

EL RETORNO DE LA UTOPIA: ANDAMIOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN  
DE «UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA»

THE RETURN OF UTOPIA: FRAMEWORKS FOR THE RECONSTRUCTION  
OF «A CONSTITUTION FOR THE EARTH»

Constanza Núñez Donald

*Profesora Asistente*

*Departamento de Ciencias del Derecho y Centro de Derechos Humanos*

*Facultad de Derecho*

*Universidad de Chile*

RESUMEN

El artículo reconstruye los fundamentos sobre los cuales Luigi Ferrajoli desarrolla su propuesta *Por una Constitución de la Tierra* partiendo de las principales críticas a las que se enfrentan los paradigmas constitucionalistas más allá del Estado. La autora, que define el proyecto como una «utopía realista», desarrolla los tópicos de la universalidad de los derechos humanos, el pluralismo jurídico y la teoría de la democracia que sustentan la obra de Ferrajoli, y pone en evidencia algunos nudos críticos de la propuesta que inciden en su dimensión motivacional.

PALABRAS CLAVE

Cosmopolitismo, pacifismo, utopía.

ABSTRACT

The article reconstructs the foundations upon which Luigi Ferrajoli develops his proposal *A Constitution for the Earth*, based on the main criticisms faced by constitutional paradigms beyond the State. Qualifying the project as a «realistic utopia», the topics of the universality of human rights, legal pluralism, and the theory of democracy supporting Ferrajoli's work are discussed. The article highlights some critical knots in the proposal that impact its motivational dimension.

KEYWORDS

Cosmopolitanism, pacificism, utopia.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.096>

# EL RETORNO DE LA UTOPIA: ANDAMIOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE «UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA»

Constanza Núñez Donald

Profesora Asistente  
Departamento de Ciencias del Derecho y Centro de Derechos Humanos  
Facultad de Derecho  
Universidad de Chile

**Sumario:** 1. La crisis de la utopía en el pensamiento jurídico-político contemporáneo. 2. *Por una Constitución de la Tierra* como utopía realista. 3. De nuevo sobre los grandes temas: tres flancos de crítica. 4. Re-construcción de presupuestos. 4.1. Sobre la universalidad de los derechos humanos: formalismo y no cognoscitivismo. 4.2. Sobre el ordenamiento jurídico: el pluralismo de Ferrajoli. 4.3. Sobre la democracia: diseño institucional, poder constituyente y soberanía. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

## 1. LA CRISIS DE UTOPIA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO CONTEMPORÁNEO

Es un tópico extendido sostener que las utopías han muerto (Estlund, 2019). No solo convivimos con el lenguaje de las múltiples crisis que permea el discurso político, sino que también nos acompañan escenarios distópicos en la literatura y el cine. Este sentimiento epocal se traslada también al ámbito de la filosofía jurídico-política, donde el realismo ha recobrado un inusitado interés. Convivimos con el resurgimiento y el renovado protagonismo de teorías que relativizan las posibilidades del Derecho en un escenario de fluidez normativa, concentración de poder económico, desconcentración de poder político y des-

igualdad abismal. Somos testigos de la emergencia de un nihilismo<sup>1</sup> de nuevo cuño que manifiesta su escepticismo frente a las posibilidades del Derecho internacional y el potencial civilizador de las democracias constitucionales. La fuerza de los hechos parecería dar cuenta de que los esfuerzos teóricos por comprender el fenómeno internacional en clave jurídica serían estériles o se han transformado en una tarea titánica, y de que las democracias se enfrentan agonizantes a su propia decadencia y no cuentan con mecanismos de salvación.

Desde los años 90 hasta el año 2001, emergió cierta literatura iusfilosófica caracterizada por un «optimismo cosmopolita» (García Pascual, 2015; Velasco, 2016)<sup>2</sup> vinculado al auge del tiempo de los derechos, la expansión de la democracia constitucional y la expectativa de un mundo regido por las reglas del Derecho internacional. Sin embargo, este optimismo fue rápidamente desplazado tras la caída de las torres gemelas y el sucesivo resquebrajamiento del consenso liberal de Derecho internacional (Kumm *et al.*, 2017). A lo largo de la última década se han ido sumando a esta inflexión algunos fenómenos como la crisis financiera y migratoria, lo que hoy comúnmente es conocido como la crisis de la democracia constitucional, y el auge de los populismos y los nacionalismos excluyentes<sup>3</sup>. Algunos autores, entre ellos Ferrajoli (2022: 47), consideraron que la pandemia de COVID-19 era un evento paradigmático para imprimir un giro a estas tendencias, pero esa esperanza quedó rápidamente ensombrecida bajo el halo de la impotencia del Derecho en el ataque a Ucrania y el nacionalismo de las vacunas (Bieber, 2022). Presenciamos la paradoja de que cuanto más interdependientes somos, surgen —en paralelo— más voces que propugnan la fragmentación.

Frente a este escenario, la filosofía jurídico-política ofrece dos respuestas predominantes: la nostalgia y el realismo pesimista. Los nostálgicos propugnan el retorno a lo conocido bajo la figura del Estado nación (en versiones etno-populistas o neosoberanistas de izquierda), y el realismo político se inspira en un postmodernismo escéptico hacia la normatividad (Benhabib, 2013)<sup>4</sup>.

El realismo se caracterizaría por el cultivo de un derrotismo o pesimismo que lleva a sostener a sus adherentes que las condiciones del mundo contemporáneo son incompatibles con la idea de Estado de Derecho, o bien que el Derecho no cuenta con las herramientas necesarias para hacerles frente. Los realistas apuntan correctamente a las dificultades de pensar en preservar la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho cuando vivimos en una sociedad mundial estratificada, con interdependencias asimétricas y desigualdad.

Por su parte, los nostálgicos apuestan por una retórica defensiva de atrincheramiento de la función de monopolio de la fuerza estatal. La «pasión proteccionista» (Habermas, 2000: 108) reivindica la soberanía nacional como eje articulador de la política y el Derecho, pero, lejos de desarrollar propuestas emancipadoras, en la práctica estas retóricas terminan por coincidir con políticas de cierre de naturaleza excluyente.

No es casualidad que en el ámbito de la filosofía jurídico-política haya resurgido un interés por las teorías de Carl Schmitt y sus marcos conceptuales para abordar nuestras

múltiples crisis<sup>5</sup>. En un texto provocador, Bernstein (2011) sugiere que el «tsunami» schmittiano (compartido tanto por derechas e izquierdas) obedecería a la capacidad que tuvo Schmitt de localizar las crisis del liberalismo contemporáneo con una visión que alcanza al contexto actual de las democracias liberales. Un buen ejemplo de ello es su denuncia del carácter hipócrita del humanismo y de la indeterminación radical de lo legal. Sin embargo, como señala Bernstein, pese a que el análisis schmittiano puede ser de utilidad para identificar las tensiones del liberalismo, sus tesis nos conducen a una inevitable aporía. Como observa el autor, «[...] nos conduce con claridad y brillantez a una apreciación de las cuestiones normativas-morales que deben ser confrontadas si queremos evitar la violencia desenfrenada e ilimitada. Sin embargo, al mismo tiempo, descarta —y socava— la posibilidad misma de afrontar seriamente estas cuestiones urgentes» (Bernstein, 2011: 424)<sup>6</sup>.

## 2. POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA COMO UNA UTOPIÍA REALISTA

En el panorama descrito, el trabajo de Ferrajoli *Por una Constitución de la Tierra* resulta refrescante, ambicioso y arriesgado. Refrescante porque pone nuevamente sobre el tablero el posibilismo. Ambicioso porque realiza un diseño institucional en tiempos de escepticismo y, arriesgado porque, como todo proyecto de esta envergadura, se enfrenta a fuertes críticas que permiten retomar los grandes debates de la filosofía jurídico-política. Se trata de una obra que enfrenta la disyuntiva entre la nostalgia y el realismo pesimista construyendo un proyecto normativo que involucra la ampliación del paradigma constitucionalista con la finalidad de combatir nuestras múltiples crisis. En efecto, *Por una Constitución de la Tierra* se presenta como una «tercera vía» entre la nostalgia y el pesimismo, y traza caminos imaginativos sobre el modo de concebir la organización social haciendo hincapié en el rol del Derecho, la democracia y los derechos humanos más allá del Estado.

La obra de Ferrajoli se enmarca en una corriente de pensamiento que tiene una larga tradición en la historia de las ideas políticas que puede identificarse con el cosmopolitismo kantiano y el pacifismo de Bobbio y Kelsen<sup>7</sup> y que hoy podemos caracterizar como «constitucionalismo cosmopolita» (Núñez, 2020). Se trata de proyectos normativos de carácter transformador y crítico que pretenden trasladar el paradigma constitucionalista más allá de las fronteras estatales con el objetivo de establecer las condiciones para el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos en todo el mundo (*ibid.*: 2020: 67).

En el discurso del constitucionalismo cosmopolita encontramos autores/as que han llegado a este concepto mediante reflexiones sobre las relaciones entre el Derecho y la democracia en contextos amplios de análisis, es decir, como parte de una reflexión teórica general en el marco de la filosofía política y del Derecho. Tal es el caso de Ferrajoli y Habermas, por ejemplo<sup>8</sup>, y de quienes han abordado esta cuestión como parte de reflexiones específicas sobre la dimensión internacional del constitucionalismo<sup>9</sup>.

La propuesta de Ferrajoli tiene gran interés debido a que el desarrollo del discurso del constitucionalismo cosmopolita en sus principales referentes contemporáneos está muy fragmentado. Ferrajoli es uno de los pocos autores, sino el único, que desarrolla no solo los fundamentos teóricos del constitucionalismo cosmopolita, sino que ofrece, además, una detallada arquitectura institucional para dar forma a su propuesta. Asimismo, su aporte es francamente atractivo, en la medida en que propicia la ampliación al ámbito latinoamericano de un debate que se ha desarrollado fundamentalmente en lengua inglesa (Macdonald y Johnston, 2005; Klabbers, Peters y Ulfstein, 2009; y Lang y Wiener, 2017)<sup>10</sup> y, con especial intensidad, en el contexto alemán<sup>11</sup>.

Las premisas normativas y fácticas de estos proyectos son similares, si bien el rasgo más relevante que los aún es su carácter «utópico-realista». No obstante, Ferrajoli (2022: 65) afirma expresamente que su proyecto «no es una utopía» (en el sentido de «irrealizable») y, por el contrario, sostiene que «[...] la verdadera utopía, la hipótesis más irreal, de no cambiar el modo de actuar de los hombres, está en la idea de que la realidad puede permanecer indefinidamente tal como es» (*ibid.*: 123). En lo sucesivo, explicaré en qué sentido se realiza esta afirmación con el propósito de destrabar al constitucionalismo cosmopolita de los cargos negativos asociados a la utopía en la literatura crítica del concepto<sup>12</sup>.

El concepto de «utopía realista» ha sido desarrollado por Rawls (2001)<sup>13</sup>, que en el texto *El derecho de gentes* planteó que «[...] la filosofía política es utópica de manera realista cuando despliega lo que ordinariamente pensamos sobre los límites de la posibilidad política práctica» (*ibid.*: 2001:15). Sin embargo, a diferencia de la propuesta rawlsiana, en el proyecto de Ferrajoli los elementos «realistas» no son utilizados para limitar las posibilidades de desarrollar el discurso cosmopolita en atención a la conducta de los Estados en las relaciones internacionales<sup>14</sup>, es decir, «[...] no se hace realista limitando la radicalidad de su visión» (Böker, 2017:9), sino más bien para buscar en la realidad internacional elementos en los que anclar su propuesta, identificando las tendencias que favorecen su viabilidad y enfatizando la urgente necesidad de aplicar el paradigma constitucionalista en aras de la supervivencia de la humanidad (Ferrajoli, 2022: 118). En contraste con los argumentos a los que recurre Rawls para caracterizar su propuesta como «realista» y, especialmente, con las concesiones que el autor norteamericano hace al realismo, Ferrajoli sostiene críticamente que semejante punto de vista constituye una «[...] abdicación del papel normativo del Derecho y del papel crítico del jurista» (Ferrajoli, 2016a: 100).

El constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli no está, por tanto, comprometido con el mantenimiento del *statu quo* (crítica que ha sido formulada a planteamientos como el de Rawls<sup>15</sup>), sino que pretende transformar aquellas estructuras que impiden el desarrollo del paradigma constitucionalista más allá del Estado. Sin embargo, tampoco construye una propuesta *ex novo*, dado que utiliza aquellos aspectos del entramado jurídico-institucional vigente que son útiles o funcionales al proyecto cosmopolita. En este sentido, el carácter «utópico-realista» de la propuesta es más cercano a la tensión utopía-realidad presente en el discurso kantiano que a la versión de Rawls. Vitale sintetiza bien el dilema de cómo concebir una utopía realista:

«Muy diferentes son las posiciones que merecen el nombre de utopías realistas: son aquellas que se miden abiertamente con la dura realidad presente, sin medias tintas, sin edulcorarla o ignorar sus aspectos trágicos, y que al mismo tiempo tienen arrojío teórico en la prescripción de auténticas ideas regulativas de kantiana memoria: no mundos paralelos, sino mundos posibles que no requieren de revoluciones morales o transformaciones antropológicas» (Vitale, 2006: 132)<sup>16</sup>.

En ese sentido, la utopía realista se identifica con aquellas posturas que abogan por la materialización de ideales deseables respecto de los cuales no se ha probado su imposibilidad (Valentini, 2017). Como bien indica nuestro autor, «[...] esta ampliación del constitucionalismo rígido más allá del Estado es posible [...] por eso el rechazo de la idea, repetida en estos años por tantos gobernantes y por quienes los sostienen, de que “no existen alternativas” a los actuales órdenes de poder y políticas actuales. Esta es una tesis claramente ideológica, de legitimación de lo que sucede y de lo que no» (Ferrajoli, 2022: 117).

Si se atiende al tradicional binomio reforma-revolución, el constitucionalismo cosmopolita como el construido por Ferrajoli apuntaría a una dialéctica entre ambos conceptos, en la medida en que buscaría imprimir un giro cosmopolita a las estructuras existentes, pero desde ellas mismas. Se trata de una perspectiva que no incurre en los males de la utopofobia ni la factofobia (Valentini, 2017) y canaliza la tensión entre facticidad y validez. En este sentido, resulta inevitable la referencia al análisis propuesto por Koskenniemi (2005) en su estudio sobre las ideas políticas en el Derecho internacional. Aunque el constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli es heredero de las ideas políticas vinculadas a la dimensión utópica y el pacifismo jurídico, el componente realista de la construcción de los argumentos jurídicos que la sustentan en el plano de la fundamentación permite sostener que, en este caso, habría una conjunción de argumentos inductivos (característicos del realismo) y deductivos (característicos del utopismo). La aparente escisión que planteara Koskenniemi (para quien no existirían alternativas al formalismo) pretende hallar un punto de unión en el concepto de utopía realista<sup>17</sup>.

La descripción que se ha realizado también puede ser comprendida si se lee el constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli como una teoría normativa crítica, en el sentido de que provee una guía en lugar de una explicación de los fenómenos. En este caso, los elementos utópicos cumplen diferentes funciones: *i*) son una guía de acción, *ii*) ofrecen criterios evaluativos y, *iii*) visibilizan las brechas que falta por superar (Mac Amhlaigh, 2019: 201). Pero es justamente en esta dimensión crítica de la teoría normativa donde también se pueden encontrar los componentes realistas, ya que se trata de una utopía que vuelve constantemente sobre sus premisas para, en contextos pluralistas, desarrollar una agenda de transformación.

Como señala Ramiro Avilés (2004), el pensamiento utópico realista educa nuestros deseos expandiendo nuestro sentido de lo posible, «[...] retando de esa manera a las instituciones jurídico-políticas existentes» (2004: 449)<sup>18</sup>. El carácter realista de esta empresa se estriba en su factibilidad, dado que no dependen sino de la voluntad humana. Por una parte, es una propuesta que expande nuestro sentido de lo posible al «diseñar» un proyecto en el que mundo está regido por los principios del constitucionalismo basado en la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho y, por otra, es una idea posible en la

medida que depende de decisiones políticas. Finalmente, la propuesta también tiene un componente realista, dado que está anclada en las estructuras jurídico-políticas contemporáneas, si bien desde un punto de vista crítico.

La defensa de esta perspectiva se ve reafirmada con la experiencia histórica, que muestra que muchos fundamentos e instituciones que en algún momento fueron «prescripciones» son ahora «descripciones» de la realidad (Beck, 2004: 14). Piénsese, por ejemplo, en la Sociedad de las Naciones o en la Corte Penal Internacional, instituciones concebidas, respectivamente, por Kant y Kelsen muchos años antes de que estas fueran una realidad. En ambos casos, el pensamiento utópico coadyuvó al futuro desarrollo de las instituciones que en su momento fueron consideradas nada más que proyectos enmarcados en ese paradigma teórico (Ramiro Avilés, 2004: 454). Ferrajoli (2022: 66) sostiene, por ejemplo, que el cambio del paradigma constitucional que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial reflejó la toma de conciencia de la humanidad de su propia fragilidad.

Estos elementos no dan cuenta de una determinada filosofía de la historia marcada por el progreso lineal. Son, más bien, un reflejo de lo que puede denominarse posibilismo y, en lenguaje de Ferrajoli, optimismo metodológico<sup>19</sup>. En este sentido, si bien el constitucionalismo cosmopolita retoma la idea de progreso de Kant, lo hace dotándola de un significado particular.

El posibilismo —uno de cuyos antecedentes es la obra de Bobbio (1982)<sup>20</sup>— hace referencia a la capacidad que tenemos de pensar que ese futuro es posible considerando las enseñanzas de la historia y las posibilidades de la razón humana. En diversas obras previas de Ferrajoli hay elementos que permiten sostener que podemos plantearnos la idea de un constitucionalismo cosmopolita gracias a una disposición progresiva en el plano moral del género humano que, en su caso particular, se traduce en el «optimismo metodológico». El autor alude a esta cuestión en la última parte de su obra *Principia iuris* y, haciendo referencia explícita a Kant, escribe: «Este “esperar lo mejor” para el género humano, está hoy diseñado a escala nacional y supranacional, por el proyecto constitucionalista de convivencia civil formulado tras los horrores de las guerras mundiales» (Ferrajoli, 2016: 589). El profesor italiano sostiene que toda la historia del Derecho moderno es la historia de largos procesos de limitación de los poderes absolutos; y que, en este sentido, no avanzar hacia un constitucionalismo global «sería un quiebre de la razón» (Ferrajoli, 2018: 58), de modo que necesitamos imperiosamente un «despertar de la razón» (Ferrajoli, 2022: 66). El autor afirma que la razón exige mejorar continuamente las garantías de los derechos y que el constitucionalismo cosmopolita, concebido como una hipótesis de un tercer momento constituyente en la evolución de las relaciones entre Derecho y Política, es un paso más en la lucha por el Derecho.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, resulta posible afirmar que en *Por una Constitución de la Tierra* Ferrajoli retoma la idea de progreso, si bien la redefine bajo el prisma del posibilismo. Esta versión moderada del progreso es coherente también con un pesimismo antropológico «moderado» (García Sáez, 2017: 381). A diferencia del realismo, por ejemplo, que considera imposible pensar en la posibilidad de avanzar hacia caminos de paz porque la agresividad y la reconciliación son constantes que hacen imposible pensar en un

proyecto cosmopolita (Zolo, 2000: 178), aquí existe un pesimismo (vinculado a la propia idea del Derecho) que, sin embargo, no impide pensar en las posibilidades de progreso. Lo relevante son los caminos que nos ofrece la razón y la posibilidad de pensar en futuros alternativos. Si la experiencia histórica nos ha instruido sobre el horror y si actualmente nos encontramos en una situación de permanente crisis, para el discurso del constitucionalismo cosmopolita es posible afirmar que existe un «nexo que conecta luces y sombras» (Ferrajoli, 2018: 11) y que, tras la sombra de la desigualdad, los poderes salvajes y la crisis de la democracia es posible vislumbrar un camino en el laberinto (parafraseando a Bobbio).

De acuerdo con lo expuesto, es posible afirmar que, para los constitucionalistas cosmopolitas como Ferrajoli, tanto los realistas como los nostálgicos han perdido la esperanza: por una parte, la esperanza de que las cosas pueden cambiar (realistas) y, por otra, la esperanza en las posibilidades de la imaginación institucional y la obstinación en aferrarse a la idea de que el único mundo posible es aquel que ya ha sido pensado (nostálgicos). Los realistas pesimistas caerían, en este sentido, tanto en una falacia determinista como en una falacia naturalista. Al extraer inferencias de la observación de la realidad, caen en una argumentación naturalista en relación con las posibilidades del Derecho (la falacia naturalista confunde lo que acaece con lo que no puede dejar de acaecer) y, en este sentido, terminan asumiendo la globalización y sus problemas como prescriptivas (Ferrajoli, 2016b: 586). La falacia determinista consiste en acreditar como inevitable lo que, en cualquier caso, es obra de las personas y de los poderes económicos y políticos (*Ibid.*: 585). Aunque el Derecho no sea el único mecanismo para transformar esa supuesta inevitabilidad (y ahí el realismo tiene algo que aportar a las perspectivas exclusivamente normativistas), el autor sostiene que lo verdaderamente poco realista a largo plazo es sostener que la realidad pueda permanecer indefinidamente tal como es ahora (Ferrajoli, 2022: 116).

### 3. DE NUEVO SOBRE LOS GRANDES TEMAS: TRES FLANCOS DE CRÍTICA

La propuesta del constitucionalismo cosmopolita se enfrenta a grandes desafíos, no solo porque el proyecto es tachado de «utópico», sino también porque las premisas de su fundamentación son cuestionadas poniendo bajo un halo crítico tanto al constitucionalismo como al cosmopolitismo (Walker, 2008).

Por una parte, el cosmopolitismo (en sus versiones tanto jurídica como moral) ha pasado a formar parte de un sentido común crítico que lo identifica con una élite liberal burguesa e incluso quienes fueran sus defensores lo tildan de vago y, por lo tanto, de inútil<sup>21</sup>; por su parte, el constitucionalismo es denunciado como una ideología obsoleta que se encuentra en su ocaso (Dobner y Loughlin, 2010) y que ha sido la responsable de la legitimación de prácticas que acaban socavando la democracia (Loughlin, 2022). Si examinamos los análisis de la conjunción de estos dos conceptos, constatamos que existe una gran masa crítica y escéptica respecto a su plausibilidad (La Torre, 2016: 10).

En este sentido, volver sobre las premisas normativas de proyectos de este tipo es imperativo porque, en definitiva, las grandes objeciones no están vinculadas a cuestiones fácticas (existe, en general, un diagnóstico compartido sobre la crisis de la democracia y del Estado de Derecho), sino que se dirigen a los debates clásicos. Podemos agruparlas en tres ejes críticos.

En primer lugar, se objeta el carácter fundamentalista, imperialista, eurocéntrico y «cómplice» de las estructuras de desigualdad global generadoras de precondiciones de la expansión del neoliberalismo (Harmes, 2014) del discurso constitucionalista basado en la universalidad de los derechos humanos. Asimismo, se denuncia que este proyecto es una nueva forma de Derecho natural (Somek, 2007). Esto nos conduce al debate clásico sobre las relaciones entre Derecho y moral, que en este ámbito se ha actualizado y tiene por objeto la universalidad de los derechos humanos y su fundamentación.

En segundo lugar, se establece como precondición de cualquier discurso constitucional la existencia de unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. Dado que el ámbito internacional es un escenario marcadamente pluralista, sería incompatible con la pretensión constitucionalista (Krisch, 2010; La Torre, 2016). Esta impugnación reenvía al debate sobre el concepto de ordenamiento jurídico y a la controversia sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho nacional.

Finalmente, se sostiene que el constitucionalismo es producto de una comunidad, de un pueblo y que el momento constituyente es fundamental en toda narrativa constitucional. En este sentido, La Torre apunta críticamente que «[...] la pobreza del constitucionalismo global deriva precisamente del hecho de que nos hace a todos pobres en participación democrática al privarnos de la condición de ciudadanos activos» (La Torre, 2016: 8-11). Dado que estos elementos no existen a nivel global (no hay, en efecto, un *demos* mundial), el constitucionalismo cosmopolita sería imposible o sería solo «nominal» (Keohane, 2015). Estos reproches nos conducen de nuevo a los debates clásicos en torno a conceptos tales como poder constituyente y soberanía y, en definitiva, a las controversias sobre las concepciones de la democracia.

#### 4. RE-CONSTRUCCIÓN DE PRESUPUESTOS

La propuesta de *Por una Constitución de la Tierra* se asienta sobre presupuestos normativos que su autor se ha encargado de desarrollar a lo largo de su vasta trayectoria académica. Como ya se ha señalado, a diferencia de otras propuestas de constitucionalismo cosmopolita, la perspectiva garantista desarrollada por Ferrajoli es un planteamiento sistemático y es, asimismo, el corolario de una teoría global sobre el Derecho y la democracia expuesta en *Principia iuris*<sup>22</sup>. Aunque anteriormente abordó diversos elementos que le han permitido esbozar progresivamente los principales rasgos de su propuesta (Ferrajoli, 1998; 2008a; 2014; y 2016b), en *Principia iuris* desarrolla de manera sistemática y axiomatizada una teoría del Derecho y la democracia, así como una propuesta de constitucionalización de la

esfera internacional que posteriormente ha especificado en *Constitucionalismo más allá del Estado* (2018) y en *Por una Constitución de la Tierra* (2022).

Cumpliendo el rol que el propio autor atribuye a la ciencia jurídica en el paradigma de la democracia constitucional<sup>23</sup>, la propuesta de Ferrajoli es crítica y proyectiva: crítica de las antinomias y proyectiva en relación con las lagunas de la legislación vigente respecto a los imperativos del Derecho internacional de los derechos humanos. Mediante el ejercicio de esta doble función, su obra desarrolla una construcción argumentativa que propone dotar a los derechos humanos de las garantías necesarias para su goce efectivo a nivel universal.

En este sentido, los presupuestos sobre los que se asienta el articulado de *Por una Constitución de la Tierra* operan como fundamento de la propuesta y permiten dialogar con las críticas al proyecto. A continuación, se expondrán a grandes rasgos estos presupuestos con dos propósitos: evaluar en qué medida logran subvertir las críticas y especificar qué elementos deben ser reconfigurados para superar las tensiones presentes en la propuesta.

#### 4.1. SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: FORMALISMO Y NO COGNOSCITIVISMO

Frente a las críticas al carácter «fundamentalista» del constitucionalismo cosmopolita (la pretensión de imponer universalmente ciertos principios morales), Ferrajoli ha explicado que la universalidad planteada en su discurso debe ser entendida únicamente en términos jurídicos. Como escribe el autor, «[...] el universalismo de los derechos humanos es en suma solamente un universalismo jurídico, ligado a su forma universal como derechos expresados en normas téticas» (Ferrajoli, 2016b: 549)<sup>24</sup>. Esta comprensión de la universalidad permitiría rebatir las críticas de algunos autores, entre ellos Zolo, en la medida en que, a diferencia de los denominados *Western Globalists* (donde Ferrajoli no se reconoce), su propuesta no implica la imposición de una determinada moral. Sobre este aspecto concreto, ha sostenido lo siguiente:

«No es en absoluto cierto que los presupuestos de un constitucionalismo global garante de los derechos humanos consistan en la “doble creencia en la naturaleza moral del hombre y en la unidad moral del género humano” [...] exactamente al contrario, los presupuestos del paradigma constitucional, más aún si es transferido al plano global, son los clásicos principios liberales» (Ferrajoli, 2016b: 550).

En efecto, esta concepción de la universalidad se explica porque Ferrajoli maneja una definición estructural o formal de los derechos fundamentales (un concepto desarrollado en el marco de una teoría del Derecho) y porque defiende la separación Derecho y moral, tesis asociada a su no cognoscitividad en materia ética.

En relación con su definición de derechos fundamentales, Ferrajoli plantea una definición estructural o formal (Ferrajoli, 2009). En este sentido, argumenta que las objeciones formuladas a su constitucionalismo cosmopolita por autores como Zolo confunden diversas dimensiones de la universalidad. En contraste con la equívoca comprensión de la universalidad por la que aboga como una universalidad en el sentido axiológico o consen-

sual (Ferrajoli, 2016a: 57)<sup>25</sup>, el autor sostiene que, relación con los derechos, únicamente puede sostenerse una universalidad de tipo lógico-formal, dicho esto en el sentido de que los derechos fundamentales son «[...] conferidos a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. En este sentido lógico el universalismo de los derechos fundamentales equivale en exclusiva a la igualdad, precisamente, en tales derechos» (Ferrajoli, 2016a: 58). Esto no supone desconocer que los derechos fundamentales son el producto de opciones políticas y morales, pero sí implica reconocer que la transformación en normas jurídicas de estas opciones no necesariamente implica su aceptación por todos.

Esta concepción del universalismo permite a Ferrajoli sostener que su concepto de derechos fundamentales es compatible con el multiculturalismo. En efecto, en relación con esta cuestión, alega que la universalidad jurídica favorece el multiculturalismo y que derechos fundamentales son su principal aliado porque garantizan el igual valor de todas las diferencias (Ferrajoli, 2016a: 58) y, sobre todo, porque son la ley del más débil y, en ese entendido, permiten proteger a los más débiles incluso frente a las manifestaciones más invasivas de las culturas (*idem*).

Para el autor, la separación entre Derecho y moral no solo es un postulado de la teoría del Derecho iuspositivista, sino también una exigencia del propio modelo de Estado constitucional de Derecho. La teoría garantista del Estado constitucional de Derecho se basa en la separación laica entre Derecho y moral. Esta separación tiene dos sentidos. Por una parte, implica la autonomía del Derecho en relación con la moral en el sentido de que «[...] el Derecho no es (no es derivable de) lo que es (considerado) “justo” o conforme a una cierta “moral” o “cultura”, sino aquello cuya predeterminación convencional está confiada al legislador» (Ferrajoli, 2016b: 304). Por otra parte, es un corolario del liberalismo político, para el que el Estado no puede exigir «[...] la adhesión a los valores ético-políticos jurídicamente establecidos en él» (Ferrajoli, 2016a: 61).

En este sentido, Ferrajoli señala que asumir que la doctrina de los derechos humanos debe ser aceptada universalmente es, en definitiva, una tesis antiliberal. Precisamente porque los derechos no son moralmente compartidos por todos, han sido estipulados jurídicamente en garantía de todos y este es el sentido en que debe ser entendida la universalidad. El fundamento de los derechos fundamentales se encuentra en la igualdad que prescriben. Sin embargo, Ferrajoli señala que «[...] un cierto grado, si es posible mayoritario, de adhesión moral y política a los derechos fundamentales y, en general, a los valores expresados por las constituciones es una condición pragmática indispensable de su efectividad» (*idem*). Sin embargo, este aspecto no es explotado y, como veremos, en términos generales las dimensiones motivacionales del proyecto se anclan en fundamentos catastrofistas o utilitaristas.

Finalmente, otro de los elementos que permite comprender la concepción de la universalidad en Ferrajoli es su marcada posición no cognoscitivista en ética<sup>26</sup>. Ferrajoli plantea que esta es una cuestión de metaética y epistemología que se encuentra en la base de la discusión sobre separación y distinción entre Derecho y moral. El no cognoscitivismo implica afirmar que de los postulados morales no es posible afirmar su verdad o falsedad y

que, en esa medida, esta posición es la única compatible con la tolerancia, pues la ética con verdad es una «fuente inevitable de intolerancia» (Ferrajoli, 2008b)<sup>27</sup>. En consideración a lo anterior, no sería posible imponer la conciencia moral de manera coactiva y, por tanto, ni siquiera el Estado de Derecho puede garantizar sus propios presupuestos y fundamentos sin contradecirse (*ibidem*).

Todas estas explicaciones son las que permiten a Ferrajoli contradecir, por ejemplo, las tesis de Zolo referidas al fundamentalismo que anidaría en las pretensiones del constitucionalismo cosmopolita e incluso compartir sus críticas relativas al modo en que se ha entendido la universalidad de los derechos en términos de objetivismo moral (Ferrajoli, 2016b: 559). El problema de la argumentación de Ferrajoli es que, si bien logra subvertir en el plano argumentativo el reproche de «fundamentalismo» dirigido al proyecto del constitucionalismo cosmopolita, lo hace a costa de la coherencia interna y motivacional del proyecto.

En efecto, esta argumentación de Ferrajoli ha recibido numerosas críticas centradas tanto en su definición de los derechos fundamentales (críticas que, como se verá, pueden ser trasladadas a su argumentación en relación con el constitucionalismo cosmopolita), como en la incoherencia que supondría sostener un cosmopolitismo en materia jurídica (tal como hace Ferrajoli) sin defenderlo al mismo tiempo en el plano moral. Las críticas dirigidas a su definición de derechos fundamentales, en general, pueden ser definidas como críticas «externas», en la medida en que cuestionan la aproximación de Ferrajoli al concepto de derechos fundamentales. Por su parte, aquellas críticas vinculadas a la noción de universalidad y a la fundamentación del cosmopolitismo jurídico son críticas «internas» que cuestionan la coherencia de los planteamientos de Ferrajoli en lo que respecta a las relaciones que establece entre los derechos fundamentales y el constitucionalismo más allá del Estado.

En relación con la definición neutral de derechos fundamentales, algunos autores han subrayado la imposibilidad de desarrollar un concepto «vacío» en términos axiológicos. Vitale, por ejemplo, señala que incluso para poder llegar a pensar en el objeto jurídico «derecho fundamental» es necesario al menos tener una idea de individuo como titular y lo cierto es que «[...] no todas las filosofías, y consecuentemente, no todas las filosofías políticas reconocen al individuo ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental» (Vitale, 2009: 68). En este sentido, el concepto de derechos fundamentales, al menos, asigna valor a los individuos como tales y, en este sentido, no es un concepto axiológicamente «vacío».

A este escollo debemos sumar el problema de las dificultades explicativas del concepto, pues la definición dificulta su comprensión en el marco del Estado constitucional, en la medida en que los derechos podrían tener cualquier contenido (Martí, 2005) y, además, podrían estar desconstitucionalizados (Ansuátegui, 2013b)<sup>28</sup>, de modo que la idea de su aptitud para limitar el poder perdería fuerza explicativa.

Además del déficit de capacidad explicativa, el concepto tampoco permitiría fundar una de las tesis vinculadas a los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli: la noción de la democracia sustancial y las consecuencias de la existencia de una «esfera de lo inde-

cidible», tesis estrechamente relacionada con la «indisponibilidad» asociada a los derechos fundamentales cuya incidencia en la teoría de la democracia —y, por tanto, en el diseño institucional del modelo cosmopolita— es clara. En efecto, a partir de esta definición surgen múltiples interrogantes: ¿En nombre de qué se limitaría el poder si no es para consagrar valores fundamentales para la comunidad política?, ¿cómo limitan al poder si no son derechos constitucionales?, ¿cómo es posible caracterizarlos como la ley del más débil si no son expresión —como mínimo— de la igualdad y la libertad? (Ansuátegui, 2013b: 47). En este sentido, podemos formular dos preguntas adicionales: ¿cómo pueden mantener los derechos su carácter emancipatorio (confirmado por su desarrollo histórico) si no es a través de un impulso moral contra situaciones de opresión?, ¿cómo es posible, a partir de esta concepción, explicar la dimensión expansiva de los derechos? (Habermas, 2010: 168).

En relación con la primera cuestión, se plantea la dificultad de comprender la técnica de rigidez constitucional y, en definitiva, la inclusión de los derechos fundamentales en la «esfera de lo indecible» solo por su carácter universal lógico-formal. Por lo que hace a la segunda cuestión, si una de las características de los derechos fundamentales es su indisponibilidad, cabría preguntarse cuál es su justificación. No todas las pretensiones que se consideran susceptibles de ser protegidas a través del reconocimiento de derechos tienen la suficiente justificación para ello. Si el fundamento fuera únicamente «utilitarista», podríamos utilizar otros mecanismos de protección. Pero si se utiliza el lenguaje de los derechos es porque existe un compromiso con determinados valores.

Es aquí donde surgen las dificultades con la dimensión motivacional del proyecto cosmopolita. Si los fundamentos del modelo son el universalismo lógico y razones prudenciales basadas en el utilitarismo del miedo<sup>29</sup>, las respuestas a esos escenarios no necesariamente pueden llevarnos a proyectos emancipadores. Si bien los discursos «colapsistas» tienen la ventaja de alertarnos sobre los males de nuestro tiempo y la urgencia de hacerles frente, pueden fácilmente conducir a distopías autoritarias que canalicen el miedo no solo a nivel nacional, sino también a nivel global, es decir, existe el peligro de que el «nosotros» que se genera frente al miedo (Braidotti, 2018:12) no necesariamente conduzca a horizontes más democráticos basados en los derechos humanos y que, por el contrario, valide la deriva hacia caminos autocráticos, como hemos podido comprobar en años recientes. El universalismo lógico puede llegar a ser compatible, por ejemplo, con «dictaduras benevolentes».

En este sentido, aunque Ferrajoli quiera anclar el proyecto cosmopolita lejos de un contenido axiológico determinado y parezca optar por una estrategia utilitarista para fundar el constitucionalismo cosmopolita, su propuesta solo puede ser coherente en la medida en que asuma que también debe ser un proyecto moral (Ruiz Miguel, 2008: 360).

La imposición jurídica de un modelo tan complejo como el cosmopolita no puede derivar de una mera exigencia lógica o sistémica, sino que requiere algún mínimo argumento moral y alguna forma de objetivismo<sup>30</sup>. Si el constitucionalismo cosmopolita es, sobre todo, una teoría normativa (es decir, planteada desde el deber ser), cabe preguntarse si es posible basar una teoría de este tipo en consideraciones de lógica formal. En efecto, si no se reconoce al menos la libertad comunicativa del otro, la tarea de justificación carece

de significado y la fuerza normativa de los derechos humanos queda mermada (Benhabib, 2013: 88). En este sentido, tanto el formalismo como el utilitarismo de Ferrajoli son insuficientes. Para ser coherente, es necesaria alguna forma de objetivismo, así sea mínimo, es decir, el preciso asumir cierta comprensión de la igualdad, la reciprocidad y la simetría para ser capaces de moldear un modelo discursivo (Benhabib, 2008: 192). Incluso si se asume la estrategia utilitarista para fundamentar el constitucionalismo cosmopolita, es porque —al menos— consideramos que existe algo valioso que debe preservarse. Ninguno de estos conceptos es sencillo desde el punto de vista de su justificación filosófica (Ansuátegui, 2013a:112).

Esta crítica podría ser «obviada» si sostuviéramos que, cuando plantea sus posiciones en relación con el constitucionalismo cosmopolita, Ferrajoli argumenta en el plano de la filosofía política, pero, como vimos, el propio autor se encarga de enfatizar que el constitucionalismo cosmopolita que plantea se basa en la universalidad de los derechos fundamentales entendida únicamente como universalidad jurídica.

En este sentido, el trasfondo del debate es la posición de Ferrajoli en relación con el objetivismo en materia moral. Su escepticismo frente a esta posibilidad hace que desarrolle un concepto de derechos fundamentales que no solo carece de capacidad explicativa, sino que también suscita perplejidades cuando llevamos su discurso al plano cosmopolita. Una estrategia posible para comprender el problema consiste en cuestionar la asociación que realiza Ferrajoli entre objetivismo y el carácter antiliberal de esta posición. Como bien ha señalado Atienza, una cuestión es pretender que existan verdades morales más allá de la discusión racional (absolutismo moral) y otra diferente es plantear que hay principios morales que pueden valer objetivamente porque son el resultado de un discurso racional (objetivismo moral) (Atienza, 2010). De esta manera, podría resultar más claro y satisfactorio asumir que el trasfondo del proyecto garantista en general y, por tanto, del constitucionalismo cosmopolita, es la igualdad. No la igualdad jurídica que supone la universalidad de los derechos fundamentales, sino la igualdad entendida como valor sustantivo.

El precio que paga Ferrajoli por el mantenimiento de su no cognoscitividad es la caída del relativismo, que no es necesario para justificar el carácter laico del Estado constitucional y del constitucionalismo cosmopolita. En este sentido, la asunción de la dimensión moral en la propuesta del constitucionalismo cosmopolita no solo conferiría mayor capacidad explicativa al proyecto, sino que también evitaría la necesidad de recurrir a argumentos apocalípticos en su dimensión motivacional. En la medida en que se sostenga un universalismo moral mínimo y dialógico, las tachas de imperialismo o fundamentalismo se debilitan<sup>31</sup>.

Constituiría un error asumir como «permanente» o «ganada» la existencia de una autocomprensión normativa de la modernidad reflejada en las dimensiones igualitarias de la estructura del Estado de Derecho. Esta conciencia debe ser activamente cimentada y promovida. En efecto, así como las estructuras del Estado de Derecho han promovido una conciencia igualitaria, también han permitido el desarrollo de un sistema neoliberal que ha precarizado la vida y ha generado una conciencia individualista que hace depender

el bienestar del éxito personal (Linden-Retek, 2015). Por ello, cuando existen crisis, por ejemplo de carácter económico, se producen «alianzas desubicadas» (Cano Abadía, 2017) entre los precarizados y los discursos excluyentes, pues no existe una autoidentificación de los sujetos como víctimas de un mismo sistema de dominación. En este sentido, uno de los campos de prueba más complejos para discursos como los cosmopolitas son las tendencias proteccionistas y nacionalistas que se desarrollan con ocasión de las crisis sociales y económicas.

Por tanto, debe ponerse el acento en la complementariedad entre las estrategias política y moral como motor de fundamentación del constitucionalismo más allá del Estado, pues ello dota a la teoría constitucional cosmopolita de mejores herramientas para enfrentar las tendencias regresivas y las «alianzas desubicadas». Así como el solo hecho de la interdependencia y los riesgos comunes no basta para la generación de una conciencia igualitaria que se encuentra en la base de la capacidad de desarrollar un sentido cívico ampliado, tampoco la sola abstracción del universalismo jurídico es suficiente para el desarrollo de una conciencia cosmopolita que impulse la acción política transnacional. Por ello, es preciso señalar que en este punto se conjuga nuestra condición sociológica con la pregunta filosófica «sobre el nosotros». La versión «abstracta» nos permite imaginar los escenarios posibles de acción conjunta, en la medida que nos provee de un marco político-jurídico sustentado en el lenguaje de los derechos. El paso a la acción política se ve facilitado por la comprensión del «otro concreto» (Benhabib, 2006) y de la toma de conciencia de las relaciones comunes que compartimos. En esa conjunción, tanto la conciencia de la interdependencia y la vulnerabilidad común que compartimos como la dimensión igualitaria que suministra el discurso de los derechos humanos permiten pensar en trascender los márgenes de comunidades cerradas y circunscritas al Estado nación y transitar hacia comunidades abiertas, porosas y dotadas de un sentido cívico que propicien la construcción de proyectos políticos transnacionales.

Un germen de la solidaridad transnacional representado por la complementariedad de ambas perspectivas lo encontramos en los movimientos sociales transnacionales, idea que Ferrajoli parece asumir cuando explica que el manifiesto por la Constitución de la Tierra opera como un objetivo estratégico concreto que puede unificar múltiples luchas de la sociedad civil global (Ferrajoli, 2022: 119). Este es un tópico que Ferrajoli aborda a propósito de la ampliación del sentido cívico requerido como condición pragmática del proyecto. Sin embargo, tal como es presentado, constituye más bien una comunidad de intereses en torno a un sentido común de «autoconservación». Como indica el autor en su justificación de la unidad del pueblo constituyente, la humanidad estaría unida «por el interés común de la supervivencia» (*ibid.*: 124). Un ejemplo de la esperanza en el surgimiento de este sentido cívico ampliado que impulsa los cambios requeridos, el autor lo identifica con el movimiento *Fridays for future* o en el «despertar de la razón» que habría generado la pandemia de COVID-19 (*ibid.*: 120). De acuerdo con lo expuesto, este despertar de la razón debe ser argumentado también en términos de expansión moral del círculo del nosotros con el objetivo de no tentar a las narrativas excluyentes.

## 4.2. SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL PLURALISMO DE FERRAJOLI

Las objeciones que aluden a la imposible convivencia de un escenario constitucionalista más allá del Estado con un marco jurídico pluralista son abordadas por Ferrajoli asumiendo la perspectiva del pluralismo constitucional. La base desde la que parte Ferrajoli para argumentar en torno a esta cuestión es similar a la de Kelsen, pero a diferencia de Kelsen (que desarrolla un monismo), Ferrajoli llega a conclusiones pluralistas. Al igual que Kelsen, Ferrajoli desmitifica el valor intrínseco de la relación entre Estado y Derecho, sosteniendo que este «[...] es solo una, si bien la más importante, de las instituciones políticas [...] de tantos entes y/u ordenamientos en los que está positivamente organizada o puede organizarse la sociedad» (Ferrajoli, 2016b: 471).

A partir de esta constatación, Ferrajoli desarrolla su proyecto partiendo de la premisa de que la realidad jurídica actual está constituida por una pluralidad de ordenamientos y, en esa medida, la existencia de diferentes órdenes con sus propios poderes constituyentes pone en duda las tesis de la suficiencia de la producción normativa estatal. Ahora bien, en contraste con el dualismo, sostiene que no son ordenamientos que no se relacionen o que sean autosuficientes, dado que existen diversos grados de integración (*ibid.*: 473). De esta manera, el autor descarta tanto el monismo como el dualismo, pues asocia el primero a un globalismo jurídico con un único centro de poder (*ibid.*: 535) y reprocha al segundo que no reconozca la integración entre diversos ordenamientos (*ibid.*: 473).

Sin embargo, para Ferrajoli el pluralismo descrito no tiene connotaciones necesariamente positivas, dado que, si no va acompañado de la expansión del paradigma constitucional, puede propiciar la regresión a formas premodernas de Derecho (*ibid.*: 538). En este sentido, siguiendo la tesis central del autor (la traslación del paradigma garantista más allá del Estado), el pluralismo debe convivir con elementos constitucionales para que el garantismo pueda cumplir sus objetivos.

Esta tarea implica contar con ciertos criterios para que, pese a encontrarnos en un contexto pluralista, el sistema conserve cierto grado de «coherencia y unidad». En este sentido, el autor establece una división competencial entre funciones de gobierno y garantía entre los niveles estatal e internacional, reservando un nivel supraordenado a las normas sobre prohibición de la guerra y protección de los derechos humanos y consagrando un principio normativo que permita resolver los conflictos, esto es, el principio de los «niveles de protección», de acuerdo con el cual prevalece siempre el nivel de protección constitucional más garantista (*ibid.*: 541). Asimismo, y por lo que respecta al diseño institucional, Ferrajoli sostiene que la existencia de un Tribunal Constitucional internacional permitiría —vía desarrollo jurisprudencial— «[...] superar o, al menos, reducir el desorden actual, que es un factor inevitable de incertidumbres, ineffectividad y conflictos a veces insolubles» (Ferrajoli, 2022: 78).

A diferencia de otros tipos de pluralismo, estos criterios son extraídos de normas de Derecho positivo y de la lógica del paradigma garantista que trata de ser extendido más allá del Estado. No hay una reflexión más profunda acerca de la naturaleza de estas normas o principios (por ejemplo, la clarificación de si se trata de un nuevo nivel del Derecho con-

figurado por normas cosmopolitas o transnacionales) ni sobre la vinculación de estas reflexiones con la teoría del Derecho en general, es decir, sobre la cuestión de si la descripción del sistema y las consecuencias que de él se extraen influyen o transforman la propia idea de Derecho. Realizando una interpretación en conjunto de la obra de Ferrajoli, podríamos afirmar que lo que hace el autor en este punto es constatar la realidad de la pluralidad de ordenamientos e intentar, a partir de esta realidad, hacerla compatible con el paradigma constitucionalista y mostrar que, aunque se trate de un paradigma lógico y formal, no hay obstáculos para su aplicación en cualquier escenario. Sin embargo, este paso se realiza sin profundizar en las razones de que el monismo sea descartado en tanto construcción dogmática no compatible con una realidad plural y constitucional (García Sáez, 2012). En este sentido, no queda claro si en el pluralismo de Ferrajoli hay una asunción no solo descriptiva, sino también normativa en relación con la forma del Derecho más allá del Estado.

Incluso si se asume como respuesta el pluralismo, es necesario establecer criterios de moralidad política para resolver los conflictos entre pretensiones de autoridad que compiten en el ámbito internacional. Como indica Poiares, «[...] cualquier debate sobre cómo resolver y regular conflictos constitucionales de autoridad inherentemente tiene implícito un debate sobre la naturaleza y legitimidad de las pretensiones constitucionales de autoridad última» (Poiares, 2012: 69)<sup>32</sup>, y ello implica la necesidad de justificar cada uno de los criterios que se proponen en un discurso más amplio sobre la comprensión de la legitimidad en un modelo cosmopolita. En este sentido, tanto la justificación del modelo pluralista como la distribución de competencias en el diseño constitucional cosmopolita deben ir acompañadas de una reflexión compleja referida a razones, argumentos y justificaciones de los criterios de moralidad política que, en definitiva, resuelven estos dilemas (Ansuátegui, 2011: 34).

En efecto, si el constitucionalismo es un marco donde deben aportarse razones para el ejercicio de la autoridad legítima y si aquellas razones en un marco constitucionalista son razones complejas que van más allá de la legalidad (Kumm, 2009: 277), ello supone que el ejercicio de justificación contiene elementos del lenguaje (y ahí es donde entra la teoría jurídica) y criterios normativos. Por ello, una comprensión completa de los embates contra el constitucionalismo cosmopolita desde la perspectiva de la teoría jurídica no puede prescindir de una comprensión compleja de la «regla de reconocimiento» que tome en consideración sus dimensiones formales y sustantivas.

Si fijamos nuestra atención en el panorama de pretensiones de autoridad que compiten en la esfera transnacional, vemos que el principal problema es la determinación del lugar donde reside la autoridad y de la instancia que decide donde reside (Krisch, 2010: 13; Walker, 2008: 342; y Bayón, 2013). Este problema es transformador para la teoría jurídica en general porque los criterios que se adopten no afectan solo al nivel internacional, sino también al orden en su conjunto (Krisch, 2010: 13), dado que, en el contexto de interrelación descrito, aquellos incidirán en las pretensiones de autoridad del Derecho nacional, el Derecho Internacional y el Derecho cosmopolita. El hecho de que la teoría jurídica y los elementos normativos se encuentren estrechamente vinculados implica tomar decisiones sobre la existencia de estos criterios y fundamentarlos, una cuestión que no se encuentra

desarrollada con suficiente profundidad en la propuesta de Ferrajoli. Desde el monismo de Kelsen, ya se nos alertó de la dificultad de elección entre el monismo internacionalista y el monismo estatal. Considerando la complejidad de los elementos de moralidad política en el escenario postnacional, lamentablemente la opción normativa no se ha vuelto más fácil desde los días de Kelsen (Nijman y Nollkaemper, 2007: 356).

En este ámbito, Habermas ha enfatizado en la importancia de conectar la teoría jurídica con elementos normativos. El autor señala que, cuando nos encontramos frente a casos complejos (aquellos en los que interaccionan diversas pretensiones de autoridad), la aplicación y especificación de la ley válida requiere un razonamiento normativo, es decir, un tipo de razonamiento que se guía por aquellos principios que confieren legitimidad al sistema legal en su conjunto<sup>33</sup>. En este sentido, este llamado nos advierte que la teoría jurídica no puede desconectar su razonamiento de este tipo de compromisos.

Aunque no con la misma profundidad que Habermas, en un escrito póstumo Dworkin también señaló la importancia de los criterios normativos para resolver la cuestión de la naturaleza del Derecho internacional (Dworkin, 2013). El principal aporte de este texto de Dworkin es que subraya que la cuestión de la normatividad del Derecho internacional está también vinculada con cuestiones de legitimidad política. Para Dworkin, la pertenencia a una comunidad internacional impone deberes y obligaciones que se justifican para legitimar no solo la propia acción política, sino también la de la comunidad internacional en su conjunto<sup>34</sup>. Evidentemente, esta apelación a la existencia de criterios de moralidad política tiene que ser consistente con el desarrollo de principios lo suficientemente claros y argumentados.

Por todo lo dicho, el proyecto de una Constitución de la Tierra también debe ir acompañado de una reflexión más compleja sobre estos criterios si se quiere mantener la perspectiva del pluralismo. Si se determina que el criterio debe ser el «principio de mejor garantía», deberá dotarse a este de contenido con el objeto de clarificar lo que está en juego<sup>35</sup>.

#### 4.3. SOBRE LA DEMOCRACIA: DISEÑO INSTITUCIONAL, PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA

Aunque para Ferrajoli su proyecto puede beneficiarse de las experiencias adquiridas en el marco del Estado constitucional, esto no debe inducirnos a pensar en la creación de un modelo de las mismas características a nivel global. En este sentido, Ferrajoli no recurre a la analogía doméstica, pues lo que se rescata en el constitucionalismo cosmopolita no es la traslación exacta del modelo del Estado constitucional al plano internacional (puede haber un constitucionalismo que no sea estatal), sino la lógica que subyace al constitucionalismo: la domesticación del poder por parte del Derecho legitimada con base en los derechos fundamentales (en virtud de la cual la idea de límite se traslada más allá del Estado).

Siguiendo la lógica del paradigma constitucional garantista elaborado por el autor, para Ferrajoli carece de sentido centrar la propuesta en las instituciones vinculadas a la «esfera de lo decidible» (las funciones e instituciones de gobierno), pues justamente lo que está en crisis es la efectividad de los derechos humanos (la esfera de lo indecidible) (Ferrajoli,

2016b: 532). Ello supone que la atención debe centrarse en el conjunto de instituciones de garantía primarias y secundarias para los derechos humanos a nivel global (*ibid.*: 533).

En este sentido, el esquema propuesto es caracterizado por el autor como un «modelo federal»<sup>36</sup>, en el sentido de que hay una distinción y articulación multinivel entre instituciones supranacionales y estatales, así como de fuentes de producción de normas supraestatales y nacionales. Lo central consistiría en distinguir las funciones de gobierno y las funciones de garantía: si las primeras están asociadas al ámbito estatal y legitimadas por la representatividad política, las segundas se concretan en instituciones de garantía estatales y supraestatales universalistas, y están legitimadas por la igualdad de derechos (*ibid.*: 535). Existe, pues, una división o distribución de competencias que es explicitada en el articulado de la Constitución de la Tierra. Las diferentes garantías que desarrolla Ferrajoli están asociadas a las diferentes dimensiones de la democracia constitucional (política, civil, liberal, social), esta vez actualizadas para el modelo cosmopolita. Sin embargo, a diferencia de otros proyectos cosmopolitas, justamente en atención a las diferentes formas de legitimación que tienen las funciones desarrolladas en el ámbito internacional, se descarta una legitimación de tipo democrático-representativo (por ello, las funciones de gobierno se sustraen del ámbito internacional). A este respecto, Ferrajoli ha observado que la democracia anclada en lógicas electorales está aquejada de «localismo» y «presentismo» y que ello afecta la racionalidad política y los intereses de largo plazo de la humanidad (Ferrajoli, 2022: 58).

En resumen, de acuerdo con el tenor literal del artículo 63 de la Constitución de la Tierra, el esquema de legitimación de las instituciones globales sería el siguiente:

«Las funciones de gobierno se legitimarán por la representación política de sus titulares, tanto más efectiva cuando más local.

Las funciones de garantía se legitimarán por la igualdad de derechos fundamentales que ellas procuran, tanto más efectiva cuanto más global.

Las funciones globales de carácter económico o financiero se legitimarán por su capacidad de promover la estabilidad económica, la tutela del medio ambiente y la máxima igualdad en las condiciones de vida de los pueblos de la tierra»

Además de fundarse en lo que Ferrajoli ha llamado la democracia sustancial, este modelo también se sostiene sobre una determinada comprensión del poder constituyente y de la soberanía más allá del Estado, rasgos que permiten contrarrestar las críticas que cuestionan la legitimidad democrática del proyecto. Las reflexiones de Ferrajoli en torno al poder constituyente en el ámbito internacional tienen dimensiones descriptivas y normativas. Desde la dimensión descriptiva, su teorización se vincula con el hecho histórico del surgimiento de una constitución embrionaria del mundo marcado por la firma de la Carta de la ONU, la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la adopción de los posteriores instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Desde la dimensión normativa, aunque sería deseable que el autor profundizara en algunas cuestiones relevantes (¿quiénes son los sujetos constituyentes? o ¿de qué manera ejercen este poder?), suministra algunas pistas que permiten avizorar respuestas a estas preguntas. En *Por una Constitución de la Tierra*, el autor pone como ejemplo la pandemia

de COVID-19 como una manifestación de un «momento constituyente» que puede ser definitorio para el futuro de la humanidad (*ibid.*: 17). La visibilización de la interdependencia que generó este suceso, junto con los ya acuciantes problemas del cambio climático, la criminalidad transnacional y los movimientos migratorios (cuestiones que aún bajo el concepto de estado de «criminalidad sistémica»), configurarían una «energía constituyente», un «despertar de la razón» (*ibid.*: 120) que debiera estimular a la humanidad para dar pasos decididos hacia la adopción de una «Constitución de la Tierra».

En este sentido, en diversos lugares del manifiesto señala que la «humanidad en su conjunto» sería el «[...] pueblo constituyente» que se dotaría de esta Constitución de la tierra<sup>37</sup>, aunque en escritos anteriores había apuntado que el sujeto constituyente de este nuevo orden mundial podría ser el «pueblo mestizo de los migrantes» (Ferrajoli, 2018: 90). Sin embargo, la abstracción de estas constataciones dificulta la dilucidación del modo en que este poder constituyente podría hacerse operativo. Al limitar la adhesión a esta Constitución únicamente a los Estados (artículo 100 de la Constitución de la Tierra), Ferrajoli se aleja de cualquier modelo que deposite en los individuos algún tipo de poder constituyente. Este estaría mediado, en cualquier caso, por la representación política de los Estados.

En relación con la soberanía, en un texto clásico, *La soberanía en el mundo moderno* (Ferrajoli, 1997), el autor lleva a cabo un recorrido histórico en el que analiza las bases filosóficas del concepto de soberanía y sus mutaciones en el Estado liberal y el Estado constitucional. Para Ferrajoli, el modelo de Estado de Derecho perfeccionado por la democracia constitucional y la progresiva constitucionalización del ámbito internacional a través de la creación de organismos y tratados internacionales que consagran derechos universales ha puesto en jaque y en contradicción con la realidad tanto a la noción de ciudadanía como a la de soberanía.

El autor explica que, tras el surgimiento del Estado liberal (y, posteriormente, tras su profundización en el Estado constitucional), la soberanía no es absoluta y es sometida a limitaciones tanto a nivel interno como externo. A nivel interno, la democracia es limitada por los contenidos sustantivos de las constituciones. A nivel externo, a partir de la creación de Naciones Unidas y los pactos de derechos humanos se transforma el paradigma de la soberanía externa. En atención a los cambios indicados, el autor sostiene que la soberanía queda «negada» en los ámbitos interno y externo, «[...] revelándose como una categoría incompatible con el derecho y consecuentemente con la paz y la democracia» (Ferrajoli, 2016b: 479).

En contraste con gran parte de la dogmática constitucional, para Ferrajoli la constitución no es el reflejo de una común identidad política, cultural o nacional, sino de la diversidad y la conflictualidad (Ferrajoli, 2016a: 51). Por ello, frente a aquellas reflexiones en torno al *demos* más allá del Estado que reafirman las connotaciones organicistas de la soberanía y la democracia en apoyo de las tesis escépticas sobre la posibilidad de una democracia más allá del Estado, el autor sostiene que la inexistencia de homogeneidad no es en absoluto un obstáculo para la constitucionalización de la esfera global. Ello es relevante para la eficacia de las normas, pero no para su legitimidad: la constitución se legitima no

por el hecho de ser querida por todos/as, sino por garantizar de manera igualitaria a todos/as (Ferrajoli, 2022: 53).

Si bien en esta comprensión de la democracia, las nociones de poder constituyente y de soberanía y su correlato institucional logran neutralizar las críticas escépticas que niegan la legitimidad democrática del modelo cosmopolita, plantean, al mismo tiempo, nuevos interrogantes relativos a la fundamentación, la coherencia y la dimensión motivacional del proyecto.

Ferrajoli soluciona todo el problema de la legitimidad mediante la separación de las funciones de gobierno y de garantía (que tendrían diversas fuentes de legitimidad). Ahora bien, aunque es relevante preguntarse por el «cómo» y el «qué», un aspecto que es omitido por el autor es la pregunta por el «quién», es decir, la pregunta sobre la autoridad legítima para tomar las decisiones acerca del cómo y el qué (Fraser, 2012). Bayón, que ha desarrollado extensamente esta crítica a Ferrajoli, señala que la pregunta sobre la legitimidad no puede ser ciega ni en lo que respecta a los contenidos ni en lo que hace a los procedimientos, y agrega que, respecto de estos últimos, la propuesta de Ferrajoli adolece de un «punto ciego» (Bayón, 2013: 67). En el plano internacional, una consecuencia de la existencia de este punto ciego sería que esta teoría no sería capaz de ofrecer una fuerza prescriptiva derivada de su articulación democrática (Turégano, 2012: 163). Nuevamente, es posible preguntarse de dónde nace la fuerza de movilización si en el modelo no existe participación.

Resulta ineludible destacar la ausencia de participación de los individuos en el diseño de la democracia más allá del Estado. La mera asunción de que un modelo de democracia global no sería deseable ni posible no es argumentada más allá de esta petición de principios. Simplemente, se señala la necesidad de separar las funciones de gobierno y de garantía. Esto podría considerarse como una concesión al realismo en la obra de Ferrajoli (lo cual podría estar justificado), pero para un autor con pretensiones tan utópicas como la de establecer una fiscalidad global no parece ser este el motivo. Se trata de una postura inconsistente incluso dentro del mismo paradigma garantista del autor desde el momento en que signa a los Estados como los únicos actores en la esfera global, descartando que los sujetos de un modelo cosmopolita son, finalmente, los individuos cuyos intereses y derechos debieran estar representados. El problema de la mediación permanente de los Estados es que mantiene intacto el principio de soberanía estatal como base del modelo cosmopolita, en oposición a las pretensiones del autor. En este sentido, un modelo cosmopolita fiel a las pretensiones garantistas del diseño de Ferrajoli dotaría a los individuos de herramientas para participar y superar el escollo que representa la mediación de los Estados (se deja inconcluso, además, qué ocurre con los Estados no democráticos o fallidos). La mediación de los tribunales (garantía secundaria) sería insuficiente cuando la implementación y adhesión a los instrumentos de garantía también depende de la soberanía de los Estados. En este sentido, es necesario que esta teoría atribuya una mayor relevancia a la participación de los individuos y la sociedad civil y ello tiene que ver también con la pertinencia de un desarrollo más detallado de las precondiciones (objetivas y subjetivas) del desarrollo del paradigma garantista.

Una reflexión similar puede realizarse respecto a la soberanía. La soberanía es un concepto con una fuerza simbólica y normativa a la que no es posible renunciar. Aunque el diagnóstico sobre sus aporías es poco discutible si se concibe en los términos en que se ha comprendido tradicionalmente, se trata de un concepto que en el contexto del constitucionalismo cosmopolita no debe ser abandonado, pero sí resignificado.

La resignificación es importante, dada la fuerza simbólica y normativa del concepto (Ansuátegui, 2018). Como observan Laval y Dardot, la soberanía no es «[...] un simple concepto de Derecho público heredado del pasado, es todavía un principio político activo que rige, y puede regir todavía, mutaciones políticas considerables en años y decenios venideros» (Dardot y Laval, 2021). En otros términos, se trata de un concepto resiliente. No es casualidad que desde distintos espacios del espectro político (derecha e izquierda) se reivindique la soberanía (con tintes neosoberanistas (Benhabib, 2016) ante la percepción de descontrol que provoca el despliegue de las fuerzas de la globalización (Turégano, 2013). En este escenario marcado por la emergencia de respuestas de «repliegue» hacia la soberanía estatal, el ideal cosmopolita debe dar una respuesta que no signifique una renuncia a la soberanía ni su disolución en contornos poco identificables (como ocurre, por ejemplo, con el concepto de «post-soberanía»), y que tampoco se limite a apelar vagamente a los principios del Derecho internacional. Debe tratarse de un concepto que, tanto desde el punto simbólico como normativo, guíe el ejercicio de la política hacia una dimensión que recupere la autonomía personal y política, evitando, sin embargo, las connotaciones excluyentes en que incurren las posiciones comunitaristas o nacionalistas, es decir, es necesario escapar del dualismo al que aboca la concepción tradicional de la soberanía (Besson, 2004)). La perspectiva que puede lograr este objetivo es aquella que reconceptualiza la soberanía no como la dimensión de autogobierno que no reconoce otro superior, es autorreferente (Turégano, 2013: 155), y, por tanto, le permite rehuir de responsabilidad, sino como el ejercicio de un autogobierno relacional, es decir, una noción que reivindica la autonomía, pero que asume que la pertenencia a la comunidad internacional (en múltiples niveles) y el ejercicio de autogobierno están implicados (Brown, 2011)<sup>38</sup>.

Entendido en estos términos, el concepto nos puede ayudar en un sentido normativo, es decir, para evaluar nuestras prácticas actuales a la luz de estos objetivos y, a la vez, sirve de antídoto para neutralizar posiciones conservadoras y nacionalistas. En este sentido, permite visibilizar que la oposición tajante entre soberanía y cosmopolitismo es equívoca, si no falsa (Brown, 2011), y evidenciar que las normas cosmopolitas pueden contribuir a fortalecer la soberanía en la medida en que permiten y han permitido, por ejemplo, la ampliación de los márgenes de la democracia a grupos excluidos de la población. Como escribe Benhabib: «Los soberanistas democráticos ignoran el hecho de que las normas de derechos humanos empoderan a los ciudadanos en las democracias, creando nuevos vocabularios para la resistencia y abriendo nuevos canales para la movilización de la sociedad civil» (Benhabib, 2011:126).

Como se señaló a propósito de las reflexiones sobre el ordenamiento jurídico, en este punto surge nuevamente la idea de que una teoría normativa no puede estar desligada — como parecería estarlo la de Ferrajoli — de una teoría compleja de la legitimidad.

## 5. CONCLUSIONES

*Por una Constitución de la Tierra* es un proyecto normativo que representa la culminación de una ambiciosa teoría del Derecho y la democracia desarrollada a lo largo de una larga trayectoria académica. Se trata, en definitiva, de la extensión del paradigma garantista más allá de las fronteras estatales que se presenta como una «tercera vía» entre las propuestas realistas y nostálgicas y que, en el marco de la tradición del constitucionalismo cosmopolita, puede ser calificada como una «utopía realista».

Las grandes objeciones que se presentan a este proyecto pueden ser reconducidas a los grandes debates de la filosofía jurídico-política sobre la universalidad de los derechos humanos, la noción de ordenamiento jurídico internacional y las teorías de la democracia. Una reconstrucción de los presupuestos normativos sobre los que se funda la teoría de Ferrajoli, vinculada a su concepción de los derechos fundamentales, su no cognoscitividad en materia ética, su idea de pluralismo jurídico, así como la legitimidad de un modelo basado en una concepción sustancial de la democracia dialoga con sus críticas intentando despejar mitos. Sin embargo, la falta de asunción de criterios morales relativos a la justificación de la universalidad de los derechos humanos), así como de elementos de moralidad política (en cuanto a las pretensiones de autoridad que compiten), así como el abandono de la promesa de autogobierno que supone el ideal normativo de la soberanía generan dificultades justificatorias que inciden en su dimensión motivacional.

Al afirmar esto no pretendo poner en tela de juicio el valor de la propuesta de Ferrajoli. Como se ha señalado al inicio de estas páginas, en tiempos de escepticismo el posibilismo que nos plantea el proyecto es iluminador. Destaco, en este sentido, el posibilismo o anti-determinismo que nos presenta como metodología el constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli, relevando la imaginación jurídica, cuestionando la oposición entre pesimismo de la razón y optimismo de la voluntad, proponiendo el posibilismo de la razón vinculada.

Aunque los tiempos que corren son difíciles para este tipo de aproximaciones y no tenemos motivos para ser optimistas, el proyecto que presenta Ferrajoli es una invitación al abandono de la tentación escéptica porque los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia, pese a los embates, tienen una dosis de resiliencia que nos interpela cuando su lenguaje es canal y vehículo para protestas transnacionales.

Con todo, se ha puesto de relieve que un proyecto de esta envergadura requiere toda la fuerza de nuestras convicciones morales no solo en la práctica política, sino también en el plano de la justificación. Si el constitucionalismo cosmopolita es una utopía realista, desde la perspectiva argumental debe ir acompañado de un relato que profundice en su contribución a imaginar escenarios de vida buena, no de salvación, porque para «salvarnos» también compiten las distopías autoritarias. Es decir, el constitucionalismo cosmopolita debe permitirnos evaluar nuestras prácticas contemporáneas para imaginar nuevos mundos posibles. Se trata, en definitiva, no solo de temer, sino también de volver a soñar.

## NOTAS

1. Beck (2004) caracteriza como «nihilistas» a las propuestas postmodernas de análisis del fenómeno de la globalización que, en términos generales, comparten no solo el escepticismo frente al Derecho, sino también una visión pospolítica del mundo.
2. La teorización más clara sobre la idea de la culminación de la idea de progreso que nos permitiría hablar de un «fin de la historia» se encuentra en Fukuyama (1992).
3. La literatura sobre la crisis de la democracia es amplia.  *Vid.*, entre otros, Levitsky y Ziblatt (2018); y Lührmann y Lindberg (2019).
4. No es casualidad que en estos debates se utiliza el prefijo «post» o el término «beyond». Para Kumm (2009), este recurso sería el síntoma de una crisis, de la ausencia de esfuerzos de reconceptualización y aportaciones orientaciones normativas. Esta apatía revela el miedo a grandes narrativas y a la posibilidad de desarrollar paradigmas alternativos.
5. Solo a modo de ejemplo,  *vid.* el reciente libro de Loughlin (2022). La presencia de Schmitt como referente de retóricas en pugna es reconocida expresamente por Ferrajoli (2022: 48).
6. La traducción es mía.
7. Sobre la influencia del pacifismo,  *vid.* García Sáez (2012). La influencia kantiana es reconocida expresamente en sus diversas obras. En esta última,  *vid.* Ferrajoli (2022: 19-20).
8. En el caso de Habermas,  *vid.*, por ejemplo, Habermas (2000; 2006; y 2012).
9. Aquí podemos mencionar, entre otros, a Kumm (2009); Peters (2009); y Stone Sweet (2012).
10. A estos se pueden añadir dos importantes revistas que abordan estos temas: *Global Constitutionalism*. Disponible en: <<https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism>>. y *Jus Cogens*. Disponible en: <<https://www.springer.com/journal/42439>>. En nuestro medio, y en perspectiva sistemática, destacan los estudios de De Julios Campuzano (2004; y 2009).
11. Schwöbel-Patel, (2011:107-109), destaca dos elementos que «favorecen» el desarrollo de estas ideas en el contexto alemán. Por una parte, la importancia de la sistematización y las exigencias de coherencia en el análisis jurídico y, por otra, la experiencia histórica. Otro aspecto que favorecería el desarrollo de esta doctrina en Alemania es que allí no existe una compartimentación de las áreas del Derecho como en otras latitudes (Peters,  *et al.*, 2010: 13) Finalmente, también es posible mencionar la combinación de elementos ideales y pragmáticos que es típica de la tradición filosófica alemana, así como las construcciones federalistas de organización política (Kadelbach y Kleinlein, 2007; y Koskenniemi, 2011).
12. La connotación negativa del carácter utópico del proyecto es patente en la literatura crítica;  *vid.*, por ejemplo, Krisch (2016), quien destaca que el constitucionalismo cosmopolita se ha construido sobre grandes «asunciones e idealizaciones» ( *ibid.*: 671).
13. La referencia hace alusión a la literatura del Derecho internacional, pues, como explica Ramiro Avilés (2004), en otros ámbitos la idea de «utopía realizable» ya había sido desarrollada.
14. Sobre este tópico en el derecho de gentes de Rawls,  *vid.* Mertens (2005); y Ansuátegui (2021).
15. Como señala Rawls, su realismo pretende que «[...] sus principios y preceptos sean practicables y aplicables a los arreglos políticos y sociales en vigor» (Rawls, 2001: 25). Sobre el riesgo de abandonar las dimensiones utópicas y el compromiso con el *statu quo*,  *vid.* Beitz (1983).

16. Destacado por Ansuátegui (2021: 283).
17. En esta misma línea, en la literatura del Derecho internacional hay una categoría similar a la de «utopía realista», que Cassese (2012) toma de Huxley, que es denominada la actitud académica de los «juiciosos reformadores» y que es definida por este como la negación de la aceptación ciega de las condiciones actuales como de la ilusión de poder revolucionar todo (*ibid.*: xviii).
18. Un completo análisis del concepto utopía y su vínculo con el Derecho puede verse en Ramiro Avilés (2002).
19. En diálogo con las críticas que recibió a su obra *Principia iuris*, el autor afirma: «Contesto que no tengo ninguna filosofía de la historia. El optimismo metodológico» del que he hablado como del principio informador de la “lucha por el derecho”, no es más que la otra cara del rechazo a cualquier filosofía de la historia de tipo determinista: es decir, de la falacia en la cual caen muchos realistas, según la cual aquello que sucede no puede no suceder» (Ferrajoli, 2008c: 432).
20. El posibilismo se ve reflejada en su metáfora del laberinto (1982: 22-23). Sobre el posibilismo en Bobbio, *vid.* Ruiz Miguel (2005: 211).
21. La propia Martha Nussbaum destaca críticamente que «[...] por sí solo, el término cosmopolitismo es ya demasiado vago como para que tenga utilidad para nosotros» (Nussbaum, 2020: 224).
22. En particular, en el volumen II de la obra (Ferrajoli, 2016b).
23. Ferrajoli destaca que uno de los elementos del cambio de paradigma que implica la democracia constitucional es el cambio del rol de la ciencia jurídica, a quien asigna un rol «[...] crítico y proyectivo en relación con su propio objeto: crítico en relación con las antinomias, cuya supresión le corresponde reclamar, proyectivo frente a las lagunas, cuya subsanación le corresponde reclamar» (Ferrajoli, 2014: 83-90).
24. De acuerdo con Turégano (2018), este tipo de fundamentación de la universalidad puede caracterizarse como «universalismo lógico».
25. En relación con el sentido axiológico de la universalidad, el autor se remite a las tesis iusnaturalistas, mientras que, en relación con las tesis consensualistas, menciona el caso de Bobbio y las afirmaciones que sobre la universalidad de los derechos humanos vierte en la obra *El tiempo de los derechos* (Ferrajoli, 2016a: 127, nota 62).
26. Ferrajoli prefiere este calificativo antes que el de «relativismo» por los equívocos que esta última expresión suscita en relación con su comprensión como emotivismo e irracionalismo (Ferrajoli, 2008b: 273).
27. En este sentido, Ferrajoli sigue a Kelsen (2008: 123).
28. Como indica Ansuátegui (2013b: 47), Ferrajoli no solo descontextualiza a los derechos fundamentales en relación con su génesis histórica, sino también en relación con su carácter constitucional.
29. De Cabo y Pisarello (2009) denominan a esta estrategia como una especie de «utilitarismo negativo».
30. Así lo destaca también Puppò: «Probablemente el optimismo metodológico y la exagerada confianza en el derecho (el hiperjuridicismo), se deben al propósito de defender un proyecto normativo cuyo fundamento es moral, sin admitir que la bondad del proyecto depende de la satisfacción de alguna moral objetiva» (Puppò, 2015: 31).
31. No es este el lugar para desarrollar esta perspectiva en concreto, pero piénsese en propuestas como las de Forst (2005); y Benhabib (2008).
32. En el mismo sentido, *vid.* Bayón (2013: 71).

33. Sobre esta materia *vid.* especialmente su entrevista con von Bogdandy. Disponible en: <<https://verfassungsblog.de/discourse-theory-and-international-law-an-interview-with-jurgen-habermas/>>.
34. Una propuesta que combina elementos de pluralismo con criterios de moralidad política vinculados con la legitimidad del sistema en su conjunto a la hora de decidir situaciones donde hay pretensiones de autoridad en conflicto puede encontrarse en Poiars (2003); y Kumm (2004).
35. Hay quienes sostienen que la existencia de estos criterios unificadores constituiría una forma «disfrazada» de monismo (Somek, 2012).
36. El autor distingue entre dos tipos de fundamentos del federalismo: organicista/comunitarista e individualista/contractualista. El primero estaría basado en reivindicaciones de identidades culturales homogéneas (lo que llama «federalismo para dividir»), mientras que el segundo buscaría un pacto constitucional basado en el principio de paz e igualdad de derechos para todos («federalismo para unir»). *Vid.* Ferrajoli (2016b: 544).
37. Hace una mención expresa a una inspiración en La Valle, quien señala: «La Constitución del mundo [...] nace de la historia, pero debe ser producida por la política, por la acción de un sujeto político que se haga poder constituyente. El sujeto constituyente de una “Constitución de la tierra” es el pueblo de la tierra, no un nuevo Leviatán, sino la unidad humana que adquiera existencia política» (Ferrajoli, 2022: 120, nota 37).
38. Han desarrollado este concepto, por ejemplo, Besson (2004); y Bohman (2013).

## BIBLIOGRAFÍA

- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier (2011): «Estado constitucional y producción normativa», *Derechos y libertades*, 15, 17-36.
- (2013a): «La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas», en *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 4 tomo IV, Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 73-122.
- (2013b): «Los derechos fundamentales en *Principia iuris*: (o los límites de la teoría del derecho)», *Anuario de filosofía del derecho*, 29, 35-55.
- (2018): «Una reflexión sobre el futuro del discurso de la soberanía», en De Lucas et al. (eds.), *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1679-1698.
- (2021): «El minimalismo utópico del derecho de gentes realista de Rawls», *Dianoia. Rivista di filosofia*, 33, 261-385.
- ATIENZA, Manuel (2010): «Constitucionalismo, globalización y Derecho», en M. Carbonell y L. García (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: Trotta, 264-284.
- BAYÓN, Juan Carlos (2013): «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del derecho*, 29, 57-99.
- BECK, Ulrich (2004): *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*, Barcelona: Paidós.
- BEITZ, Charles (1983): «Cosmopolitan ideals and national sentiment», *The Journal of Philosophy*, 80, 591-600.
- BENHABIB, Seyla (2006): *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona: Gedisa.

- (2008): «Otro universalismo: Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos», *Isegoría: revista de filosofía moral y política*, 39, 175-203.
- (2011): *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity.
- (2013): «Moving beyond false binarisms: On Samuel Moyn's The Last Utopia», *Qui Parle*, 22, 81-93.
- (2016): «The new sovereigntism and transnational law: Legal utopianism, democratic scepticism and statist realism», *Global Constitutionalism*, 5, 109-144.
- BERNSTEIN, Richard (2011): «The Aporias of Carl Schmitt», *Constellations*, 18, 403-430.
- BESSON, Samantha (2004): «Sovereignty in conflict», *European integration online papers*, 8, 131-190.
- BIEBER, Florian (2022): «Global Nationalism in Times of the COVID-19 Pandemic», *Nationalities Papers*, 50, 13-25.
- BOBBIO, Norberto (1982): *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa.
- BOHMAN, James (2013): «Republican cosmopolitanism: popular sovereignty in multilevel systems», en E.H.S. Näsström (ed.), *Political equality in transnational democracy*, New York: Palgrave Macmillan, 17-40.
- BÖKER, Marit (2017): «The concept of Realistic Utopia: Ideal Theory as Critique», *Constellations*, 24, 1-12.
- BRAIDOTTI, Rosi (2018): *Por una política afirmativa. Itinearios éticos*, Barcelona: Gedisa.
- BROWN, Garrett (2011): «The idea of autonomy: accountability, self-determinism and what normative claims about institutional autonomy in global governance should mean», en *International organizations and the idea of autonomy. Institutional independence in the international legal order*, New York: Routledge, 104-119.
- CANO ABADÍA, Mónica (2017): «Vulnerabilidad posthumana cosmopolita. Desplazamientos críticos para una justicia global», *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, 19, 269-279.
- CASSESE, Antonio (2012): «Introduction», en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 18-22.
- DARDOT, Pierre y Christian LAVAL (2021): *Dominar. Estudio sobre la soberanía del Estado de Occidente*, Barcelona: Gedisa.
- DE CABO, Antonio y Gerardo PISARELLO, (2009): «Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 9-17.
- DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (2004): «De la paz perpetua al constitucionalismo cosmopolita», *Teorema: Revista internacional de filosofía*, 23, 71-88.
- (2004): *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid: Dykinson.
- (2009): *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El Derecho ante la globalización*, Madrid: Dykinson.
- DOBNER, Petra y Martin LOUGHLIN (2010): *The twilight of constitutionalism?* Oxford-New York: Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald (2013): «A New Philosophy for International Law», *Philosophy & Public Affairs*, 41, 2-302.
- ESTLUND, David (2019): *Utopophobia. On the limits (if any) of political philosophy*, New Jersey: Princeton University Press.
- FERRAJOLI, Luigi (1997): *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma: Laterza.
- (1998): «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 9, 173-184.
- (2008a): *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- (2008b): «Laicidad del Derecho y laicidad de la moral», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 57, 267-277.
- (2008c): «"Principia iuris": una discusión teórica», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 31, 393-436.

- (2008d): «Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo», *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 122, 1135-1145.
- (2009): «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, pp. 139-196.
- (2014): *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid: Trotta.
- (2016a): *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- (2016b): *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. II (*Teoría de la democracia*), Madrid: Trotta.
- (2018): *Constitucionalismo más allá del estado*, Madrid: Trotta.
- (2022): *Por una Constitución de la Tierra*, Madrid: Trotta.
- FORST, Rainer (2005): «El derecho básico a la justificación. Hacia una concepción constructivista de los derechos humanos», *Estudios políticos*, 26, 27-59.
- FRASER, Nancy (2012): *Escalas de justicia*, Barcelona: Herder Editorial.
- FUKUYAMA, Francis (1992): *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona: Planeta.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina (2015): *Norma mundi: la lucha por el Derecho Internacional*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA SÁEZ, José Antonio (2012): «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia iuris*», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 82-102.
- (2017): *Kelsen versus Morgenthau: paz, política y Derecho internacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HABERMAS, Jürgen (2000): *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Barcelona: Paidós.
- (2006): *El Occidente escindido: pequeños escritos políticos X*, Madrid: Trotta.
- (2010): *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- (2012): *La Constitución de Europa*, Madrid: Trotta.
- HARMES, Adam (2014): «New constitutionalism and multilevel governance», en A.C. Cutler y S. Gill (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 143-158.
- KADELBACH, Stefan y Thomas KLEINLEIN, (2007): «International Law -- a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles», *German Yearbook of International Law*, 50, 303-348.
- KELSEN, Hans (2008): *¿Qué es justicia?*, edición a cargo de A. Calsamiglia, Barcelona: Ariel.
- KEOHANE, Robert (2015): «Nominal democracy? Prospects for democratic global governance», *International Journal of Constitutional Law*, 13, 343-353.
- KLABBERS, Jann, Anne PETERS y Geir ULFSTEIN (2009): *The constitutionalization of international law*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- KOSKENNIEMI, Martti (2005): *From apology to Utopia: the structure of international legal argument*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2011): «Between Coordination and Constitution: International Law as German Discipline», *Redescriptions. Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 15, 45-70.
- KRISCH, Nico (2010): *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*, Oxford: Oxford University Press.
- (2016): «Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order», *International Journal of Constitutional Law*, 14, 657-679.
- KUMM, Mattias (2004): «The legitimacy of international law: a constitutionalist framework of analysis», *European Journal of International Law*, 15, 907-932.
- (2009): «The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state», en D. Dunoff y J.P. Trachtmann (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 258-324.
- KUMM, M. et al. (2017): «Editorial: The end of “the West” and the future of global constitutionalism», *Global Constitutionalism*, 6, 1-11.

- LANG, Anthony F. y Antje WIENER (2017): *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar.
- LEVITSKY, Steven y Daniel ZIBLATT (2018): *Cómo mueren las democracias*, Barcelona: Ariel.
- LINDEN-RETEK, Paul (2015): «Cosmopolitan law and time: Toward a theory of constitutionalism and solidarity in transition», *Global Constitutionalism*, 4, 157-194.
- LOUGHLIN, Martin (2022): *Against constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- LÜHRMANN, Anna y Staffan LINDBERG (2019): «A third wave of autocratization is here: what is new about it?», *Democratization*, 26, 1095-1113.
- MAC AMHLAIGH, Cormac (2019): «Who's afraid of supraprimate constitutional theory? Two reasons to be sceptical of the sceptics», en *Legitimacy. The state and beyond*, Oxford: Oxford University Press, 182-205.
- MACDONALD, Ronald St.J. y Douglas JOHNSTON (2005): *Towards World Constitutionalism: Issues in the legal ordering of the world community*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- MARTÍ, José Luis (2005): «El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», en M. Carbonell y P. Salazar (eds), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 365-402.
- MERTENS, Thomas (2005): «International or Global Justice? Evaluating the Cosmopolitan approach», en A. Follesdal y T. Pogge (eds), *Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*, The Netherlands: Springer, 85-102.
- NIJMAN, Janne y Andre NOLLKAEMPER (2007): «Beyond the divide», en J. Nijman y A. Nollkaemper (eds.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford-New York: Oxford University Press, 341-360.
- NÚÑEZ, Constanza (2020): «Constitucionalismo cosmopolita», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 214-238.
- NUSSBAUM, Martha C. (2020): *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, Barcelona: Paidós.
- PETERS, Anne (2009): «The Merits of Global Constitutionalism», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 397-411.
- PETERS, Anne, Mariano J. AZNAR, e Ignacio GUTIÉRREZ (2010): *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- POIARES, Miguel (2003): «Contrapunctual Law: Europe's constitutional pluralism in action», en N. Walker (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 501-537.
- (2012): «Three Claims of Constitutional Pluralism», en M. Avbelj y J. Komárek (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 67-84.
- PUPPO, Alberto (2015): «Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a Principia iuris de Luigi Ferrajoli», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 31, 16-39.
- RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (2002): *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons.
- (2004): «La función y actualidad del pensamiento utópico (respuesta a Cristina Monereo)», *Anuario de filosofía del derecho*, 21, 439-462.
- RAWLS, John (2001): *El derecho de gentes: y «Una revisión de la idea de razón pública»*, Barcelona: Paidós.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2005): «Paz y democracia internacional», en L. Córdova y P. Salazar (eds.), *Política y derecho: (re) pensar a Bobbio*, México D.F: Siglo XXI- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 201-223.
- (2008): «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 355-367.
- SCHWÖBEL-PATEL, Christine (2011): *Global constitutionalism in international legal perspective*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.
- SOMEK, Alexander (2007): «Kelsen Lives», *European Journal of International Law*, 18, 409-451.
- (2012): «Monism: A tale of the undead», en M. Avbelj y J. Komárek (eds), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 343-379.

- STONE SWEET, Alec (2012): «A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe», *Global Constitutionalism*, 53-90.
- TORRE, Massimo La (2016): «El Brexit y la miseria del constitucionalismo global», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 64, 4-11.
- TURÉGANO, Isabel (2012): «Posibilidades y límites de un constitucionalismo mundial: ¿qué queda del constitucionalismo cuando lo globalizamos?», *Estudios de Deusto*, 60, 155-169.
- (2013): «Soberanía», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 154-162.
- (2018): «Derechos humanos, universalidad y cosmopolitismo», en Á. Ródenas (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Lima: Palestra, 61-101.
- VALENTINI, Laura (2017): *On the Messy «Utopophobia vs. Factophobia» Controversy: A Systematization and Assessment*, *Political Utopias: Contemporary Debates*, Edición de M. Weber y K. Vallier, Oxford: Oxford University Press.
- VELASCO, Juan Carlos (2016): «La política en la constelación posnacional. Una aproximación habermasiana al concepto de Estado», *Pensamiento*, 72, 523-543.
- VITALE, Ermanno (2006): «Rawls y el “Derecho de gentes”. Apuntes de lectura», *Isonomía*, 24, 115-134.
- (2009): «¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 63-73.
- WALKER, Neil (2008): «Taking Constitutionalism beyond the State», *Political Studies*, 56, 519-543.
- ZOLO, Danilo (2000): *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*. Barcelona: Paidós.

**Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.**

**Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.**