. Años después, y ya con el Frente Amplio en el poder (agrupación que no había propuesto, en su plataforma electoral, derogar ni anular la Ley en cuestión), la ciudadanía llegó a juntar 340.000 firmas (más de las 260.000 necesarias) para hacer un plebiscito sobre la norma objetada. El plebiscito se terminó realizando el 25 de octubre del 2009, y en él se propuso anular y declarar inexistentes a los primeros 4 artículos de la Ley 15.848. Los votos a favor

²³ Caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768- (Resuelto el 14/05/06).

²⁴ Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional; Camps, Ramón Juan Alberto y otros". C. 547. XXI. Fallos: 310:1162 (22/06/1987).

²⁵ La Ley de Caducidad, de 1986, sucede en verdad a otra dictada en 1985, luego de que en representación de su Fuerza, el comandante Hugo Medina hiciera saber que iban a resistirse las convocatorias a declarar hechas por parte del Poder Judicial (Errandonea 2008, 19).

²⁶ El punto más crítico de la Ley de Caducidad aparece en el 3o de sus 4 artículos, en el que se establece la obligación por parte de los tribunales de consultar al Poder Ejecutivo -antes de llevar adelante una indagatoria- para saber si el investigado en cuestión se encuentra cubierto o no por las disposiciones de la amnistía. Si la respuesta del Ejecutivo era negativa (porque el Ejecutivo entendía que la persona investigada había sido amnistiada, el caso debía clausurarse (ibid., 22).

de la invalidación de la Ley llegaron aproximadamente al 48%, con lo cual la misma mantuvo su vigencia.²⁷

Teniendo en cuenta estas cuatro amnistías, es posible llamar la atención sobre la diferencia sustantiva que se advierte entre tales estrategias normativas de perdón. Podemos hablar aquí de una clara *gradación* entre las mismas, en lo relativo a su legitimidad democrática.²⁸

En efecto, a la luz del *racconto* histórico anterior podríamos decir que la primera de las normas citadas, i) dispuesta por el General Bignone, nos refiere a una amnistía dispuesta por un cruento régimen militar, a favor de sí mismo, en su peor momento de popularidad. Es decir, se trató en este caso de una norma situada en un *extremo de falta de legitimidad*.

En segundo lugar tenemos a ii) una norma impulsada por el Presidente peruano Fujimori, y aprobada por el (conocido como) nuevo Congreso Constituyente Democrático en 1995, que apareciera luego de que el Congreso fuera cerrado por el (auto)golpe del 5 de abril de 1992, impulsado por el propio Presidente Fujimori (los miembros del nuevo Congreso unicameral de Perú aún no habían tomado posesión de sus cargos), y en un contexto de fuertes restricciones a los derechos civiles y políticos. Es decir, nos encontramos aquí con una ley que goza de una muy baja presunción de validez o, lo que es lo mismo para nuestros propósitos, de una *muy baja legitimidad democrática*.

²⁷ En octubre de 2011, y luego de numerosos intentos de “perforar” la ley, para vaciarla de contenido sin anularla, y al fin de un arduo proceso legislativo, el Congreso de Uruguay aprobó la ley n. 18.831 de “restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985”, que vino a implicar, en los hechos, que los efectos de la Ley de Caducidad quedaran eliminados del ordenamiento jurídico de Uruguay.

²⁸ Asocio aquí la legitimidad (democrática) de una norma, simplemente, con el grado de inclusividad y debate público que haya rodeado a la misma, al momento de su dictado. Conforme con este criterio, una norma que es producto de una dictadura, típicamente, gozará del grado más bajo de legitimidad, debido a los niveles de exclusión social presentes en la redacción y discusión de la misma (cierre de instituciones democráticas, restricción a las libertades civiles y políticas fundamentales, etc.). Sobre validez jurídica y los diferentes niveles de legitimidad democrática de una decisión, ver Nino (1987). Ver también Ackerman (1993).

Luego nos encontramos con iii) las leyes de perdón promovidas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, aprobadas por el Congreso nacional, y respaldadas luego por la Corte Suprema. Y, aunque es siempre difícil medir la legitimidad de una norma, podría decirse que las leyes de perdón alfonsinistas se dieron en un contexto de amplias libertades civiles y políticas, movilización ciudadana en las calles y amplia disputa y debate público. Lo dicho, de todos modos, no debe impedirnos reconocer que, al mismo tiempo, tales normas surgieron a partir de indebidas presiones militares, que culminaron en la fuerte asonada de Semana Santa. De este modo, podríamos decir que en este caso nos encontramos con normas, en principio, *democráticamente legítimas*, aunque al mismo tiempo golpeadas en su legitimidad por la presión ilegítima de los sectores militares.²⁹

Finalmente llegamos a iv) el caso de Uruguay, en donde volvemos a encontrarnos con una norma de amnistía dictada dentro de un contexto de plenas libertades civiles y políticas, aunque afectada tanto por los miedos esperables (y típicos en cualquier democracia) que podía generar el ejemplo argentino, como por presiones (en muchos casos inaceptables) ejercidas por los militares uruguayos (aunque no en forma de asonada, como en el caso argentino).³⁰ La legitimidad de la norma en cuestión, por lo

²⁹ Esta posición nos acerca a lo que sostuvo el juez de la Corte Suprema Argentina Carlos Fayt, en su voto individual en *Simón*, cuando –para diferenciarse de sus colegas Zaffaroni o Petracchi– mantuvo que no podía tomarse al caso *Barrios Altos* como antecedente vinculante, dado que la amnistía ocurrida en Perú resultaba incomparable con la que se había dado en la Argentina, ya que en este último país las normas de perdón fueron el resultado de la decisión de un congreso democrático. De todos modos, la posición que aquí defiendo se distingue de la de Fayt por considerar, como él no lo hiciera, que la legitimidad de las normas argentinas se veía afectada, a su vez, por las graves presiones militares existentes en el momento de su dictado.

³⁰ Es habitual encontrar argumentos contra la fortaleza democrática de tales expresiones populares en Uruguay (se las encuentra en el propio caso Nibia Sabalsagaray, en sus referencias al hecho de la “fuerza”, es decir al peso que habrían tenido en esos años las presiones militares sobre la sociedad democrática). Tal línea de argumentos, sin embargo, se enfrenta a un inconveniente muy serio, cual es el plebiscito constitucional de 1980, convocado por el propio gobierno cívico-militar, con el objeto de legitimar su continuidad y dejar definitivamente de lado la Constitución democrática de 1967. El hecho es que, contra todas las previsiones, la ciudadanía uruguaya, durante la dictadura, y enfrentada a las limitaciones a la libre expresión propias de un régimen de facto, no tuvo dificultades para rechazar, por más de un 57%, la invitación que le formulara el gobierno militar. Es decir, aún en las peores condiciones, la ciudadanía uruguaya supo decirle que “no” a la dictadura, a través de una consulta popular.

demás, resultó notablemente reforzada por la presencia de dos consultas populares, entendidas naturalmente como máxima expresión de la soberanía popular. Podemos hablar aquí, entonces, de una norma *democráticamente legítima, en un grado significativo*.

Las diferencias que separan, por caso, la auto-amnistía de la dictadura militar argentina, y la Ley de Caducidad uruguaya resultan extraordinarias, y ameritan, cuanto menos, un proceso de estudio y distinción trabajoso y cuidado. Como sostuviera Carlos Nino, en su momento, no había mayores razones para considerar válida la auto-amnistía, que luego (en cierta medida siguiendo sus invocaciones) derogara el Congreso argentino (Nino 1996). Sin embargo, debiera ser claro, el caso de la Ley de Caducidad planteaba un asunto por completo distinto al de la auto-amnistía militar en la Argentina –un caso que involucraba a un complejo, atribulado, conflictivo pero en todo caso deliberado proceso de reflexión colectiva.

La Corte IDH, en su sentencia, debió haber hecho un especial esfuerzo argumentativo para distinguir unas amnistías de otras, en su sentencia. Ello, no simplemente por pretensión académica o teórica, sino en respeto de lo que significa para la ciudadanía lograr acuerdos democráticos de nivel semejante. Si una norma goza de (cierta) legitimidad democrática, ella no puede ser, luego, simplemente desafiada como si se tratara de una norma emanada de una dictadura. *En otros términos, existe un problema serio cuando se toman como idénticas –por caso- normas ilegítimas de un modo extremo, y normas democráticamente legítimas, en un grado significativo*.

Al respecto, es interesante recordar que, en el caso que aquí más nos interesa, el de Uruguay, encumbrados dirigentes y juristas vinculados con el gobierno del Frente Amplio, supieron reconocer bien el significado de los reiterados pronunciamientos mayoritarios en respaldo de la norma de perdón. Ello, más allá del hecho de que muchos de tales individuos estuvieran convencidos de la necesidad de juzgar a todos los responsables de la comisión de crímenes masivos y militaran, en consecuencia, en pos de tal objetivo.

Contra tales manifestaciones, el enfoque adoptado por la Corte IDH en el fallo *Gelman* se mostró esquemático y carente de matices. Para la Corte, simplemente, las amnistías

se encontraban prohibidas en todos los casos. Los jueces de la Corte dejaron en claro que la incompatibilidad con la Convención de Derechos Humanos no se limitaba a las “autoamnistías” sino que alcanzaba a todo tipo de amnistías, porque lo relevante no era “el proceso de adopción” de la norma o “la autoridad que emitió la ley de amnistía,” sino “su *ratio legis*,” es decir, “dejar impunes graves violaciones al derecho internacional” (considerando 229). Más gravemente aún, y por si lo anterior no fuera suficientemente claro, la Corte señaló entonces que, para el caso específico del Uruguay, el hecho de que “la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.” Para la Corte, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana “no deriva de una cuestión formal, como su origen,” sino de su aspecto material. Es decir, la expresión de un Congreso soberano, tanto como la organización ciudadana de un referéndum primero, y luego de un plebiscito, representaban cuestiones meramente *formales*, que poco tenían que ver con la validez sustantiva de la ley.³¹

En definitiva, en menos de 10 renglones, y básicamente sin dar argumentos, el pronunciamiento de la Corte IDH en *Gelman* desautorizó sin atenuantes ni matices la

³¹ Aquí aparece una objeción que más de una vez me ha formulado mi colega Víctor Abramovich, quien fuera Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –objeción a la que llamaré, por tanto, “objeción Abramovich”. La objeción Abramovich parte de la idea de que los países de la región también han afirmado “democráticamente” su pertenencia al Sistema Interamericano, y suscripto “democráticamente” los tratados de derechos humanos que ahora, los Tribunales cuya autoridad han reconocido “democráticamente” les obligan cumplir. Es decir, la objeción viene a llamarnos la atención sobre el pedigree también democrático de las decisiones que aquí objeto usando argumentos del mismo calibre. La objeción, sin embargo, no me resulta para nada persuasiva. Ello así (más allá del uso, otra vez “plano” e indiferenciado de la idea de “democracia”), por la razón siguiente: Desde las primeras reflexiones públicas que conocemos en torno al control judicial –pienso, en particular, en la batalla jurídico-político que se generara en torno al caso *Marbury v. Madison*, en los Estados Unidos- tenemos en claro que la creación y aceptación de un órgano de naturaleza jurisdiccional no cierra sino que abre la discusión en torno a los alcances, límites y modalidades de su actuación. Es decir, cuando ponemos en funcionamiento a un tribunal superior no precluimos sino que inauguramos el debate acerca de qué es lo que puede decidir ese tribunal, de qué modo, o con qué autoridad. Y, como sabemos, lamentablemente, luego de más de 200 años de reflexión sobre el tema, todavía no hemos podido saldar la discusión referida a la legitimidad (democrática) y alcance de la autoridad de los tribunales superiores.

decisión del Congreso uruguayo, ratificada por la voluntad de más del 50% de la población expresada de modo limpio y directo. El problema que identificáramos como de la *gradación democrática* quedaba de este modo expuesto, de la forma más grave.

I. Derechos. El problema del desacuerdo y la desconfianza hacia las mayorías

Mucho de lo dicho y no dicho por la Corte IDH en *Gelman*, en materia de democracia, puede ser entendido mejor cuando se reconoce cuáles fueron sus supuestos al referirse a la idea de derechos. Aunque el fallo *Gelman* es suficientemente explícito al respecto, existe un fundamental antecedente del mismo que revela, aún mejor que el propio fallo, la concepción que se tornó entonces relevante en relación con las nociones de democracia y derechos.

El antecedente al que me refiero es el caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, decidido el 19 de octubre de 2009, y a través del cual la Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró por unanimidad que la Ley de Caducidad era inconstitucional, alegando que la misma violaba la separación de poderes, y que no podía ser considerada una ley de amnistía.³² Se trata de un antecedente que la Corte IDH tomó primaria y explícitamente en cuenta para fundar su propia decisión en *Gelman*.

En *Nibia Sabalsagaray*, la Corte uruguaya defendió una posición teórica peculiar para fundamentar su fallo. En el núcleo central de la misma, la Corte i) hizo una separación estricta entre el ámbito de la democracia y el ámbito de los derechos, ii) sostuvo que cualquier interferencia democrática con el ámbito de los derechos debía ser, en principio, considerada inválida; y iii) mantuvo que era el Poder Judicial el que tenía competencia exclusiva para llevar a cabo dicha invalidación.

Siguiendo muy de cerca al pensamiento del iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli (autoridad de referencia permanente de la jurisprudencia latinoamericana en cuestiones relacionadas con el castigo penal), la Corte uruguaya afirmó que todo lo relativo a los derechos se ubicaba dentro de una (así llamada por Ferrajoli) *esfera de lo no decidable*:

³² Sabalsagaray Curutchet, Blaca Stela. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 3 y 4 de la Ley n. 15.848, Ficha 97-397/2004.

Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la 'democracia sustancial' que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría...bajo pena de invalidez (caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, p. 30).

Luego, y citando de modo directo al autor italiano (más en particular, a su trabajo *Democracia y garantismo*), la Corte sostuvo que:

las cuestiones pertenecientes a la que he llamado 'esfera de lo decidible,' los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado 'esfera de lo no decidible'...Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría...como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción (ibid., p. 32).

Como reconociera la propia Corte uruguaya en su argumento, la idea de la *esfera de lo no decidible* por ella suscripta era paralela a la que el filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés definiera como el *coto vedado*, o la que el italiano Norberto Bobbio llamara el *territorio inviolable*. La idea resultante era, entonces, que para todos los casos (y vuelvo aquí a citar a la Corte uruguaya) "ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral –ni aún si lograra la unanimidad- podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una ley [violatoria de derechos] (ibid., p. 31)."

La Corte uruguaya también fue enfática sobre este último punto, referido a la modalidad y los alcances de las facultades del Poder Judicial. Sostuvo al respecto que "el análisis de aplicabilidad de una norma legal al caso concreto en función de su compatibilidad o conciliabilidad con las disposiciones y principios de la Carta está reservado, exclusivamente, al Poder Judicial, en la figura de su órgano jerarca" (ibid., p. 34)

La Corte IDH parece seguir directamente a la decisión de la Corte uruguaya en este respecto. En el párrafo 239, citando al fallo *Nibia Sabalsagaray Curutchet* sostiene que "la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las

mayorías en instancias democráticas”. De este modo, la Corte IDH no sólo retomaba lo dicho por el supremo tribunal uruguayo sino también, y a través de éste, lo señalado por Luigi Ferrajoli. Diego García Sayán, en su condición de Presidente de la Corte IDH, reafirmó este punto recientemente, recuperando esta exacta cita, para luego agregar que “el límite de la decisión para las mayorías es, pues, el respeto a los derechos de las personas. Y eso porque así ha sido soberanamente decidido por los estados cuando se han hecho parte de tratados internacionales de derechos humanos.”³³

La contundencia de todas estas afirmaciones oscurece, sin embargo, la dificultad que identificáramos como el *problema del desacuerdo*, basada en el hecho de que tenemos (y seguiremos teniendo) desacuerdos radicales y razonables en relación con los derechos que queremos proteger. Por supuesto, sería muy tranquilizador para todos nosotros si pudiéramos acordar primero, entre todos, una lista de derechos; para consagrarlos inmediatamente luego en la Constitución o en una Carta de Derechos Humanos, con carácter de irrenunciables, incondicionales e inviolables por cualquier decisión mayoritaria (e incluso unánime, agregaría la Corte IDH). Empero, ocurre que disentimos, razonablemente, sobre cuáles son esos derechos, y cuáles sus contenidos y contornos. Fundamentalmente de ello se trata lo que el jurista Jeremy Waldron definiera como *el hecho del desacuerdo*: nuestra vida en sociedad se encuentra decisivamente marcada por razonables y persistentes desacuerdos en materia de justicia y derechos (Waldron 1999). Con el mismo Waldron también podríamos agregar algo que resulta particularmente relevante en este contexto, y es que frente a la existencia de esos profundos desacuerdos, son pocas las alternativas que nos quedan abiertas para seguir actuando juntos, más allá de continuar debatiendo hasta recurrir, finalmente, a procesos de toma de decisión basados en el uso de la regla mayoritaria.

Lo dicho no significa renunciar a la idea de derechos; ni implica colapsar a la misma, simplemente, en la idea de democracia. Lo dicho pretende, más bien, objetar la estrategia contraria, esto es decir, objetar la estrategia que pretende, simplemente, aislar a la idea de derechos de todo contacto con la noción de regla mayoritaria. En este punto, cabría señalar junto con Waldron, nuevamente, que la pretensión de

³³ <http://www.larepublica.pe/columnistas/atando-cabos/en-nombre-de-las-mayorias-28-06-2012>

independizar la discusión de los derechos del recurso a la regla de la mayoría, se frustra apenas comienza a andar. Ello es lo que se advierte, claramente, en casi cualquiera de las decisiones de tribunales como la Corte IDH. Tales decisiones reflejan los dos aspectos que aquí se enfatizan: por un lado, un razonable desacuerdo interno (entre los jueces, en este caso), y por otro, y a partir de allí, el recurso a la regla mayoritaria (en este caso, interna al tribunal) como método para zanjar ese desacuerdo.

Si la Corte uruguaya o la Corte IDH se niegan a dar este paso, ello se debe a dos supuestos adicionales (tan difíciles de sostener como el que niega el hecho del desacuerdo), que parecen estar presentes en su razonamiento. El primero de tales supuestos es el que vincula a la regla mayoritaria con una tendencia a la toma de decisiones irracionales e irrazonables; y el segundo, que aparece como la contracara del primero, es el que vincula al Poder Judicial con la toma de decisiones racionales y razonables.

Ambos supuestos, por lo demás, se encuentran sistemáticamente presentes en la obra de Ferrajoli, que aparece como decisivo apoyo teórico de los tribunales citados, en materias como la que nos ocupa. En definitiva, este tipo de supuestos relacionados con la irracionalidad propia de las mayorías y la necesidad (consiguiente) del control judicial, parecen ser los que han hecho posible que tribunales como los citados afirmen, con la convicción con que lo han hecho, que las cuestiones de derechos deben ser de competencia *exclusiva* del Poder Judicial; o que consideren básicamente irrelevante que una amnistía haya sido “aprobada por un régimen democrático y aún ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones”; o que califiquen a la decisión del Congreso uruguayo primero, al referéndum luego, y al plebiscito más tarde, como expresiones meramente “formales,” completamente carentes de importancia a la hora de evaluar la validez de la ley.

Una excelente ilustración de cómo es que el *problema del desacuerdo* sobre el contenido de los derechos impacta en la práctica decisoria de los tribunales aparece, justamente, en el caso *Gelman* que aquí nos ocupa. El ejemplo en el que pienso no se refiere a una cuestión marginal al fallo sino a otra que se encuentra, más bien, en su

mismo centro. Pienso en una de las razones centrales que alega la Corte IDH para justificar su decisión de considerar a la Ley de Caducidad como contraria a lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos. Si la Corte condena a Uruguay en su fallo, como violando la Convención a través del dictado de la Ley de Caducidad, ello se debe a que los Estados –dice la Corte- tienen la obligación de “sancionar” a los responsables de cometer crímenes graves. Dicho deber se desprende, según nos aclara la Corte IDH, de “la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1. de la Convención Americana” (párrafo 189 de *Gelman*). Tal artículo –agrega el tribunal- obliga a los Estados a “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (ibid., párrafo 190).

Ocurre, sin embargo, que cuando uno lee el artículo 1.1. de la Convención Americana, no se encuentra en absoluto con esa férrea y detalladísima serie de obligaciones enunciadas por la Corte IDH. El artículo 1.1. de la Convención lee como sigue:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En suma, una de las principales razones alegadas por la Corte IDH para condenar a Uruguay por su incumplimiento con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente, tiene que ver con un artículo de la Convención que en ningún momento hace referencia más o menos explícita a los deberes de “prevenir,” “investigar,” “sancionar,” restablecer y “reparar” los “daños producidos por la violación de los derechos humanos” –deberes que, según la Corte IDH, Uruguay no habría cumplimentado. Tales deberes se derivan, en definitiva, de una interpretación jurídica, cuanto menos muy polémica (y que, por lo demás, se contradice con las expresiones democráticas del Congreso y la ciudadanía uruguayas), hecha por el tribunal. Con este ejemplo, entonces, podemos reconocer de un modo claro qué es lo que significa y qué

es lo que implica no tomar en cuenta el *problema del desacuerdo*, cuando meditamos sobre el sentido, significado y alcance de los derechos.

Conclusiones

Razones como las hasta aquí expuestas son las que nos permiten poner en cuestión a la decisión tomada en el caso *Gelman*. Ello, sintéticamente, por partir de una visión de la democracia (no sólo basada en la desconfianza hacia la ciudadanía, sino además) “plana”, es decir, incapaz de reconocer matices relevantes, en cuanto a la robustez y la legitimidad de las decisiones públicas; y por asumir una idea de los derechos rígida, por completo desacoplada de la discusión democrática (consistente con una defensa dogmática del control judicial y del consiguiente papel de los tribunales internacionales en la protección de los derechos humanos).

BIBLIOGRAFÍA

Ferrajoli, L. (2008), *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.

Nino, C. (1997), *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires: Gedisa.

Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

¿POR QUÉ UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA?*

LUIGI FERRAJOLI

* Texto de la intervención de Luigi Ferrajoli en la inauguración de la escuela "Constituyente Terra", en la Biblioteca Vallicelliana de Roma, el día 27 de diciembre de 2019.

1. Escepticismos y realismo. Plazos cortos y espacios reducidos de las políticas nacionales.

Existen problemas globales que no forman parte de la agenda política de los gobiernos nacionales, incluso si de su solución depende la supervivencia de la humanidad: salvar al planeta del calentamiento global, los peligros de los conflictos nucleares, el crecimiento de las desigualdades y la muerte, cada año, de millones de personas por falta de alimentos básicos y de medicamentos, el drama de cientos de miles de migrantes cada uno de los cuales huye de uno de estos problemas no resueltos.

De esta conciencia banal nació la idea de crear un movimiento destinado a promover una Constitución de la Tierra. Somos bien conscientes del hecho de que este proyecto puede parecer una utopía, una propuesta poco realista e inalcanzable. ¿Cómo se puede en tiempos como los actuales, de crisis de las democracias nacionales y de procesos deconstituyentes, incluso en los países más avanzados, plantear una democracia cosmopolita y una constitución mundial que una a cientos de pueblos diferentes, a veces en conflicto entre sí? ¿Cómo se puede hacer que tal pacto sea compartido por los 196 estados y por los nuevos soberanos irresponsables e invisibles, en que se han transformado los mercados?

Pues bien, precisamente los argumentos escépticos que subyacen a estas preguntas, la inexistencia de un pueblo mundial homogéneo y la existencia de los Estados soberanos, son en mi opinión las razones principales que dan fundamento a la necesidad y la urgencia de una ampliación del paradigma constitucional a escala internacional. En efecto, frente a la concepción nacionalista e identitaria de la constitución formulada por Carl Schmitt en los años treinta del siglo pasado, y propuesta nuevamente hoy por tantos populismos y soberanismos, no creemos que la constitución consista en la expresión de la “identidad” y la “unidad del pueblo como totalidad política”. Por el contrario, es un pacto de convivencia pacífica entre los diferentes y los desiguales: un pacto de no agresión entre los diferentes y un pacto de ayuda mutua entre los desiguales. Por esta razón, es tanto más legítimo, necesario y urgente cuanto mayores son las diferencias de identidades personales que debe proteger y las desigualdades materiales que está llamada a reducir. En resumen, una constitución es legítima y democrática no porque querida por todos, sino porque

garantiza a todos. Por otro lado, es evidente que siete mil setecientos millones de personas, 196 estados soberanos, diez de los cuales están equipados con armamento nuclear, un capitalismo voraz y depredador y un sistema industrial ecológicamente insostenible, no pueden sobrevivir a largo plazo sin afrontar la devastación del planeta, el aumento de las desigualdades y la pobreza, además de los racismos, los fundamentalismos y la criminalidad.

Se entiende cómo, de cara a estos desafíos globales a la razón jurídica y política, las políticas de los estados nacionales son inadecuadas e impotentes. Son desconcertantes su inercia y su silencio en torno a las catástrofes humanitarias, a las guerras y las amenazas de desastres ecológicos de los que, entre otras cosas, huyen masas de migrantes que nuestras leyes inútiles y nuestras fronteras militarizadas no pueden parar. Ciertamente, esta insuficiencia de las políticas nacionales se explica también por su subordinación a la economía generada por la corrupción, los conflictos de intereses y las presiones de los lobistas. Pero depende sobre todo de dos graves aporías que afectan a la democracia política, ambas vinculadas a la relación de las políticas nacionales por un lado con el tiempo, y por otro, con el espacio.

Las políticas nacionales están vinculadas al corto plazo, más bien cortísimo, de las competiciones electorales, o peor, de las encuestas, y a los estrechos espacios de los territorios nacionales: corto plazo y espacios estrechos que evidentemente impiden que los gobiernos estatales, interesados únicamente en el consenso electoral, hagan frente a los desafíos y problemas mundiales con políticas a su altura. Las amenazas más graves al futuro de la humanidad: la devastación ambiental, las explosiones nucleares, las masacres de migrantes, la miseria y las enfermedades no tratadas que cada año causan la muerte de millones de seres humanos, son ignoradas por nuestra opinión pública y por nuestros gobiernos nacionales, y no entran en su agenda política, totalmente vinculada a los estrechos espacios diseñados por las competiciones electorales. Debido a la práctica diaria de las encuestas, en vista de los plazos electorales, la política también está perdiendo las dimensiones del tiempo: por un lado, la amnesia, es decir, la pérdida de la memoria de las guerras mundiales, del fascismo y de los “nunca más” de los que nacieron las constituciones y las cartas de la segunda posguerra; por otro, la miopía y la irresponsabilidad por el futuro no

inmediato y por los problemas mundiales. Sólo así se explica el regreso de la guerra que ha tenido lugar en estos años, la indiferencia despreocupada por la destrucción en curso del medioambiente y el mal pronóstico para el futuro de nuestro planeta.

En conclusión, la democracia de hoy sólo sabe del corto plazo y de tiempos breves. No recuerda e incluso elimina el pasado, sin hacerse cargo del futuro, es decir, de lo que sucederá más allá de los plazos electorales y de las fronteras nacionales. Se ve afectada por el localismo y el presentismo. Está claro que la visión miope del corto plazo y los espacios estrechos no puede más que permanecer anclada a los intereses inmediatos y nacionales, y, por lo tanto, excluye todo diseño capaz de hacerse cargo de los problemas supranacionales y del futuro. La democracia entra así en conflicto con la racionalidad política, es decir, con los intereses a largo plazo de los propios países democráticos. Y, por tanto, corre el riesgo de colapsar incluso en los sistemas nacionales. También porque en el mundo globalizado de hoy, el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de las decisiones externas, sean de carácter político o económico.

2. La necesidad y la urgencia de un constitucionalismo más allá del Estado. Instituciones de gobierno e instituciones de garantía: Es a partir de esta banal y elemental conciencia, como nació la idea de dar vida a un movimiento de opinión, orientado a promover un constitucionalismo supranacional, capaz de llenar el vacío de derecho público producido por la asimetría entre el carácter global de los poderes salvajes y el carácter predominantemente local de la política y el derecho.

No es una hipótesis utópica. Por el contrario, es la única respuesta racional y realista al mismo dilema afrontado hace cuatro siglos por Thomas Hobbes: la inseguridad generada por la libertad salvaje del más fuerte, o bien el pacto de convivencia pacífica sobre la base de la prohibición de la guerra y la garantía de la vida. El dilema actual es mucho más dramático del planteado entonces. De hecho, hay dos diferencias profundas entre la sociedad natural del *homo homini lupus* teorizada por Hobbes y el estado de naturaleza en que se encuentran los 196 estados soberanos y los grandes poderes económicos y financieros mundiales, dotados a la vez de soberanía absoluta. La primera, es que la sociedad salvaje actual de poderes globales

es una sociedad poblada no por lobos naturales, sino por lobos artificiales, los estados y los mercados, sustancialmente liberados del control de sus creadores y dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento del pasado. La segunda es que, a diferencia de todas las otras catástrofes del pasado —las guerras mundiales, los horrores de los totalitarismos—, la catástrofe ecológica y nuclear es en gran medida irreversible, y tal vez no haya tiempo de formular nuevos “nunca más”: en efecto, pues existe el peligro de adquirir conciencia de la necesidad de un nuevo pacto cuando sea demasiado tarde.

Ese pacto de convivencia pacífica, no se olvide, ya había sido estipulado por la humanidad tras la segunda guerra mundial y la liberación del nazi-fascismo. En aquel extraordinario quinquenio constituyente, entre 1945 y 1948, después de la guerra mundial, la humanidad pareció tomar conciencia de su propia fragilidad. Por eso, en los países liberados del fascismo, no solo se refundaron las democracias nacionales, sobre la base de los límites y restricciones impuestas por las constituciones rígidas sobre las decisiones de las mayorías. También se refundó, con la Carta de la ONU y luego con las numerosas cartas de derechos humanos, el derecho internacional, que dejó de ser un sistema pacticio de relaciones entre Estados soberanos basados en tratados, para convertirse en un sistema jurídico en el que todos los estados miembros están sujetos a un mismo derecho, es decir, a la prohibición de la guerra, y al respeto y actuación de los derechos humanos. Disponemos ya, pues, de un embrión de constitución del mundo, compuesto por la Carta de las Naciones Unidas y las numerosas otras cartas, declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos. En términos de legislación, en resumen, el paradigma constitucional ya se ha incorporado al ordenamiento internacional.

Sin embargo, este ordenamiento, junto con la pérdida de memoria de los “nunca más” a la guerra y los totalitarismos estipulados en ese embrión de constitución mundial, está sufriendo un evidente proceso deconstituyente. La estipulación en todas las cartas de principios de paz, igualdad y derechos fundamentales, habría requerido la introducción de sus garantías por una esfera pública mundial: garantías de paz a través de la actuación del capítulo VII de la Carta de la ONU y, por tanto, el monopolio supranacional de la fuerza, la disolución de los

ejércitos nacionales y la prohibición de las armas; garantías de los derechos sociales a la salud, la educación y la subsistencia, a través de la financiación adecuada de instituciones mundiales de garantía como la FAO y la OMS; garantías de los bienes comunes contra la devastación ambiental, mediante el establecimiento de demanios supranacionales; garantías jurisdiccionales, comenzando por el control de constitucionalidad y convencionalidad, contra la violación de las prohibiciones y las obligaciones impuestas por estas garantías.

En efecto, hay un rasgo característico de los derechos fundamentales que explica su ineficacia en el orden internacional. A diferencia de los derechos patrimoniales, cuyas garantías nacen junto con los derechos garantizados —la deuda junto al crédito, la prohibición de daños junto al derecho real de propiedad— los derechos fundamentales no surgen con sus garantías, que bien pueden faltar y de hecho faltan en el derecho internacional. Por lo tanto, necesitan reglas de actuación que introduzcan, a escala global, las garantías principales y las correspondientes instituciones, como el servicio de salud mundial, una organización mundial del trabajo, un demanio planetario, un fisco global y similares. Ninguna de estas instituciones de garantía se ha establecido, excepto la Corte Penal Internacional introducida por el Tratado de Roma de 1998.

Pues bien, nuestra hipótesis de la Constitución de la Tierra tiene la intención de tomar en serio las numerosas cartas de derechos existentes, que son derecho válido a pesar de ser ineficaces, introduciendo una primera innovación respecto a las constituciones estatales y, sobre todo, a las diversas cartas internacionales de derechos humanos. A diferencia de estas, deberá prever e incluir en el texto constitucional no sólo las funciones tradicionales legislativa, ejecutiva y judicial, sino también las funciones e instituciones de garantía primaria de los derechos y los bienes fundamentales.

La hipótesis teórica cuya asunción proponemos como base de nuestro proyecto es, de hecho, una reformulación de la clásica tipología y separación de poderes formulada por Montesquieu hace 270 años, en presencia de un sistema institucional enormemente más simple que los actuales: la distinción, que he propuesto varias veces, entre *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía*. Las

instituciones de gobierno son aquellas con funciones políticas, de opción e innovación discrecional en orden a lo que podemos llamar la “esfera de lo decidible”: no sólo, por lo tanto, las funciones propiamente gubernamentales de orientación política y opción administrativa, sino también las funciones legislativas. Las instituciones de garantía, por otro lado, son las encargadas de las funciones vinculadas a la aplicación de la ley, en particular, del principio de la paz y de los derechos fundamentales, para garantizar lo que llamaré, la “esfera de lo indecidible (que o que no)”: las funciones judiciales o de garantía secundaria, pero antes aún las funciones dirigidas a garantizar en vía primaria los derechos sociales, como las instituciones educativas, sanitarias, asistenciales, de previsión social y similares.

Estas funciones y estas instituciones de garantía son, más que las funciones e instituciones de gobierno, las que hay que desarrollar a escala global en actuación del paradigma constitucional. Lo necesario, a fin de garantizar la paz, el medio ambiente y los derechos humanos, no es ya el establecimiento de una reproducción improbable, y ni siquiera deseable, de la forma estado a escala supranacional —una especie de superestado mundial, aunque sea basado en la democratización política de la ONU— sino más bien la introducción de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas. En efecto, las funciones e instituciones de gobierno, al estar legitimadas por la representación política, es bueno que permanezcan lo más posible dentro de la competencia de los estados nacionales, no teniendo mucho sentido un gobierno representativo planetario basado en el principio clásico de una persona/un voto. Al contrario, las funciones e instituciones de garantía primaria de los derechos fundamentales, en particular de los derechos sociales a la salud, la educación y la protección del medioambiente, al no estar legitimadas por el consenso de la mayoría sino por la universalidad de los derechos fundamentales, no sólo pueden, sino que en muchos casos deben ser introducidas a escala internacional. La mayoría de estas funciones contramayoritarias —en materia de medio ambiente, delincuencia transnacional, gestión de bienes comunes y reducción de las desigualdades— por su relación con problemas globales, como la defensa del ecosistema, el hambre, las enfermedades no tratadas y la seguridad, requieren respuestas globales que sólo instituciones globales pueden proporcionar.

Es, sobre todo, la falta de estas funciones e instituciones globales de garantía, la verdadera gran *laguna* del derecho internacional actual, que equivale a una patente violación. Estas funciones e instituciones de garantía son las que hay que diseñar y luego introducir e imponer normativamente en la Constitución de la Tierra, para garantizar la supervivencia del género humano, amenazada por primera vez en la historia por nuestras propias políticas irresponsables.

Por esta razón hemos concebido la idea de una escuela “Constituyente Tierra”, cuyo fin no es enseñar, sino estimular la reflexión colectiva y la imaginación teórica sobre las técnicas y funciones de garantía idóneas para hacer frente a los desafíos y las catástrofes mundiales. Si nuestro proyecto tuviera el solo efecto de introducir en el orden del día la reflexión teórica sobre estas técnicas de garantía, habría logrado su objetivo esencial.

3. La adveración del constitucionalismo por efecto de su expansión a escala mundial, frente a los poderes privados y para la protección de los bienes fundamentales. La verdadera utopía, el verdadero realismo. La Constitución de la Tierra produciría además una segunda innovación aún más importante, en relación con el constitucionalismo tradicional. El constitucionalismo actual es un constitucionalismo de derecho público, anclado en la forma del estado nacional y presentado como sistema de límites y vínculos en garantía de los derechos fundamentales. Las expresiones “estado de derecho”, “estado legislativo de derecho”, “estado constitucional de Derecho” son significativas: en la tradición liberal, solo el estado y la política, serían el lugar del poder y esto justificaría su sujeción a reglas y controles. Por el contrario, la sociedad civil y el mercado serían el reino de las libertades, que habría que proteger, sobre todo, de los abusos y los excesos de los poderes públicos. Las relaciones internacionales serían el lugar de la soberanía, aunque débilmente obligadas al respeto de los tratados internacionales.

La Constitución de la Tierra que proponemos elaborar se caracterizará en cambio por una expansión del paradigma constitucional más allá del estado, en tres direcciones: a) en primer lugar, en la dirección de un *constitucionalismo supranacional* o de derecho internacional, junto al constitucionalismo estatal actual, a través de la

previsión de funciones e instituciones supraestatales de garantía, a la altura de los poderes económicos y políticos mundiales; b) en segundo lugar, hacia un *constitucionalismo de derecho privado*, junto al constitucionalismo de derecho público actual, mediante la introducción de un sistema adecuado de normas y garantías frente a los actuales poderes salvajes de los mercados; c) en tercer lugar en dirección a un *constitucionalismo de bienes fundamentales*, junto al de los derechos fundamentales, mediante la previsión de garantías destinadas a conservar y asegurar el acceso de todos, al disfrute de bienes vitales como los bienes comunes, pero también a los medicamentos esenciales y a la alimentación básica.

Son tres expansiones dictadas por la misma lógica del constitucionalismo, cuya historia es la historia de una expansión progresiva de sus tutelas: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XIX, al derecho a huelga y los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente, a la información, al agua y a la alimentación, hoy reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Ha sido una historia social y política antes que teórica, dado que ninguno de estos derechos ha descendido de lo alto, sino que han sido conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones estadounidense y francesa, luego los movimientos del siglo XIX en Europa para los estatutos, después la lucha de liberación antifascista de la que nacieron las actuales constituciones rígidas, finalmente las luchas obreras, feministas, ecologistas y pacifistas de estas últimas décadas.

Hoy es un nuevo movimiento de opinión y lucha política el que debe ser activado por la movilización de millones de jóvenes en defensa de la Tierra. No sólo se trata de una ampliación, sino también de una adveración del constitucionalismo. En efecto, pues estamos convencidos de que existe una contradicción irresuelta, presente de manera explícita en la Carta de la ONU, entre el constitucionalismo de los derechos universales y la defensa de las soberanías estatales, entre el principio de paz y la ausencia de un monopolio de la fuerza en manos de la ONU, entre el universalismo de los derechos fundamentales y la ciudadanía. Por lo tanto, es un salto cualitativo del constitucionalismo, hoy impuesto por las amenazas mortales al futuro de la Tierra y de la humanidad. El paradigma constitucional certificado por su universalización es, en

efecto, incompatible tanto con la ciudadanía, que es el último accidente de nacimiento —un derecho a tener derechos— que diferencia a las personas por razón de estatus, como con la soberanía, puesto que no admite poderes constituidos soberanos. “La soberanía pertenece al pueblo”, dicen las constituciones democráticas. Pero, puesto que el pueblo no es un macro-sujeto, esto quiere decir que la misma no es más que la suma de estos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales de los que todos —los millones, más aún, los miles de millones de personas que forman el pueblo— son titulares.

Sólo una Constitución de la Tierra puede superar estos factores de división del género humano, y de contradicción con los principios de paz e igualdad, que son las diferentes soberanías y ciudadanías y, por lo tanto, dar por verdadero el universalismo de los derechos fundamentales. Sólo gracias a las ampliaciones del constitucionalismo aquí esbozadas, estados y mercados dejarán de ser, como dijo Raniero La Valle, nuestros patrones, es decir, valores intrínsecos y fines en sí mismos, como hoy querrían soberanistas y liberistas, para transformarse en instrumentos de garantía de los derechos fundamentales de todos y de los demás principios de justicia constitucionalmente establecidos. Sólo tales ampliaciones podrán restaurar la geografía democrática de los poderes, alterada por su confusión y por la inversión *de facto* del gobierno político de la economía, en el gobierno económico de la política.

Es en esta inversión de la relación entre política y economía, provocada por la asimetría entre el carácter global de la segunda y el carácter aún puramente estatal de la primera, donde reside el principal factor de crisis de nuestras democracias constitucionales. Hoy no son los Estados los que garantizan la competencia entre las empresas, sino por el contrario, las grandes empresas transnacionales las que ponen a competir a los Estados, privilegiando a aquellos en los que son menores las garantías laborales y los derechos fundamentales, menor o inexistente la tutela del medioambiente y mayores las posibilidades de corromper o condicionar a los gobiernos. Por esta razón, la alternativa es hoy radical: ● se desarrolla un proceso constituyente de carácter supranacional, primero europeo y luego mundial, es decir, la construcción de una esfera pública planetaria capaz de establecer límites a la soberanía salvaje de los mercados y de los estados más poderosos, para garantizar los

derechos y los bienes vitales de todos, o no sólo estarán en peligro nuestras democracias, sino también la paz y la habitabilidad del planeta.

Es por lo que estamos convencidos de que hoy la verdadera utopía, la hipótesis más irreal e inverosímil, es la idea de que la realidad pueda permanecer indefinidamente tal como es: que se pueda continuar a largo plazo basando nuestras ricas democracias y nuestros despreocupados tenores de vida, en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y el desarrollo ecológicamente insostenible de nuestras economías. Siendo realistas, todo esto no puede durar. Es el mismo preámbulo de la Declaración del '48 el que establece, con realismo, un vínculo de implicaciones recíprocas entre paz y derecho, entre seguridad e igualdad. Y aunque la actual ausencia de una esfera pública global equivalga a la ley del más fuerte, a largo plazo no le servirá ni aún al más fuerte, pues la Tierra, como dice un viejo lema del movimiento contra la actual globalización salvaje, es el único planeta que tenemos.

En resumen, el verdadero realismo, la única respuesta racional a los desafíos mundiales es la construcción de una esfera pública global, que tome en serio las promesas formuladas en ese embrión de constitución del mundo que son las diversas cartas de derechos. Nuestra iniciativa, el papel de nuestra escuela solo tendrá éxito si consigue introducir en la agenda de la reflexión teórica y política el tema, hasta ahora ignorado, de la refundación de las garantías de nuestras democracias. El tema de un proceso constituyente de la democracia cosmopolita, que es también el presupuesto de un proceso reconstituyente de las democracias nacionales. Por esta razón, difundiremos también nuestro llamamiento fuera de Italia e intentaremos incorporar a esta reflexión colectiva puesta en marcha por nuestras escuelas a todo el mundo de la cultura jurídica y política: juristas, economistas y teóricos de la política de todo el mundo.

En efecto, nuestra escuela, mejor, nuestras escuelas —esperamos que se unan otras a la que organizaremos aquí en Roma— tendrá que reflexionar sobre todos los diversos problemas y emergencias que ponen en peligro a la humanidad, con el fin de identificar las técnicas de garantía más pertinentes. Aquí indicaré tres, todas de carácter global: a) las catástrofes ecológicas; b) las guerras nucleares y la producción y

multiplicación de las armas; c) el hambre y las enfermedades no tratadas. Pero hay muchos otros problemas y emergencias sobre los cuales tendremos que reflexionar: la explotación del trabajo, el problema de los migrantes, las amenazas a la democracia — y no sólo los innegables beneficios— hoy representados por la tecnología de la información. Todos estos temas están relacionados entre sí: el cambio climático, las guerras y el crecimiento de la pobreza, de la que huyen cientos de miles de migrantes, es el resultado del anarcocapitalismo salvaje y depredador, a su vez respaldado por las políticas liberales y la desintegración de la subjetividad colectiva que ellas promueven, a través de la precarización de las relaciones laborales, en beneficio de los populismos y sus campañas identitarias y racistas.

4. A) *La emergencia ambiental, las posibles catástrofes ecológicas y las garantías de los bienes comunes.* La primera urgencia que reclama un constitucionalismo ampliado en las tres direcciones indicadas anteriormente —como constitucionalismo global, de derecho privado y de los bienes comunes— es la emergencia ambiental. Nuestra generación ha hecho un daño irreversible y creciente a nuestro medio ambiente natural. Hemos masacrado enteras especies animales, envenenado el mar, contaminado el aire y el agua, deforestado y desertificado millones de hectáreas de tierra. El actual desarrollo desregulado del capitalismo, insostenible en el plano ecológico, está envolviendo nuestro planeta como una metástasis, poniendo en riesgo su habitabilidad en muy poco tiempo. Durante el último medio siglo, mientras la población mundial se ha más que triplicado, el proceso de alteración de la naturaleza —la construcción desordenada y masiva, el derretimiento de los casquetes polares en Groenlandia y la Antártida, el calentamiento global, la contaminación del aire y de los mares, la reducción de la biodiversidad, las explosiones nucleares— se ha desarrollado de manera exponencial. Al mismo tiempo se están extinguiendo los recursos energéticos no renovables —el petróleo, el carbón y el gas natural— acumulados durante millones de años y despilfarrados en unas pocas décadas. En suma, el desarrollo insostenible es dilapidando los bienes comunes naturales como si fuéramos las últimas generaciones en sobre la Tierra.

De ahí la necesidad de dar vida a una nueva fase del constitucionalismo que reconozca y garantice, junto con los derechos fundamentales, los que podemos llamar bienes fundamentales, en cuanto vitales —como el agua, el aire, los glaciares, el patrimonio forestal— sustrayéndolos al mercado y a la disponibilidad de la política y estipulando para ellos un estatus inderogable de *bienes constitucionales*, a fin de preservarlos y hacerlos accesibles a todos.

En cambio, asistimos al proceso opuesto: a las privatizaciones y a la mercantilización de estos bienes. Lo ilustra el caso de ese bien vital que es el agua potable, sometido a una doble agresión: primero su transformación, por las prácticas depredadoras del capitalismo salvaje —deforestación, derroche, contaminación de los manantiales y lo acuíferos— en un bien escaso y no accesible a todos, hasta el punto de que aproximadamente mil millones de personas no disponen de él; después, su paradójica privatización y su transformación en mercancía, en momentos en que, por su escasez, se necesitaría garantizarla a todos como un bien fundamental.

Pero no sólo el agua, sino todos los bienes comunes —la atmósfera, los mares y los grandes ríos, los grandes bosques, la biodiversidad— están hoy amenazados por el desarrollo industrial insostenible. Parafraseando el preámbulo de la carta de la ONU, una Constitución de la Tierra destinada a garantizar los bienes fundamentales del planeta además de los derechos fundamentales de las personas, podría abrirse con estas palabras: “Los pueblos de las Naciones Unidas, decididos a salvar a las generaciones futuras del flagelo del desarrollo ecológicamente insostenible que en el transcurso de una generación ha provocado una devastación indescriptible en nuestro medio ambiente natural, acordamos” las siguientes medidas urgentes para garantizar los siguientes bienes fundamentales de la humanidad.

La reflexión teórica promovida por nuestra escuela debe identificar estos bienes y estas medidas: el establecimiento de autoridades mundiales de garantía ambiental, encargadas de asegurar la intangibilidad de los bienes fundamentales, la imposición de límites y controles a la emisión de gases de efecto invernadero, la imposición de embargos y sanciones a quienes violen las normas y garantías establecidas para la tutela de los bienes vitales comunes. A mi juicio, la más importante de estas garantías es una antigua figura conocida desde el derecho

romano: el *demanio*, es decir, la sustracción de los bienes comunes al mercado a través de su calificación de bienes de dominio público. Con dos correctivos. Primero, la constitucionalización de su estatus de bienes públicos. Hoy la propiedad pública está definida en la ley: en Italia, por el Código Civil, que califica como tal una larga serie de cosas —playas, puertos, ríos arroyos, lagos, carreteras estatales y similares—. Pero la ley, como sucedió en Italia, puede disponer su privatización y transformación en bienes patrimoniales algo que sólo su constitucionalización puede impedir. En segundo lugar, es necesario establecer más tipos de demanios: además de los actuales demanios municipales, regionales y estatales, también *demanios supraestatales* europeos e incluso mundiales, para protegerlos de las agresiones provenientes de la industria y el mercado mundial. De un futuro *demanio planetario* deberían formar parte el agua potable, los glaciares, los mares, las costas marinas y la selva amazónica, víctima cada año de incendios criminales.

Cabe agregar que una política racional orientada a la protección de los bienes ecológicos requiere hoy una lucha contra el tiempo. En efecto, pues hay una terrible novedad con respecto a todas las catástrofes del pasado. Siempre, la razón jurídica y política ha extraído lecciones de las otras catástrofes, incluso las más terribles —de las guerras mundiales a los genocidios—, formulando nuevos pactos constitucionales contra su repetición, nuevos “nunca más”. A diferencia de todas las demás catástrofes pasadas de la historia humana, la ecológica es en gran medida irremediable, y tal vez no tendremos tiempo para extraer las lecciones necesarias. Por primera vez en la historia, existe el peligro de que se tome conciencia de la necesidad de cambiar de rumbo y de establecer un nuevo pacto cuando sea ya demasiado tarde. Pero podemos también decir que, por primera vez en la historia, la emergencia medioambiental puede ofrecer, quizás más que ninguna otra, la oportunidad de obligar a la población del planeta a dejar de lado los numerosos conflictos e intereses mezquinos para unirse en una batalla común, contra una amenaza común, por una causa común.

5. B) *La emergencia nuclear. Las guerras y la producción y venta de armas. Garantías de la paz.* La segunda emergencia, que también requiere la expansión del constitucionalismo a escala mundial, está constituida por las guerras y las amenazas a

la paz generadas por la producción y posesión de armas cada vez más letales. Tras la caída del muro de Berlín, a pesar de estar previstas como crímenes por el estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, Occidente ha desatado nuevas guerras de agresión: en Irak en 1991, en la ex Yugoslavia en 1999, en Afganistán en 2001, nuevamente en Irak en 2003, contra Libia en 2011.

Hoy las guerras son mucho más aterradoras que las del pasado, ya solo por los armamentos utilizados, incomparablemente más letales, y por su carácter asimétrico, como las guerras desde el cielo cuyas víctimas pertenecen cada vez con más frecuencia a la población civil de los países atacados. Son anticonstitucionales por naturaleza. De hecho, equivalen a la ruptura del pacto de convivencia pacífica establecido en la Carta de la ONU, del que son una subversión violenta.

Pues bien, la primera garantía elemental contra la pesadilla de la guerra — también contra el terrorismo y el gran poder del crimen—, para proteger los derechos a la paz y a la vida, debe consistir en la prohibición rígida de todas las armas como bienes ilegales y, por lo tanto, la prohibición sin excepciones, como crímenes, de su posesión e, incluso antes, de su comercio y producción.

En primer lugar, la prohibición de las armas nucleares, que pesan como una amenaza permanente sobre el futuro de la humanidad. Hoy en día hay 14.525 ojivas nucleares en el mundo, propiedad de nueve países: 6.850 en Rusia, 6.450 en los Estados Unidos, 300 en Francia, 280 en China, 215 en el Reino Unido, 150 en Pakistán, 140 en India, 80 en Israel y 60 en Corea del Norte. Sólo por un milagro algunas de estas ojivas nucleares no han caído aún en manos de terroristas o, en algunos estados que las tienen, el poder no ha sido conquistado por un loco. Pero el milagro puede terminar. El 2 de agosto de 2019, un presidente estadounidense irresponsable, a pesar del Tratado de Desarme votado dos años antes por 122 países, es decir, por dos tercios de los miembros de la ONU, retiró oficialmente a los Estados Unidos del Tratado de 1987 sobre la no proliferación de las armas atómicas, reabriendo así la carrera general de rearme nuclear.

Pero una Constitución de la Tierra debería prohibir todas las armas, incluso las que no sean de guerra. Cada año en el mundo, millones de personas mueren debido a su propagación: sólo en 2017 se cometieron 464.000 homicidios, la mayor parte con

armas de fuego, y cientos de miles de personas murieron en tantas guerras como infectan el planeta, casi todas civiles; sin mencionar el gran número de suicidios y lesiones causadas por el uso de armas.

Pues bien, esta masacre absurda se debe en gran parte a la facilidad de compra y la enorme difusión de las armas. Basta pensar en la diferencia abismal entre el número de homicidios por año en los países donde la posesión de armas de fuego está muy extendida, y todos se arman por miedo, y los que se producen en aquellos donde casi nadie va armado: siempre en 2017, 63.000 en Brasil, 29.168 en México, 17.284 en los Estados Unidos y 357, de los cuales 123 fueron feminicidios, en Italia, donde casi nadie está en posesión de armas y donde la percepción de la inseguridad y el miedo, incomparablemente mayores que en el pasado cuando el número de asesinatos era enormemente mayor, son construcciones políticas y mediáticas, que se explican por el hecho de que casi todos los sucesos de violencia se cuentan en televisión, generando la sensación de que vivimos en la selva.

Por lo tanto, una campaña contra las armas debe comenzar por el reconocimiento de un hecho elemental: la difusión de las armas y el terrible peligro que significa para la paz y la seguridad son señal de que no se ha logrado, aún dentro de los Estados nacionales —ciertamente no en aquellos donde cualquiera puede comprar un arma mortal, y menos aún en la comunidad internacional— el desarme y el monopolio público de la fuerza teorizado por Thomas Hobbes, hace casi cuatro siglos, como condiciones de la superación del estado de naturaleza y del tránsito al estado civil. En resumen, la producción, el comercio y la posesión de armas —de armas incomparablemente más destructivas que hace cuatro siglos— son el signo de una civilización incompleta de nuestras sociedades y el principal factor de desarrollo del crimen, del terrorismo y de las guerras.

Ciertamente, el desarme generalizado y el monopolio de la fuerza pueden aparecer hoy como una utopía y requerirán en cualquier caso un largo plazo. Pero es esencial que el tema sea puesto en la agenda por nuestra Constitución de la Tierra, para que la prohibición de las armas en la vida social se convierta en el objetivo político distintivo y unificador de cualquier fuerza democrática y de cualquier movilización y batalla progresista.

Finalmente, una Constitución de la Tierra debería introducir una última garantía de paz que realmente haría del sistema legal internacional un verdadero ordenamiento jurídico. Esta garantía debe consistir en la actuación del monopolio jurídico de la fuerza por la ONU, ya prefigurado en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Esto provocaría la superación progresiva de los ejércitos nacionales, ya propugnada por Kant hace dos siglos. Sólo así se puede lograr —contra la ilusoria e insensata voluntad de poder de los Estados, en complicidad con los intereses de los fabricantes de armas, que son los únicos beneficiarios de los gastos militares— el paso efectivo de la comunidad internacional del estado de naturaleza al estado civil.

6. C) Un apartheid mundial. Las muertes por hambre y enfermedades no tratadas. Por una garantía social mundial. La tercera emergencia a la que la Constitución de la Tierra deberá hacer frente está constituida por el crecimiento de las desigualdades en el mundo, la pobreza, el hambre y las enfermedades no tratadas. Las estadísticas son terribles. En 2018, 821 millones de personas sufrieron de hambre y sed, y más de 2 miles de millones de personas carecieron de acceso a esos medicamentos esenciales, que desde 1977 la Organización Mundial de la Salud ha establecido que deben ser accesibles a todos. Las consecuencias de estos flagelos son alarmantes: más de 8 millones de personas —24.000 al día— en gran parte niños, mueren cada año por falta de agua y alimentos básicos. Muchas personas mueren por no disponer de aquellos medicamentos, víctimas del mercado y las enfermedades, dado que algunos de están patentados o, lo que es peor, no se producen por falta de demanda en los países ricos, en relación con enfermedades infecciosas —infecciones respiratorias, tuberculosis, SIDA, malaria y similares— erradicadas y desaparecidas en estos.

Estas tragedias no son catástrofes naturales. Son el resultado de la falta de actuación de garantías que deberían haberse introducido en ejecución de lo dispuesto en las distintas cartas internacionales de derechos humanos. Todos los derechos establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 —el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la subsistencia— se quedaron en el papel, ineficaces y

violados, como lo demuestran decenas de millones de muertos cada año por inanición, por falta de agua y por enfermedades no tratadas.

Estamos, por lo tanto, ante una omisión de socorro gigantesca y criminal, que se suma a las políticas criminales que han creado las condiciones de pobreza en las que viven y mueren millones de personas, a causa de políticas de robo y explotación promovidas por el capitalismo desregulado. Si tomamos el derecho y los derechos en serio, debemos reconocer que estos crímenes se deben a una falta culpable de garantías y de las correspondientes funciones e instituciones de garantía. Es una carencia insensata, si se piensa en los terribles efectos del *apartheid* mundial que conlleva: los crecientes flujos migratorios, el creciente odio por Occidente, el descrédito de sus valores políticos, el desarrollo de la violencia, el crimen organizado, las guerras civiles, los fundamentalismos y los terrorismos. Pero la insensatez de estos incumplimientos es aún más evidente, si se considera la facilidad con que la ausencia de garantías y la extrema pobreza de las masas podría ser superada en beneficio de todos, incluidos los países ricos. En efecto, pues no constaría mucho prevenir estas masacres. La mayor parte de los medicamentos esenciales, como las vacunas contra la poliomielitis, el sarampión y la difteria, que causan más de un millón de muertes cada año, no cuestan casi nada. En términos más generales, el gasto necesario para alcanzar mínimos vitales sería bajísimo. “La pobreza en el mundo”, ha escrito Thomas Pogge, “es mucho más grande, pero también mucho más pequeña de lo que pensamos [...] Su eliminación no requeriría más del 1% del producto global”: concretamente 1,13% del PIB mundial, 500 miles de millones de dólares al año, menos que el presupuesto anual de defensa de los Estados Unidos.

Por lo tanto, bastaría una modesta redistribución de la riqueza a escala mundial para sacar a la mitad de la población de la miseria y, al mismo tiempo, promover el desarrollo económico de los países pobres, con el consiguiente beneficio —la paz, la estabilidad política, la reducción y la desdramatización de las migraciones, un crecimiento económico equilibrado— también para los países ricos.

Son muchas las instituciones internacionales de garantía que una Constitución de la Tierra debería introducir o refundar, para hacer frente a esta emergencia humanitaria. En primer lugar, las actuales instituciones que gobiernan la economía —

el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio— deberían reformarse, haciéndolas funcionales al propósito opuesto al perseguido hasta ahora, el desarrollo económico de los países más pobres. Para afrontar los gigantescos problemas sociales del hambre y la miseria, habría que organizar instituciones destinadas a satisfacer los derechos sociales previstos en los Pactos de 1966. Algunas de estas instituciones, como la FAO y la Organización Mundial de la Salud, existen desde hace algún tiempo, y se trataría de dotarlas de los medios y poderes necesarios para el cumplimiento de las funciones de prestación de servicios de alimentación y salud: estableciendo, por ejemplo, según lo previsto en la constitución brasileña de 1988, cuotas anuales del producto interno mundial que se utilizarían para su financiación. En cambio, habría que crear otras instituciones, para garantizar el medio ambiente, la educación, la vivienda y otros derechos vitales.

Finalmente, una Constitución de la Tierra debería prever la introducción de una fiscalidad mundial de carácter progresivo para sustentar estas instituciones de garantía. Es una propuesta presentada por Thomas Piketty y Anthony Atkinson. Tendría entre otras, la ventaja de crear una especie de registro de capitales y así garantizar su transparencia, evitando la evasión fiscal. La financiación de las instituciones de garantía debería provenir, no solo de este impuesto global, también de la denominada Tasa Tobin sobre las transacciones financieras, de la que se ha hablado durante décadas, que asimismo tendría el efecto de reducir las transacciones puramente especulativas en los mercados de valores y de gravar el uso y abuso de los bienes comunes de la humanidad, como las líneas aéreas o las órbitas satelitales o las bandas de éter.

7. La alternativa posible: Constitucionalizar la globalización, globalizar la garantía constitucional. Optimismo metodológico. En resumen, una Constitución de la Tierra —la constitucionalización de la globalización o, lo que es lo mismo, la globalización del constitucionalismo— son posibles. Naturalmente, los poderosos intereses que se oponen al constitucionalismo global impiden un optimismo fácil. Pero hay que distinguir la improbabilidad política de la imposibilidad teórica; las razones políticas que hacen improbable la perspectiva de un constitucionalismo global, de las razones

teóricas que se le opondrían. En efecto, pues una cosa es decir que esta perspectiva es improbable, debido a los poderosos intereses que se le oponen, y otra afirmar que es teóricamente imposible.

Por lo general, se confunden estas dos cosas. Una de las tareas de nuestra Escuela para una Constitución de la Tierra debería consistir en mostrar que la improbabilidad política de la perspectiva de una Constitución de la Tierra provista de garantías adecuadas, no equivale en modo alguno a su imposibilidad teórica, y que por lo tanto, si no se quiere ocultar las responsabilidades de la política, no hay que confundir conservación y realismo, descalificando como “irrealista” o “utópico” lo que simplemente choca con los intereses y la voluntad de los más fuertes. Tal actitud equivaldría a una abdicación de la razón. Y, de hecho, serviría para confirmar como inevitables y, por lo tanto, legitimar y apoyar los procesos deconstituyentes en curso.

En efecto, no es del todo incierto que, como se repite demasiado a menudo, no hay alternativas a lo que está sucediendo. Hay alternativas y se realizarían sólo con que existiera la voluntad política de actuarlas y que esta no contase con la oposición de los poderosos intereses privados. Los problemas no son en absoluto teóricos o técnicos, sino, lamentablemente, sólo políticos: ligados a la falta de disposición de los poderes más fuertes —superpotencias militares, grandes empresas multinacionales y mercados financieros— a someterse al derecho y los derechos. Pero se trata de una falta de disposición miope que no tiene en cuenta el hecho de que, en el actual mundo globalizado, la construcción de una esfera pública internacional que garantice la paz y los derechos, es de un modo similar a lo ocurrido con la formación de los Estados nacionales en los orígenes del capitalismo, la única alternativa racional a un futuro de guerras y violencia capaz de aplastar los intereses de todos.

Hay además otra tarea que queremos confiar a nuestra escuela: mostrar cómo las emergencias planetarias y la posibilidad de afrontarlas y resolverlas han generado también una novedad positiva. Por primera vez en la historia existe un interés público y general, mucho más amplio y vital que todos los diferentes intereses públicos del pasado: el interés de todos en la supervivencia de la humanidad y la habitabilidad del planeta, asegurado por las garantías de los bienes comunes y los derechos fundamentales de todos, como límites a todos los poderes, tanto políticos como

económicos. Existe también una creciente interdependencia entre todos los pueblos del planeta, idónea para generar una solidaridad sin precedentes entre todos los seres humanos y para refundar la política como política interna del mundo.

Por consiguiente, esta conciencia de la globalidad de los problemas y de sus posibles soluciones en interés de todos, gracias a la expansión global del paradigma garantista y constitucional, permite una nota de optimismo: existe una alternativa posible a la deriva actual, aunque obstaculizada por intereses y prejuicios, tan poderosos como miopes. Una escuela “Constituyente tierra” debe mostrar ante todo la necesidad de no confundir los problemas teóricos con **los** problemas políticos y de evitar la falacia realista consistente en la naturalización, y por tanto en la legitimación, de lo que de hecho acaece. Deberá también contrarrestar el pesimismo derrotista y paralizante, destinado a convertirse en la resignada aceptación de lo existente. Sin la “esperanza de tiempos mejores” escribió Kant, “un deseo serio de hacer cualquier cosa útil por el bien general nunca habría estimulado el corazón humano”. Dado que la esperanza del progreso es el presupuesto del compromiso moral y político.



Sobre la enseñanza del derecho

Luigi Ferrajoli

(Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez)

1. Dos aspectos fascinantes de la fenomenología del derecho

El mayor peligro que corre la enseñanza del derecho es el aburrimiento: el hecho de que el estudiante pueda tener la sensación — sobre todo en el estudio de materias duramente técnicas, como el derecho mercantil, el concursal, el procesal civil, el procesal penal, el derecho administrativo o el tributario— de deber estudiar una técnica burocrática del todo carente de interés, ya se refiera al ejercicio de un poder, a las relaciones de mercado o a las formas de control social.

Por eso, para evitar este riesgo, el primer objetivo de la enseñanza a los fines de la formación del jurista, ha de consistir en apasionar a los estudiantes en el estudio del derecho. El desarrollo de esta pasión solo será posible haciéndoles descubrir dos aspectos de fondo de la experiencia jurídica, ocultos o eliminados por las prácticas burocráticas en las que

demasiado a menudo se olvida el sentido del derecho.

El primer aspecto es el carácter artificial del derecho: el derecho es construido por nosotros, es decir, por la política y antes aún por la cultura jurídica, y a todos y, en particular, a los juristas nos concierne la responsabilidad por cómo ha sido construido y, antes, por cómo ha sido pensado y proyectado. El segundo aspecto de la experiencia jurídica, cuya consciencia es un factor constitutivo de la educación del jurista, está representado por la creciente distancia entre la normatividad fuerte y exigente de los principios de justicia establecidos en las actuales cartas constitucionales, tanto nacionales como internacionales —la igualdad, la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales— y el crecimiento de las desigualdades, las violaciones de los derechos y las devastaciones ambientales producidas por el desarrollo incontrolado de los poderes

salvajes, tanto dentro de nuestros ordenamientos como, más aún, en el mundo globalizado.

Se trata de dos aspectos de la fenomenología del derecho aptos para dar fundamento a un doble punto de vista crítico y constructivo en relación con el derecho vigente: su crítica y proyección desde fuera, desde el punto de vista de la justicia, y su crítica y proyección desde dentro, desde el punto de vista de la validez constitucional. La tesis que sostendré es que estos dos puntos de vista críticos y constructivos han sido generados por otros tantos cambios del paradigma del derecho que han transformado radicalmente el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y de los que, sin embargo, todavía, no siempre existe entre los juristas y los operadores del derecho suficiente conciencia.

2. El significado del positivismo jurídico y el punto de vista crítico externo

El primer punto de vista crítico es el generado por el primero de los dos aspectos que acaban de indicarse: la total artificialidad del derecho y de las instituciones jurídicas y políticas. Todo el derecho, todas las normas jurídicas, todas nuestras instituciones —de las constituciones a las leyes y a las prácticas judiciales, administrativas y negociales, de los aparatos políticos a los administrativos, de los entes públicos a los privados— son el producto de las opciones de los hombres, según resultan de sus valores e intereses; y todos somos, repito, responsables de cómo son construidos y funcionan el derecho y las instituciones. Tal es el significado profundo del *positivismo jurídico*. Con este y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, nace la política moderna, precisamente, como producción y transformación del derecho, esto es, de las reglas de las relaciones sociales. A partir de entonces, el lenguaje del derecho se convierte en el lenguaje de la política, sea de gobierno o de oposición. Es el lenguaje en el que se formulan los problemas sociales y sus controvertidas soluciones, las leyes, pero también sus proyectos de reforma, la defensa, pero también la crítica del derecho existente y la proyección del derecho futuro. De aquí se siguen dos corolarios.

El primer corolario del principio de legalidad es la separación de derecho y moral y, por eso, la autonomía del derecho positivo vigente del punto de vista de la moral y de la política. Si es verdad que es derecho todo y solo lo producido por el legislador, entonces no solo el derecho es un producto de la política, sino que su existencia y su



“Las actuales constituciones imponen a la ciencia jurídica un rol que podría decirse militante”

validez formal se separan de la justicia, en el sentido de que no todas las normas jurídicas son justas solo porque válidamente producidas y por eso existentes y formalmente válidas y, a la inversa, no todas las normas justas son jurídicas, cuando no sean formalmente válidas, es decir, existentes porque válidamente producidas. En suma, por efecto del principio de legalidad se produce una virtual divergencia entre el deber ser moral y político del derecho y su ser efectivo, entre el derecho justo y el derecho existente. Y se genera el espacio del punto de vista moral y político externo al derecho positivo. Que es, precisamente, el punto de vista ético-político, de la justicia, más allá y a veces contrario al derecho positivo: crítico en relación con el derecho existente, cuando este sea considerado injusto, y proyectivo de un derecho más justo del existente.

El segundo corolario, conectado con el primero, es el papel pragmático del que están investidas, no solo la política, sino también la teoría del derecho y la filosofía de la justicia. Si el derecho es hecho por los hombres, esto quiere decir que es antes el producto de cuántos lo han pensado y teorizado, y por eso de la filosofía jurídica y política. En efecto, puede decirse que los padres constituyentes del moderno estado de derecho fueron, bastante más que los juristas o los gobernantes, los filósofos de la política, de Thomas Hobbes a John Locke y a Montesquieu, de Beccaria a Kant y a Stuart Mill. De aquí la dimensión pragmática y la responsabilidad de la teoría del derecho y de la filosofía jurídica y política en la teorización y proyección del derecho y de las instituciones políticas. En efecto, también la

democracia es una construcción jurídica, además de una construcción política y social, y como tal supone una proyección teórica que solo la teoría del derecho y la filosofía política son capaces de desarrollar.

Bajo estos dos aspectos, precisamente, el positivismo jurídico, con paradoja solo aparente, sirve para fundar, mucho más que el enfoque iusnaturalista, la dimensión crítica y la responsabilidad política de la construcción y de la transformación de los ordenamientos jurídicos. Y es por lo que constituye un presupuesto elemental del liberalismo y de la total autonomía respecto del derecho existente, del punto de vista crítico, moral y político externo a él. Con el positivismo jurídico se determina una transformación epistemológica del saber jurídico: la ciencia del derecho ya no puede pretender ser la ciencia de lo equitativo y de lo justo, al ser únicamente la explicación de su propio objeto, el derecho positivo, a través de la interpretación; donde el punto de vista de la justicia, confiado a la filosofía política, se separa del de la existencia y la validez de las normas jurídicas. Precisamente porque el derecho, según el postulado positivista, es un artificio, es decir, algo hecho por los hombres, puede muy bien ser injusto y no puede pretender para sí una intrínseca justicia o racionalidad. Una pretensión que, en cambio, está presente en el tendencial iusnaturalismo que subyace a la tesis de la conexión entre derecho y moral. Una tesis que en estos años ha vuelto a plantearse por gran parte de los exponentes del neoconstitucionalismo principialista y que tiene una expresión ejemplar en la conocida fórmula de Gustav Radbruch

según la cual, si una norma es intolerablemente injusta, no es jurídicamente válida; lo que equivale a decir, por la segunda ley lógica de la contraposición, que si es jurídicamente válida entonces no es intolerablemente injusta, o sea, es tolerablemente justa. Que es precisamente la tesis autoritaria e iliberal que caracteriza a todo *legalismo ético*.

3. El significado del constitucionalismo jurídico y el punto de vista crítico interno

El segundo punto de vista crítico en relación con el derecho vigente, que debe hoy informar los estudios jurídicos y la actividad de jueces y juristas, es el generado por el segundo de los dos aspectos de la actual fenomenología del derecho, señalados al principio. Me refiero al carácter artificial, no solo del derecho, sino también de los principios y los valores a los que este debe adecuarse y, con ello, a la distancia que separa esos principios de la efectiva realidad del derecho vigente. Gracias a la introducción de las constituciones rígidas, todo el derecho, para ser sustancial y no solo formalmente válido, debe, por un lado, ser compatible y, por otro, actuar los principios de justicia —la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales— estipulados en esas normas de derecho positivo supraordenadas a todas las demás que están formuladas en las cartas constitucionales, nacionales e internacionales. Tal es el significado y la sustancia del *constitucionalismo jurídico* que se ha afirmado con las actuales constituciones rígidas y que, por eso, podemos concebirlo como un positivismo jurídico reforzado y perfeccionado, en cuanto ampliado a las opciones a las que debe ajustarse la legislación. En suma, las constituciones designan el proyecto jurídico del futuro: los principios que debe garantizar y actuar la legislación ordinaria y que equivalen a otros tantos límites y vínculos impuestos a la política. La política sigue siendo la fuente y el motor de la producción jurídica. Pero esta se subordina al derecho expresado por las constituciones y, en particular, a la prohibición de lesión de los derechos de libertad y a la obligación de actuar los derechos sociales. Una prohibición y una obligación lógicamente implicadas por esas expectativas negativas o positivas en las que consisten todos los derechos fundamentales y que, por eso, imponen, una, un paso atrás y, la otra, un paso adelante de la esfera pública. De aquí se siguen de nuevo dos corolarios.

El primer corolario del principio de legalidad constitucional es una segunda separación: la separación entre existencia y validez de las normas jurídicas. Si es cierto que adquiere existencia todo y solo el derecho producido en las formas establecidas por las normas sobre su formación, entonces la existencia o la vigencia de estas se separa también de su validez jurídica, y no solo de su justicia. En efecto, es perfectamente posible que lleguen a existir normas incompatibles con los principios constitucionales y por eso inválidas, y que, en cambio, alcancen existencia las normas de actuación implicadas e impuestas por tales principios. En otras palabras, es muy posible que exista el *derecho ilegítimo*, esto es, el ilegítimo ejercicio del poder, por acción o por omisión. La del derecho ilegítimo es una figura que el viejo positivismo jurídico —basta pensar en Hans Kelsen— concebía como una «contradicción en los términos» y que, en cambio, representa hoy el rasgo caracterizador y paradójicamente precioso de las actuales democracias constitucionales.

En efecto, pues a causa de la virtual divergencia entre «deber ser» constitucional y «ser» legislativo del derecho, en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas existen, virtual e inevitablemente, antinomias y lagunas.

El segundo corolario es el espacio abierto al punto de vista crítico, no solo político o externo, sino también jurídico o interno al derecho positivo: que es, precisamente, el punto de vista de los principios constitucionales, crítico en relación con el derecho existente, cuando este se considere inválido, y proyectivo de las normas de actuación de los aludidos principios cuando estas resulten inexistentes. Aquí es directamente la ciencia jurídica, y no la filosofía política o de la justicia, la investida, en el plano epistemológico antes aún que en el civil y político, de un papel crítico y proyectivo. En efecto, son las actuales constituciones rígidas las que, de ser tomadas en serio, imponen este rol de la ciencia jurídica, que bien podría decirse militante: de un lado, la crítica de las normas jurídicas inválidas en relación con ellas, o sea, de las antinomias, para que sean anuladas por la jurisdicción; de otro, la proyección de sus normas de actuación, es decir, de sus garantías, a fin de que las lagunas sean eliminadas por la legislación.

En este doble papel —crítico y proyectivo de la ciencia jurídica— se manifiesta el nexo isomórfico existente entre derecho y sistema político y, en particular, entre los rasgos estructurales de los actuales ordenamientos jurídicos y la democracia. Es el nexo que hay que mostrar siempre a los estudiantes para motivar su compromiso civil y estimular la pasión por el estudio del derecho. Nexo que consiste en la correspondencia entre las condiciones, tanto formales como

sustanciales, de la validez de las normas jurídicas y las dimensiones, tanto la formal como la sustancial, de la legitimidad democrática del sistema político. En los estados absolutos, *quod principi placuit legis habet vigorem et legitimitatem*: la voluntad del soberano es condición necesaria y suficiente tanto de la validez como de la legitimidad de sus actuaciones. En la democracia política del estado legislativo la validez jurídica de las leyes, que son las fuentes supremas del ordenamiento, está condicionada solo a las formas político-representativas de la producción legislativa, que corresponden a la dimensión formal o política de la legitimidad democrática. En la democracia constitucional la validez jurídica está determinada, no solo por la conformidad de las normas producidas con las formas político-representativas establecidas por las normas sobre su producción, sino también por su coherencia y plenitud con respecto a los principios de justicia constitucionalmente establecidos, que corresponden, a su vez, a la dimensión sustancial o constitucional de la democracia.

Así pues, actualmente, la construcción de la democracia consiste en la teorización, la puesta a punto y la defensa de las garantías constitucionales y de las conexas funciones e instituciones de garantía, idóneas para asegurar la coherencia y la plenitud de la legalidad ordinaria en relación con los principios constitucionalmente establecidos. Y esto vale no solo para las garantías de los derechos y de los demás principios de justicia establecidos por las constituciones nacionales, sino también, y de manera cada vez más vital y urgente, para las garantías de los principios de justicia —la paz, los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente—

“Esa extraordinaria novedad que es la rigidez de las constituciones, esto es, la sumisión al derecho del derecho mismo”

establecidos en las diversas cartas y convenciones internacionales. En efecto, pues los poderes económicos y políticos que cuentan, que, por su carácter desregulado y salvaje están provocando las agresiones más mortíferas para la democracia, los derechos humanos y la propia habitabilidad del planeta, se han desplazado al ámbito internacional. Por eso, hay que estimular la reflexión científica y el compromiso civil de quienes se dedican al estudio del derecho hacia la construcción de un garantismo constitucional global a la altura de los problemas y los actuales desafíos.

4. El cambio de la relación entre política y derecho, entre ciencia política y ciencia jurídica generado por el paradigma constitucional

Todo esto ha cambiado la relación entre derecho y política. En el pasado —todavía en los años de mi formación, cuando en Italia la Constitución no había entrado aún a formar parte del horizonte de la mayor parte de los juristas— el derecho, la jurisdicción y la ciencia jurídica eran los lugares de la conservación y a veces de la reacción. Los lugares del progreso y de la transformación en sentido democrático del derecho existente, a través de la construcción del estado social y de las garantías de los derechos sociales y del trabajo, eran la política y la legislación. Como he dicho, para bien o para mal, en el estado legislativo todo el derecho era un producto de la política que, por tanto, representaba la única práctica institucional que tenía encomendado el cambio de los sistemas políticos en sentido progresivo.

Hoy se ha invertido esa relación entre derecho y política, entre cultura y práctica jurídica y cultura y práctica política. Con la introducción de constituciones rígidas en nuestros ordenamientos, y con la positivización, por tanto, de principios de justicia, como el de igualdad y los derechos fundamentales como normas supraordenadas al artificio jurídico e institucional en su totalidad, el papel de la cultura jurídica se ha convertido en el de la defensa, científica y civil al mismo tiempo, de la legalidad constitucional y por eso de la normatividad de los derechos fundamentales y de los principios de justicia constitucionalmente establecidos. También ha cambiado el papel de la jurisdicción. Este no es ya es el de aplicación de la ley, cualquiera que esta sea, sino el de sujeción a la ley solo si constitucionalmente válida y, al mismo tiempo, el de su censura, mediante la inaplicación o la excepción de inconstitucionalidad, cuando se la considere constitucionalmente inválida. Son roles que no tienen precedentes en la historia, al haber sido impuestos por esa extraordinaria novedad que es la rigidez de las constituciones, esto es, la sumisión al derecho del derecho mismo. Así, el constitucionalismo ha cambiado el estatuto epistemológico de la ciencia y de la práctica jurídica: ya no la simple descripción y aplicación del derecho existente, cualquiera que sea, promovidos por el viejo método técnico-jurídico, sino su crítica y su proyección sobre la base del carácter

normativo de los principios de justicia —la igualdad, los derechos fundamentales, la dignidad de las personas— estipulados en las cartas constitucionales.

Por otro lado, se ha producido simultáneamente una regresión de la política. En la era de la globalización, debido a la asimetría entre el carácter global de la economía y el carácter aun prevalentemente estatal de la política y del derecho, los grandes poderes económicos y financieros se han sustraído a los vínculos políticos y jurídicos con expresión en las funciones públicas estatales, tanto de gobierno como de garantía. De aquí se ha seguido una sustancial impotencia de la política frente a los poderes del mercado, a lo que ha correspondido una renovada potencia y prepotencia de estos en relación con las personas y sus derechos, que contradice el paradigma constitucional. En efecto, la política puede ser impotente y subalterna a los mercados en la medida en que desarrolle su máxima potencia en el gobierno de la sociedad. De aquí la crisis regresiva de la política, no solo en Italia sino en gran parte de los países occidentales. En muchas de nuestras democracias, la política actual se ha hecho impermeable a las demandas sociales de justicia y ha dado un giro a su propio papel de gobierno, agrediendo al estado social, los derechos a la salud, la educación y los derechos de los trabajadores, en obsequio a las directivas de los mercados ante los

que ella se siente bastante más llamada a responder que ante los electores.

Asistimos así a un fenómeno singular y en apariencia paradójico: de un lado, a procesos deconstituyentes promovidos por la política y consistentes en la progresiva erosión del estado social y de las garantías primarias de los derechos fundamentales; de otro al simultáneo desarrollo del papel garantista de los órganos de la jurisdicción y, al mismo tiempo, de una ciencia jurídica progresista comprometida en la defensa de los principios constitucionales. Los papeles de las dos funciones y de las dos culturas —del derecho y de la política, de la jurisdicción y de la legislación, de la cultura jurídica y de la cultura política— se han invertido en gran medida: mientras la jurisdicción, sostenida por una cultura jurídica informada en los principios constitucionales, desarrolla un papel de tutela de los derechos a través, cuando menos, de la efectividad de sus garantías secundarias, la política y la legislación desenvuelven el papel opuesto de agresión y restricción de los derechos, no actuando sino, por el contrario, reduciendo sus garantías primarias. En suma, la tutela de los derechos se está desarrollando en el nivel jurisprudencial de las garantías secundarias, mientras retrocede en el plano legislativo y administrativo de las garantías primarias. A causa del descrédito de la política, generado por su subalternidad a los

“la política actual se ha hecho impermeable a las demandas sociales de justicia y ha dado un giro a su propio papel de gobierno, agrediendo al estado social”

mercados y su creciente distancia de la sociedad, las demandas de justicia se dirigen en medida creciente al poder judicial, llamado a intervenir por las violaciones legislativas, administrativas y contractuales de los derechos en materia de trabajo, medio ambiente, tutela de los consumidores, cuestiones de bioética y abusos de poder.

5. La educación de los juristas para la democracia

Las razones de esta inversión de papeles —el progreso de la jurisdicción y, en general, de la cultura jurídica, y el opuesto retroceso de la legislación y de la cultura política— son múltiples. La primera es el distinto tipo de profesionalidad. Los jueces, cuya función es aplicar el derecho, toman el derecho, comenzando por las constituciones, bastante más en serio que los políticos; y lo mismo hacen los juristas, en su trabajo explicativo del derecho vigente, que no puede dejar de ser crítico de sus perfiles de inconstitucionalidad. En suma, a causa de su papel profesional, jueces y juristas advierten el carácter vinculante de los principios y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, porque son normas de derecho positivo supraordenadas a cualquier otra. Simultáneamente, la política, al menos en Italia, ha sufrido el proceso opuesto. Debido, nuevamente, a un rasgo profesional —el hábito de la falta de límites, hoy favorecida por su desarraigo social— aquella está cada vez menos dispuesta a aceptar los vínculos constitucionales; también porque se ha producido una pérdida de la memoria de los nunca más pronunciados en la etapa constituyente que siguió a la segunda guerra mundial con el consiguiente desvanecimiento de los principios constitucionales de los horizontes programáticos de la política.

La segunda razón está en la independencia institucional de la jurisdicción y en la intelectual de la ciencia jurídica y, al contrario, en la dependencia de la política de los mercados, es decir, de los poderes económicos y financieros desarrollados fuera de las fronteras nacionales, en el actual mundo globalizado. Como he dicho, la política actual no solo es impermeable a las demandas sociales de justicia, sino que ha invertido su propio papel de gobierno de la economía, reduciendo las garantías de los derechos sociales a la salud y la educación y de los derechos de los trabajadores bajo la presión de los poderes económicos y financieros. En Italia, desde hace treinta años, la «governabilidad», es la

“A causa del descrédito de la política,
generado por su subalternidad a los
mercados y su creciente distancia de la
sociedad”

consigna común a las políticas de gobierno. Donde «governabilidad» quiere decir simplificación y verticalización del sistema político, marginación del parlamento, quiebra de la representación, manos libres en la agresión a los derechos sociales y del trabajo, omnipotencia de la política frente a la sociedad impuesta por su sumisión a la economía y al capital financiero. Añadiré que esta regresión de la política está provocando también la regresión moral e intelectual de gran parte de la sociedad, que se manifiesta en la desconfianza, la depresión, la rabia, el odio, la caída de la solidaridad, en la general agresividad y en la asunción del interés personal y el dinero como únicos metros y valores.

Frente a esta involución, la ciencia jurídica adquiere un papel de defensa de la Constitución y de denuncia de sus violaciones, gracias a la feliz coincidencia entre rigor científico y compromiso civil y político. Precisamente, sobre la base de las tesis de que los principios constitucionales están supraordenados a la política; de que la garantía de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad y dignidad constitucionalmente establecidos no son opciones morales libradas a la discrecionalidad de la política, sino límites y vínculos jurídicos a la legislación y a la acción de gobierno, que obligan a leer y denunciar como antinomias y lagunas sus violaciones, sean por acción o por omisión; de que, en fin, es precisamente del respeto y de la actuación de los principios constitucionales, reivindicados y defendidos por la ciencia y la práctica jurídicas, de lo que depende la legitimación democrática de todas nuestras instituciones.

El garantismo constitucional, al investir a la ciencia y a la práctica jurídicas de este papel de defensa de los derechos fundamentales, les ha conferido un nuevo sentido y, añadiré, un encanto que nuestros estudios no tuvieron nunca en el pasado. Nuestra enseñanza de las disciplinas jurídicas debería conseguir, sobre todo, hacer advertir a los estudiantes este nuevo encanto del derecho como instrumento indispensable de la construcción de la democracia. En esta enseñanza consiste la educación de los futuros juristas para la democracia.

“este nuevo
encanto del
derecho
como
instrumento
indispensable
de la
construcción
de la
democracia”