

## CAPÍTULO OCTAVO

### DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA GLOBAL

A lo largo de la década de los noventa, en el marco de los Estados democráticos, asistimos con gran optimismo a una expansión robusta de los derechos a escala mundial. La protección judicial de los mismos se hizo manifiesta a través de cortes o tribunales especiales como, por ejemplo, en la creación de los tribunales internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia, el caso Pinochet o la entrada en vigor del Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional. Este ánimo, de alguna forma complaciente con las bondades de la democracia liberal, era compartido, y justificado, por ilustres filósofos, entre ellos, Norberto Bobbio, John Rawls y Jürgen Habermas. Al optimismo de los noventa siguió lo que he llamado la “desilusión cosmopolita” y el debate con los defensores del pluralismo global. A la luz de tal debate, y a partir de la universalidad y transversalidad de los derechos humanos, creo que es posible defender una justicia global si aceptamos cuatro exigencias impostergables.

#### I. LOS “FELICES NOVENTA”

En su introducción al libro *El tercero ausente*, Bobbio sostiene enfáticamente que: “El porvenir de la paz se encuentra estrechamente vinculado al de la democracia” y ésta se fundamenta, entre otras condiciones, en el reconocimiento de algunas libertades cívicas y políticas “que impidan la instalación de un poder despótico”.<sup>1</sup> En este mismo libro, en el que se recogen textos como

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, trad. de Pepa Linares, Madrid, Cátedra, 1997, pp. 12 y ss. Primera edición en italiano, 1989.

“Los derechos humanos y la paz” y “La era de los derechos”, Bobbio amplía considerablemente el catálogo de derechos humanos más allá de los derechos de primera generación, hasta incluir los derechos de segunda y tercera generación. Estos dos últimos entendidos como una prolongación natural de las exigencias de los individuos. De esta manera, no sólo debe reconocerse el derecho a la vida y a la libertad sino *el derecho a tener el mínimo indispensable para vivir*, es decir, el derecho a “no morir de hambre”, así como el *derecho a un medio ambiente no degradado*. Para los primeros se requiere un deber negativo por parte del Estado; para los segundos, un deber positivo: una “política económica inspirada en principios de justicia distributiva”.<sup>2</sup>

La cuestión social ya no la visualiza Bobbio como un problema hacia el interior de cada Estado, sino como una cuestión de “dimensiones planetarias”, por lo tanto, un problema de justicia distributiva en un ámbito global. Todavía Bobbio da un paso más, en términos de una justicia diferenciada; vale decir, al proceso de positivización, generalización e internacionalización de los derechos humanos debe añadirse una nueva tendencia hacia la *especificación*: un reconocimiento, por ejemplo, de las diferencias concretas de la mujer respecto al hombre, de las distintas fases de la vida y de la situación especial de muchos seres humanos en razón de su enfermedad o incapacidad. A la luz de tal reconocimiento de los derechos humanos Bobbio no duda, con un talante genuinamente kantiano, en apostar por un progreso moral de la humanidad. Pese a las luces y a las sombras —más sombras que luces— de ese progreso, hay en Bobbio una voluntad irrenunciablemente ilustrada que me parece clara en el pasaje que paso a citar:

...desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual sobre los derechos humanos, cada vez más amplio y más intenso, tan amplio que ya abarca a todos los pueblos de la tierra, y tan intenso que se encuentra en el orden del día de las reunio-

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 132.

nes internacionales más autorizadas, puede interpretarse como un “signo premonitorio” (*signum prognosticum*) del progreso moral de la humanidad.<sup>3</sup>

Y tal progreso alcanzará un punto culminante cuando se hayan creado los instrumentos adecuados para la protección internacional de los derechos humanos “no ya dentro del Estado, sino también contra el Estado al que pertenece el individuo”; en otros términos, “sólo cuando se reconozca a cada individuo el derecho a recurrir a instancias superiores a las del Estado, precisamente a organismos internacionales dotados del poder suficiente para hacer respetar sus decisiones”.<sup>4</sup> No se trata sólo de una justicia internacional o intranacional, sino de lo que hoy día se ha denominado “justicia global” o “cosmopolita”: una justicia centrada no sólo en las relaciones entre Estados sino *en* los individuos como objeto de protección internacional.

En un ensayo de 1993, “Democracia y sistema internacional” —texto que servirá de prólogo a la segunda edición de *El futuro de la democracia*— Bobbio responde a una pregunta crucial después de la caída del muro y de la descomposición de la Unión Soviética: ¿es posible ser democráticos en un universo que no lo es? Bobbio cierra su ensayo respondiendo kantianamente que la paz perpetua es posible sólo entre Estados que tengan la misma forma de gobierno, es decir, la forma republicana o democrática, en la que las decisiones colectivas le corresponden al pueblo. Y es precisamente en el ámbito de este tipo de Estados donde es factible que se institucionalicen los derechos humanos. La paz en los derechos, y la conciencia progresiva de los mismos en el horizonte de una justicia global o cosmopolita, sólo es posible en y entre los Estados democráticos. A fin de cuentas, es un hecho, piensa Bobbio, que “el número de Estados democráticos ha au-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 131.

mentado y ya se ha iniciado el proceso para la democratización de la sociedad internacional”.<sup>5</sup>

También, a principios de los noventa John Rawls publicaba *Liberalismo político* y Jürgen Habermas *Entre facticidad y validez*. Como sostiene Cristina Lafont: “Ambos autores articulaban interesantes soluciones al problema de cómo compatibilizar las demandas de justicia y el respeto al pluralismo en las sociedades democráticas modernas: la idea de un consenso por solapamiento, en el caso de Rawls y el ideal de una democracia deliberativa en el caso de Habermas”.<sup>6</sup> En concreto, para Rawls, el consenso constitucional debe concebirse en un marco de mayor robustez con respecto a los derechos humanos. En *Liberalismo político*, y a diferencia de su *Teoría de la justicia*, Rawls explícitamente defiende un constitucionalismo democrático y social:

Debe haber, decía Rawls, una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de expresión del pensamiento en términos generales, y no sólo en cuanto al discurso político. También deben incluirse en la Constitución leyes que aseguren la libertad de asociación y la libertad de desplazamiento; además se necesitan medidas que aseguren la satisfacción de todas las necesidades básicas de los ciudadanos de manera que puedan participar en la vida política y social... por debajo de cierto nivel de bienestar material y social, y de adiestramiento y educación, las personas simplemente no pueden participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos en pie de igualdad.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Bobbio, Norberto, “Democracia y sistema internacional”, en Fernández Santillán, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 360.

<sup>6</sup> Lafont, Cristina, “Justicia global en una sociedad pluralista”, *Isonomía*, México, núm. 31, octubre de 2009, p. 108.

<sup>7</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 165. Primera edición en inglés, 1993.

Otro tanto vale decir de Habermas. De la interpretación del principio de soberanía popular “conforme al que todo poder del Estado procede del pueblo”, y en términos de una teoría del discurso, se siguen varios principios: una protección *comprehensiva* de los derechos individuales, que venga garantizada por una justicia independiente; los principios de legalidad y de control tanto judicial como parlamentario de la Administración; así como el principio de separación entre Estado y sociedad.<sup>8</sup> El imperio de la ley, para Habermas, está relacionado necesariamente con el diálogo deliberativo democrático y la justicia —o la injusticia que significa principalmente limitación de la libertad y violación de la dignidad humana— que forma parte de las condiciones de validez de la democracia.

A fin de cuentas, la misma Carta de la Naciones Unidas ¿no era acaso un claro ejemplo de la factibilidad del consenso sobrepuesto rawlsiano a nivel internacional? Y, de igual manera, ¿qué podría impedir extender el deliberacionismo habermasiano a escala mundial y ofrecer justificaciones sólidas a la ya irreversible expansión democrática? Cierro este primer apartado con el testimonio optimista de uno de nuestros grandes poetas, Octavio Paz, tomado de una de sus obras tardías:

Aunque se asiste hoy [1993] en muchas partes a la resurrección de los particularismos nacionales y aun tribales, es claro que, por primera vez en la historia de nuestra especie, vivimos los comienzos de una sociedad mundial. La civilización de Occidente se ha extendido al planeta entero. En América arrasó a las culturas nativas, nosotros, los americanos, somos una dimensión excéntrica de Occidente. Somos su prolongación y su réplica. Lo mismo puede decirse de otros pueblos de Oceanía y África. Esto que digo no implica ignorancia o menosprecio de las sociedades nativas y sus creaciones; no enuncio un juicio de valor; doy constancia de un hecho histórico. Predicar la vuelta a las culturas africanas o el

<sup>8</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 238. Primera edición en alemán, 1992.

regreso a Tenochtitlán o al Inca es una aberración sentimental —respetable pero errónea— o un acto de cínica demagogia.<sup>9</sup>

## II. LA DESILUSIÓN COSMOPOLITA

El entusiasmo de los noventa no duró mucho. Desde fines de los noventa, el proceso de globalización comenzó a presentar sus fisuras inherentes. Tuvimos que ser testigos del desplome de las torres gemelas en 2001 y del colapso del sistema financiero a partir de 2008 para caer en la cuenta de la crisis de un sistema global que pretendió erigirse sobre la unilateralidad de una potencia mundial hegemónica y de una democracia y un sistema de mercado sin límites, ni controles institucionales. Todo ello dio al traste con la tan anunciada justicia cosmopolita y la democracia a nivel planetario.

Después de 2001, y emblemáticamente con el Acta Patriótica de Estados Unidos, asistimos a un reposicionamiento de actitudes y decisiones ultraconservadoras. Como un botón de muestra de estas posiciones, considérese algunos testimonios en relación con el tema de la tortura:

No podemos saber si un preso es un terrorista operacional mientras no nos dé informaciones... No pienso en tortura mortal. Pienso, por ejemplo, en una aguja esterilizada que se introduce debajo de la uñas. Claro, eso no sería conforme a los convenios de Ginebra. Pero ustedes saben que en todo el planeta hay países que violan los tratados de Ginebra. Lo hacen en secreto, como lo hicieron los franceses en Argelia. (Palabras de Alan M. Dershowitz, jurista de la Universidad de Harvard, pronunciadas el 4 de marzo de 2003, en un programa de CNN).<sup>10</sup>

Revisé la lista de técnicas de interrogación y había dos que pensé que iban demasiado lejos, aun en el caso de que fueran

<sup>9</sup> Paz, Octavio, *La llama doble. Amor y erotismo*, Seix Barral, 1993, p. 134.

<sup>10</sup> Mergier, Anne Marie, “Ideología de la tortura”, *Proceso*, México, 23 de mayo de 2004, pp. 56-58.

legales. Pedí a la CIA que no las usaran. La otra técnica era el *waterboarding* (submarino), un proceso que simula el ahogamiento del interrogado. No me cabe duda que el procedimiento era muy duro, pero los médicos expertos le aseguraron a la CIA que la técnica no provocaba daños permanentes. (Palabras de George W. Bush, de su libro *Decision Points*).<sup>11</sup>

Ronald Dworkin ha puesto en evidencia cómo el miedo y el terror, así como un patriotismo desbordante, son malos consejeros con respecto a los frenos institucionales que requiere una sociedad liberal y democrática para evitar “autoeliminarse”, es decir, para no destruir sus instituciones basadas en principios o convicciones normativas: “De esta manera —dice Dworkin— nuestro país, hoy día, encarcela a un amplio número de personas, secretamente, no por lo que han hecho, ni por una evidencia caso por caso que permita suponer que es peligroso dejarlos en libertad, sino porque caen en una vaga definición de clase...”. El caso de los tribunales militares establecidos para procesar a los acusados de terrorismo es un claro ejemplo de abuso de poder. Los tribunales son secretos, se rigen por las reglas que establece el sectarismo de la Defensa y pueden condenar a la pena de muerte a un inculpado por simple mayoría de los jueces que lo procesan. Y con una amonestación genuina a sus conciudadanos, continúa Dworkin: “Este es el tipo de proceso que asociamos con la ilegalidad de las dictaduras totalitarias. Si cualquier norteamericano fuera juzgado por un gobierno extranjero de esa manera, aun por una falta menor, no digamos un crimen capital, denunciaríamos a ese gobierno como un gobierno criminal”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Maciel, Alejandro, “La guerra según Bush”, *Proceso*, México, núm. 1777, 20 de noviembre de 2010, p. 40.

<sup>12</sup> Véase Dworkin, Ronald, “The Threat to Patriotism”, *The New York Review of Books*, 16 de febrero de 2002. Abu Ghraib y las revelaciones sobre Guantánamo, campos de internamiento de presos sospechosos de terrorismo, son dos casos claros de los límites a los que puede llegar la crueldad institucional minando las condiciones que hacen posible la supervivencia de un Estado

Pienso que la crítica de Dworkin está más que justificada, pero lo cierto, como decía, es que a partir de 2001 asistimos a un paulatino reposicionamiento del particularismo a nivel global: el cosmopolitismo cede al pluralismo global. Ya desde los años ochenta autores como Michael Walzer habían argumentado en favor del Estado-nación westfaliano. Para Walzer no se debe olvidar que la comunidad global es ante todo: “...una comunidad de naciones, no una comunidad de humanidad, y que los derechos que se reconocen en su seno han sido mínimos y fundamentalmente negativos, y diseñados para proteger la integridad de las naciones, así como para regular su comercio y transacciones militares”.<sup>13</sup>

La posición de Walzer resulta del todo coherente con su concepción particularista de la justicia, histórica y cultural, desarrollada en *Las esferas de la justicia*: a bienes sociales distintos corresponden modos de distribución diferentes. No existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales.<sup>14</sup> El pluralismo adquiere carta de ciudadanía también en el entorno mundial, algo que por lo demás no resulta sorprendente. Pero precisamente ahí donde hubiéramos esperado una respuesta positiva y fundamentada sobre la prioridad de la justicia sobre el pluralismo de las concepciones del bien en dos de sus defensores más destacados, la respuesta de Rawls en su *Derecho de gentes* y de Habermas en sucesivos ensayos, desde el seminal “La constitución posnacional y el futuro de la democracia” de 1998, hasta los más recientes, ha sido francamente decepcionante.

democrático constitucional, por ejemplo, el garantismo judicial y el derecho internacional con respecto a la Convención de Ginebra.

<sup>13</sup> Walzer, Michael, “«The Moral Standing of States», a Response to Four Critics”, en Pogge, Thomas y Horton, Keith (eds.), *Global Ethics: Seminal Essays, Global Responsibilities*, St. Paul MN, Paragon House, 2008, vol. II, p. 67.

<sup>14</sup> Véase Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, cap. I. Primera edición en inglés, 1983.



La concepción de Rawls sobre el consenso sobrepuesto en el contexto internacional limita severamente las aspiraciones de justicia. Según Rawls, los derechos constitucionales de las democracias liberales expresan “aspiraciones liberales” que, en cuanto tales, sería ilegítimo imponer en otras sociedades una vez reconocido el hecho del pluralismo global: los estándares de derechos humanos internacionales deben ser distintos y mucho menos exigentes que los estándares de derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos liberales. No se trata de defender ahora, sólo, un minimalismo de la justificación, lo que permitió, como dije, un consenso sobre los derechos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, sino también un minimalismo sustantivo, es decir, un adelgazamiento en los contenidos y en el alcance de los derechos reconocidos en la misma Carta. Rawls excluye por ejemplo, el derecho a la igualdad plena y no discriminación por razones de sexo, raza o religión (artículos 1o. y 2o.), pero también, y para colmo, rebaja la densidad sustantiva a derechos de primera generación: libertad de expresión y asociación (artículos 19 y 20), así como derechos políticos de participación democrática (artículo 21). Todo ello con el propósito de hacer viable el diálogo entre las sociedades que él llama, *decentes liberales*, y las sociedades, *decentes jerarquizadas*.<sup>15</sup> La propuesta de Rawls, deflacionaria de los derechos humanos, se inscribe así en un contexto político, no en un contexto ideal o normativo. Esta conclusión rawlsiana es acompañada y justificada, desde cierto escepticismo hobbesiano a nivel mundial, por otro paladín del liberalismo, Thomas Nagel: “Si Hobbes tiene razón, el ideal de una justicia global sin un gobierno mundial es una quimera... el camino de la anarquía a la justicia debe pasar por la injusticia”.<sup>16</sup>

Por lo que hace a Habermas, las cuestiones económicas deben desconectarse de las obligaciones de justicia de la comunidad

<sup>15</sup> Véase Rawls, John, *El derecho de gentes*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, segunda parte. Primera edición en inglés, 1999.

<sup>16</sup> Nagel, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs* 33, núm. 2, 2005, pp. 115 y 147.

internacional e interpretarse como aspiraciones políticas que, en cuanto tales, reflejan diferentes orientaciones valorativas y, por tanto, su realización debe depender de los compromisos negociados entre los valores e intereses encontrados de los diferentes poderes transnacionales.<sup>17</sup>

De ahí su propuesta de un “sistema multinivel” con diferentes unidades políticas en el plano *supranacional*, *transnacional* y *nacional*.<sup>18</sup> Dado que las cuestiones de distribución equitativa no corresponden a la organización mundial en el nivel supranacional, sino transnacional, que suponen objetivos políticos relacionados con la economía y que son objeto de “compromisos negociados”, entonces la función de protección de los derechos humanos a nivel supranacional debe limitarse al mínimo necesario; vale decir, única y exclusivamente al deber negativo de prevenir violaciones masivas de derechos humanos debidas a conflictos armados, tales como la limpieza étnica o el genocidio. En el nivel de la política interior global no hay estrictamente hablando obligaciones de justicia, sino “metas políticas a las que aspirar”. Así, por ejemplo, la erradicación de la pobreza extrema podría ser una de esas metas, como podría no serlo.

Tanto en Rawls como en Habermas, sea por las condiciones que harían viable un diálogo intercultural, o bien, por la mayor eficacia de las decisiones redistributivas a partir de compromisos negociados, lo cierto es que son las razones políticas y no las morales, las que deben prevalecer en el discurso de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. En ambos también, no sólo se considera a los derechos sociales como metas políticas aspiracionales, imposibles de generar obligaciones correlativas, sino que aún los mismos derechos civiles y políticos deben minimizarse sustantivamente al punto de dejar en una clara indefensión a individuos y minorías, frente a la dominación de los grupos comunitarios poderosos o simplemente mayoritarios.

<sup>17</sup> Véase Lafont, Cristina, *op. cit.*, p. 111.

<sup>18</sup> Véase Habermas, Jürgen, “¿Una constitución política para una sociedad mundial pluralista?”, trad. de Francisco Javier Gil Martín, en *Entre naturalismo y religión*, *cit.*, pp. 325 y ss.

Pero aún en los defensores del cosmopolitismo contemporáneo, como Thomas Pogge,<sup>19</sup> su propuesta resulta en algunos puntos, cuestionable. Este autor construye su concepción de la justicia global a partir de la tesis de la responsabilidad causal. En palabras de Marisa Iglesias:

...en la medida en que la interacción colectiva tiene efectos globales y acaba dañando a seres humanos, aquellos que intervienen y se benefician de esta interacción lesiva adquieren la responsabilidad, por una parte, de compensar los daños y, por otra parte, de realizar las acciones necesarias para que no vuelvan a producirse en el futuro.<sup>20</sup>

La justicia social tiene su núcleo en el postulado de no dañar a otros indebidamente, y también en la idea de que la pobreza extrema es, ante todo, el producto de las políticas económicas que provienen de las sociedades acomodadas y del funcionamiento del orden institucional global que éstas han originado. La propuesta de Pogge es cuestionable por insuficiente. Y lo es, porque sin negar la responsabilidad causal de muchos agentes individuales, es un hecho que ante la complejidad de las cadenas causales y la dificultad para determinar en muchos casos a los agentes directamente involucrados, se puede tender fácilmente a diluir la responsabilidad y a excusarnos con el resultado, por ejemplo, de dejar a las víctimas de la pobreza a su propia suerte.<sup>21</sup> El tema que queda abierto, como se puede apreciar, es el de la exigibilidad a cada uno de los individuos del planeta de deberes positivos generales, además de los deberes especiales propios de los Estados.

<sup>19</sup> Véase Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de Ernst Weikert García, Barcelona, Paidós, 2005, cap. 4.

<sup>20</sup> Iglesias, Marisa, “Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (eds.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Colombia, Universidad de Externado, 2007, p. 231.

<sup>21</sup> Véase *ibidem*, pp. 133 y ss.

Por otra parte, la propuesta de Pogge, a fuerza de insistir en la responsabilidad de los agentes externos, minimiza los efectos causales de las propias políticas internas de los mismos países subdesarrollados, por ejemplo, en términos de corrupción y violencia locales —tal como han señalado insistentemente autores como Amartya Sen— provocando como resultado la peligrosa tendencia a buscar la fuente de los daños globales lejos de nosotros. Es verdad que no se puede negar la responsabilidad histórica de países como Francia y Estados Unidos, por ejemplo, en la dramática situación de Haití, pero sería una grave miopía minimizar la responsabilidad local de dictaduras sanguinarias como las de los Duvalier y la propia corrupción generalizada de los gobiernos sucesivos.

### III. ¿ES POSIBLE UNA JUSTICIA GLOBAL?

Es en este contexto de una sociedad mundial pluralista, fuertemente anclada en un relativismo cultural, donde cabe preguntarse si aún tiene sentido la defensa de una justicia global o cosmopolita. En otros términos, si la vieja idea kantiana de una paz perpetua puede seguir siendo un ideal o debe descartarse como ingenuamente utópica. Permítanme intentar responder a este desafío del pluralismo global al proyecto cosmopolita de los derechos humanos desde un discurso enmarcado en la modernidad o, si se prefiere, desde un enfoque neoilustrado si bien, como no podría ser de otra forma, irremediablemente instalado en el desencanto de las promesas no cumplidas.

La idea que subyace a mi interés de defender la posibilidad de una justicia global es que sólo a partir de ella será posible incidir en los Estados y en las comunidades internacionales con una visión progresista y eficazmente liberadora de las condiciones de pobreza, marginación y humillación a las que se encuentra sometida buena parte de la población mundial. No sólo el Estado-nación se ha mostrado impotente ante estas calamidades, que rebasan con mucho sus fronteras nacionales, sino que hemos

sido testigos también de que cualquier defensa del pluralismo a ultranza ha devenido en políticas conservadoras y endogámicas, en muchos casos, sujetas a la arbitrariedad de los caudillos regionales en turno.

Creo que lo que debemos comenzar por reconocer, como ya lo expresaba Ronald Dworkin, es que las democracias constitucionales y los sistemas de mercado, si no son muy cautelosos a través de limitaciones debidamente normadas a nivel estatal e internacional, tienen una propensión natural al suicidio.<sup>22</sup>

Con respecto a la democracia bastaría con tener presente el llamado peligro de la “obesidad mayoritaria”.<sup>23</sup> Si es cierto que en política como en economía el actor racional es aquel que aspira a maximizar sus beneficios y reducir sus costos, y si es cierto que una de las formas más eficaces de lograrlo es procurando que los demás hagan lo que uno quiere, no cuesta mucho inferir que quien detenta el poder procurará aumentarlo imponiendo aquellos comportamientos que lo benefician aun cuando esto suponga lesionar la autonomía de los individuos. Este aumento de poder no tiene que ser contradictorio con las reglas del procedimiento democrático; bastaría pensar en la posibilidad de coaliciones mayoritarias que terminen ejerciendo un poder despótico sobre las minorías, lo que Kelsen llamó “el dominio de las mayorías”. La democracia procedimental se presentaría entonces como una fuente legitimadora de las tiranías individuales o de las tiranías mayoritarias; es decir, de la propia destrucción de la democracia. Por eso resulta muy pobre el discurso de los defensores a ultranza de las democracias electorales, como si el tránsito a una auténtica democracia dependiera de tales procedimientos sin un cuestionamiento a fondo del desarrollo humano, de los derechos —no sólo civiles y políticos sino también sociales— y de una “subyacente perspectiva universalista del ser humano como un agente”, es decir:

<sup>22</sup> Véase *supra* capítulo 6, nota 42.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 32 y ss.

...alguien que está normalmente dotado de razón práctica y de autonomía suficiente para decidir qué tipo de vida quiere vivir, que tiene capacidad cognoscitiva para detectar razonablemente las opciones que se encuentran a su disposición y que se siente — y es interpretado/a por los demás como — responsable por los cursos de acción que elige.<sup>24</sup>

Dígase otro tanto del mercado. Desde las primeras clases de economía el estudiante aprende la teoría de la mano invisible y los resultados que produce cuando se dan ciertas condiciones idealizadas: que todo lo que importa en la vida proceda del consumo privado de bienes, que la información sea perfecta, los bienes infinitamente divisibles y los agentes económicos perfectamente racionales. Por supuesto, estas condiciones nunca se dan en los mercados reales: ahí las transacciones no son nunca iguales a cero, la información es asimétrica, y se generan externalidades negativas con respecto a terceros que no participan en la transacción, por ejemplo, el caso de los *free riders* o gorriones, la contaminación, etcétera. El problema no reside tanto en el contraste entre estos dos mundos, que el buen economista reconoce y con los que aprende a lidiar desde el principio de su formación. El problema reside en seguir considerando a la institución del mercado como algo bueno *per se*; algo que por su propio dinamismo en la medida en que se minimicen los factores de distorsión producirá las bondades requeridas por cualquier sociedad medianamente decente. Este es el optimismo delirante del economista clásico, que se encuentra a medio camino entre la ingenuidad y la franca insensatez. Si, además, como afirman algunos economistas libertarios como Friederich Hayek, el mercado es condición necesaria de la democracia y se acepta también esta tendencia del mercado a su concentración, entonces el escenario se nos vuelve doblemente enfermizo.<sup>25</sup>

Pero lo cierto es que el mercado no debe ser concebido como un enemigo de las normas, ni de la justicia: “La regulación de los

<sup>24</sup> Véase O'Donnell, Guillermo *et al.* (comps.), *op. cit.*, p. 33.

<sup>25</sup> Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, pp. 63 y ss.

mercados —ese objetivo tan propio de la tradición socialdemócrata—, como ha dicho el filósofo político español Daniel Innerarity, no es una estrategia para anularlos, sino para hacerlos reales y efectivos, es decir, para ponerlos al servicio del bien público y la lucha contra las desigualdades”. Tomo este párrafo de una editorial publicada en el periódico español *El País*, que lleva un título sugestivo. “El mercado, un invento de la izquierda”.<sup>26</sup>

Si lo que he dicho es correcto el derecho, entonces, no debe concebirse sólo como un instrumento para lograr objetivos o directrices sociales, políticas o económicas, sino que al incorporar valores morales, críticamente fundados —los derechos humanos—, adquiere una dimensión radicalmente crítica y sustantiva. Es en este sentido que puede decirse, con razón, que toda Constitución que se integre a partir de un *Bill of Rights* es, por vocación, contramayoritaria y refractaria a negociar los derechos bajo criterios utilitaristas de bienestar general. A este respecto cito un texto ilustrativo de Ferrajoli:

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.<sup>27</sup>

Si una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, a través de sus representantes, y los dere-

<sup>26</sup> Innerarity, Daniel, “El mercado, un invento de la izquierda”, *El País*, España, 22 de abril de 2011.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina*, México, Siglo XXI, p. 203.

chos se deben garantizar incluso frente a la voluntad popular, es porque tales derechos encarnan principios morales cuyo imperativo de justicia tiene una dimensión sustantiva que trasciende los acuerdos mayoritarios, y a la propia soberanía de los Estados. El texto citado de Ferrajoli, precisamente, le sirve para justificar un cuarto modelo, diferente al derecho jurisprudencial, al legislativo y al constitucional de derecho: “el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional”.

De lo que se trata es de hacer viable un “constitucionalismo global”, que, siguiendo a David Held podría justificarse en los siguientes principios: igual valor y dignidad de los seres humanos bajo una concepción “individualista igualitaria”; participación activa entendida como capacidad de los seres humanos para “razonar auto-conscientemente, ser auto-reflexivo y con determinación propia”; responsabilidad personal y pública (*accountability*); consentimiento, que exige un proceso político no coercitivo por medio del cual “los individuos puedan llevar a cabo sus interconexiones e interdependencias públicas”; toma de decisiones colectiva mediante procedimientos democráticos en lo referente a los asuntos públicos; inclusividad y subsidiariedad por los cuales aquellos que se vean afectados significativamente por las decisiones públicas “deberían, *ceteris paribus*, tener igualdad de oportunidades directa o indirectamente por medio de sus representantes elegidos, para ejercer cierta influencia sobre los mismos”; evitar los daños graves y mejora de las necesidades más apremiantes; sostenibilidad, por el cual todo desarrollo económico y social debe procurar la buena administración de los recursos básicos —irreemplazables e insustituibles— del mundo.<sup>28</sup> Si aún es posible construir un consenso sobrepuesto entre los individuos y los pueblos, y si aún es viable la posibilidad de una democracia deliberativa a nivel mundial creo que estos son los principios que subyacen a los mismos.

<sup>28</sup> Held, David, “Los principios del orden cosmopolita”, *Law and Justice in a Global Society*, IVR, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 2005, pp. 127 y ss.



#### IV. CUATRO EXIGENCIAS IMPOSTERGABLES

Dicho lo anterior, pienso que un enfoque integral del derecho que permita dar cuenta de la justicia global o cosmopolita, debe comprender las siguientes cuatro exigencias:

- 1) *No puede claudicarse de la idea de un constitucionalismo democrático y social como forma de organización estatal, a buena hora reforzado con la incorporación de la normatividad internacional sobre los derechos humanos en pie de igualdad con las Constituciones estatales.*

Para quienes aceptan esta premisa, y tal es el caso de México con la reforma constitucional de junio de 2011, y su reinterpretación de la “regla de reconocimiento” en términos de jerarquía de fuentes, la concepción de justicia que subyace a la misma es la de una justicia global a partir de una concepción robusta de los derechos humanos. Reformas como las implementadas en México y que vienen operándose en América latina desde fines de los ochenta, se alejan de la concepción westfaliana, particularista e instrumental de los derechos humanos enmarcada en una visión hermética de la soberanía nacional. Una vez más, en el artículo 1o. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se establece el llamado *bloque de constitucionalidad* y se hacen explícitos los principios de *interpretación conforme* y *pro persona*. Asimismo, todas las autoridades deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, individualidad y progresividad.

Sin duda, se trata de una reforma de gran calado. Sin embargo, entre los juristas, no ha sido ni es nada fácil desprenderse del modelo del positivismo formalista decimonónico y comprender que en esta reforma los derechos sociales son tan judicializables como los derechos civiles y políticos. No nos debe extrañar que pese al enfoque progresista y, como decía, cosmopolita, de la reforma, en su artículo 29, no se haga referencia a ningún derecho social.

Tal artículo incorpora un listado de derechos que por ningún motivo podrán restringirse ni suspenderse en su ejercicio. Una suerte de cláusulas pétreas. Dice así:

...No podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Como puede apreciarse, en el artículo se habla de los derechos personalísimos, de los civiles y políticos, de las garantías legales y judiciales, pero ¿por qué razón no aparecen en el listado de manera expresa, y no indirectamente a través del derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 1o., algunos derechos sociales —salud, educación, seguridad social, alimentación— en términos de la salvaguarda de un mínimo al que toda persona debería tener acceso?

- 2) *La defensa no sólo de una justicia internacional, sino global, sólo es posible si se entiende que las culturas importan y valen si les importan y son valiosas para los individuos que forman parte de las mismas.*

Más aún, la mejor defensa de la diversidad cultural en un entorno mundial, no es la defensa normativa del multiculturalismo sino la superación del relativismo cultural en el reconocimiento de las diferencias en el marco de un universalismo de los derechos fundamentales, y la afirmación del individuo en tanto agente moral y racional:

La igualdad... —afirma Ferrajoli— consiste en el igual derecho a las propias diferencias —religiosas, políticas, ideológicas, nacionales y, por tanto, culturales— que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás, y de cada individuo una persona como los demás. Se entiende, de este modo, de qué manera el constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales, ante todo los de la libertad, son la única garantía del pluralismo cultural, es decir, de la convivencia y del recíproco respeto entre las diversas culturales.<sup>29</sup>

No se trata de negar la igualdad, sino reconocer que el trato igual de cada uno de los miembros de la comunidad en el reconocimiento de su autonomía personal precede al trato igual de la pluralidad de culturas en la unidad: los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen. Más aún, los grupos valen sólo por y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten, y no tienen ningún valor intrínseco que permita idealizarlas o hasta absolutizarlas, como parece desprenderse de la siguiente afirmación de Bonfil Batalla: “La única civilización, las únicas culturas auténticas, son las que encarnan los pueblos indios”.<sup>30</sup> Más allá del romanticismo que inspira esta frase, toda cultura puede y debe ser modificada o abandonada si deja de valer para los individuos.

Los derechos comunitarios no deben adscribirse a grupos o a la cultura de las minorías “como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco”, sino que si entran en contradicción con los derechos liberales deben ceder como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi, *Fundamento de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 370.

<sup>30</sup> Bonfil Batalla, Guillermo, Introducción a la recopilación de documentos *Utopía y revolución en el pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina*, citado por Garzón Valdés, Ernesto, “El problema ético de las minorías étnicas”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 537.

e irrepetible. Por ello coincido con Rodolfo Stavenhagen cuando afirma que: “...los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueven a su vez los derechos individuales de sus miembros”. A este respecto, el testimonio de la indígena oaxaqueña Eufrosina Cruz es elocuente:

En México —dice Eufrosina Cruz— si eres indígena, mujer y pobre estás fregada... 428 municipios de Oaxaca todavía se rigen por usos y costumbres, y en casi 100 las mujeres no tienen derecho a participar en los procesos democráticos, pero podemos cambiarlo. Los usos y costumbres son la lengua, la vestimenta... No la violación del desarrollo.<sup>31</sup>

- 3) *Un sentido de la justicia comprometido con una igualdad cosmopolita, no sólo es exigible por vía de responsabilidad causal, sino a través de deberes positivos generales.*

Desde un punto de vista normativo, el principio de los deberes positivos generales —es decir, los que corresponden a los individuos en general— establece que “todo individuo está moralmente obligado a una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa”.<sup>32</sup>

Si aceptamos que los deberes éticos son instrumentos para la protección de bienes que se consideran valiosos, la justificación de los deberes positivos generales es la misma que la de los negativos, a saber, la protección de los bienes primarios de los seres humanos. Desde el punto de vista de las relaciones entre Estados,

<sup>31</sup> Entrevista a Eufrosina Cruz por Paula Chouza, *El País*, 14 de mayo de 2013.

<sup>32</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *op. cit.*, p. 339

éstos deben intervenir en la equitativa distribución de los recursos. De esta manera se busca proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades entendida no sólo como igualdad de acceso bajo reglas procesales imparciales sino sobre todo como igualdad de oportunidades sustantiva, es decir, en el punto de partida. Esto es correcto, pero la sola participación interestatal es insuficiente. No sólo se trata de deberes positivos especiales, sino de deberes positivos generales, en donde la responsabilidad debe recaer sobre los propios individuos, especialmente si el sacrificio que se les impone es trivial. No deja de sorprender en este sentido el testimonio de uno de los hombres más ricos del mundo:

Nuestros líderes han pedido que el sacrificio sea compartido. Pero cuando lo han pedido no han dejado de lado. He hablado con amigos míos, muy ricos, y aunque se esperaba cierto dolor, al final no se les ha tocado... Los mega ricos continuamos obteniendo extraordinarias ventajas fiscales... El año pasado, los impuestos que tuve que pagar fueron... solo el 17.4% de mis ingresos. Si haces dinero con el dinero, como hacen mis amigos súper ricos, el porcentaje será incluso más pequeño que el mío. Pero si lo ganas trabajando, el porcentaje seguro que lo excede, y además por bastante... He trabajado con inversores durante 60 años y aún no he visto a ninguno, ni siquiera cuando la tasa era 39.9% en 1976-77, que se echara atrás y no invirtiera por el impuesto... Y para aquellos que argumentan que impuestos más altos dañarían la creación de empleo, debería decirles que se crearon de forma neta 40 millones de empleos entre 1980 y 2000. Desde entonces no ha habido más que recortes en los impuestos y una menor creación de fuentes de trabajo.<sup>33</sup>

No creo mal interpretar a Buffet, ni pecar de ingenuo, si pienso que su sacrificio no tiene nada que ver con labores de caridad, sino de deberes positivos generales, propios de los indi-

<sup>33</sup> Buffet, Warren, *New York Times*, 14 de agosto de 2011, citado por Woldenberg, José, "Impuestos", *Reforma*, México, 1o. de septiembre de 2011.

viduos. Tampoco, por cierto, me parece que una tasa impositiva progresiva vaya a mermar su plan de vida acomodado. Puede haber algo de patriótico en su decisión, pero también existe el reconocimiento de que su país ofrece seguridad para sus inversiones, transparencia, sometimiento a las reglas y *accountability* por parte de las autoridades. Sin duda, todos ellos son bienes públicos en los que vale la pena invertir, porque finalmente más temprano que tarde redundará en un beneficio proporcional para todos los individuos. En este contexto el argumento de la soberanía nacional para excusar el pillaje de las autoridades locales no tiene justificación alguna. Y si esto vale para el plano doméstico con más razón para el ámbito mundial. No se trata de diluir responsabilidades en una serie causal infinita. Cuando se ventilan los atropellos, ilícitos, fraudes a escala mundial, las responsabilidades tienen nombre y apellido. El problema finalmente se reduce a una cuestión de voluntad política.

- 4) *Resulta insuficiente, y hasta perversa, una justificación minimalista de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. Lo que se requiere, más bien, es una justificación maximalista, para todos y cada uno de los derechos civiles, políticos y sociales.*

Para que ello sea posible se requiere de una comprensión estructural de los derechos humanos. Como ya se explicó en el capítulo quinto, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los llamados derechos civiles y políticos. En otros términos, no existe una tensión entre libertad e igualdad si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes pero complementarias. La libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos, ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa. La satisfacción de necesidades básicas en

términos de un acceso igual a los recursos y el cumplimiento de los mínimos urgentes, impostergables en su cumplimiento, son condiciones necesarias para la realización de la autonomía de las personas. En palabras de Nino: sólo es posible realizar la *autonomía de ejercicio* si previamente se han puesto las condiciones para la *autonomía de formación*:

Esta concepción (la autonomía de formación o de creación) no es otra que la vieja noción de *auto-realización*, que se relaciona con la alusión que hace Krankfurt al florecimiento... En el centro de esta concepción del bien personal está la idea de capacidades rescatada por Amartya Sen. El individuo se autorrealiza en la medida que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades... Esta articulación todavía bastante impresionista del valor de la autonomía en el marco de una concepción más amplia del bien personal sugiere que, efectivamente, debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas.<sup>34</sup>

Lo que debe comprenderse es que con respecto a esos mínimos vitales opera una consideración de necesidad y urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción, y así evitar un daño grave a la persona. Y por supuesto, esos mínimos, en términos de necesidades básicas o bienes primarios, son tan urgentes como la salvaguarda de cualquier derecho personalísimo, y exigibles, no sólo en un espacio cultural determinado, sino universal, globalmente. Tan “universal o global” como lo demanda la propia satisfacción de las necesidades básicas de cualquier ser humano.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Nino, Carlos S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, p. 22.

<sup>35</sup> Véase Alegre, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, *supra*, capítulo sexto, nota 29.