

## ¿Hacia un constitucionalismo global?\*

### Towards a global constitutionalism?

**Por: Alejandro Cortés Arbeláez**

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho y Escuela de Ciencias y Humanidades

[alejandrocortés90@gmail.com](mailto:alejandrocortés90@gmail.com)

**Resumen:** *Luigi Ferrajoli aboga por un constitucionalismo global que permita garantizar la paz mundial y la protección universal de los derechos fundamentales. Ferrajoli es consciente de que un orden jurídico requiere de unos mecanismos institucionales eficaces, que permitan la realización efectiva de las disposiciones normativas que dicho orden establezca. Por ello, este autor afirma la necesidad de establecer las instituciones de garantía pertinentes para salvaguardar la paz y los derechos fundamentales, y que como corolario tienen, respecto del Estado, la negación de su soberanía externa absoluta. Thomas Nagel se opone a la idea cosmopolita de buscar mecanismos que permitan el alcance de una justicia global, pues considera que la realización del ideal de justicia solo puede asegurarse a través de la soberanía estatal. El objetivo de este ensayo es dar cuenta de la manera en que se defiende la posibilidad de instaurar un constitucionalismo global que permita mitigar los problemas del orden internacional contemporáneo. Posteriormente se reconstruye una poderosa crítica que se le hace al cosmopolitismo, para así esclarecer un poco el panorama sobre las posibilidades y límites de un constitucionalismo global.*

**Palabras clave:** Constitucionalismo global, derechos fundamentales, cosmopolitismo, soberanía, justicia, instituciones.

---

\*Este ensayo se desarrolló como trabajo final de la materia Teoría del Orden Global, del pregrado en Ciencias Políticas de la Universidad EAFIT. Esta materia fue dictada por el profesor Saúl Horacio Echavarría Yepes (q.e.p.d), a quien le agradezco profundamente por sus enseñanzas y por su disposición a discutir en cualquier momento los temas del curso, incluso por fuera del aula de clase. También fue presentado como ponencia en el II Congreso Interuniversitario de Ciencia Política, llevado a cabo en Medellín los días 26, 27 y 28 de febrero de 2013, y organizado por estudiantes de pregrado de la Universidad de Antioquia, la Universidad EAFIT, la Universidad Nacional de Colombia-Sede Medellín, y la Universidad Pontificia Bolivariana.

**Abstract:** *Luigi Ferrajoli argues in defense of a global constitutionalism that permits the guarantee of world peace and the universal protection of fundamental rights. Ferrajoli is aware that a legal order requires effective institutional mechanisms that allow the fulfillment of the normative dispositions formally established by that order. In order to achieve this, the author upholds the necessity to establish guarantee institutions that enable the safeguarding of peace and of fundamental rights and that have as a consequence, in regard to the state, the denial of its absolute external sovereignty. Thomas Nagel opposes the cosmopolitan idea to search for the mechanisms that enable the accomplishment of global justice, given that he considers that the fulfillment of the ideal of justice can only be assured through state sovereignty. The aim of this essay is to give account of the way in which the possibility to establish a global constitutionalism that permits to alleviate the problems of contemporary global order is defended. Subsequently a powerful critique against cosmopolitanism is reconstructed in order to partially illuminate the view regarding the possibilities and limits of a global constitutionalism.*

**Key words:** Global constitutionalism, fundamental rights, cosmopolitanism, sovereignty, justice, institutions.

Thomas Nagel, recurriendo a datos proporcionados por Thomas Pogge, afirma que la desigualdad social en el mundo es un hecho espantoso. Explica que el 20% de la población mundial debe sobrevivir con un salario de menos de un dólar por día, y que más del 45% de las personas en el mundo deben vivir con un sueldo inferior a dos dólares al día, “mientras que el 15% que vive en economías de alto ingreso posee un ingreso promedio *per cápita* de setenta y cinco dólares por día. ¿Cómo debemos responder a semejantes hechos?” (Nagel, 2005, pp. 172-173).

La anterior afirmación resulta sumamente útil para exponer los fines de este ensayo. En efecto, vivimos en un mundo en el que las desigualdades socioeconómicas entre los Estados ricos y los Estados pobres del mundo (y entre los ciudadanos de los mismos) son brutalmente visibles. Frente a esta cuestión se han desarrollado diferentes posturas teóricas y una variedad de propuestas prácticas. Algunas de ellas abogan por la construcción de un

marco político, jurídico y económico global, que tenga como objetivo el implementar las medidas necesarias para superar la visible inequidad existente en el orden mundial contemporáneo. Desde una perspectiva diferente, existen también posiciones que señalan la imposibilidad e inconveniencia de intentar superar los problemas de la pobreza en el mundo a través de la instauración de medidas de alcance global dirigidas a solucionar dichos problemas.

El objetivo de este escrito consiste en exponer las posturas de dos importantes autores: Luigi Ferrajoli y Thomas Nagel. Partidario el primero de un modelo cosmopolita de orden mundial, propone este jurista italiano la creación de un orden jurídico-constitucional global dirigido a solucionar, entre otros, el problema de la injusticia social existente entre países ricos y países pobres. En contraste con lo anterior, el filósofo norteamericano se muestra en contra de buscar solucionar las injusticias socioeconómicas globales a través de la creación de instituciones de alcance planetario dirigidas a ello, pues considera que el ideal de la justicia social sólo debe y puede realizarse dentro de la estructura político-jurídica de los Estados nacionales.

### **Luigi Ferrajoli: el derecho como garante**

Ferrajoli no considera que el proyecto de un constitucionalismo global arranque desde cero, por el contrario, este jurista considera que ya está dado el “embrión” de una Constitución mundial. En efecto, el autor afirma que la Carta de las Naciones Unidas, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>1</sup>, y otras convenciones relativas a los derechos humanos, son la base normativa de lo que podría convertirse en una Constitución global.

El italiano no tiene una visión utópica de la ONU, pues es consciente de que gran parte de las disposiciones de esta institución se han quedado plasmadas en el papel, es decir, no han tenido ningún grado de eficacia. Sin embargo, Ferrajoli considera que esto no puede ser motivo para que desconfiemos de las capacidades transformadoras del derecho internacional; por el contrario, es precisamente el derecho internacional el instrumento al

---

<sup>1</sup> La Carta de las Naciones Unidas fue sancionada el 26 de junio de 1945. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas (cf. Ferrajoli, 2002, p. 144).

cual debe recurrirse para cambiar la infortunada situación en la que se encuentra el mundo hoy: “muchas fuerzas democráticas, por temor a un gobierno mundial de tipo puramente imperialista, perciben con recelo el derecho internacional en su conjunto, subestimando su insustituible valor estratégico como sistema de garantías” (Ferrajoli, 2004, pp.81-82).

Este jurista considera que una reforma del orden global actual, para que tenga posibilidades de éxito, no debe buscar una transformación radical e inmediata de las relaciones de poder en el sistema internacional. El autor es consciente de que las potencias mundiales difícilmente permitirían cambios demasiado fuertes en las estructuras existentes de poder, por lo que sería poco probable que fuera posible actualmente una reforma que buscara democratizar la ONU, mediante cambios en la composición del Consejo de Seguridad, o a través de un aumento de los poderes de la Asamblea General, o con la instauración de una Asamblea de los Pueblos, o en general con otro tipo de medidas dirigidas a hacer más democrática a la ONU. Ferrajoli no renuncia a este objetivo, pero siguiendo el paradigma del desarrollo de la democracia al interior del Estado moderno –es decir, considerando que así como en los Estados democráticos vino primero una limitación del poder, y después un control del mismo por parte de los ciudadanos–nuestro autor lo considera una meta a largo plazo:

Obviamente, en el largo plazo, incluso la refundación democrática de los órganos de gobierno de la ONU representa un objetivo indispensable de reforma. Debemos reconocer, sin embargo, que ésta es la reforma más difícil y más improbable [...] Es inverosímil [...] [Q]ue la actual gestión de la ONU como instrumento de las grandes potencias, en particular de los Estados Unidos, sea abandonada en el corto plazo [...] [D]esde este punto de vista se confirma la prioridad de la reforma de la Corte Internacional de Justicia respecto de la de los órganos de gobierno. Históricamente, incluso en la formación del Estado moderno, el paradigma del Estado de derecho como limitación y control al poder ha precedido al de la democracia política (Ibíd.,p. 88).

Ahora bien, puesto que, como se dijo más arriba, ya existe el embrión de una Constitución mundial, que reconoce una serie de derechos fundamentales a todos los individuos del planeta, es necesario indagar por dos cosas: 1) cuáles son estos derechos, 2) en qué medida

están siendo protegidos los mismos. Respecto de la primera cuestión, Ferrajoli explica que son dos los derechos estipulados por la Carta de la ONU: i) el derecho a la paz, que como deber correlativo tiene la prohibición de la guerra; ii) y “los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos” (Ibíd.,p. 83), que como deber correlativo tienen la obligación, por parte de los Estados (o incluso del ordenamiento internacional) de garantizar estos derechos. Tanto el primer como el segundo derecho implican una restricción de la soberanía del Estado: la prohibición de la guerra trae como corolario una limitación de la soberanía externa, pues tradicionalmente el derecho de un Estado a hacer la guerra a otro Estado se consideraba como un elemento importante (o más bien como el elemento esencial) de la soberanía estatal. Nuestro jurista, haciendo una analogía contractualista,<sup>2</sup> considera que es con la negación jurídica absoluta de la guerra que puede realmente empezar a hablarse de un ordenamiento jurídico internacional, pues antes de esto existía en el orden internacional un *estado de naturaleza*:

Esta prohibición de la guerra puede considerarse el principio constitutivo de la juridicidad del nuevo ordenamiento internacional formado con el nacimiento de la Naciones Unidas. En efecto, antes de la ONU no existía esta prohibición, y por tanto no existía siquiera un ordenamiento jurídico internacional en sentido propio. El *ius belli* era un elemento esencial de la soberanía del Estado. Las relaciones entre Estados, por su parte, eran todavía las desreguladas relaciones propias del estado de naturaleza descrito por Hobbes en el *Leviatán*, en el que la soberanía estatal se configura como el equivalente de la libertad salvaje. Es con la prohibición de la guerra introducida por la Carta de la ONU como la comunidad internacional pasa del estado de naturaleza al estado civil y se subordina al derecho, convirtiéndose en un “ordenamiento jurídico” si bien sumamente imperfecto en razón de la carencia de garantías idóneas para asegurar su efectividad (Ibíd., p. 82).

---

<sup>2</sup>Por analogía contractualista me refiero a los esfuerzos filosófico-políticos de extrapolar el modelo de la teoría del contrato social –pensado originariamente para fundamentar filosóficamente la existencia del Estado– al plano internacional, para indagar por la manera en qué deben regularse las relaciones entre los Estados en el sistema internacional.

Por otro lado, también la estipulación de una serie de derechos fundamentales conlleva una limitación de la soberanía estatal, pero en este punto se hace énfasis en la limitación que sufre la soberanía a nivel interno. En efecto, el hecho de que se reconozca la existencia de una serie de derechos fundamentales, que tienen carácter universal, implica necesariamente que todos los ordenamientos jurídicos estatales quedan inmediatamente obligados a proteger y garantizar estos derechos. De esta manera, a diferencia de lo que ocurría en el derecho internacional clásico, un Estado no puede decidir cualquier cosa respecto de su ordenamiento interno, sino que queda establecido normativamente que para un Estado sea legítimo ante del derecho internacional, debe garantizar a todos sus ciudadanos el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Y estos derechos no se limitan a los tradicionales derechos de libertad defendidos por la tradición liberal, por el contrario, se trata de un catálogo de derechos mucho más amplio que va destinado, entre otros, a realizar el ideal de la justicia social:

Se trata de una limitación no sólo negativa, como la que encierra la prohibición de la guerra, sino también positiva, en el sentido de que los Estados miembros se encuentran vinculados por ella a la tutela de los derechos fundamentales, es decir, de las necesidades e intereses primarios de las personas y los pueblos: el derecho a la vida, las libertades políticas y civiles fundamentales, el *habeas corpus* y la inmunidad frente a la tortura y los tratos inhumanos y arbitrarios, pero también los derechos económicos y sociales, el derecho a la autodeterminación y el derecho al desarrollo (Ibíd., p. 83).

Retomemos algo ya dicho más arriba: Ferrajoli es consciente de que estas estipulaciones han sido incumplidas en gran medida. En efecto, el autor, respecto a la justicia social, señala que actualmente “[l]as personas son, sin lugar a dudas, en el plano jurídico, incomparablemente más iguales que en ninguna otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero son también, en la práctica, incomparablemente más desiguales” (Ferrajoli, 2005, p. 43). Ahora bien, la constatación de este hecho no hace que el jurista italiano asuma una posición fatalista, por el contrario, considera él que la situación actual puede encontrar una solución en el derecho. Así, Ferrajoli señala que, debido a que estamos hablando de un sistema de derecho positivo, la

existencia de una norma sólo puede depender del *hecho empírico* consistente en que esta norma sea producida. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los sistemas morales, en los que la existencia de una norma de conducta puede deducirse de un precepto moral, en un sistema de derecho positivo no puede inferirse la existencia de una norma W por el hecho de que exista otra norma X que presuponga como condición lógica, o que requiera para cumplirse en el mundo fáctico, de W; en los sistemas de derecho positivo, si una norma no ha sido producida, ésta simplemente no existe. Así: “[e]s posible [...] que dado un derecho subjetivo, no exista [...] la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que lo prevé” (Ferrajoli, 2004, p. 117). Esto explica, desde la perspectiva de la ciencia jurídica, las fallas del derecho internacional. En efecto, el autor afirma que no hace falta la estipulación de más consagraciones normativas de principios de derecho internacional, pues las existentes ya son suficientes (La Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, etc.); lo que es necesario es la creación de las instituciones de garantía necesarias para asegurar que las disposiciones normativas ya establecidas se cumplan efectivamente.

Para Ferrajoli, la inexistencia de los mecanismos institucionales que permitan el real cumplimiento de los preceptos jurídicos del derecho internacional contemporáneo son la manifestación de un *vacío de derecho público*, consistente en:

[U]na falta de reglas, de límites y de vínculos para garantizar la paz y los derechos humanos en relación a los nuevos poderes transnacionales, públicos o privados [...] La mundialización misma de la economía puede ser identificada, en el plano jurídico, con esta ausencia de un derecho público internacional adecuado para someter a los grandes poderes económicos transnacionales: no se trata [...] [D]e una ausencia de derecho, a todas luces imposible, sino de un vacío de derecho público, colmado inevitablemente en su totalidad por el derecho privado; es decir, por un derecho de producción contractual, en vez de por uno de producción legislativa, que se convierte en expresión inexorable de la ley del más fuerte (Ferrajoli, 2005, pp. 41-42).

Frente a esto, el autor señala que es tarea de la cultura jurídica y politológica observar de manera crítica el ordenamiento internacional, y pensar en la manera de colmar la laguna

existente en el derecho internacional para diseñar “las técnicas de garantía dirigidas a superarla” (Ferrajoli, 2004, p. 100). Así, es posible ver que para Ferrajoli prima, en la reforma al orden mundial actual, la protección de ciertos derechos fundamentales, dirigida a dar a estos el carácter de justiciables, es decir, exigibles ante tribunales judiciales (nacionales, y si es necesario internacionales); solo después de la protección de estos deben darse iniciativas tendientes a democratizar el orden global. Ahora bien, como ya se señaló, estos derechos fundamentales no se limitan a los derechos de corte estrictamente liberal, sino que incluyen también los derechos sociales. Considero que respecto de estos derechos fundamentales vale la pena hacer una última aclaración, pues más adelante señalaré qué puede criticársele a Ferrajoli respecto de su defensa de los derechos sociales, y para ello me será útil dejar claro lo que expongo a continuación.

Este filósofo del derecho, para desarrollar teóricamente la protección que hace de los derechos fundamentales, acuña la expresión de “esfera de lo indecible” (Ferrajoli, 2008, p. 102). En principio, este concepto parecería no expresar nada nuevo, pues en apariencia hace referencia al clásico principio desarrollado por la filosofía política liberal, referido a los límites que se le imponen a las decisiones políticas, aún a las tomadas de acuerdo al principio de mayoría, en nombre de la protección de los derechos individuales. Sin embargo, el mismo Ferrajoli advierte que la “esfera de lo indecible”, aunque relacionada íntimamente con la protección que la filosofía política liberal ha hecho de la esfera individual, no se refiere exactamente a lo mismo. El autor resalta varias diferencias, de las que creo cabe destacar dos.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Las otras dos diferencias (que no incluyo en el cuerpo del texto puesto que considero no tienen la misma relevancia para los fines del ensayo que las que sí incorporo) son las siguientes: 1) la primera señala que mientras la filosofía política liberal ha indagado ampliamente por los límites que se le deben imponer al poder político del Estado, por lo general no se ha ocupado de pensar en ponerle límites a los agentes privados, puesto que ha visto esto como una potencial violación de la libertad individual. A diferencia de lo anterior, la noción de “esfera de lo indecible” de Ferrajoli, “se refiere no solamente a los poderes públicos, sino también a los poderes privados; no solo al Estado, sino también al mercado. En contraste con la tradición clásica, que desde Locke hasta Marshall ha identificado siempre los derechos de autonomía negocial con los derechos de libertad, he demostrado en varias ocasiones que tales derechos, al igual que los derechos políticos o de autonomía política, son “derechos-poderes”, es decir, situaciones ejercidas, a diferencia de los derechos de libertad, a través de actos jurídicos preceptivos que producen efectos también en la esfera jurídica de terceros. Y deben ser por tanto, en el Estado de derecho que no admite poderes absolutos, sometidos a límites y a vínculos en garantía de los derechos fundamentales, como sucede con los poderes públicos generados por el ejercicio de los derechos políticos. Sobre esta base he propuesto el



La primera consiste en que la “esfera de lo indecible” no es una noción de la filosofía política, sino de la teoría jurídica. En efecto, Ferrajoli señala que esta categoría parece equivalente a la noción de “coto vedado”, acuñada por Ernesto Garzón Valdés, y a lo que Norberto Bobbio ha dado en llamar el “territorio inviolable” (Ibíd., p. 102). Sin embargo, estos conceptos similares, al venir del campo de la filosofía política, expresan el principio político ya mencionado de protección de la libertad individual; principio con base al cual los ordenamientos político-jurídicos pueden ser legitimados o deslegitimados, desde una perspectiva externa, por la filosofía política. Pero la “esfera de lo indecible” no es un concepto externo a los ordenamientos político-jurídicos, más bien se trata de una noción que en la práctica está unida a estos. Es decir: la “esfera de lo indecible” no es externa a las democracias constitucionales, por el contrario, es inseparable de la misma idea de democracia constitucional, puesto que en la práctica está incorporada, mediante disposiciones constitucionales, a la misma. Así, un ordenamiento cuya constitución no establezca una “esfera de lo indecible” y no garantice la protección de la misma no es una democracia constitucional:

A esta noción [la de “coto vedado” y “territorio inviolable”] [...] [S]e le agrega otra [...] [T]odavía más importante: la de “esfera de lo indecible” diseñada por las constituciones rígidas, las cuales sustraen, justamente, a las decisiones de la mayoría la violación de los principios que las componen: estableciendo una indecibilidad absoluta, cuando excluyan la reforma constitucional, o una indecibilidad relativa, cuando prevean, para su modificación, procedimientos más o menos agravados. Entendida en este sentido, la categoría no se refiere a una mera instancia de filosofía política, sino a un componente estructural de las

---

desarrollo de un constitucionalismo de derecho privado, paralelo al constitucionalismo de derecho público, idóneo para regular los poderes de otra forma absolutos y salvajes que operan sobre el mercado” (Ferrajoli, 2008, pp. 103-104). II) La segunda diferencia consiste en que, para Ferrajoli, la “esfera de lo indecible” es un elemento definitorio de las democracias constitucionales, es decir, hace parte de lo que este jurista italiano considera la “dimensión sustancial de la democracia” (Ibíd. p. 104). El mismo Ferrajoli señala que autores como Bobbio son reacios a definir a la democracia en términos sustanciales, y prefieren apegarse a una definición procedimental de la democracia, por lo que prefieren no concebir a una noción como de la “esfera de lo indecible” como una condición necesaria de la democracia constitucional, sino como una precondition lógica de la misma. Ante esto, Ferrajoli simplemente señala que “una precondition lógica es una condición necesaria, es decir, una *conditio sine qua non*, la cual por tanto no puede dejar de formar parte de la definición del término definido” (Ibíd.).

actuales democracias constitucionales, determinado por los límites y vínculos normativos impuestos a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, por normas de derecho positivo de rango constitucional. Esos límites y esos vínculos, en suma, no son principios de legitimación política externos al ordenamiento, sino principios jurídicos que están en su interior (Ibíd., pp. 102-103).

La segunda diferencia está relacionada con aquello que debe ser protegido en la “esfera de lo indecible”. Ferrajoli señala que las nociones de “coto vedado” y “territorio inviolable” se refieren principalmente al deber negativo de no interferencia en la esfera privada del individuo, es decir, están dirigidas funcionalmente a evitar que el Estado o un tercero obstaculicen el ámbito sagrado en el que el individuo debe poder desenvolverse libremente; por ello establecen, respecto del Estado, deberes de no-hacer. En otras palabras: se instituyen prohibiciones respecto a aquello que el Estado puede hacer en contra de sus ciudadanos. En contraste, la “esfera de lo indecible” va más lejos. Esta categoría también se preocupa por proteger una esfera sagrada de libertad negativa mediante la imposición de límites al poder de interferencia del Estado, sin embargo, la “esfera de lo indecible” establece, además de lo que no puede ser decidido, lo que debe ser decidido. En efecto, Ferrajoli considera que en su modelo, el paradigma del constitucionalismo se lleva más allá, pues no sólo se deben salvaguardar constitucionalmente los derechos de libertad, sino también los derechos sociales. La consagración de estos últimos impone al poder soberano, además de las prohibiciones de no-hacer respecto de la esfera de libertad individual, unas obligaciones de hacer, que hacen referencia al deber que tiene el Estado de garantizar la efectiva realización de los derechos sociales:

La segunda diferencia de mi noción de “esfera de lo indecible” [...] [R]especto a la noción de “coto vedado” de Garzón Valdés o de “territorio inviolable” de Bobbio, es que aquélla designa no solamente el espacio o el territorio prohibido sino también el espacio y el territorio obligado: no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido. La primera esfera es la de las prohibiciones, esto es, la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es la de las

obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales. El conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos, dirigidas a asegurar su efectividad. En este sentido el garantismo representa la otra cara –la cara por así decirlo operativa– del constitucionalismo (Ibíd. p., 103).

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, podemos ver de qué manera se articula el proyecto de un constitucionalismo global de Luigi Ferrajoli. Para este filósofo del derecho, es imperativo buscar una manera de superar lo que él considera son las terribles injusticias del orden internacional contemporáneo. El jurista desarrolla una propuesta audaz, dirigida a garantizar, mediante una Constitución global, el derecho a la paz<sup>4</sup> y los derechos fundamentales (liberales y sociales) de los individuos. Es claro que nuestro autor confía en el derecho como el mecanismo que permitirá superar las injusticias inexistentes, mediante la creación de unas *instituciones de garantía* que tutelen una serie de derechos fundamentales universales, y que obliguen a los Estados a proteger y garantizar estos derechos en sus respectivos ordenamientos internos.

### **Thomas Nagel: el vínculo inescindible entre soberanía y justicia**

La propuesta de Ferrajoli, a pesar de su fuerza y atractivo, puede ser criticada si recurrimos a los postulados de un importante discípulo de John Rawls: el filósofo Thomas Nagel. Este autor, en un artículo titulado *El problema de la justicia global*, señala una serie de argumentos que cuestionan las visiones cosmopolitas del orden global. Considero que algunos de los razonamientos de Nagel pueden servirnos, si bien no necesariamente para desechar lo expuesto por Ferrajoli, sí para dar una mirada más crítica a las premisas del jurista italiano.

---

<sup>4</sup>Soy consciente de que uno de los ejes centrales alrededor del cual gira la propuesta de Ferrajoli es la cuestión de la guerra, por ello hice referencia a este tema más arriba. Sin embargo, debido a los fines de este ensayo, me he concentrado (y me seguiré concentrando) en lo que se refiere a la tutela de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos sociales. Esto porque, como se verá más adelante, es la cuestión de la justicia socioeconómica global, en el contexto de un constitucionalismo global, el tema alrededor del cual se articula este escrito.

Nagel se pregunta si es posible afirmar que existan deberes de justicia a nivel global, más específicamente, el autor indaga si se deben superar los problemas de desigualdad socioeconómica mundial mediante la instauración de medidas de *justicia distributiva*. En efecto, este filósofo quiere responder a la cuestión de si la existencia de la gran desigualdad entre naciones ricas y pobres en el mundo (y por tanto de la desigualdad entre los ciudadanos de dichos países) es un problema de justicia, o si se trata de un problema de otro tipo.

A pesar del atractivo de las tesis cosmopolitas, los postulados de Nagel resultan también sumamente interesantes, pues si se toma en serio lo dicho por este autor, los cosmopolitismos deben responder a estas objeciones si quieren mantenerse como postura teórica defendible. En efecto, el núcleo fundamental del cosmopolitismo afirma que todos los individuos del mundo tienen igual valor intrínseco, lo que se traduce en la idea de que tenemos obligaciones de justicia hacia todos los individuos del mundo, por el simple hecho de ser individuos:

En el núcleo del cosmopolitismo moral está la tesis que afirma que cada hombre tiene el mismo valor o el mismo derecho a la libertad y la autonomía y que esta circunstancia lleva consigo obligaciones morales y responsabilidades, que tienen alcance universal. De esto deriva la idea de que las demandas de justicia provienen de la igual consideración o de un deber de equidad que nosotros le debemos en principio a todos los seres humanos y que éstos son sujetos al mismo conjunto de leyes morales. Las instituciones a las cuales podrán aplicarse los principios de justicia, un Estado mundial o instituciones supranacionales, son instrumentos para el cumplimiento de tal deber (Cortés, 2012, p. 1).

Nagel se muestra en contra de esta postura, pues considera que es incorrecto afirmar que todos los individuos del mundo tenemos, unos con otros, iguales obligaciones de justicia. Para Nagel, en principio, no tienen las obligaciones de justicia carácter de universalidad, pues considera que para que la justicia pueda realizarse, esta requiere de una condición habilitante: la soberanía estatal. Este filósofo argumenta que las obligaciones de justicia dependen de la conducta coordinada de un amplio número de personas, y esta coordinación no puede confiarse completamente a la voluntad individual, pues para que cada uno de

nosotros se someta a los postulados de la justicia, debemos estar absolutamente seguros de que así también lo hará la mayoría de personas con las que convivimos. De acuerdo a esto, solo dentro del marco de un Estado soberano, que detente el monopolio de la producción del derecho y el monopolio de la violencia legítima, nos sentiremos todos seguros de que los imperativos de la justicia serán cumplidos por la mayoría de nuestros conciudadanos, y aquellos que se desvíen de sus deberes de justicia serán por ello sancionados, legítimamente, por el Estado. Respecto de la adhesión de los individuos a las obligaciones de justicia, Nagel afirma que:

La única manera de proveer tal seguridad es mediante alguna clase de sistema jurídico [*law*], con una autoridad centralizada para determinar las reglas y un monopolio centralizado con el poder de garantizar su cumplimiento. Esto es necesario aun en una comunidad en la que la mayoría de sus miembros esté comprometida con un ideal común de justicia, tanto para proveer los términos de coordinación como porque no se requiere de muchos rebeldes para desestabilizar este sistema [...] Sin las condiciones habilitantes de soberanía que permitan conferir estabilidad a las instituciones justas, los individuos, no importa cuán motivados estén, sólo podrán apoyarse en una aspiración pura de justicia que no tiene expresión práctica, más allá de su voluntad de apoyar esas instituciones justas si ellas se volvieran posibles (Nagel, 2005, p. 171).

Ahora bien, Nagel muestra que entiende la preocupación cosmopolita por defender una idea de justicia socioeconómica global, pues es consciente de la angustiada situación de pobreza y miseria en la que se encuentra gran parte del mundo. Sin embargo, Nagel considera que hacia los más pobres del planeta, si no son nuestros conciudadanos, no tenemos propiamente obligaciones de justicia, sino más bien un deber moral (mucho más suave que el concerniente a las cuestiones de justicia) de mínima asistencia humanitaria: “alguna forma de asistencia humanitaria por parte de los que mejor están a quienes se encuentran en una situación extrema es claramente exigible más allá de cualquier demanda de justicia, si es que no somos simplemente unos egoístas éticos” (Ibíd., p. 173).

A pesar de lo anterior, a este mínimo humanitarismo no puede considerársele una obligación de justicia. En efecto, Nagel expone una visión sobre la justicia a la que

denomina *concepción política de la justicia*. Para explicar esta noción, el autor la contrapone precisamente a la idea cosmopolita de la justicia. Nagel explica que el cosmopolitismo considera que tenemos iguales obligaciones de justicia hacia todos los seres humanos, y que deben existir instituciones que sirvan como medio para llevar a cabo la realización de la justicia. En este sentido, la justicia es un valor pre-político, y las instituciones que se instauren para que los deberes de justicia puedan ser cumplidos son meros instrumentos mediante los cuales la justicia se canaliza y se realiza.

En contraste, la *concepción política* no considera a la justicia un valor pre-político, que para ser cumplido requiera de una serie de instituciones creadas para ello. Por el contrario, la *concepción política* discurre que antes de la existencia de ciertas instituciones no existe propiamente la justicia, pues la justicia no es ni mucho menos un valor pre-político, sino precisamente uno de tipo político, y, por tanto, para existir, requiere primero de la existencia de una serie de instituciones políticas. Así, Nagel explica que para la *concepción política*: “la justicia debe ser entendida como un valor específicamente político, en lugar de derivar de un sistema moral comprensivo, de modo que es esencialmente una virtud –la primera virtud– de las instituciones sociales” (Ibíd., p. 174).

De acuerdo a esto, las instituciones políticas no son simples instrumentos de justicia, por el contrario, estas son las que, en cierto sentido, permiten la existencia de la justicia. Lo anterior puede entenderse mejor cuando tenemos en cuenta que, para la *concepción política*, debe entenderse a la justicia, no como una obligación moral universal para con todos los habitantes del planeta, sino como una obligación que tenemos únicamente respecto de aquellos con los que nos encontramos en un tipo especial de *relación político-institucional*: la relación que se crea entre los ciudadanos que se encuentran bajo un mismo poder soberano. En este sentido, la justicia no consiste en una obligación universal, sino en una *obligación asociativa*:

Para la concepción política, los estados soberanos no son meramente instrumentos para afianzar el valor pre-institucional de la justicia entre los seres humanos. Es precisamente su existencia, en cambio, lo que confiere al valor de la justicia su aplicación, al colocar a los ciudadanos de un estado soberano en una relación que no tienen con el resto de la humanidad, una relación institucional que debe

entonces ser evaluada de acuerdo con los estándares especiales de equidad e igualdad que dan contenido al concepto de justicia [...] Cada estado tiene las fronteras y la población que tiene debido a toda clase de razones históricas y accidentales. Pero dado que el estado ejerce un poder soberano sobre sus ciudadanos y en nombre de ellos, los ciudadanos tienen un deber de justicia mutuo a través de las instituciones legales, económicas y sociales que el poder soberano hace posible. Este deber es *sui generis*, y no se le debe a cualquiera en el mundo, ni es tampoco la consecuencia indirecta de algún otro deber respecto de cualquier otra persona, como sería el caso de un deber de humanidad. La justicia es algo que debemos a través de nuestras instituciones compartidas sólo a aquellos con quienes estamos situados en una relación política fuerte. Esto es, en la terminología estandarizada, una obligación *asociativa* (Ibíd., pp. 174-175).

Ahora bien, a pesar de la anterior afirmación, más adelante en su artículo Nagel suaviza los postulados que está exponiendo. El autor afirma que también la concepción política de la justicia admite la existencia de una serie de condiciones de justicia no dependientes de una obligación asociativa; se refiere principalmente a los derechos defendidos clásicamente por la tradición liberal: las libertades negativas. Respecto de estas, Nagel considera que, independientemente de la existencia de cualquier asociación, es moralmente incorrecto el negar o impedir el disfrute de estos derechos a un individuo o grupo de individuos; por tanto, existe acá un deber negativo de abstenerse de impedir a otros individuos o pueblos de buscar la realización de sus propios derechos. El filósofo norteamericano considera que estos mínimos deberes morales son universales e independientes de cualquier obligación asociativa, precisamente porque la carga que imponen a los demás (a toda la humanidad) es mínima: se trata en principio de un deber de abstención, de no intervenir directamente en el disfrute de sus derechos. También habla Nagel de que debemos cuidarnos de que nuestras acciones no afecten indirectamente a los demás miembros del género humano, pero advierte que esto sólo debe hacerse siempre y cuando no se vean perturbados de manera demasiado sería nuestros propios fines:

Los derechos y deberes más básicos son universales, y no dependientes de relaciones institucionales específicas entre las personas [...] La fuerza normativa

de los derechos humanos más básicos contra la violencia, la esclavitud y la coerción [...] [D]epende únicamente de nuestra capacidad para ponernos en los zapatos del otro. Los intereses que estos requerimientos morales protegen son tan fundamentales, y las cargas que ellos imponen [...] [S]on tanto más leves, que un criterio de universalización del tipo kantiano les brinda un fundamento claro [...] Esta moralidad humanitaria mínima gobierna nuestras relaciones con todas las otras personas. No requiere de nosotros que convirtamos en nuestros los fines de los demás, pero sí nos exige que persigamos nuestros fines dentro de límites que permitan a los demás perseguir los suyos, y también que los libremos de las amenazas y obstáculos extremos que les impiden ejercer esa libertad, si es que podemos hacerlo sin sacrificar seriamente nuestros propios fines (Ibíd., pp. 182-183).

En este punto puede verse como Nagel coincide con Ferrajoli en otorgar valor universal a los valores defendidos por la tradición liberal, sin embargo, el autor norteamericano no admite que se consideren también como universales las obligaciones referidas a la justicia social. En efecto, Nagel afirma que las obligaciones relativas a la justicia socioeconómica sí son puramente asociativas. Para defender la idea de que las obligaciones de justicia social sólo pueden surgir en el marco común de un Estado soberano, Nagel explica que es únicamente dentro de la estructura político-jurídica de un Estado que pueden surgir obligaciones fuertes de justicia, como lo es la de la justicia social.

Esto debido a que, a diferencia de las cargas mínimas que se imponen en los deberes humanitarios universales, el nivel de compromiso que se adquiere al hacer parte de un Estado es mucho más alto. En efecto, Nagel explica que el poder del Estado es ejercido en nombre de sus ciudadanos, pues el Estado justifica su accionar en base a que está protegiendo los intereses de sus asociados. Además de esto, aunque el Estado actúa a nuestro nombre, no podemos pedirle que no lo haga, pues en realidad nuestra pertenencia a un determinado marco político-jurídico no es voluntaria, sino que es coercitivamente impuesta. Debido a estos dos aspectos, Nagel considera que los ciudadanos de un Estado tienen derecho a exigir a sus instituciones que justifiquen su proceder, pues estas están, en



última instancia, haciendo a los ciudadanos responsables de la manera en que ellas (las instituciones) distribuyen las ventajas y desventajas sociales en una sociedad:

Sin que se nos haya permitido elegir, se nos ha asignado un rol en la vida colectiva de una sociedad particular. La sociedad nos hace responsables por sus actos, que son efectuados en nuestro nombre [...] [Y] nos hace responsables de obedecer sus leyes y de ajustar nuestra conducta a sus normas, apoyando de ese modo las instituciones por medio de las cuales se crean y distribuyen las ventajas y desventajas. Desde el momento en que estas instituciones admiten desigualdades arbitrarias, y aun cuando se nos haya simplemente entregado la responsabilidad, somos responsables por ellas, y estamos en consecuencia habilitados a cuestionar si deberíamos aceptarlas. Esta exigencia de justificación tiene un peso moral aun si en la práctica no tenemos otra opción que vivir bajo el régimen existente. La razón es que sus requerimientos reclaman nuestra cooperación activa, y esto no puede lograrse legítimamente sin una justificación, ya que de lo contrario sería pura coerción (Ibíd., pp. 181-182).

Es debido a lo anterior que solo dentro del marco de una estructura político-jurídica común (el Estado nación) puede exigírsele a sus instituciones que lleven a cabo políticas para realizar el ideal de la justicia social.

Sin embargo, Nagel es consciente de que a su tesis podría objetársele un aspecto que creo está íntimamente relacionado con lo expuesto por Ferrajoli. El jurista italiano afirma que nos encontramos frente a un *vacío de derecho público*, y que se requiere el desarrollo de un constitucionalismo global que sea capaz de regular las complejas relaciones económicas que se desarrollan en el orden global actual, caracterizado por un alto nivel de interdependencia.

Frente a este tipo de tesis, Nagel muestra que es perfectamente consciente de la interdependencia existente en el mundo globalizado, e incluso afirma que esta interconexión trae como corolario el hecho de que estamos en algún tipo de relación institucional con el resto del mundo: “[m]uchos de los bienes que las personas consumen en la actualidad, o sus componentes, se producen en otros países. Claramente, nos

encontramos en alguna clase de relación institucional –legal y económica– con gente alrededor del mundo” (Ibíd., p. 188). Sin embargo, Nagel considera que esta relación institucional no es suficiente como para que se generen obligaciones de justicia a nivel global. Esto porque a este tipo de relación institucional le falta un elemento esencial de las relaciones institucionales que sí pueden generar obligaciones de justicia social: la soberanía. En efecto, estas instituciones, que permiten las relaciones económicas globales mediante regulaciones legales comunes son, como bien lo señalaba Ferrajoli, relaciones mediadas por el derecho privado, y no por el derecho público. Al no estar involucrado el derecho público, es claro que no existe un poder soberano común, y que por tanto, desde la concepción política de la justicia, no pueden generarse aquí obligaciones de justicia social:

La mera interacción económica no da lugar a los estándares reforzados de la justicia social [...] Las reglas e instituciones internacionales actuales [...] [C]arece algo que para la concepción política es crucial para la aplicación e implementación de los estándares de justicia: ellas no son adoptadas o impuestas colectivamente en nombre de todos los individuos cuyas vidas afecta; y no requieren de los individuos el tipo de autorización que apareja la responsabilidad de tratarlos a todos en algún sentido como iguales [...] [D]udo que las reglas del comercio internacional alcancen el nivel de acción colectiva necesario para dar lugar a las demandas de justicia, incluso en una forma diluida. Hasta que se llegue a la creación de una autoridad soberana colectivamente autorizada, la relación continuará siendo esencialmente una relación de negociación (Ibíd., pp. 188-189, 191).

### **Consideraciones finales**

En este ensayo se expuso, de manera general, una de las facetas del debate entre el cosmopolitismo y sus opositores en torno a la mejor manera de abordar los problemas contemporáneos del orden global. Básicamente, intentamos aquí reconstruir de la manera más seria posible la visión de Luigi Ferrajoli, quien aboga por un orden cosmopolita articulado y organizado a través de un derecho constitucional global, que debe funcionar como instrumento que proteja a aquellos que, en el marco de la globalización, se encuentran en la posición del más débil.

Posteriormente, utilizamos los postulados de Thomas Nagel para señalar qué aspectos de la tesis de Ferrajoli podían ser criticados a partir de lo expuesto por el filósofo norteamericano. Pudimos ver cómo, si se acepta la *concepción política* defendida por Nagel, la propuesta de Ferrajoli se hace inviable. Se evidenció un aspecto en el que las tesis de Nagel y Ferrajoli se diferencian por completo: su visión de la justicia social. En efecto, para el jurista italiano los derechos sociales son un imperativo jurídico, que debe ser instaurado como disposición rígida en todas las constituciones del mundo, y en las disposiciones normativas internacionales referidas a los derechos fundamentales universales. Esto porque para Ferrajoli pertenecen los derechos sociales a lo que él denomina la “esfera de lo indecible”, y por ello están estos sustraídos a los ámbitos de decisión política, pues no puede elegirse entre proteger o no los derechos sociales, más bien, la protección de los derechos sociales no puede dejar de ser decidida, ya que pertenecen a lo que él considera “territorio obligado” (Ferrajoli, 2008, p. 103).

A diferencia de lo anterior, Thomas Nagel no tiene una concepción jurídica, sino política, de la justicia social. En efecto, Nagel no critica la idea de justicia socioeconómica global por considerar que el ideal de la justicia social es un sin sentido, o por considerar que este es imposible de realizar. Por el contrario, este autor manifiesta que las exigencias de justicia social son exigencias legítimas, pero sólo cuando tienen lugar dentro del marco político-jurídico de un Estado nación. En efecto, Nagel considera que las obligaciones de justicia social únicamente pueden surgir entre ciudadanos que se encuentran en una relación política estrecha, y lo anterior sólo puede ocurrir entre personas que se encuentran todas bajo un mismo poder soberano. Por tanto, el filósofo norteamericano discurre que las medidas dirigidas a realizar el ideal de la justicia social son medidas de tipo político, que deben ser decididas e implementadas por las instituciones designadas para ello dentro de los Estados nacionales. Como vemos, para Nagel no pertenece la justicia social a la “esfera de lo indecible”, no está sustraída a la esfera de decisión política, sino que por el contrario, pertenece exclusivamente a la misma.

Esperamos que con este ensayo hayan quedado claras algunas de las diferencias entre el cosmopolitismo jurídico de Luigi Ferrajoli y el modelo estado-céntrico de Thomas Nagel. Sin embargo, quien esto escribe no quiere tomar aún una postura decisiva respecto a este

debate, pues se trata de uno sumamente complejo, y resulta más adecuado esperar a estar algo más versado en estos temas para poder adherir de manera más o menos permanente a una perspectiva determinada.

### Referencias

Cortés, F. (2012). “Cosmopolitismo y Realismo. Kant, Rawls y Nagel”, manuscrito, presentado en el I Congreso de filosofía kantiana, SEKLE, Bogotá, noviembre.

Ferrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2005). La crisis de la democracia en la era de la globalización. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, pp. 37-51.

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

Nagel, T. (2005). The Problem of Global Justice. *Philosophy and Public Affairs* 33, 2, pp. 113-147.

Nagel, T. (2008). El problema de la justicia global. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 9, 1, pp. 169-196.