

| | |
|--|-----|
| Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional. | 109 |
| Luigi FERRAJOLI | |
| I. Democracia, Estado de derecho y crisis del Estado | 109 |
| II. La globalización como vacío de derecho público internacional | 116 |
| III. Redefinición del orden internacional. Instituciones de gobierno e institucio- nes de garantía | 121 |
| IV. Una esfera pública internacional | 126 |

DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y JURISDICCIÓN EN LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL*

Luigi FERRAJOLI

I. DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y CRISIS DEL ESTADO

Comenzaré por un problema de fondo: el problema de los efectos que producen la crisis del Estado nacional y los procesos de globalización en la legitimación democrática del poder político, así como en las formas tradicionales del Estado de derecho y, por lo tanto, en el papel garantista de la jurisdicción.

El problema, o mejor dicho los dos problemas, tanto el de la democracia como el del Estado de derecho, son generados por una aporía. Sabemos que "crisis del Estado" significa básicamente crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la

* Conferencia impartida en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 22 de mayo de 2003 en el Seminario "Estado de derecho y función judicial", coorganizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y el referido órgano jurisdiccional. La traducción del italiano fue realizada por Daniela Bochicchio, en tanto que la revisión técnica de la traducción estuvo a cargo de Javier Ortiz Flores.

dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales. En la época de la globalización, el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, tomadas en sedes políticas supranacionales o por poderes económicos globales. Esto se aplica incluso para los Estados europeos, que —más allá del carácter ciertamente progresista de su proceso de integración— han trasladado una parte importante de sus funciones públicas a una estructura institucional, como la Unión Europea, misma que, hasta que no sea dotada de una verdadera Constitución, se distingue por un grave déficit de representatividad democrática y de garantías constitucionales. Pero esto es aún más cierto en los países pobres, a los que Occidente, durante el siglo pasado, exportó el modelo institucional del Estado, junto con la ilusión de que éste basta para garantizar la autodeterminación y la independencia, y cuyo futuro, en cambio, depende cada vez más de decisiones tomadas en el centro del mundo: es decir, de acuerdo con las políticas elegidas, democráticamente, por las mayorías ricas y acomodadas de los países occidentales. El consenso mayoritario, la democracia política y la ciudadanía, que hasta ayer habían fungido en las democracias occidentales como factores de inclusión, de afirmación de la igualdad y de expansión de los derechos, están operando en el plano mundial como factores de exclusión: de las minorías marginadas en los países ricos y de la mayoría de los seres humanos en todo el planeta. De modo que ha desaparecido el nexo democracia-pueblo y poderes de decisión-Estado de dere-

cho, tradicionalmente mediado por la representación y por la primacía de la ley y de la política que da origen a dicha ley.

Debemos entonces preguntarnos lo siguiente: frente a este cambio de paradigma de la esfera pública y de la política, ¿podemos hablar aún de "democracia"? ¿En qué sentido y bajo qué condiciones? La relación Estado-democracia, ¿es una relación necesaria, de tal suerte que el debilitamiento del Estado produciría un debilitamiento de la democracia? ¿O es posible, en cambio, por lo menos en el plano teórico, redefinir las formas de la democracia para ponerla a la altura de lo que Jürgen Habermas denominó la "política interna del mundo"?¹ Y más específicamente: ¿existe acaso un nexo entre "demos", en el sentido comunitario del término —es decir, como "nación", o "cuerpo colectivo", o conjunto de individuos con una lengua, una cultura y valores comunes— y democracia? ¿Se puede tener democracia sin Estado?

¹ Es la pregunta de Bonanate, L., *2001: la política interna del mundo*, en "Teoría política", XVII, 2001, núm. 1, pp. 20–21. La expresión "política interior mundial" es empleada por J. Habermas: "Tras la finalización del equilibrio bipolar del terror parece abrirse, dice Habermas, a pesar de todos los retrocesos, la perspectiva de una "política interior mundial" (Weltinnenpolitik) (cfr. von Weizsäcker) en el campo de la política de seguridad internacional y de los derechos humanos". Cfr. von Weizsäcker, *Die Einbeziehung des Anderen* (1996), traducción italiana de Ceppa, L., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milán 1998, p. 139. (Existe versión al español de Velasco Arroyo Juan Carlos y Vilar Roca, Gerard, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 104. NE). La expresión se retoma en Habermas, J., *Die postnationale Konstellation* (1998), traducción italiana de Ceppa, L., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milán 1999, pp. 26 y 90-101.

Luego viene el segundo problema, relacionado con el de la democracia, que se refiere al Estado de derecho y, más genéricamente, al derecho positivo mismo y a la jurisdicción. Frente a la crisis innegable e irreversible de los Estados nacionales y de su soberanía, al final del monopolio estatal sobre la producción jurídica, y frente al hecho de que la mayor parte de las normas vigentes en los distintos ordenamientos, empezando por el italiano, son de origen extraestatal (europeo o internacional), ¿podemos seguir hablando de un nexo indisoluble entre "Estado" y "derecho positivo"? ¿O entre "Estado" y "Estado de derecho"? ¿Acaso no debemos redefinir también el Estado de derecho, el principio de legalidad y el papel de la jurisdicción, para que estén a la altura de los nuevos poderes y de las nuevas fuentes de derecho? ¿Existe aún un juez en Berlín? Y de no ser así, ¿es posible que llegue a existir un juez en Berlín para los nuevos conflictos, los nuevos problemas y las nuevas violaciones? En resumen, ¿cuál es el futuro de la democracia política y del Estado de derecho desde la perspectiva de la actual crisis de su premisa, es decir, del Estado nacional como ordenamiento original, unitario, autosuficiente e independiente?

En el modelo occidental, el esquema de la democracia política es muy simple. En él, todos los poderes están directa o indirectamente sujetos a la ley. Todas las decisiones relevantes son directa o indirectamente tomadas sobre la base de la ley, y son legitimadas por la ley. Por eso la democracia política se realiza con el sufragio universal, o sea con la participación de todos los sujetos interesados en las decisiones legislativas, o por lo menos en la elección de los representantes competentes

para tomar dichas decisiones. Ésta es la manera en que la democracia puede configurarse como autogobierno, o sea como participación directa o indirecta de todos en el proceso de toma de decisiones que produce las normas destinadas a todos. Es igualmente simple el esquema tradicional del Estado de derecho y de la jurisdicción basado en el nexo entre Estado y derecho positivo que, hasta hace pocos años, ha sido uno de los postulados del positivismo jurídico y, por lo tanto, de la modernidad jurídica y de la ciencia del derecho.

Hoy, estos dos esquemas están en crisis. Ciertamente lo está el viejo sistema de la democracia representativa. Más allá de sus factores de vaciamiento interno —la crisis de los partidos y de la participación política, la cada vez más estrecha relación entre política y dinero y las degeneraciones videocráticas de la comunicación y del poder político— el principio de la representación se vuelve totalmente inadmisibile con la desaparición de la relación entre poder político y pueblo; en otras palabras, por el hecho de que las decisiones relevantes no corresponden ya a los poderes estatales, sino a poderes supraestatales o, peor, a poderes de otros Estados o, peor aún, a los poderes económicos del mercado: en todo caso, a poderes sustraídos a cualquier control popular, ni siquiera lejano o indirecto. Según el esquema tradicional, los representantes deberían coincidir con los gobernantes y los gobernantes con los representantes. Pero esto ya no es cierto. En un mundo de soberanías desiguales y de creciente interdependencia, no es en lo absoluto cierto que la elección de un presidente o de un Parlamento por parte de un pueblo, sea indiferente para el futuro de otros pueblos.

Indudablemente la elección de un presidente pacifista o belicista en Israel, tiene para los palestinos consecuencias no menos graves que para los mismos ciudadanos de Israel. De la misma manera, la elección de un presidente de los Estados Unidos de América ecologista o filo-nuclear, pacifista o belicista, ejerce efectos decisivos sobre la conservación del ambiente y sobre el futuro de la paz para todos los habitantes del planeta. En fin, ¿cuántos pueblos, además del de los Estados Unidos de América, pueden realizar la idea democrática del autogobierno?

Pero se ha vuelto igualmente insostenible el postulado del carácter totalmente estatal del derecho positivo, sobre el que se ha basado hasta hoy el paradigma del Estado de derecho y de la jurisdicción. Ninguno de nosotros podría hoy identificar el sistema de las fuentes con el sistema de las leyes estatales, de los reglamentos administrativos y de las normas de las autonomías locales. Es un hecho que, con los procesos que se están llevando a cabo de integración jurídica, europea y mundial, el sistema se ha complicado enormemente, con la añadidura de fuentes que entran a formar parte del ordenamiento estatal sin ni siquiera la mediación formal de la ley de ratificación. Como escribió Luigi Bonanate, ni los estados ni sus ciudadanos son ya destinatarios sólo de su derecho interno, sino que cada vez más de una "cerrada red normativa planetaria"² que se refiere a las materias más diversas —desde la producción de alimentos hasta la sanidad, de los transportes a las telecomunicaciones, de la tutela de la privacidad a la del

² Bonanate, L., *ibidem*, p. 7.

medio ambiente— y que en parte tiene carácter público, por estar constituida por tratados y acuerdos internacionales, pero que en gran medida tiene un origen privado, por ser producto del mercado y de las empresas multinacionales. Por consiguiente, son menos las posibilidades de control de los Estados sobre la economía, cada vez más autónoma en el mercado global. Hemos llegado al grado de que se ha invertido, sobre todo en los países más pobres, la relación entre esfera pública y esfera privada, entre Estado y mercado, entre política y economía. Ya no es la política la que gobierna a la economía, sino viceversa.³ Los Estados ya no son capaces de garantizar la competencia entre las empresas, a la inversa, las empresas multinacionales ponen a los Estados en competencia pretendiendo menos impuestos, menores garantías a los derechos de los trabajadores, menos gasto social, menos límites y vínculos a los intereses del Estado, como condiciones para su inversión.

Por lo tanto, el dilema que se plantea a la teoría de la democracia, como dije al inicio, es radical. El debilitamiento irreversible del Estado nacional, ¿equivale (o por lo menos está destinado a equivaler) a un debilitamiento de la democracia política y del Estado de derecho?, ligados ambos a la sujeción de todos los poderes a la ley como expresión de la voluntad popular. O bien ¿es posible prefigurar, en forma paralela a la “política interna del mundo” de la que habla Habermas, una expansión hacia la política y el derecho internacional del

³ Cfr., por último, Hertz, N., *The Silent Takeover. Global Capitalism and the Death of Democracy* (2001), traducción italiana de D. Bertucci, *La conquista silenziosa. Perché le multinazionali minacciano la democrazia*, Carocci, Roma 2001.

paradigma del Estado de derecho y de la democracia constitucional? Los nuevos sujetos que hoy operan en el escenario internacional sin legitimación democrática ni vínculos constitucionales —la Organización Mundial de Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la OTAN y la cerrada red de los poderes económicos transnacionales— ¿están destinados a permanecer fuera de las formas del Estado de derecho y de la democracia política? O ¿es posible, en cambio, suponer una transformación del paradigma de estas formas, más allá del viejo esquema estatalista?

II. LA GLOBALIZACIÓN COMO VACÍO DE DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL

La crisis del Estado nacional y el déficit de democracia y de Estado de derecho que caracteriza a los nuevos poderes extra y supraestatales, nos obligan a tematizar, junto a la crisis del Estado, el orden (y el desorden) internacional; o mejor dicho, a redefinir al Estado dentro del nuevo orden internacional y redefinir el orden internacional sobre la base de la crisis del Estado. Y redefinir el orden internacional significa tomar conciencia de la ausencia de una esfera pública internacional a la altura de los nuevos poderes extra y supraestatales: entendiéndose por "esfera pública" al conjunto de las instituciones y funciones a cargo de la tutela de intereses generales,⁴ como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales, ya que forman el espacio

⁴ Recordemos la clásica definición de Ulpiano: "Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem" (D 1.1.1.2).

y la premisa tanto de la política como de la democracia.

El efecto principal de la crisis del Estado sobre el plano internacional fue un vacío de derecho público, es decir, la falta de reglas, límites y vínculos para garantizar la paz y los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que desplazaron a los viejos poderes estatales o que, de cualquier forma, se sustrajeron a su papel de gobierno y control. Es más, creo que la misma globalización de la economía puede identificarse, sobre el plano jurídico, con este vacío de un derecho público internacional capaz de disciplinar a los grandes poderes económicos transnacionales: no un vacío de derecho, que no puede existir, sino un vacío de derecho público, inevitablemente llenado por el derecho privado, es decir, por un derecho de producción contractual que se sustituye a las formas tradicionales de la ley⁵ y que refleja, por lo general, la ley del más fuerte. La consecuencia de esto es una anomia general y una regresión neoabsolutista tanto de las

⁵ Como demostró Rosaria Ferrarese, a falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización se va modelando cada vez más, no en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, sino en las privadas del contrato (Ferrarese, M. R. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000. Sobre el derecho en la época de la globalización, *cfr.* también Rodotà, S., "Diritto, diritti, globalizzazione", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, núm. 4, pp. 765-777; U. Allegretti, U., "Globalizzazione e sovranità nazionale", *Democrazia e diritto*, 1995, pp. 47 y ss.; *Id.*, "Costituzione e diritti cosmopolitici", en G. Gozzi (coord), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bolonia, Il Mulino, 1997, pp. 53 y ss.; *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta Edizioni, 2002.

grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales: un neoabsolutismo regresivo que se manifiesta, por un lado, con el retorno de la guerra como instrumento de solución de las crisis internacionales y de gobierno político del mundo y, por el otro, con la ausencia de reglas abiertamente asumidas por el capitalismo globalizado actual, como una suerte de nueva *grund-norm** del nuevo orden económico internacional.

Por lo tanto, es la falta de una esfera pública internacional en el sentido antes definido, la gran laguna dramáticamente subrayada por las tragedias de estos años: las guerras, los muchos crímenes contra la humanidad, el crecimiento de las desigualdades, las devastaciones ambientales. A la crisis de los Estados, y por consiguiente del papel de las esferas públicas nacionales, no le correspondió la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización que se están verificando. Faltan, o son muy débiles, no sólo las garantías de los derechos proclamados incluso solemnemente, o sea la previsión de las prohibiciones y de las obligaciones que a éstos corresponden, pero faltan sobre todo las instituciones internacionales encargadas de las funciones de garantía, es decir, de la protección de la paz, de la mediación de los conflictos, de la regulación del mercado y de la tutela de los derechos y de los bienes fundamentales de todos.

Ciertamente estas instituciones no podrán ser establecidas por el mercado. Al respecto, no podemos hacernos ninguna ilusión. Podemos estigmatizar como inmorales y quizás hasta criminales las

* En alemán en el original, en el sentido de norma fundante NE.

agresiones contra la ecoesfera de las actividades industriales contaminantes, o bien, las elecciones de las casas farmacéuticas que quitan a millones de enfermos el acceso a fármacos esenciales. Pero es absurdo pretender que sean las empresas las que se hagan cargo en forma espontánea de la tutela del ambiente o de los derechos de todos a la salud. Incluso, admitiendo que las finalidades de la esfera pública —desde la paz hasta la seguridad y la tutela de los bienes y derechos fundamentales— estén en el interés vital de todos y, por lo tanto, también del mundo de los negocios, es obvio que aquéllas no pueden ser alcanzadas, por su naturaleza misma, con medios privados, sino solamente con medios públicos.

El sistema actual de relaciones internacionales carece casi por completo de estos medios. La Carta de la ONU de 1945 y la Declaración de 1948, que podemos considerar una especie de Constitución embrionaria del mundo, desafortunadamente se quedaron sólo en el papel. Prometen paz, seguridad, garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales para todos los habitantes del planeta, pero faltan por completo las que podríamos denominar como sus leyes de actuación, es decir, las garantías de los derechos proclamados: la estipulación de las prohibiciones y de las obligaciones que les corresponden y la justiciabilidad de sus violaciones. Es como si un ordenamiento estatal estuviera integrado sólo por su Constitución y por unas cuantas instituciones sustancialmente carentes de poderes. El ordenamiento internacional no es más que un ordenamiento dotado sólo de la Constitución y poco más que eso: carente, en otras palabras, de instituciones

de garantía. En resumen, es un conjunto de promesas no cumplidas.

Se produjo así una singular involución de las instituciones internacionales. Las instituciones de tipo universalista —como la FAO, la OMS y los otros organismos de la ONU— nunca tuvieron poderes efectivos y corren el riesgo de ser cada vez más marginados. A su lado, en cambio, se desarrollaron instituciones de tipo particularista —la OTAN, la OMC, el G8— dotadas de enormes medios y poderes de intervención y de gobierno.

Esta polaridad se acentuó, precisamente, en la última década, cuando a la creciente globalización de la economía correspondió, en forma paradójica, una disolución de la ya débil esfera pública internacional. Tras la caída del muro de Berlín, en el nuevo mundo unipolar, repentinamente privado del enemigo y comprometido sólo a festejar los triunfos del libre mercado, se ignoraron, e incluso se agravaron todos los grandes problemas del planeta. Se hizo así más profunda la brecha entre países ricos y países pobres, se dejó el camino libre a la devastación del ambiente, se cerraron herméticamente nuestras fronteras a masas crecientes de muertos de hambre, sin hacerse cargo ni en lo más mínimo del odio y de la revuelta que, mientras tanto, se acumulaban contra el Occidente, ni de las amenazas a la paz y a la seguridad generadas por nuestra miopía. Finalmente, se suplió esta falta de previsión tan irresponsable y esta incapacidad de gobierno con la política de las armas y con el regreso de la guerra al escenario internacional. La guerra es la manifestación más dramática de la crisis del derecho: primero, en 1991, la marginación y la inversión del papel paci-

fista de la ONU, llamada a avalar la guerra del golfo en contraste con su Estatuto; luego, con la guerra de Kosovo, el relanzamiento de la OTAN y la expansión indefinida de sus poderes de intervención, mucho más allá de sus competencias estatutarias; finalmente, con la guerra en Afganistán y luego, en forma mucho más explícita y declarada con la última guerra contra Irak, la asunción directa por parte de Estados Unidos de América de funciones de policía internacional.

A la vieja pregunta de "¿habrá un juez en Berlín?" Deberíamos responder que no, que no hay ningún juez para semejantes abusos en ninguna parte de la Tierra y cuando no hay un juez en la Tierra, escribió Locke hace tres siglos, se vuelve legítimo el "llamado al cielo", es decir, el recurso a la rebelión y a la violencia.

III. REDEFINICIÓN DEL ORDEN INTERNACIONAL. INSTITUCIONES DE GOBIERNO E INSTITUCIONES DE GARANTÍA

Éste es, precisamente, el enorme y dramático problema que actualmente tenemos frente a nosotros. De hecho, creo que este vacío de derecho público —en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente— no se puede sostener por mucho tiempo sin ir hacia un futuro de guerras, violencia y terrorismo que pondría en peligro la supervivencia de nuestras mismas democracias. Debemos preguntarnos si es realista la aspiración a la paz y a la seguridad en un mundo en que 800 millones de personas, o sea un sexto de la población, posee las cinco sextas partes del ingreso mundial; en el que menos de 300 millonarios en

dólares son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, tres mil millones de personas; en el que la proporción entre países ricos y países pobres, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, se volvió de 1 a 72 en 1992.⁶

El efecto más vistoso de la globalización, en ausencia de una esfera pública mundial, es un crecimiento exponencial de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que da por hecho la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Es una desigualdad que no tiene precedentes en la historia. Hoy la humanidad es, en su conjunto, incomparablemente más rica que en el pasado. Pero, si se toman en cuenta las inmensas y crecientes masas de seres humanos, es también incomparablemente más pobre. Los hombres, sobre el plano jurídico, ciertamente son incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, gracias a las innumerables

⁶ Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. Informe sobre desarrollo humano 1999. *La globalización*, Rosenberg y Sellier, Turín 1999, p. 55. La diferencia de ingreso entre la quinta parte de la población mundial que vive en los países más ricos y la quinta parte que vive en los países más pobres era de 30 a 1 en 1960, de 60 a 1 en 1990 y de 74 a 1 en 1997 (p. 19). Se presentan datos análogos en Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. Informe sobre desarrollo humano 2001. 12. *Cómo usar las nuevas tecnologías*, Rosenberg y Sellier, Turín 2001: la diferencia de ingresos entre el 10% más rico de la población mundial y el 10% más pobre, era de 51.5 en 1970 y de 127.7 en 1997 (p. 36); en los años 1988-93, el 10% más rico de la población de los Estados Unidos de América (25 millones de personas) tuvo un ingreso superior al de casi la mitad (el 43%) de la población más pobre del mundo (aproximadamente 2 mil millones de personas) (p. 35). Cerca de 1,200 millones de personas viven con menos de un dólar al día y 2,800 millones, es decir casi la mitad de la población mundial, con menos de 2 dólares al día (p. 26).

cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero en realidad, son también inmensamente más desiguales en lo concreto. El "tiempo de los derechos", para usar la expresión de Norberto Bobbio,⁷ es también la época de su mayor violación masiva y de la más profunda e intolerable desigualdad.

De acuerdo con el Informe Anual sobre Desarrollo Humano y sobre la Globalización, aunque haya aumentado enormemente la producción de alimentos per capita, aproximadamente mil millones de personas carecen de acceso al agua y a la alimentación básica y esto produce 15 millones de muertes al año. Además, se estima que, no obstante el incremento global de la asistencia sanitaria, de la tasa de educación y de la expectativa de vida, así como la fuerte reducción, en conjunto, de los combustibles contaminantes, se ha duplicado y más el número de enfermos de SIDA, hay 850 millones de analfabetos, aproximadamente 3 millones de personas mueren cada año a causa de la contaminación atmosférica y más de 5 millones por contaminación del agua. Finalmente —y es el dato más aterrador— 17 millones de personas mueren cada año víctimas de enfermedades infecciosas y, más aun, víctimas del mercado, puesto que los fármacos "esenciales" que podrían curarlas, son patentados y, por lo tanto, demasiado costosos, o peor aún, ya no se producen porque se refieren a enfermedades en gran medida erradica-

⁷ Es el título del conocido libro de Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990. (Existe versión en español de Rafael de Asís Roig: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991. NE).

das y que ya han desaparecido en los países occidentales.⁸

Desde luego que poner fin a esta gigantesca omisión de socorro no sólo es un deber impuesto por el derecho a la salud sancionado en los Pactos Internacionales de 1966, sino que es también una condición indispensable para garantizar la seguridad y la paz. La terrible aparición del terrorismo internacional, desde la tragedia del 11 de septiembre hasta la última tragedia de Riad en los días pasados, debería sonar como una señal de alarma. Aunque no haya ningún vínculo entre el terrorismo fanático y los graves problemas planetarios del hambre y la miseria, es justamente el cortocircuito entre terrorismo y consenso de los desheredados del planeta lo que debemos temer. Finalmente, es el mismo preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos el que establece, en forma realista, este vínculo evidente entre paz y derechos, entre violación de los derechos humanos y violencia: es "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho", dice, "a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opre-

⁸ Cfr. Tognoni, G., "I farmaci essenziali come indicatori di diritto", *Giornale italiano di farmacia clinica*, 12, 2, abril-junio 1998, pp. 116-122, donde recuerda que en 1977 la Organización Mundial de la Salud compiló una lista de "fármacos esenciales", que como tales eran de distribución obligatoria y para los que propuso la siguiente definición: "se definen como fármacos esenciales aquellos que satisfacen la necesidad sanitaria de la mayor parte de la población y que por lo tanto deben estar disponibles en todo momento en cantidades suficientes y en la forma farmacéutica adecuada". La lista contemplaba originalmente poco más de doscientos fármacos. En 1997, contenía poco menos de trescientos fármacos, casi todos de bajo costo.

sión". Es evidente, a fin de cuentas, que en un mundo cada vez más integrado, el desarrollo de las desigualdades y las violaciones de los derechos representan una amenaza creciente para la paz y para la seguridad de todos. Ello se debe a dos razones que convergen entre sí: porque las violaciones de los derechos, que son tanto más insostenibles entre más estén en contraste con sus proclamaciones solemnes, generan resistencia, rebelión y violencia; y porque sólo con la fuerza de las armas y, por lo tanto, con la guerra puede defenderse un mundo fundado sobre tal desigualdad de riqueza y condiciones de vida.

Sería urgente entonces que también las grandes potencias de la Tierra entendieran que el mundo está unido no únicamente por el mercado global, sino también por el carácter global e indivisible de la seguridad y de la paz, así como de la democracia y los derechos; y que no podemos hablar en forma realista de paz y seguridad a futuro, ni mucho menos de democracia y derechos humanos, si no se elimina o por lo menos disminuye, mediante una adecuada "política interna del mundo", la opresión, el hambre y la pobreza de miles de millones de seres humanos, que representan un clamoroso desmentido de las promesas contenidas en las muchas cartas constitucionales e internacionales.

Con el fin de proteger la paz y tutelar los derechos, lo que se requiere, por otro lado, no es tanto la democratización de la ONU, sino más bien la introducción de técnicas de garantía adecuadas. A este respecto, se debe efectuar una distinción esencial: la distinción entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Las institucio-

nes del primer tipo, entre más representativas sean, más legitimadas estarán, y, por lo tanto, más cercanas al cuerpo electoral. Una democracia planetaria representativa basada en el clásico principio de un ciudadano un voto, aun sin tomar en cuenta los actuales procesos en que la representación política está volcada en los medios de comunicación masiva, no tendría ningún sentido. Pero sobre todo, ésta no sería pertinente para la naturaleza de las funciones de defensa de la paz y de los derechos humanos. Más que las funciones y las instituciones de gobierno, que se refieren a la esfera de la discrecionalidad política y, por lo tanto, deben seguir siendo competencia de los Estados nacionales y deben quedar a cargo de las formas de la democracia política, lo que habría que crear, a nivel internacional, son funciones e instituciones de garantía: en primer lugar, las de paz impuestas por la prohibición a la guerra; en segundo lugar, las de los derechos humanos, en sustitución y, de ser necesario, también en contra de los Estados.

IV. UNA ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL

Bajo el primer aspecto, el que se refiere a la paz, habría que instar, si no a un desarme generalizado como premisa para un monopolio internacional de la fuerza, por lo menos a un desarme de los sujetos privados, a través de rígidos acuerdos internacionales sobre la prohibición de la producción, comercio y posesión de armas. Las armas, dado que están destinadas a matar, deberían considerarse bienes ilícitos, mucho más que las sustancias estupefacientes, y, como éstas, deberían

prohibirse para la convivencia civil. Sin duda, se trataría de la medida de prevención más eficaz y segura en relación con el terrorismo y la criminalidad, además de las muchas guerras que asolan el planeta. Mientras tanto, sin embargo, para fines de tutelar la paz y la seguridad internacional, habría que proceder a la institución de la fuerza de policía internacional prevista en el capítulo VII de la Carta de la ONU: misma que, si hubiera sido creada después de la caída del muro de Berlín con la cooperación de las distintas policías nacionales, habría intervenido en todas las crisis de los años pasados con mucha mayor fuerza y credibilidad y sin las inútiles devastaciones ocasionadas por las guerras causadas por las dirigencias de países occidentales.

Pero lo más importante —y llego así a nuestro tema específico del papel de la jurisdicción en el paradigma del Estado de derecho expandido al derecho internacional— sería el establecimiento de jurisdicciones internacionales para la tutela de la paz y de los derechos humanos. Sería, en resumen, la institución de esos jueces en la tierra cuya falta justifica o, por lo menos, favorece el “llamado al cielo” del que habla Locke en las formas de la violencia y la rebelión. Desde esta perspectiva, habría que poner en operación, lo antes posible, la competencia de la Corte Penal Internacional también en relación con el crimen de la “guerra de agresión”, previsto en el inciso d) del artículo 2o. de su Estatuto, llegando rápidamente a su definición para delimitar rigurosamente la hipótesis de la “legítima defensa”, que hoy es peligrosamente invocada también a título preventivo en caso de simple sospecha de agresión.

De manera más general, se requiere, para la tutela de los derechos humanos la creación de una esfera pública internacional que incluya la creación o el reforzamiento de las que podemos llamar instituciones internacionales de garantía.

Bajo este aspecto, el acontecimiento más importante fue, sin duda, la entrada en funciones el primero de julio de 2002 de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad que acabo de mencionar. Ésta representa, aunque en forma todavía embrionaria, un cambio de paradigma del derecho internacional, dado que ofrece finalmente garantía jurisdiccional contra los crímenes de lesa humanidad, para aquellos derechos fundamentales que hasta ahora sólo habían sido proclamados en múltiples pactos, acuerdos y declaraciones internacionales y, al mismo tiempo, somete concretamente a los poderes del Estado a la jurisdicción y, por lo tanto, al derecho. Es evidente la importancia histórica de tal acontecimiento. Del nacimiento de una jurisdicción penal internacional depende el paso de la sociedad internacional del Estado de naturaleza al Estado civil y la misma naturaleza jurídica del derecho internacional. Recordemos el mito de Orestes que celebran las Euménides de Esquilo: el derecho nace cuando Atenas pone fin a la espiral de la venganza de la sangre y establece en Atenas el Areópago para juzgar los delitos; y de la justicia doméstica se pasa a la justicia de la ciudad. La soberanía de los Estados, hasta ahora expresada por su impunidad en los crímenes contra la humanidad, es el equivalente internacional de la libertad salvaje del *homo homini lupus* de Hobbes. La consecuencia es el riesgo de una pérdida de sentido, a largo plazo,

de los mismos derechos consagrados como "universales" por las convenciones internacionales: mismas que están destinadas a ser simples declamaciones retóricas mientras permanezcan inefectivas, en estado de promesas incumplidas y no tomadas en serio. La institución de la Corte Penal Internacional, representa un primer paso hacia la creación de un orden internacional garante de la paz y de los derechos humanos. Después, dependerán del apoyo de la opinión pública internacional su eficiencia, su credibilidad e incluso su futura aceptación por parte de las potencias que hasta hoy, temiendo la incriminación de sus ciudadanos o gobernantes, se han rehusado a aprobarla: como los Estados Unidos de América, Rusia, China e Israel.

Sin embargo, son muchas más las instituciones de garantía que habría que introducir. La más importante, en vista de una tendencia al monopolio de la fuerza en la ONU, sería la ya mencionada fuerza policíaca internacional bajo la "dirección estratégica" del "Comité de Estado Mayor" previsto en el artículo 47 de la Carta. Luego habría que organizar, frente a los enormes problemas sociales del hambre y la miseria generados por una globalización sin reglas, instituciones encargadas de la satisfacción de los derechos sociales contemplados en los Pactos de 1966. Algunas de estas instituciones, como la FAO y la OMS, existen desde hace tiempo y se trataría sobre todo de dotarlas de los medios y poderes necesarios para el cumplimiento de sus funciones de erogación de prestaciones alimentarias y de salud. También habría que crear otras instituciones en materia de protección del medio ambiente, garantía de la educación, habitación y otros derechos vitales.

La tesis que intento sostener es, además, que la introducción de todas estas instituciones judiciales representa el cumplimiento de una obligación de la comunidad internacional. De hecho, estas instituciones no son más que las garantías del cambio de paradigma del derecho internacional que ya se produjo sobre el papel, en el plano normativo, con la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU y con la estipulación de los derechos en la Declaración Universal de 1948 y en los Pactos de 1966. Estas garantías, si tomamos en serio las proclamaciones de los derechos y de la paz, son implicadas normativamente, en el sentido de que su ausencia es una laguna inaceptable y su introducción una obligación jurídica.

Por otro lado, es obvio que para desempeñar semejantes funciones de garantía —las funciones judiciales y aún más las de garantía primaria— deberá dotarse a la esfera pública internacional —y ésta sería la innovación más importante y decisiva— de una fiscalidad mundial, es decir, un poder supraestatal de fiscalización, encargado de reunir los recursos necesarios para financiar a las instituciones de garantía, que son la premisa indispensable para una política internacional de redistribución fundada en los derechos y no en los socorros. La propuesta de la Tobin tax sobre las transacciones internacionales que tomaron los movimientos denominados “no globales”, se orienta precisamente en esta dirección. Pero estaría aún más justificada, sobre la base de los principios elementales del derecho privado, la imposición de una indemnización, o mejor dicho una compensación adecuada, por el enriquecimiento indebido de empresas de los países más ricos por el uso y explo-

tación, cuando no incluso el daño, de los llamados "bienes comunes" de la humanidad: como las órbitas satelitales, las bandas del éter y los recursos minerales de los fondos oceánicos, que actualmente se utilizan a título gratuito como si fueran *res nullius* en lugar de "patrimonio de la humanidad", según lo establecen las convenciones internacionales que se refieren al mar y a los espacios extra-atmosféricos.⁹

Creo que la perspectiva de semejante expansión de las relaciones internacionales, del paradigma del Estado constitucional de derecho y de la jurisdicción —en resumen, la creación de una esfera pública mundial— representa hoy el principal reto que plantea la crisis del Estado a la razón jurídica y a la razón política. Esta perspectiva no sólo está implicada y, por lo tanto, normativamente im-

⁹ El artículo 10. del Tratado sobre los espacios extra-atmosféricos del 27 de noviembre de 1967 califica dichos espacios como "propiedad de la humanidad entera", imponiendo que "su uso sea para el bien y en el interés de todos los países, cualquiera que sea su estado de desarrollo económico o científico". Del mismo modo, los artículos 136 al 140 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar del 10 de diciembre de 1982 afirman que "el Área (de alta mar) y sus recursos son patrimonio común de la humanidad", que "las actividades en el Área deben realizarse para beneficio de toda la humanidad, tomando en cuenta particularmente los intereses y las necesidades de los países en vías de desarrollo" y que se debe "asegurar la equitativa repartición de las ventajas que de ésta se derivan, sobre una base no discriminatoria". Sobre estas bases, se propuso una fiscalización internacional para la explotación de los recursos minerales de los fondos oceánicos (cfr. Marko, D. E., "A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and Proposed Alternative", *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, 1992), así como para el uso de las órbitas satelitales alrededor de la tierra y de las bandas del éter (cfr. Franzoni, G., *También el cielo es de Dios. El crédito de los pobres*, Roma, EDUP, 2000, pp. 91-113).

puesta, si tomamos en serio el derecho, por el diseño de la Carta de la ONU y de las declaraciones y convenciones sobre los derechos humanos, sino que representa la única alternativa racional a un futuro de guerras, violencia y fundamentalismos. Aunque la actual anarquía internacional equivalga a la primacía de la ley del más fuerte, ésta no favorece, a largo plazo, ni siquiera al más fuerte, porque su resultado es la inseguridad y precariedad general. Como escribió Thomas Hobbes: "el más débil tiene la fuerza suficiente para matar al más fuerte, o mediante una maquinación secreta o aliándose con otros".¹⁰

Desafortunadamente, lo que está sucediendo no da espacio a ningún optimismo. Pero habría que, por lo menos, evitar la falacia en la que incurre gran parte de la filosofía política y jurídica "realista". En los procesos que se están verificando no hay nada de natural, ni de necesario, ni, por lo tanto, de inevitable. Estos procesos son fruto de elecciones políticas o, si se prefiere, de un vacío en la política, que es, a su vez, fruto de una elección; y si se quieren contrastar, es necesario que la política, y antes que ella la cultura jurídica y política, elabore garantías nuevas y específicas de un Estado de derecho internacional capaz de hacerles frente. Esto siempre ha sucedido en la historia de las instituciones. Por lo tanto, no confundamos problemas teóricos con problemas políticos. No

¹⁰ Hobbes, T., *Leviatán*, con texto inglés de 1651, traducción italiana a cargo de R. Santi, Bompiani, Milán 2001, cap. XIII, 1, p. 203. (Existe versión al español de Sánchez Sarto, Manuel, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1940]. NE.

presentemos como utópico o irreal, ocultando las responsabilidades de la política, lo que simplemente no se quiere hacer porque va contra los intereses dominantes, que además son de muy corta duración y que es lo único que vuelve inverosímil su realización. Este tipo de "realismo" termina por legitimar y secundar como algo inevitable lo que es de cualquier modo obra de los hombres, y donde gran parte de la responsabilidad corresponde a los poderes económicos y políticos más fuertes. Específicamente, no tiene ningún sentido sostener que, siendo realista, el diseño universalista de la ONU es una utopía y de cualquier modo no ha tenido éxito, dado que sus pasados fracasos han demostrado su impotencia, debida quizás a una falta de medios y de poderes. La ONU no es una institución extraterrestre. Su actual impotencia, así como su futuro y con éste el futuro de la paz y de los derechos humanos, no dependen de su naturaleza, sino únicamente de la voluntad de las grandes potencias del Occidente, empezando por los Estados Unidos de América, y su disponibilidad a renunciar a su papel de incontrastable dominio militar, económico y político, así como a sujetarse al derecho internacional. Sería en interés de todos —no sólo del Sur del mundo, sino también del Occidente— rehabilitar a la ONU y reforzar sus funciones de garantía de la paz y de los derechos: si no por razones morales o jurídicas, por lo menos para la tutela de nuestra seguridad y supervivencia y, por lo tanto, de nuestros propios intereses.