
6. La idea de derechos humanos ¿de dominio a crisis?

The idea of human rights: from hegemony to crisis?

Giuseppe Franco Ferrari

Universidad Bocconi
ferrari.giuseppe@unibocconi.it

Resumen: Este artículo analiza la evolución de los derechos humanos como «religión secular» desde la posguerra. Explora la transición hacia un constitucionalismo global que integra el derecho internacional y doméstico, situando a la persona como sujeto central. Sin embargo, este paradigma enfrenta desafíos críticos: crisis globales como pandemias y guerras, y críticas ideológicas contra su pretendida universalidad. Pese a la polarización y el desorden internacional actual, el autor sostiene que los derechos humanos siguen siendo una matriz esencial para transformar el orden global.

Palabras clave: Derechos humanos, constitucionalización, derecho internacional, desorden global.

Abstract: This article analyzes the evolution of human rights as a "secular religion" since the post-war era. It explores the transition toward a global constitutionalism that integrates international and domestic law, placing the individual as the central subject. However, this paradigm faces critical challenges: global crises like pandemics and wars, and ideological critiques against its claimed universality. Despite current polarization and international disorder, the author argues that human rights remain an essential matrix for transforming the global order.

Keywords: Human rights, constitutionalization, international law, global disorder.

I. El éxito de la cultura de los derechos humanos

Los derechos humanos han sido, indiscutiblemente, la religión secular de la segunda mitad del siglo XX, o al menos «partecipano di molti dei caratteri delle grandi religioni tradizionali» («participan de muchos de los caracteres de las grandes religiones tradicionales»)¹. No puede haber duda de que realmente han representado «the dominant language of the public good around the globe», en palabras de Michael Ignatieff², o «the egemonic language» en las de Andrés Sajó³. Las enfáticas descripciones doctrinales, provenientes de estudiosos de todas partes del mundo, de diferentes afiliaciones disciplinares y de diversísimas convicciones ideológicas, son unánimes. Michel Villey escribía en 1983⁴ que «les droits de l'homme n'ont plus que des amis»; Renata Salecl hablaba en 1994⁵ de un «assunto incontestabile e persino sacro, l'ultimo universale superstite nel mondo post-moderno, l'ultimo residuo di iluminismo a mantenere il suo carattere universale, capace di funzionare come imperativo normativo al di là di politica e leggi» («supuesto incontestable e incluso sagrado, el último universal superviviente en el mundo posmoderno, el último residuo de la Ilustración que mantiene su carácter universal, capaz de funcionar como imperativo normativo más allá de la política y las leyes»). Ignatieff los describe además como la «lengua franca del siglo XX»⁶ o idolatría, mientras que Ran Hirschl recurre al concepto de «teocracia constitucional»⁷.

Que se trata no solo de una ideología que se ha dotado de una robusta instrumentación jurídica hasta convertirse en el tema crucial del debate publicístico, sino también de una suerte de lugar simbólico de la comunicación discursiva global, lo confirma, entre otras cosas, su utilización en casi todos los métodos de *ranking* empleados para medir el índice de democracia de los diversos sistemas institucionales, ya sean elaborados por organi-

1 A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, La-terza, 2005, 231 ss.

2 M. IGNATIEFF, *The Rights Revolution*, Toronto, House of Anansi Press, 2007, 176.

3 A. SAJÓ, «The Fate of Human Rights in Indifferent Societies», in A. SAJÓ, R. UÍTZ (Eds.), *Critical Essays on Human Rights Criticism*, Eleven, Leiden, 2020, 15 ss.

4 M. VILLEY, *Le droit e les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 17.

5 R. SALECL, *The Spoils of Freedom, psychoanalysis and feminism after the fall of socialism*, London-New York, Routledge, 1994, 112.

6 M. IGNATIEFF, *Human Rights as Policy and Idolatry*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2001, 53.

7 R. HISCHL, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

zaciones internacionales⁸, por Estados⁹ o por sujetos privados¹⁰. Ante la opinión pública mundial, los derechos humanos se han convertido en sinónimo de democracia y/o *rule of law*, dando así pleno cumplimiento a la profecía o quizás ya a la constatación de Bobbio¹¹, aunque, como es sabido, nunca ha faltado quien cree que la insaciabilidad de los derechos es, por el contrario, profundamente antidemocrática, en cuanto reduce la esfera de materias disponibles para las mayorías en favor de aristocracias jurisdiccionales¹².

Todos los formantes han contribuido a hacer de los derechos humanos la idea-fuerza de la segunda mitad del siglo XX, en ambas vertientes del derecho público.

II. El reconocimiento de los derechos humanos a nivel supranacional y la constitucionalización del derecho internacional

El derecho internacional, ante todo, generó el verdadero cambio de paradigma con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948. La voluntad de superar el despiadado positivismo que había conducido a la aniquilación

-
- 8 Como el de la Unión Europea, EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World, 2021 Country Updates, accesible en [enlace] o el Global Democracy Index de la Unesco, nacido en 2006 y articulado en World Trends referidas a libertades individuales (como Freedom of expression and media development) o el del Alto Comisionado de la ONU; Universal Human Rights Index, <https://uhri.ohchr.org> o también el de la Office for Democratic Institutions and Human Rights OSCE, Democracy and Human Rights in the OSCE: The ODIHR Annual Report 2022, <https://www.osce.org/odihr/annual-report/2022>. Diferente por técnicas y propósito es el Better Life Index de la OCDE, que de todos modos tiene en cuenta diversas prestaciones sociales y la seguridad.
- 9 Como el redactado por el Departamento de Estado estadounidense: U.S. Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, 2021 Country Reports on Human Rights Practices, Washington, 2022.
- 10 Como el World Justice Project Rule of Law Index 2022, Washington, 2022 o el Human Freedom Index 2022, editado por el Cato Institute y el Fraser Institute, Washington y Vancouver o el Amnesty International Report 2022/2023, The State of the World's Human Rights, London, 2023, el Democracy Index 2022 de la Economist Intelligence Unit, London, o finalmente el Freedom score de Freedom House, Washington, 2023.
- 11 N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1989, 1992, 58 ss.
- 12 Así A. PINTORE, «Diritti insaziabili», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, editado por E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, 179 ss. La idea de la insaciabilidad de la Constitución tiene en realidad una sólida base doctrinal en los Estados Unidos. Cfr. por ejemplo A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, en 70 S. Cal. L. Rev. 417 (1997).

del individuo y a la incontenibilidad de un poder estatal ilimitado desemboca en un ímpetu iusnaturalista que contiene en sí al menos ciento cincuenta años de luchas y supera cualquier versión anterior, de cualquier signo ideológico. Los impulsos universalizadores de la Declaración francesa del 89 y aquellos con acentos muy distintos de la Declaración de Independencia americana habían agotado su empuje con las constituciones y los códigos, que los habían territorializado absorbiéndolos en la dimensión nacional y, al menos en Europa poco después, en la estatal. Los derechos humanos habían quedado así anulados en los del ciudadano, dejando sin embargo trágicamente al descubierto espacios de tutela potencialmente enormes en todos los casos en los que el sujeto se encuentra extrañado de la comunidad de procedencia, como observó de manera magistral Hannah Arendt¹³. La lógica de la pertenencia había alcanzado su punto culminante en la era de los imperialismos, para retomar cuerpo con más fuerza que antes en un contexto más fragmentado, quizá con la única y demasiado breve excepción de la experiencia de Weimar.

La Declaración de 1948 invierte *en nuce* el marco de referencia del pasado liberal, afirma de modo expreso y solemne la anterioridad e inviolabilidad de los derechos, abre el camino al pleno despliegue del principio de igualdad y, potencialmente, sienta las bases para eliminar los focos de desigualdad que constituían el lado oscuro de los derechos del Estado liberal, como los referidos al colonialismo, el trato a los pueblos aborígenes, la apatridia y, tal vez, incluso el eurocentrismo de los valores.

La contribución del derecho internacional a la protección de los derechos humanos ha proseguido después imparable en muchas otras formas. Ante todo, mediante la transformación de declaraciones y acuerdos no imperativos en derecho internacional positivo y vinculante, y luego en *ius cogens*, con fuerza normativa superior. Esta evolución, en el caso de la Declaración, se produjo a lo largo de décadas, contando también con el apoyo de los formantes doctrinal y jurisprudencial¹⁴. Una trayectoria en cierto modo análoga experimentó en la Unión Europea la Carta de Niza, aprobada inicialmente como acuerdo intergubernamental¹⁵, ignorada durante una década por el Tribunal de Justicia y citada solo esporádicamente por el Tribunal de Primera Instancia, pero valorada por la doctrina y elevada a rango primario solo con el Tratado de Lisboa¹⁶. Para decirlo con Luhmann¹⁷, una suerte de reproducción autopoyética impulsada por la fuerza de la idea. En segundo lugar, la proliferación, bajo el auspicio de los Estados, señores de los tratados, de las

13 H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, Schocken Books, 1951.

14 J. VON BERNSTORFF, «The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law», in 19 *European Journal of International Law* 903 (2008).

15 Cfr. G.F. FERRARI, «I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali», en *IDEM, I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 41 ss.

16 S. DOUGLAS-SCOTT, «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon», en 11 *Human Rights Law Review* 645 (2011).

17 N. LUHMANN, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 1984 e *Einführung in die Systemtheorie*, VIII ed., Heidelberg, Carl-Auer-Systeme, 2002. La idea ha sido retomada y desarrollada por G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993.

Convenciones internacionales promovidas por las Naciones Unidas para la protección de derechos, con especial atención a categorías débiles y subprotegidas. Entre 1965 y 1990 se suceden al menos siete, obteniendo, salvo la última, la firma de un número altísimo de Estados: ICERD¹⁸, ICCPR¹⁹, ICESCR²⁰, ICEDAW²¹, CAT²², CRC²³, ICRMW²⁴. La tendencia no se extingue inmediatamente tras el fin de la Guerra Fría, sino que, por el impulso inicial, conoce nuevos desarrollos con la adopción de la ICPED²⁵ y la CRPD²⁶ en 2006²⁷.

Las Convenciones y sus protocolos a menudo van más allá de las disposiciones garantistas de muchas constituciones estatales avanzadas, introduciendo nuevos derechos y dotándolos de mecanismos de tutela frente a los Estados, empezando por los *Committees* encargados de la vigilancia, el control, la recopilación de datos y la recepción de peticiones individuales, así como la creación de la *UN Commission on Human Rights* (desde 2006, *UN HR Council*). En términos constitucionalistas de evolución del tratamiento de los derechos, se trata del conocido fenómeno de reparticularización de la tutela, llevado a cabo a nivel global sobre la base de categorías del derecho constitucional. No es que hayan faltado ambigüedades y genericidad en el *drafting*, remisiones a leyes estatales, introducción de límites vagos a las tutelas (como la seguridad, a su vez garantizados también como derechos)²⁸, o debilidades estructurales de los sujetos encargados de las verificaciones y la tutela, tanto en la gestión de las denuncias como en las intervenciones sobre los países firmantes. El propio *UN High Commissioner*, creado en 1993, desempeña más bien un papel político de asistencia y asesoramiento²⁹.

18 Adoptada en 1965, entrada en vigor en 1969, 182 ratificaciones.

19 Adoptada en 1966, entrada en vigor en 1976, 173 ratificaciones.

20 Adoptada en 1966, entrada en vigor en 1976, 161 ratificaciones.

21 Adoptada en 1979, entrada en vigor en 1981, 189 ratificaciones.

22 Adoptada en 1984, entrada en vigor en 1987, 173 ratificaciones.

23 Adoptada en 1989, entrada en vigor en 1990, 196 ratificaciones.

24 Adoptada en 1990, entrada en vigor en 2003, solo 58 ratificaciones.

25 Entrada en vigor en 2010, solo 70 ratificaciones.

26 Entrada en vigor en 2008, 186 ratificaciones. Datos ONU, disponibles en <https://indicators.ohchr.org/>, actualizado al 21 de febrero de 2023.

27 Las síntesis de la materia y las recopilaciones de documentos son numerosísimas: cf. por ejemplo *UN Human Rights. A Compilation of International Texts*, New York, 2002; H.J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context*, III ed., Oxford, Oxford University Press, 2007; M.S. MCDUGAL, H.D. LASSWELL, L. CHEN, *Human Rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Rights Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2019; O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

28 Cfr. por ejemplo L. LAZARUS, «The Right to Security», en *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Edward Elgar, 2022, y antes *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, cap. 23.

29 V. por ejemplo C. BROEKER, F.D. CHRISTEN, *The United Nations Commissioner for Human Rights: conscience for the world*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.

Más allá de la proliferación de convenciones universales, así como de varias regionales no menos importantes, el derecho internacional ha influido en la emergencia de la centralidad de los derechos humanos de muchas otras formas. Por lo demás, el nexo de causalidad ha sido recíproco, porque no cabe duda de que ha sido la creciente fuerza de la ideología de los derechos humanos la que ha servido de motor para la transformación del derecho internacional público: ciertamente no el único, pero sí el más importante. La tutela del medio ambiente y la necesidad de regular la explotación de los recursos naturales han sido otra fuerza creativa importantísima³⁰, generadora de creación de instituciones (*institution building*). No obstante, esta rama del derecho internacional también se ha venido desarrollando en correlación con derechos humanos sustanciales y procedimentales³¹, no pocas veces por efecto de litigios ante tribunales internacionales. Consideraciones análogas son válidas, aunque referidas a una época más reciente, para el cambio climático³² y para la energía³³.

La aparición de la persona, física y también jurídica, como sujeto del derecho internacional —según muchos, quizás incluso ya como el primer y más importante sujeto³⁴—; el crecimiento y la evolución de las organizaciones internacionales³⁵; la aparición de nuevos actores (*players*), las Organizaciones No Gubernamentales³⁶ y, en general, los actores no estatales (*non-State actors*) y la atribución a ellos de roles cada vez más relevantes en el funcionamiento de las organizaciones publicísticas; la transformación de la sociedad internacional en comunidad internacional, descrita por muchos ya como una transición de la coexistencia a la cooperación y a la constitucionalización³⁷, con una evidente verticalización semiconstitucional; la diferenciación del sistema de fuentes internacionales con la emergencia, junto al *jus dispositivum*, del *jus cogens* —prevista proféticamente por

30 Cf. sobre el tema la abundante literatura de derecho internacional ambiental, entre la cual, por ejemplo, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, Londres, Edward Elgar, 2016.

31 Ivi, ch. 7.

32 V. de hecho F. SINDICO, M.M. MBENGUE, K. MCKENZIE (Eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, Springer, 2021.

33 Cfr. recientemente M.M. ROGGENKAMP, K.J. DE GRAAF, R.C. FLEMING, *Energy Law, Climate Change and the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021.

34 Cfr. para todos *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; en los manuales italianos cfr. por ejemplo U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, III ed., Turín, Giappichelli, 2020.

35 La situación actual, por ejemplo, en J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, IV ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2022 y más sintéticamente *Advanced Introduction to the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015. Pero véase también J.K. COGAN, I. HURD, I. JOHNSTONE, *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

36 A.-K. LINDBLOM, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

37 W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York-London, Stevens & Sons, 1964; U.K. PREUSS, «Equality of States – Its Meaning in a Constitutionalized Global Order», in 9 *Chi. J. Int'l L.* 17 (2008).

unos pocos autores del pasado, como Caspar Bluntschli y Alfred Verdross³⁸, anticipada por el juez Tanaka en el caso *South Africa* de 1966, acogida después por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en los artículos 53 y 64³⁹ y, finalmente, incorporada no sin vacilaciones por la jurisprudencia⁴⁰; la aparición de las obligaciones *erga omnes*, hacia la comunidad internacional en su globalidad, en el caso *Barcelona Traction* de 1970 ante la Corte Internacional⁴¹; la aparición de catálogos de derechos no derogables, una suerte de *bill of rights* reforzada, en disposiciones como el art. 4 del ICCPR, el art. 15 del CEDH, el art. 27 de la CIDH, que sugiere una fundamentalidad de rango superior⁴² y diferentes estándares de protección, tema bien conocido en los sistemas constitucionales nacionales y en el derecho europeo incluso en su interacción⁴³; el crecimiento e incluso proliferación de organismos judiciales encargados de la tutela de los derechos humanos, simétrica a la dilatación de la esfera de estos últimos⁴⁴; la expansión del derecho penal internacional⁴⁵; la emergencia de técnicas interpretativas comunes o al menos el esfuerzo por elaborarlas frente a la fragmentación del derecho convencional en infinitos hilos⁴⁶; el progresivo desprendimiento en los tratados constitutivos de casi todas

38 J.C. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten, als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen*, Beck, 1868; A. VERDROSS, «Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law», in 60 *The American Journal of International Law* 55 (1966).

39 *Liberia v. South Africa* (18 julio 1966).

40 Se suelen citar las decisiones *Congo v. Uganda* (3 de febrero de 2006) de la Corte Internacional de Justicia y *Al-Adsani v. U.K.* de la Corte de Estrasburgo (21 de noviembre de 2006). En general sobre el tema véase U. LINDERFALK, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019.

41 *Bélgica v. España* (24 de julio de 1964).

42 La teoría clásica, consolidada tras la Conferencia Mundial de Teherán sobre los derechos humanos de 1968, afirmaba la indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, pero algún autor, incluso en este sector del derecho público, ha comenzado a sostener que la extensión de las listas hace que la tutela sea problemática y que debería existir, por tanto, una *short list of core rights*: Véase, por ejemplo, J.W. NICKEL, «Rethinking Indivisibility», en 30 *H. Rs. Quart.* 984 (2008).

43 D. SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», in 50 *Common Market Law Review* 1267 (2013); M. DE VISSER, «National Constitutional Courts, the Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in a Post-Charter Landscape», in 15 *Human Rights Review* 39 (2014).

44 Cfr. ya Y. SHANI, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

45 Sobre el cual cfr. para todos P. DASCALOPOULOU-LIVADA, *Contemporary Issues in International Law*, The Hague, Eleven, 2019.

46 A. VAN AAKEN habla de defragmentación del derecho internacional a través de la interpretación: cfr. *Defragmentation of Public International Law through Interpretation. A Methodological Proposal*, en 16 *Ind. J. Of Glob. Leg. Studies* 483 (2009). Luego E. RITER, H. DE WAELE, «Evolving Principles of International law», en *Studies in Honour of Karel C. Wellens*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2012, caps. 7 y 15, Cfr. También G. PASCALE, S. TONIOLO (Eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Nápoles, ESI, 2022, especialmente 1 ss., 211 ss., 377 ss.

las organizaciones internacionales de complejos de normas que tienden a ser calificadas como sustancialmente constitucionales⁴⁷; el nacimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos como derecho humano de disfrute colectivo, con enormes consecuencias relativas a la intervención externa en caso de violaciones graves y prolongadas de derechos humanos⁴⁸.

En síntesis extrema, la verticalización, la jerarquización y la jurisdiccionalización del derecho internacional público, que se iniciaron a partir de la Declaración de 1948, están en gran parte relacionadas con la ideología de los derechos humanos, aunque sea en una espiral de causalidad recíproca. Casi nada en las categorías conceptuales precedentes, en el derecho público internacional y, paralelamente, en el doméstico, ha podido permanecer intacto.

Incluso la jurisprudencia del órgano judicial de la WTO, iniciada en 1995, se ha movido —aun abordando temáticas de inversiones y comercio— en el cauce de garantías procedimentales y sustanciales para los derechos. Quizás no del todo sorprendentemente, debiendo la WTO legitimarse, en la transición del sistema GATT/TRIPS a la nueva situación global, también a los ojos de las naciones menos ricas y desarrolladas⁴⁹.

La teoría y la práctica del reconocimiento de nuevos Estados han sido radicalmente modificadas: de la autosuficiencia de los tres elementos clásicos de la estatalidad y de la irrelevancia de elementos axiológicos, a los presupuestos de admisión previstos por los arts. 1 y 55 de la Carta de la ONU, a los requisitos de democraticidad deducibles de la ICPRC y a la interpretación del art. 2.7 de la Carta de la ONU, al art. 7 del Tratado de la UE y al art. 9 de la Carta de los Estados Americanos, a las condiciones de admisión a la OTAN e incluso al Mercosur.

47 Cfr. A. ZIDAR, *The World Community between Hegemony and Constitutionalism*, The Hague, Eleven, 2019.

48 T. KAPITAN, «Self-Determination and International Order», in 89 *The Monist* 356 (2006).

49 Cfr. por ejemplo S.W. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 y M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; pero en síntesis también M.J. TREBILCOCK, J. TRACHTMAN, *Advanced Introduction to International Trade Law*, II ed., Cheltenham, Edward Elgar, 2015, 188 ss., 198 ss. Sobre la expansión como mancha de aceite de esta línea interpretativa en las *business courts*, v. luego X. KRAMER, J. SORABJI (Eds.), *International Business Courts. A European and Global Perspective*, The Hague, Eleven, 2019. Sobre la casuística del *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), v. K. NADAKAVUKAREN SCHEFFER, *International Investment Law. Text, Cases and Materials*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, cap. 6. Finalmente, se ha formado ya una amplia literatura sobre la hipotética transfiguración del derecho de las inversiones en derecho transnacional: v. por ejemplo G.-P. CALLIESS, M. RENNERT, *Transnationalizing Private Law – The Private and the Public Dimensions of Transnational Commercial Law*, en 10 *German L. J.* 1341 (2009) y N.M. PERRONE, *International Investment Law as Transnational Law*, en P. ZUMBANSEN (Ed.), *Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 291.

La constitucionalización del derecho internacional, afirmada enfáticamente por muchos⁵⁰ y negada por algunos principalmente sobre la base del acercamiento nada perfecto al modelo ideal del Estado de derecho⁵¹, ni siquiera sería pensable sin el terreno de cultivo de los derechos humanos y el impulso de la «religión secular». La innegable conversión del derecho internacional público de una escueta suma de pocas reglas elementales descritas eficazmente por Heinrich Triepel y por Carl Schmitt a un «gentle civilizer of nations»⁵² simplemente nunca habría tenido lugar sin el circuito virtuoso de los derechos humanos.

III. La internacionalización del derecho constitucional y la emergencia de un constitucionalismo global

En la vertiente paralela del derecho constitucional, el ascenso irresistible de la ideología de los derechos humanos sigue una parábola análoga y recíprocamente integradora.

El constitucionalismo de la segunda posguerra, que recientemente se ha empezado a llamar 2.0, reaccionando a las atrocidades de los regímenes totalitarios recién derrotados y remitiéndose al modelo de Weimar, asume caracteres estructurales totalmente orientados a la centralidad de la persona y a la protección de los derechos humanos, dando vida a un *blueprint* ejemplar. Rigidez de la Constitución y procedimientos agravados para evitar derogaciones y violaciones demasiado fáciles; sistemas axiológicos inspirados conjuntamente en el patrimonio de valores de la propia tradición y en el de la Declaración Universal, expresados en principios con contenidos no enteramente revelados y destinados a una explicación interpretativa gradual —que con Robert Alexy se

50 Cfr. sobre todo J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULF-STEIN (Eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, precursor de una corriente doctrinal ya muy consistente, pero v. antes también N. TSIGOURIAS (Ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, e ibídem W. WERNER, *The Never-ending Closure: Constitutionalism and International Law*, 329 ss.

51 V. por ejemplo en Italia M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2018, 97 ss.

52 En la conocida fórmula de M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2012. Sobre la evolución multiforme del derecho internacional en esta sede no pueden sino mencionarse B. FASSBINDER, A. PETERS, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; M.A. JOVANOVIĆ, *The Nature of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 y R.E. FIFE, *History and International Law: An Introduction*, en A. CIAMPI (Ed.), *History and International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, 2 ss.

llamarán mandatos de optimización⁵³—, no jerarquizados, con la posible excepción de la dignidad humana; jueces de la constitucionalidad de las leyes encargados de procesos discursivos entre todos los componentes de la cultura nacional, según una dialéctica bien descrita por la Escuela de Fráncfort⁵⁴; abandono de la separación de cuño hegeliano entre estructura pública y formas de la sociedad civil, con la consiguiente extensión de la materia constitucional, que tiende a volverse omnicompreensiva, fenómeno que luego será descrito como la insaciabilidad de las constituciones⁵⁵; apertura progresiva al derecho internacional, que conduce a la atenuación del dualismo clásico, pero no al monismo pleno (salvo excepciones menores como el modelo holandés⁵⁶); ratificación e incorporación de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, que crecen gradualmente en la jerarquía de las fuentes, alcanzando a menudo el valor de principios de rango constitucional o inmediatamente subconstitucional, unidas a catálogos de derechos con protección constitucional, a veces dotados del atributo de la fundamentalidad, aunque con efectos diversos según el caso; formulación de programas para la realización de una sociedad justa, según modelos ya sea neocontractualistas, de acción comunicativa o ética discursiva (à la Habermas y Luhmann), o comunitaristas.

La clásica estructura binaria del constitucionalismo liberal, formada por *bills of rights* domésticas y un *frame of government* destinado a protegerlas, sobrevive transfigurada. El concepto madisoniano de separación y articulación de poderes recíprocamente provistos de frenos y contrapesos⁵⁷ permanece para garantizar la forma de gobierno limitada⁵⁸, pero en un contexto mutado en el que la centralidad de los derechos impone una nueva moralidad⁵⁹.

-
- 53 R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1994, Suhrkamp Verlag, trad. it., Bologna, il Mulino, 2012, especialmente 101 ss.
- 54 J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1962, trad. it., Bari, Laterza, 1971. Cfr. también lo desarrollado anteriormente por M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, Amsterdam, Querido Verlag, 1947, trad. it., Torino, Einaudi, 1966.
- 55 A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, cit.
- 56 Permítase remitir a G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, cit., 65 ss. *Ibidem* una reseña de la posición del CEDH en los sistemas de fuentes de los ordenamientos europeos, sobre lo cual v. también L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002. En general, cfr. E. CANNIZZARO, B.I. BONAFÈ, *Beyond the Archetypes of Modern Legal Thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, en M. MADURO, K. TUORI, S. SANKARI (Eds.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 78 ss.
- 57 *Federalist Papers*, números 47, 51 y 78.
- 58 En la clásica formulación de M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Liberty Fund, 1967. V. ahora N. BARBER, *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 59 L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

El primer ciclo constitucional⁶⁰ de posguerra exalta los caracteres del nuevo constitucionalismo, aun sin caer en el derecho natural (citado de pasada solo en el texto de la GG); la Carta italiana recurre a la inviolabilidad para referirse a los derechos humanos; la francesa se limita a un rico preámbulo, que sin embargo llegará a constituir un *bloc de constitutionnalité* con la Declaración de 1789 y el catálogo de la Constitución de 1958 por efecto de la jurisprudencia del *Conseil*⁶¹. La fundamentalidad aparece solo en el contexto alemán, donde es recibida positivamente con referencia específica a las libertades negativas y regulada en sus efectos con absoluto rigor.

El ciclo de los años setenta, que coincide con el fin de las dictaduras en la Europa continental, se lleva a cabo con Cartas que aprovechan las experiencias del primero, incrementando los catálogos en la dirección de la (re)particularización objetiva y subjetiva e introduciendo algunas figuras de derechos que serán vinculadas a la categoría de la tercera generación a partir del congreso de París de la IACL de 1987⁶².

El tercer ciclo, activado en los primeros años noventa por la implosión del imperio soviético, recoge aparentemente todas las exigencias del «tiempo de la historia»⁶³: compacta en una dimensión temporal limitadísima adquisiciones de experiencias muy diversas y diluidas en recorridos históricos articulados; aplica una selección limitadísima de las *claims*, a riesgo de multiplicación e incluso de vulgarización⁶⁴, incorporando todo el núcleo de legitimidad de las sociedades democráticas y de sus instituciones e yendo incluso más allá, aumentando así el riesgo de discrepancia entre enunciación y efectividad. La prioridad lógico-jurídica de la persona es exaltada; la igualdad en el disfrute de los derechos es reforzada por la regulación detallada de las posibles limitaciones, incluidas las de emergencia; las cláusulas de apertura, la extensión de la titularidad a las personas jurídicas y las *perpetuity clauses* son acogidas con amplitud; la vida y la integridad física son protegidas con esmero, incluyendo la prohibición de la tortura, de la pena de muerte y de penas crueles o inhumanas, así como de tratamientos o experimentos científicos sin consentimiento; la dignidad es exaltada, a menudo integrada por el honor y el buen nombre; aparecen profusamente la privacidad, la reserva y el acceso y protección de datos; se incorpora con entusiasmo la economía de mercado, a veces con matices sociales, con marcadas protecciones para la propiedad y las inversiones (especialmente extranjeras) y plena incorporación de los derechos de prestación.

60 El recurso al concepto de «ciclo constitucional» se debe a G. MORBIDELLI, en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Bologna, il Mulino, 1995, 43 ss.; v. ahora la aplicación al derecho constitucional americano en J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

61 Décision n.º 71-44 DC du 16 juillet 1971; L. FA-VOREU, «Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», in M. WALINE (Ed.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Parigi, Éditions Cujas, 1975.

62 Algunos apuntes de historia en C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, 160 ss.

63 Como se expresa G. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, EUDEMA, 1991, trad. it., Milano, Giuffrè, 1993, 25 ss.

64 Terminología de F. LAPORTA, *Sobre el concepto de derechos humanos*, en Doxa, 1987, 43.

Los derechos de tercera generación entran masivamente, tanto en la versión de expectativas individuales (como el derecho al deporte), como en la de disfrute colectivo (como las pretensiones ambientales en minuciosas articulaciones referidas a seguridad e indemnización). Pero, sobre todo, se invoca sistemáticamente el derecho internacional, no solo el consuetudinario sino también el convencional, declarándolo a menudo prevalente sobre el derecho interno e imponiendo en muchos casos la interpretación conforme a las convenciones sobre derechos humanos o, en el caso de la Constitución heterodirigida de Bosnia, la tutela de los derechos según el mejor estándar internacional⁶⁵. En compensación, prescripciones muy detalladas se refieren a la regulación de la ciudadanía, los derechos a la etnia con variantes lingüística, alfabética y religiosa, la protección de las minorías étnicas y la condición del extranjero: anticipación de las problemáticas bálticas y, sobre todo, balcánicas. En conjunto, los juicios sobre este ciclo constitucional y de los derechos en Europa han oscilado desde la evaluación entusiasta de la intención de los *late comers* de dar un signo pronóstico kantiano de la disposición moral de la humanidad hacia el progreso, hasta un juicio quizás poco generoso de *Rank-Xerox Konstitutionalismus*⁶⁶.

Es en esta fase cuando las convenciones regionales y sus órganos judiciales —en forma plena en Europa, atenuada en América y en África, mínima y rudimentaria en Asia—, valorizados por las aperturas internacionalistas de las constituciones, generan el *multilevel constitutionalism*, con la elaboración de diversas técnicas interpretativas en la protección judicial de los derechos y la búsqueda del *better o best standard*, y según algunos (incluyendo en el diálogo europeo también al Tribunal de Justicia), de un *universalized maximum standard*⁶⁷.

En los años noventa del siglo XX, la caída de la lógica de bloques, la liberalización del comercio internacional y las otras fuerzas de la globalización generan rápidamente el nuevo arquetipo de constitucionalismo universalista que pronto es definido por muchos como *Constitutionalism 3.0*⁶⁸, una vez más gracias también al impulso de los derechos humanos. La creciente interdependencia entre derecho constitucional y derecho internacional determina una desvinculación parcial del orden político global de los lazos hacia el territorio y la comunidad social de pertenencia. El modelo universalista se inspira, al menos en principio, en ideales cosmopolitas y tiende a imponer que los desafíos derivados de la interdependencia sean abordados a nivel global. La legitimación de la autoridad estatal ya no deriva solo de las relaciones clásicas con el territorio⁶⁹ y la población, sino de la capacidad del ordenamiento para ajustarse a normas aplicables a todos los Estados. La propia soberanía se vuelve condicionada al respeto de normas internacionales que los Estados están obligados a observar y a aplicar constructivamente. Los valores y

65 Cfr. el análisis de G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, cit., 7-33.

66 H. SCHREINER, «Grundrechte und Landesverfassungen», in 54 *Zeitschrift für öff. Recht* 89 (1999).

67 Cfr. L.F.M. BESSELINK, «Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union», in 35 *C. Mkt. L. Rev.* 629 (1998).

68 V. ahora por ejemplo A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1-35.

69 Cfr. por ejemplo R. MICHAELS, «Territorial Jurisdiction after Territoriality», en P.J. SLOT, M. BULTERMAN (Eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Leiden, Kluwer Law International, 2004 y G. SCACCIA, «Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio económico», en *Rivista AIC*, 2017.

principios del derecho público interno y del internacional se identifican cada vez más en plataformas comunes a ambos ordenamientos, que se vuelven estrechamente conectados, aun sin alcanzar el monismo. Su positivación se beneficia de la creciente apertura del derecho interno a la incorporación del internacional. Los mismos procesos constituyentes y los procedimientos de revisión constitucional se inspiran en medida creciente en el derecho internacional, especialmente en el humanitario, y contribuyen así a positivarlo⁷⁰.

Se habla, pues, de constitucionalismo global⁷¹ o transnacional, utilizando la fórmula que Norman–Angell Lane⁷² había acuñado con fines retórico–figurativos y que Philip Jessup había utilizado para describir futuras evoluciones del derecho internacional⁷³. El ámbito del derecho constitucional es, en cualquier caso, erosionado por fuentes externas, especialmente en la esfera de los derechos, en parte vaciado a través de la imposición o la aceptación espontánea de normas internacionales que a menudo se dirigen directamente a los ciudadanos saltándose a los Estados. Estos, al suscribir y progresivamente integrar tratados, delegan poderes o fragmentos de poderes semilegislativos y cuasijurisdiccionales a entidades supranacionales. Como es sabido, este fenómeno se describe como desnacionalización o desterritorialización del derecho constitucional⁷⁴, que algunos leen incluso como su ocaso⁷⁵. La propia clasificación de los modelos dualistas y monistas en la relación con el derecho internacional ha acabado por perder mucha de su utilidad⁷⁶. La pirámide de fuentes kelseniana parece haber sufrido una deconstrucción, cediendo el paso a modelos pluralistas reticulares⁷⁷, aunque no sea necesario acceder a la propuesta

-
- 70 La literatura sobre el tema ha alcanzado ya dimensiones desbordantes: en síntesis, sin embargo, *cfr.* por ejemplo M.A. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2005; V.C. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2010; C.J. BECK *et al.*, «World Influences on Human Rights Language in Constitutions: A Cross–National Study», en 27 *Int'l Soc.* 483 (2012); D.S. LAW, «Constitutional Archetypes», en 95 *Tex. L. Rev.* 153 (2016); J. TULLY, J.L. DUNOFF, A.F. LANG, JR., M. KUMM, A. WIENER, Editorial. «Introducing Global Integral Constitutionalism», en 5 *Global Constitutionalism* 1, 3 (2016).
- 71 V. por ejemplo J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The constitutionalization of International Law*, cit., 32.
- 72 RALPH NORMAN ANGELL–LANE, 1874–1967, premio Nobel de la Paz 1933 y miembro de la Cámara de los Comunes de 1929 a 1931, autor de *The Great Illusion. A Study of the Relation of Military Power in Nations to Their Economic and Social Advantage*, Toronto, McLelland and Goodchild, 1909/1911 y *The Fruits of Victory*, London, W. Collins Sons & Co., 1921.
- 73 1897–1986, de 1925 a 1961 profesor de derecho internacional en la Columbia Law School, autor de *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.
- 74 *Cfr.* por ejemplo D. GRIMM, *The Constitution in the Process of Denationalization*, en 12 *Constellation* 447 (2005) y G. DE BÚRCA, O. GERSTENBERG, *The Denationalization of Constitutional Law*, en 47 *Harv. Int'l L.J.* 243 (2006).
- 75 *Cfr.* sobre todo M. LOUGHLIN, P. DOBNER, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- 76 *Cfr.* por ejemplo R.R. LUDWIKOWSKI, *Supreme Law or Basic Law – The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy*, en 9 *Cardozo J. of Int'l & Comp. L.* 253 (2001); K. LACHMAYER, *The International Constitutional Law Approach*, en *Vienna online J. of Int'l. Const. L.* 91 (2007).
- 77 A. HAMANN, H. RUIZ FABRI, *Transnational Networks and constitutionalism*, in 6 I–CON 481 (2008).

teubneriana de *societal constitutionalism*⁷⁸. Los vínculos y principios mismos del derecho internacional, especialmente del humanitario, son a menudo empleados o invocados como escudo defensivo, como en el caso de Hong Kong⁷⁹, aunque sin éxito. Y recíprocamente como justificación de operaciones de policía internacional con recurso a la guerra en función de *peace keeping* o *peace restoring*⁸⁰. Se plantea la posibilidad de declaraciones de inconstitucionalidad de enmiendas constitucionales por razones supranacionales⁸¹ y también el recurso al derecho internacional como instrumento interpretativo del derecho constitucional doméstico⁸². Se lamenta incluso cierta estilización servil de las constituciones, en particular en el sector de los derechos por efecto de una estandarización de derivación global⁸³.

La lectura de la tendencia de acercamiento e intersección del derecho constitucional y del derecho internacional bajo la clave de los derechos⁸⁴ se ha visto obviamente complicada por la sucesión de crisis que ha afectado al sistema globalizado desde el cambio

-
- 78 G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2012, trad. it. Milano-Torino, Bruno Mondadori, 2012. Antes v. D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992. V. ahora J. PRIBÁÑ, *Constitutional Imaginaries. A Theory of European Societal Constitutionalism*, London, Routledge, 2020. Teubner, por otra parte, considera que la globalización no fue la causa desencadenante de los problemas del constitucionalismo, que llevaba en sí déficits de fondo debidos también a la fragmentación del cuerpo social en la estructura del Estado-nación; por lo tanto, no habría necesidad de un constitucionalismo compensatorio en el sentido de A. PETERS, «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», en 19 *Leiden J. Int'l L.* 579 (2006).
- 79 Cfr. por ejemplo A.H.Y. CHEN, «International Human Rights Law and Domestic Constitutional Law: Internationalisation of Constitutional law in Hong Kong», en 4 *Nat. Taiwan L. Rev.* 237 (2009).
- 80 Sobre cuya historia cfr. para todos G.H. FOX, *Humanitarian Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- 81 S.J. SCHNABLY, «Emerging International Law Constraints on Constitutional Structure and Revision: A Preliminary Appraisal», en 62 *U. Miami L. Rev.* 417 (2008) e Y. ROZNAI, «The Theory and Practice of "Supra-Constitutional" Limits on Constitutional Amendments», en 62 *Int'l & Comp. L. Q.* 557 (2013).
- 82 Cfr. N. KOLT, «Cosmopolitan Originalism: Revisiting the Role of International Law in Constitutional Interpretation», en 41 *Melbourne L. J.* 182 (2017).
- 83 V. por ejemplo D.S. LAW, «Generic Constitutional Law», en 89 *Minn. L. Rev.* 652 (2005); C.J. BECK *et al.*, «World Influences on Human Rights Language in Constitutions: A Cross-National Study», en 27 *Int'l Soc.* 483 (2012) e D.S. LAW, M. VERSTEEG, «The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism», en 99 *Calif. L. Rev.* 1163 (2011); G. FRANKENBERG, «Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer», en *IDEM* (Ed.), *Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.
- 84 Sobre lo cual, por ej., J.E. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER (Eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

de milenio. El constitucionalismo 3.0 no por casualidad ha sido también definido como *emergency constitutionalism*⁸⁵ o *constitutionalism for the time of crises*⁸⁶. El terrorismo internacional, la crisis de los mercados, la pandemia, la guerra en Europa oriental, la crisis energética y el cambio climático han puesto a prueba y contribuido a conformar el constitucionalismo global, con resultados contradictorios en general y en el campo específico de los derechos humanos. Cada uno de los factores de crisis ha sido objeto de exámenes y profundizaciones, con resultados al menos contrastantes.

La reacción al terrorismo, por ejemplo, ciertamente ha reforzado el papel de las Naciones Unidas y en especial del Consejo de Seguridad —convertido, según muchos comentaristas, en hipertrófico—, pero también ha dado vida a entidades reguladoras especializadas con un proceder no del todo transparente y obviamente carentes de legitimación democrática; ha atenuado la protección de los derechos humanos tanto en los ordenamientos de democracia consolidada (algunos de los cuales, por lo demás, carentes de regulación de la emergencia en sus respectivas constituciones), como en aquellos de democracia reciente o insegura, en los que las medidas antiterroristas han proporcionado el pretexto para una compresión de las minorías o, en cualquier caso, para una disminución generalizada de la tutela de los derechos, si no para verdaderas represiones, y más en general ha introducido la habituación al paradigma de la excepción⁸⁷; ha creado nuevos casos de pérdida sancionadora de la ciudadanía y una difusión de controles más severos hacia los no ciudadanos; ha reabierto la puerta a casos de tortura, de captura y entrega sin autorización judicial (*extraordinary rendition*), de detenciones prolongadas sin juicio; ha devuelto una relevancia imprevisible al secreto de Estado; ha valorizado de nuevo el concepto de seguridad, que incluso ha sido transformado en la jurisprudencia multinivel de límite objetivo a los derechos a derecho individual que debe equilibrarse con los civiles tradicionales⁸⁸; ha inducido a tribunales nacionales e internacionales a tomar decisiones al menos poco liberales⁸⁹.

85 B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», en 113 *Yale L. J.* 1029 (2004). Cfr. también, con referencia al contexto estadounidense, la réplica de L.H. TRIBE y P.O. GUDRIDGE, «The Anti-Emergency Constitution», en 133 *Yale L. J.* 1801 (2004). V. también A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS, *Constitutionalism under Stress*, Oxford, Oxford University Press, 2020; M. BELOV (Ed.), *Courts and Judicial Activism under Crisis Conditions. Policy Making in a Time of Illiberalism and Emergency Conditions*, London, Routledge, 2022.

86 M. BELOV, «Rule of law and democracy in times of transitory constitutionalism, constitutional polycrisis and emergency constitutionalism: Towards a global algorithmic technocracy?», en M. BELOV (Ed.), *Rule of Law in Crisis. Constitutionalism in a State of Flux*, Oxon-New York, Routledge, 2023. Cfr. también R. ALBERT, Y. ROZNAI, *Constitutionalism Under Extreme Conditions. Law, Emergency, Exception*, Cham, Springer, 2020.

87 Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

88 V. en particular J. WALDRON, *Torture Terror and Trade-Offs*, Oxford, Oxford University Press, 2010, chs. 2 y 5. Y, en la doctrina italiana, cfr. G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

89 La referencia es obviamente a la Corte cost. 11 de marzo de 2009, n. 106, en *Giur. cost.*, 2009, 951, sobre la cual Corte EDU, IV sez., ric. 44883/09, sent. *Nasr y Ghali c. Italia*, 23 de febrero de 2016; a los casos de la Corte Suprema USA *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542

La crisis financiera ha sacudido los dogmas del credo neoliberal, activado una tendencia temporal de regulación nacional y supranacional de la economía, devuelto al Estado el papel de salvador de empresas, cambiado en Europa los parámetros de las ayudas públicas y relanzado el debate sobre la gobernanza económica y fiscal⁹⁰, puesto de nuevo en discusión las formas y límites de la autonomía contractual⁹¹, agravado la crisis de los sistemas de bienestar y puesto en riesgo el disfrute efectivo de los derechos sociales, ya amenazados por políticas restrictivas.

La emergencia sanitaria ha cuestionado el papel de vigilancia y guía de la WHO, causado medidas de limitación de numerosos derechos de libertad civil y social por tiempos prolongados, reforzado el papel de los Ejecutivos y generado alteraciones relevantes de los sistemas de fuentes en favor de los actos administrativos, puesto en todas partes a prueba la relación entre niveles de gobierno en todas las formas de Estado compuestas, y acentuado la jurisdiccionalización de los conflictos entre derechos⁹².

La guerra ruso-ucraniana ha hecho redescubrir horrores y groseras violaciones de los derechos humanos en el corazón de Europa, inducido una carrera armamentista generalizada, cuestionado el papel de la ONU, las solidaridades armadas y las capacidades mediadoras de los Estados, recordado las dificultades de información al público cargadas de contenidos ético-políticos tendentes a la retórica y a la radicalización, puesto a prueba las relaciones entre Gobiernos y Legislativos sobre el apoyo militar en muchos países de democracia consolidada, influido en los suministros alimentarios y energéticos a gran parte del mundo y, por tanto, en las expectativas más elementales de supervivencia de numerosas poblaciones, y desordenado y reordenado alianzas en el escenario geopolítico mundial⁹³.

U.S. 507 (2004) y *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), pero *cfr.* también *Boumediene et al. v. Bush*, 563 U.S. 723 (2008). Sobre el tema *v.* para todos A. VEDASCHI, K.L. SCHEPPELE (Eds.), *9/11 and the Rise of Global Anti-Terrorism Law. How the UN Security Council Rules the World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

90 *Cfr.* por ejemplo A. SOMMA, «L'Unione Europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo liberale di successo», en *Ragion pratica*, 2023, 16 ss. C. FORTE, «La nuova governance fiscale europea: quali possibili riflessi sull'ordinamento interno?», en *Osservatorio costituzionale*, 2023, 222 ss.

91 *V.* por ejemplo L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

92 *Cf.* para todos *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Actas del XXXV Congreso anual de la Asociación Italiana de Constitucionalistas, 4 de diciembre de 2020, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2021; A. CANTARO, *Postpandemia, pensieri (meta)giuridici*, Turín, Giappichelli, 2021; C. CAPOLUPO, R. MANFRELLOTTI (a cargo de), *Emergenza pandemica disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2022, así como las secciones monográficas de *DPCE online* a cargo de M. GRAZIADEI, A. SOMMA, A. VEDASCHI, *Diritto e pandemia tra rotture e continuità*, 2023, 395 ss. y A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, «Post-Pandemic Constitutionalism: Covid-19 as a Game-Changer for «Common Principles?»», en 44 *U. Pa. J. Int'l L.* 815 (2023).

93 *Cf.* para todos G. AZZARITI (a cargo de), *Il costituzionalismo democratico può sopravvivere alla guerra?*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2022; A. SOMMA, «Verso l'economia di Guerra», en *La*

La crisis energética y el cambio climático⁹⁴ han operado conjuntamente sacando a la luz las conocidas dificultades del sistema tierra para soportar un desarrollo cada vez menos sostenible; han planteado dudas no solo sobre la suficiencia de las constituciones estatales, aunque cada vez más orientadas a valorar los derechos ambientales⁹⁵, sino también sobre la eficiencia del derecho internacional ambiental fundado predominantemente en acuerdos entre Estados y, en esencia, orientado a la salvaguardia de la ortodoxia neoliberal; han barajado de nuevo las cartas del comercio internacional, ya puesto a prueba por los eventos de emergencia anteriores⁹⁶; y han puesto en primer plano la sensibilidad hacia reglas constitucionales y posiblemente internacionales que desplacen el equilibrio ambiental de un eje antropocéntrico a uno ecocéntrico, como en parte parece haber sucedido en el llamado constitucionalismo andino⁹⁷, sobre todo en la parte en la que se introducen acciones populares en defensa del ecosistema, quizás a riesgo de activar instintos populistas.

Finalmente, la crisis migratoria sin precedentes, distribuida a lo largo del nuevo milenio, ha reabierto en todas partes las tradicionales *querelles* sobre el estatus de extranjero, sobre los límites de la acogida y del asilo, y sobre los vínculos internacionales de los ordenamientos constitucionales⁹⁸.

fionda, 7 de junio de 2023 y E.U. PETERSMANN, «International Economic Law in the "Asian Century"», en *J. of Int'l Economic L.* (2023).

- 94 Baste aquí recordar, dentro de la ya inmensa literatura existente, F. BIERMANN, R.E. KIM (Eds.), *Architecture of Earth System Governance: Institutional Complexity and Structural Transformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020; W.F. BABER, R.V. BARTLETT, *Democratic Norms of Earth System Governance. Deliberative Politics in the Anthropocene*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021 y, por último, A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'antropocene*, en *DPCE online*, 2023, número especial al cuidado de D. Amirante y R. Tarchi, *Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal diritto comparato*, 275 ss.
- 95 Cfr. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, il Mulino, 2022.
- 96 V. E. REID, *Balancing Human Rights: Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oxford-Portland, Bloomsbury, 2017.
- 97 M. CARDUCCI, *Costituzionalismo emancipatorio e «ciclo progressista» in America Latina*, en *DPCE*, 2018, 107 ss. y S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2019.
- 98 Cfr. G.F. FERRARI, Informe de clausura, en *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Actas del XXIV Congreso anual AIC, Napoli, Jovene, 2010, 461 ss.

IV. Las críticas a la pretensión universalizadora de los derechos humanos y la difusión de concepciones minimalistas

Tras el fin de la Guerra Fría y la manifestación de ese complejo de fenómenos que se ha terminado por llamar globalización, la supremacía cultural y normativa de la categoría de los derechos humanos parecía a punto de alcanzar su plena afirmación teórica y efectiva en ambas vertientes del derecho público, orientadas a la búsqueda de una *governance* global transnacional. La remodelación del comercio internacional parecía sellar la búsqueda de un nuevo orden transnacional equilibrado, necesariamente inspirado en el núcleo ideal de la protección de los derechos humanos. El fin de la historia, vaticinada por Fukuyama⁹⁹, se conjugaba con el fin de la geografía¹⁰⁰.

En cambio, aún no se había apagado la voz de Norberto Bobbio, su principal defensor junto a Gregorio Peces-Barba Martínez, cuando, con la superposición de tendencias típica de las épocas de transición, emergían señales de un verdadero *backlash*¹⁰¹. Voces diversamente críticas empezaban, de hecho, a levantarse de autores individuales o de corrientes de pensamiento situables en los más diversos ámbitos disciplinares e ideológicos, hasta formar un coro discordante pero ensordecedor¹⁰².

-
- 99 F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, London–New York, Penguin books, 1992. Como es sabido, el politólogo estadounidense ha retractado el milenarismo inicial en *Identity. The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2018.
- 100 R. O'BRIEN, *Global Financial Integration: the End of Geography*, London, The Royal Institute of International Affairs, Pinter Publishers, 1992.
- 101 Cfr. por ejemplo L. VINJAMURI, «Human Rights Backlash», en S. HOGWOOD, J. SNYDER, L. VINJAMURI (Eds.), *Human Rights Futures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 114 ss.
- 102 Solo para recordar los títulos más importantes, deben citarse: M. MUTUA, *Human Rights: A Political and Cultural Critique*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2002; C. DOUZINAS, *The End of Human Rights*, Oxford, Hart, 2000; S.–L. HOFFMANN, *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; S. HOPGOOD, *The Endtimes of Human Rights*, II ed., Ithaca, Cornell University Press, 2013, 2015; E.A. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; J. LACROIX, J.–Y. PRANCHÈRE, *Human Rights on Trial. A Genealogy of the Critique of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; C.T. VÁRADY, M. JOVANOVIĆ (Eds.), *Human Rights in the 21st Century*, The Hague, Eleven, 2019; A. SAJÓ, R. UITZ, *Critical Essays on Human Rights Criticism*, The Hague, Eleven, 2020; A. BRYSK, M. STOHL, *Contesting Human Rights. Norms, Institutions and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020; en cierto modo también A. PETERS, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Por un lado, Eric Posner, primero en medios periodísticos¹⁰³ y luego en contextos propiamente científicos¹⁰⁴, ha venido lamentando la multiplicación del número de derechos y su excesiva extensión, que se prestarían a un uso retórico, demagógico e incluso instrumental. Aun dando por sentado que el modelo democrático pluralista presupone la coexistencia de expectativas muy diversas y a veces conflictivas, tiende a la inclusividad discursiva, al perenne equilibrio moderado, al *et et* más que al *aut aut* y a la neutralidad axiológica, puede ser que el sistema no logre mantener bajo control semejante resurgimiento de *claims*. Los derechos humanos se presentan como desbordantes (*overwhelming*), insaciables, no subsumibles en torno a un contenido razonablemente compartido, arrollando así al propio constitucionalismo que los generó en una suerte de *hybris*. Ambigüedades y contradicciones¹⁰⁵ intrínsecas podrían resultar fatales, especialmente ante la vaguedad de la formulación de muchas convenciones internacionales que los incorporan. Los organismos internacionales, balcanizados y pobres en recursos, carecen de poderes autoritativos adecuados y de suficiente participación democrática¹⁰⁶. Además, no se sostiene el paralelismo con los derechos domésticos y su justiciabilidad, que se ubican en contextos en los que el equilibrio entre la dirección política de los poderes electivos y el papel del juez se asienta con dificultad, pero de forma mesurada, sobre el trasfondo de escenarios económico-políticos familiares. Las tesis de Posner asumen una importancia y visibilidad peculiares tanto por su proximidad a la Escuela económica de Chicago, como por el momento de su enunciación, un par de años después de que sus mayores protagonistas hubieran, de algún modo, renegado de su dogmática¹⁰⁷, casi como queriendo testimoniar el reinicio del pensamiento neoliberal sobre premisas constitucionalistas. Por lo demás, la mayor parte de las proposiciones formuladas por Posner no eran nuevas, encontrando varios antecedentes¹⁰⁸, además de continuadores.

La teoría de la proliferación inflacionaria de los derechos humanos, ya sea por la creación de nuevas figuras o por la extensión interpretativa de expectativas existentes a

103 E. POSNER, «The case against human rights?», *The Guardian*, 4 diciembre 2014.

104 *IDEM*, *The Twilight of Human Rights Law*, cit.

105 Ivi, 85 ss.

106 Ivi, 115 ss.

107 La referencia es a las entrevistas en el *New Yorker* del 13 de enero de 2010 a John Cochrane y Eugene Fama, además de al propio Posner, del 14 a James Heckman y Gary Becker, del 15 a Kevin Murphy y Raghuram Rajan, del 21 a Richard Thaler. Sobre los excesos del monetarismo y sobre la oportunidad de palancas reguladoras Posner ya se había expresado en *A Failure of Capitalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

108 El propio Posner cita, por ejemplo, L.R. HELFER, *Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes*, en 102 *Col. L. Rev.* 1832 (2002). Pero v. también D. KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2004 y E.M. HAFNER-BURTON, K. TSUTSUI, «Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises», en 110 *Am. J. Soc.* 1373 (2005). Más recientemente, una síntesis crítica se encuentra en S. DEGOOYER, A. HUNT, L. MAXWELL, S. MOYN (Eds.), *The Right to have Rights*, London-New York, Verso, 2019, que parte de Hannah ARENDT y de Frank MICHELMAN, «Parsing "The Right to Have Rights"», en 3 *Constellations* 201 (1996), que definía *acquisition right* el derecho a tener derechos.

necesidades recientes —con el riesgo de provocar reacciones en ambientes no tradicionalmente sensibles a la *Western liberal culture*—, ha arraigado fácilmente también fuera del mundo anglosajón, como atestiguan, por ejemplo, los escritos de Alain Pellet¹⁰⁹. Los defensores de esta línea de pensamiento hablan de «droit-de-l’hommeisme» o de «human rightism».

Frecuente y difundida ha sido también durante años la crítica fundada en el atlantismo de los derechos humanos, declinado también como eurocentrismo o fruto envenenado de la *Western legal culture*. Esta censura, el llamado argumento antropológico, ha sido expresada en versiones diversas: la de la incompatibilidad con los *Asian values*¹¹⁰; la que evidencia el vínculo entre las medidas de apoyo económico otorgadas por las instituciones del llamado *Washington consensus* y la imposición del respeto a los ideales democráticos, señalando su hipocresía de fondo¹¹¹; la que enfatiza el papel de los países occidentales en el nacimiento y desarrollo de la idea, pero dimensiona su alcance reduciéndola a un fenómeno instrumental de la época de la Guerra Fría, destinado a contraerse o incluso a desaparecer en el contexto contemporáneo¹¹²; y aquella que la califica como una nueva forma de fundamentalismo imperialista¹¹³.

-
- 109 V. por ejemplo A. PELLET, «La mise en oeuvre des normes internationales des droits de l’homme. Souveraineté du droit contre souveraineté de l’État?», en *CEDIN, La France et les droits de l’homme*, Paris, Montchrestien, 1990, 101 ss. y *Les traités de droits de l’homme entre banalité et spécificité, en Reciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l’homme (En l’honneur du Professeur Emmanuel Decaux)*, Paris, Pedone, 2017, 59 ss.
- 110 La literatura sobre el tema es muy vasta: v. por ejemplo M. JACOBSEN, O. BRUUN, *Human Rights and Asian Values: contesting national identities and cultural representations in Asia*, Richmond, Curzon, 2000; A.J. LAN- GLOIS, *The Politics of Justice and Human Rights. South- east Asia and Universalist Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; pero cf. también C.C. CER- NA, «Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts», en 16 *Human Rights Quarterly* 740 (1992); H. LOEWEN, «Democracy and Human Rights in the European and Asian Dialogue: A Clash of Cooperation Cultures?», *Hamburg, GIGA Working Papers*, 92, 2008; L. AVONIUS, D. KINGSBURY (Eds.), *Human Rights in Asia. A Reassessment of the Asian Values Debate*, New York, Palgrave Macmillan, 2008; E. HOU, «Queering Asian Values», en 8 *Griffith J. of L. and Human Dignity* 28 (2020).
- 111 N. SERRA, J.E. STIGLITZ, *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008; N. GUIL- HOT, *The Democracy Makers: Human Rights and International Order*, New York, Columbia University Press, 2005.
- 112 Esta es, por ejemplo, la posición de S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge-London, Belknap press of Harvard University Press, 2012, sobre la cual tanto E.A. POSNER, *The Twilight*, cit., 19 ss. como R. UITZ, M. BERTEL, «Human Rights Critics and Defenders», en A. SAJÓ, R. UITZ (Eds.), *Critical Essays*, cit., 22 ss. El autor ha vuelto varias veces sobre el tema: *Christian Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2015; *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge-London, Belknap Press of Harvard University Press, 2018; *Human Rights and the Uses of History*, London-New York, Verso, 2014, que son mejor reconducibles a la tercera de las corrientes de pensamiento descritas en el texto.
- 113 C. WALL, «Human Rights and Economic Sanctions: The New Imperialism», en 22 *Fordham Int’l L.J.* 577 (1998).

La primera pertenece a una amplia corriente de pensamiento que valora la especificidad de la cultura oriental, el énfasis en los deberes y en la pertenencia comunitaria, y la autonomía respecto al pasado colonial: la refutación más eficaz ha venido de Amartya Sen¹¹⁴, quien recordó que ninguna forma institucional democrática ha conocido jamás una verdadera hambruna. Muchos estudios atestiguan, en cualquier caso, una fuerte atenuación de datos axiológicos como el familismo y la preferencia por el autoritarismo, en el pasado dados por sentados¹¹⁵, o bien la ausencia de una concepción orgánica realmente alternativa a la occidental¹¹⁶.

La segunda línea cuestiona los instrumentos sustancialmente coercitivos de las finanzas globales que implican reformas de política económica, introducción de reglas privatísticas uniformes y adopción de medidas a favor de los derechos: estas protestas se alimentan de litigios siempre abiertos tanto con países africanos (Etiopía, Túnez) como con miembros del grupo BRICS (primero de todos Brasil) y solo pueden encontrar definición en equilibrios de *fair governance* global, que trascienden incluso la dimensión — aunque fundamental— de los derechos. No pocas veces, sin embargo, el universalismo de los derechos, al menos en la primera década, era identificado y combatido como un mero elemento constitutivo de la globalización económica¹¹⁷, mientras que en época más reciente las impugnaciones se han vuelto más refinadas. Y, por el contrario, no faltan autores que querrían valerse de los derechos humanos disociándolos de la globalización con el fin de combatirla¹¹⁸.

La tercera ha reabierto un debate, por lo demás nunca apaciguado, de corte filosófico y politológico sobre los orígenes de la ideología de los derechos y su declinación en diversas fases históricas. A ella pertenece, por ejemplo, quien vincula a los acontecimientos de la política internacional —ante todo el declive de la potencia estadounidense— la emergencia de hipocresías y debilidades tras los intentos de imponer la lógica de los derechos humanos y la consiguiente resurgencia de teorías religiosas o metanarrativas moralizantes¹¹⁹, y también quien, tras las intervenciones humanitarias, pide una reinención del núcleo utópico para no vanificar la lógica emancipatoria en parte traicionada¹²⁰.

114 A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 15 ss. Pero v. también *Human Rights and Asian Values*, New York, N.Y., Carnegie Council on Ethics and International Affairs, 1997.

115 S.Y. KIM, «Do Asian Values Exist? Empirical Tests of the Four Dimensions of Asian Values», en 10 *J. of East Asian St.* 315 (2010).

116 Como Y. TEW, *Beyond «Asian Values»: Rethinking Rights*, Cambridge, Centre of Governance and Human Rights, University of Cambridge, 2012.

117 Cf. por ejemplo K. ANDERSON, «Secular Eschatologies and Class Interests», en C. GUSTAFSON, P. JUVILIER, *Religion and Human Rights: Conflicting Claims*, Armonk, Routledge, 1999, 112 ss.

118 Es el caso por ejemplo de G. MOMBLOT, *The Age of Consent*, London, Flamingo, 2003 y de M. HARDT, A. NEGRI, *Empire*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2000, trad. it., Milano, Rizzoli, 2002.

119 Así, por ejemplo, S. HOPGOOD, *The Endtimes of Human Rights*, cit.

120 Como C. DOUZINAS, *The End of Human Rights*, cit.

La cuarta tiene como protagonista indiscutible a Slavoj Žižek¹²¹, quien conjuga argumentos comunistas ortodoxos con categorías schmittianas: los derechos humanos, aparentemente despolitizados, no son sino una creación ilustrada instrumentalizada en clave imperialista para justificar e incluso sacralizar el mercado, los equilibrios de la política internacional y el intervencionismo militar. La lección radical de Žižek ha encontrado numerosos seguidores, tanto en la vertiente politológica como en la filosófica, también en Italia. El desarrollo más lineal en este ámbito lo representa la tesis deconstruccionista según la cual la impotencia de las declaraciones carentes de fuerza coercitiva cede el paso a la potencia de la imposición occidental, la cual, lejos de igualar al ciudadano del mundo, anula y neutraliza las culturas, redescubre la utopía latente en el iusnaturalismo metafísico y ahistórico, desus-tancializa al hombre situado y abre la vía a un imperialismo paternalista¹²².

Una crítica con fuerte carga ideológica de cuño católico es la de Mary Ann Glendon¹²³. La profesora de Harvard considera que la cultura de los Fundadores, centrada en el «*lone rights bearer*», ha sido distorsionada, perdiendo la sensibilidad hacia el sentido del deber, la responsabilidad y las virtudes republicanas en general, desocializándose y transformándose en una aspiración a una autonomía ilimitada, de la cual la *privacy* y las libertades sexuales son la principal manifestación, hasta dar lugar a una suerte de despotismo. Con la consecuencia de que las decisiones de la Corte Suprema estadounidense en materia de derechos dejan de ser la conclusión de un debate articulado para ser el punto de partida de una discursividad simplificada y dramatizada. Un enfoque judicial más sobrio y orientado hacia técnicas proporcionalistas europeas beneficiaría a una elaboración menos divisiva, que parta de las comunidades sociales y locales.

Se sitúa, finalmente, entre la ideología y la antropología el argumento localista¹²⁴, que contiene matices antiglobalización pero también acentos de proteccionismo conservador: el celo universalista de los derechos humanos aplastaría valores y costumbres locales, suprimiría las capas de derecho autóctono que sobrevivieron al colonialismo en los continentes que lo experimentaron y, en otros lugares, eliminaría de todos modos la diversidad. El particularismo localista se presta naturalmente a recoger consensos entre

121 Del cual véase sobre todo *Against Human Rights*, London, Routledge, 2005, trad. it. Milano, Il Saggiatore, 2006.

122 Este, por ejemplo, es en síntesis el pensamiento de S. LABATE, *La necessaria inattualità del fondamento. Note a partire da Diritto naturale e dignità umana di Marc Bloch*, en M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (coord.), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, 237 ss.

123 M.A. GLENDON, *Rights Talk, The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1993, pero también *Traditions in Turmoil*, Ave Maria, Sapientia Press Ave Maria Univ, 2006, trad. it., Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006. Glendon ha presidido después la Commission on Unalienable Rights nombrada por el Presidente Trump (2019/2020), cuyo Report está disponible en <https://2017-2021.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf>

124 Sobre la cual v. por ejemplo A. SAJÓ, «The Fate of Human Rights in Indifferent Societies», en A. SAJÓ, R. UITZ (Eds.), *Critical Essays*, cit., 37 ss. y M.-L. FRICK, *Neither Invariant nor Sacrosanct*, ibíd., 47, 53 ss.

liberales de corte comunitarista, tradicionalistas religiosos y municipalistas extremistas. Este se reviste no pocas veces de garantismo religioso, prestándose a la defensa de prácticas tradicionales de presumible incompatibilidad con estándares medios de civilización medidos sobre parámetros occidentales, como las mutilaciones genitales femeninas o el uso del velo integral, con especial referencia al mundo islámico y a los países africanos. No obstante, este argumento también se presta a ser compartido por filósofos y economistas teóricos de la asignación de recursos¹²⁵, por politólogos en busca de equilibrio entre tolerancia liberal, protección de las minorías y cohesión social¹²⁶, por juristas estadounidenses convencidos defensores del modelo de democracia doméstica en clave unilateralista, construida sobre las libertades locales¹²⁷, e incluso por constitucionalistas británicos en fases cíclicas de tensión entre los clásicos derechos garantizados por la *common law* y las herramientas del CEDH y, hasta el Brexit, de la Carta de Niza¹²⁸.

Numerosas otras impugnaciones de la ideología de los derechos combinan varios de los argumentos descritos hasta ahora y/o los vinculan con otras corrientes críticas anteriores a la globalización. Así, por ejemplo, el argumento antimodernista de cuño burkeano que exige que los derechos nazcan de largas sedimentaciones históricas, mientras que no hay espacio para «teologías» absolutistas ahora vinculadas al totalitarismo neoliberal¹²⁹, o que cuestionan el subjetivismo despoliticador que sustrae su definición de la arena de la opinión pública y pone en crisis la separación de poderes¹³⁰. O bien la posición comunitarista, que lamenta no solo la salida de la temática de los derechos del discurso político hacia su maximización a toda costa, sino también el desequilibrio entre expectativas y responsabilidades, en una suerte de traslación occidentalizada de la doctrina de los valores asiáticos¹³¹.

-
- 125 Como J. ELSTER, «Local Justice: How institutions allocate scarce goods and necessary burdens», en 35 *Eur. Ec. Rev.* 273 (1991).
- 126 M. FREEMAN, «Anthropology and the Democratisation of Human Rights», in 6 *The International Journal of Human Rights* 37 (2002); C. EISGRUBER (Ed.), *Global Justice and the Bulwarks of Localism: Human Rights in Context*, Leiden-Boston, M. Nijhoff, 2005.
- 127 Cf. por ejemplo J. RUBENFELD, *The Two World Orders*, en 36 *Wilson Q.* 22 (2005).
- 128 Cfr. por ejemplo T.R.S. ALLAN... Cfr. asimismo la réplica de A. YOUNG, «Human Rights Act Howlers: The conservative Party and Reform of the Human Rights Act 1998», en *U.K. Constitutional Law Association Blog*, 7 de octubre de 2014, que lamenta cómo la tesis de la autosuficiencia del instrumental de *common law* o de su equipolencia al CEDH es instrumental a posiciones políticas de corte aislacionista.
- 129 Así J. MILBANK, «The Gift of Ruling: Secularization and Political Authority», en 85 *Blackfriars* 222 (2004) y «Against Human Rights: Liberty in the Western Tradition», en C. DOUZINAS, C. GEARTY (Eds.), *The Meaning of Rights, The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- 130 Así Julien FREUND, *Politique et impolitique*, Paris, Sirey, 1987, sobre el cual J. LACROIX, J.-Y. PRANCHÈRE, *Human Rights on Trial*, cit., 40 ss. Pero también el pensamiento de Mark TUSHNET puede situarse en este cauce: *An Essay on Rights*, en 62 *Tex.L. Rev.* 1363 (1984): el recurso a figuras abstractas adquiere sentido solo si se aplica a contextos sociales y legales concretos, no es pragmática la referencia a la emancipación, es necesario atenerse a la paradoja del relativismo.
- 131 V. por ejemplo A. ETZIONI, *The Spirit of Community: Rights, Responsibility and the Communitarian Agenda*, New York, N.Y., Crown Pub, 1993. Anne PETERS (*Beyond Human Rights*, cit., 533 ss.)

La mayor parte de las voces críticas del universalismo de los derechos se formulan en clave meramente contestataria, con tonos a menudo muy encendidos. Por norma general, carecen, por tanto, de propuestas constructivas. Sin embargo, a veces se pueden percibir aportaciones positivas al debate, que por lo demás no parecen haber tenido efectos significativos, principalmente por su carácter exhortativo. Glendon, por ejemplo, propugna en esencia el recurso a la subsidiariedad para conformar en términos menos ásperamente dialécticos el diálogo entre los componentes sociales y recomienda al Poder Judicial federal la adopción de técnicas interpretativas europeas. La situación estadounidense parece evolucionar en sentido exactamente contrario. Pero, en general, es sabido que la presión de los derechos genera una creciente juridificación y jurisdiccionalización de la política, y, por el contrario, tal vez también una politización de la justicia¹³². Independientemente del hecho de que la simple dinámica de transformación de las necesidades en expectativas protegidas —que en los años setenta Claus Offe definía con acentos despectivos como «la respuesta socialdemócrata»¹³³— ha cedido el paso a la pulsión hacia claims juridificables y, de algún modo, justiciables.

Ignatieff¹³⁴ ha identificado una solución minimalista a la idolatría de los derechos: evitar que el discurso político sea monopolizado por los derechos humanos sería posible si la positivación de las *claims* se limitara a una suerte de mínimo común denominador susceptible de unir, en lugar de dividir. Solo deberían promoverse al rango de derechos las expectativas cuya protección sea necesaria contra «*untenably wrongs*» o, en el lenguaje de Berlin¹³⁵, la «*moral idiocy*». La restricción de entrada debería, por tanto, operar principalmente a favor de las libertades negativas, una suerte de legado de Europa al mundo, depurado de los errores de la historia continental, sin pretensiones de imperialismo cultural. Una teoría débil, ajena a paternalismos agresivos y moralismos intolerantes, podría penetrar mejor en contextos no homogéneos con la cultura occidental. La búsqueda de la validez (*right*) y del consenso en torno a ella, más que de lo justo (*just*) universal, podría servir como instrumento pragmático de penetración alternativo al fundamentalismo moralista, cimentando el consenso incluso fuera de Occidente sobre la base de la necesidad individual de prevenir sufrimientos injustificados («*unjustified anguish*»)¹³⁶. De

sitúa en este ámbito también la crítica de M. KOSKENNIEMI, «The Effects of Rights on Political Culture», en *IDEM, The Politics of International Law*, Oxford, Hart, 2011, 133 ss., en razón de la afirmación según la cual la autonomía personal protegida por los derechos tiene una lógica solo cuando los bienes colectivos están disponibles.

- 132 V. por ejemplo R. BARTOLI, «Chiaro e oscuro» dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, en M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (coord.), *Il lato oscuro dei Diritti umani*, cit., 167 ss.
- 133 C. OFFE, *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates: Aufsätze zur politischen Soziologie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972, trad. it., Milano, Etas, 1977.
- 134 M. IGNATIEFF, *Human Rights as Idolatry*, cit., y *The Lesser Evil: Political Ethics in the Age of Terror*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2004, trad. it., Milano, Vita e Pensiero, 2004. V. también J. COHEN, «Minimalism about Human Rights. The Most We Can Hope for?», en 12 *J. Pol. Phil.* 190 (2004).
- 135 I. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, 1975, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1989.
- 136 Parece similar la propuesta de M. KOSKENNIEMI, «The Effects of Rights on Political Culture», en

algún modo, también es reconducible a esta línea el pensamiento de Rawls en la medida en que la igualdad de oportunidades definida como fair (justa) —es decir, más allá de la esfera del reconocimiento legal en sentido estricto, incluida en la «background justice»— debe hacerse compatible con las libertades fundamentales de cada uno en el «*difference principle*», con la consiguiente falta de plena justiciabilidad constitucional¹³⁷.

Por un lado, sin embargo, la construcción europea de los derechos se mueve ya desde hace tiempo en la dirección de la circularidad virtuosa del vínculo entre derechos políticos, civiles y sociales, un complejo único e indivisible en la base de la promoción de la persona y, en última instancia, de la dialéctica entre libertad y autoridad, fruto de estrañificaciones cíclicas. Su inescindibilidad forma parte tanto de la tradición histórico-sociológica británica, reconstruida icónicamente por Thomas Humphrey Marshall¹³⁸, como de las adquisiciones del constitucionalismo alemán y, en general, europeo continental¹³⁹. En el plano politológico, Zolo¹⁴⁰ ha objetado que también Ignatieff pecaría de ingenuidad etnocéntrica al considerar que construir una teoría de los derechos sobre prescripciones empobrecidas de contenidos axiológicos pueda promover su acogida en ambientes culturales y religiosos no occidentales. Además, en la medida en que Ignatieff admite el intervencionismo militar en defensa de los derechos, acabaría de todos modos adhiriéndose a una forma distinta de monoteísmo fundamentalista. Por lo demás, no se puede olvidar que la tesis de la convergencia oportunista con fines prácticos sobre contenidos mínimos comunes por parte de defensores de ideologías contrapuestas, en el clima de entusiasmo posbélico, fue formulada por Jacques Maritain en 1949, en un texto publicado por la Unesco inmediatamente después de la aprobación de la Declaración Universal¹⁴¹, cuyo preámbulo habla efectivamente de un «common standard of achievement».

P. ALSTON (Ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 99 ss., que sugiere la posibilidad de limitar la protección a un núcleo de derechos fundamentales cuya violación represente un tabú.

- 137 J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap, 1971 y *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993. Cfr. el comentario de O. GERSTENBERG, «The Future of Public Law and the Deliberative Process», en C. MAC AMHLAIGH, C. MICHELON, N. WALKER (Eds.), *After Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 218 ss.
- 138 T.H. MARSHALL, *Class, Citizenship, and Social Development*, Chicago, Ill., University of Chicago Press, 1964, trad. it. Torino, UTET, 1976.
- 139 Cfr. por ej., E. DENNINGER, *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Berlin, Dussmann, 1977, y *Menschenrechte und Grundgesetz*, Athenaeum, 1994, trad. it., Torino, Giappichelli, 1998 y E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di diritto della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006.
- 140 D. ZOLO, «Fondamentalismo humanitario», en *juragentium.org*, 2018 y L. BACCELLI, «Ex parte populi». *Per una teoria impura dei diritti*, en *Ragion pratica*, 2008, 337 ss. Sobre el tema cfr. también E. DICIOTTI, B. PASTORE (coord.), «Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?», en *Ragion pratica*, 2008, 275 ss. y T. MAZZARRESE, «Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?», en *juragentium.org*, 2007.
- 141 J. MARITAIN, *Introduction*, in *Human Rights. Comments and Interpretations*, New York, Columbia University Press, 1949, 1973, 9 ss., trad. it., Milano, Editrice comunità, 1952, 13.

V. La perdurable actualidad de un constitucionalismo de los derechos en la era del desorden global

Es lícito preguntarse, por tanto, si el perdurable estado de crisis global, unido al coro de críticas —aunque disonantes entre sí—, ha determinado el fin, o al menos el ocaso, de la era de los derechos. En 2010, Joseph Raz consideraba que no eran más respetados que en el pasado¹⁴², y, no muchos años después, Posner señalaba que solo mejoras marginales en el bienestar podrían vincularse al desarrollo de los derechos humanos.

Muchos índices parecen confirmar esta conclusión. Por ejemplo, el número de golpes de Estado que conducen a la supresión de instituciones democráticas sigue siendo muy elevado, especialmente en el continente africano: Myanmar y Malí en 2020; nuevamente Malí, Túnez, Sudán, Guinea y Chad en 2021; Burkina Faso en 2022 (dos veces); Níger y Gabón en 2023. Las elecciones no libres o con resultados alterados están muy extendidas¹⁴³. Las involuciones en sentido autoritario o limitativo de la *rule of law* en sus diversas formas siguen siendo frecuentes, incluso en el corazón de la vieja Europa: las limitaciones a la independencia del Poder Judicial en Hungría, Polonia y Turquía, con una copiosa y reciente jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para las dos primeras, están en curso¹⁴⁴. Para estas y numerosas otras realidades se ha acuñado la discutible etiqueta de

142 J. RAZ, «Human Rights without Foundations», en S. BESSON, J. TASIOLAS (Eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 321.

143 El caso más reciente es el de Zimbabue, donde el presidente Emmerson Mnangwa («el cocodrilo») fue reconfirmado en agosto de 2023 tras un procedimiento electoral muy dudoso. Y poco antes, en julio, el partido Phak Kao Klai (Sigamos adelante) se adjudicó la victoria electoral, pero la Corte Constitucional suspendió a su candidato del cargo de diputado sobre bases, cuanto menos, pretextadas. En esos mismos días, el Primer Ministro camboyano saliente, en el cargo desde 1985, se adjudicó de nuevo el cargo con el 96% de los escaños, previa ilegalización de otros partidos, en elecciones no sometidas a ningún control internacional. El parámetro de referencia para los diversos Observatorios existentes (UE, UA, Consejo de Europa, etc.) viene dado por la Declaración de Principios para la Observación Electoral Internacional aprobada por la ONU en 2005.

144 Cfr. G.F. FERRARI, «Disciplinary procedures and justice Independence», Ponencia en el Congreso «*Contemporary Challenges of Judicial Independence and Adopting International Standards*», New York, N.Y., 20 July 2023. Más en general, v. T. DRINÓZKI, A. BIÉN-KACA-LA (Eds.), *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, London-New York, Routledge, 2021; J. SAWICKI, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dell'Europa centro-orientale*, Milano, FrancoAngeli, 2020 y E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia liberale: From Outside to Inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

«democracias iliberales»¹⁴⁵, que alguien ha definido de forma más pesimista como sujetos de «constitucionalismo abusivo»¹⁴⁶ o, en el mundo iberoamericano, «falso estado de derecho» o incluso «kakocracia»¹⁴⁷ para indicar ordenamientos caracterizados por erosiones marginales progresivas del principio democrático sin recurrir a la revisión formal de la constitución. Además, los focos de guerra activos son numerosísimos. En 2023, según un observatorio sueco¹⁴⁸, hay 170 conflictos en curso en cuatro continentes, de los cuales al menos 23 son de alta intensidad, lo que supone un aumento respecto a años anteriores, con cerca de 250 millones de personas necesitadas de asistencia específica.

Otro factor que condiciona fuertemente el éxito de la ideología de los derechos es la tendencia, manifestada en la última década precisamente en las democracias clásicas (pero no solo), a la formación en la opinión pública de una fuerte deriva hacia la división radical sobre *issues* centrales para las dinámicas sociopolíticas de las instituciones democráticas. En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, las temáticas del aborto, de la inmigración —con un duro enfrentamiento entre Gobernadores de signo político opuesto—, de la posesión y uso de armas y, recientemente de nuevo, del trato preferencial a las minorías¹⁴⁹ crean brechas insalvables, al menos a corto plazo. Ya no se trata de meras diferenciaciones ideológicas, sino de radicalizaciones irreversibles («affective polarization»¹⁵⁰), que ponen en juego el consenso en torno al dato constitucional, como en

-
- 145 Cfr. la sección monográfica a cargo de G. D'IGNAZIO, en *DPCE online*, 2020, 3863 ss. y ahora A. SAJÓ, *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021. Con acentos no demasiado disímiles v. M.W. DOWDLE, M. WILKINSON, *Constitutionalism beyond Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- 146 D. LANDAU, «Abusive Constitutionalism», en 47 *U.C. Davis Law Review* 189 (2013).
- 147 A. BREWER-CARÍAS, *Kakistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas. El Falso Estado de Derecho en Venezuela*, Caracas, Editorial jurídica venezolana, 2023.
- 148 Uppsala Conflict Data Program (UCDP), consultable en el sitio <https://ucdp.uu.se>.
- 149 La referencia es a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. _ (2022), para la interrupción del embarazo; *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. _ (2022), para el derecho a portar armas y *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. 181 (2023), para las acciones afirmativas.
- 150 Politólogos y juristas estadounidenses se interrogan con pasión y preocupación sobre este tema desde hace años, y con intensidad creciente desde 2020, investigando sus causas raciales, territoriales, ideológicas: cf. por ejemplo M. BARBER, N. MCCARTY, «Causes and Consequences of Polarization», en J. MANSBRIDGE, C.J. MARTIN (Eds.), *Political Negotiation: A Handbook*, Washington, Brookings, 2015, 37 ss.; T. CAROTHERS, A. O' DONOHUE, *Democracies Divided: The Global Challenge of Political Polarization*, Washington, Brookings, 2019; D. BALDASSARRI, B. PARK, «Was there a Culture War? Partisan Polarization and Secular Trends in US Public Opinion», en 82 *Journal of Politics* 802 (2020); M. GRAHAM, M.W. SVOLIK, *Democracy in America? Partisanship, Polarization, and the Robustness of Support for Democracy in the United States*, en 114 *Am. Pol. Sc. Rev.* 392 (2020); S.J. WESTWOOD, E. PETERSON, «The Inseparability of Race and Partisanship in the United States», en 44 *Pol. Behavior* 125 ss. (2022); N.P. KALMOE, L. MASON, *Radical American Partisanship: Mapping Violent Hostility, Its Causes, and the Consequences*

el caso del movimiento de los «sheriffs constitucionales», que declaran querer desaplicar las leyes limitativas de la compra y uso de armas¹⁵¹ utilizando la categoría de la interposición. Prestigiosos intelectuales, como Suzanne Nossel¹⁵², lamentan desde hace años que la batalla de unos contra el negacionismo vacunal, las ofensas transfóbicas y a favor de la *cancel culture*, y la de los otros contra el lenguaje y las representaciones figurativas relativas al sexo y la historia de la población de color —en muchos casos traducidas o intentadas traducir en normas de ley—, no solo acentúan de forma tal vez irreversible los *cleavages* culturales, sino que, al prohibir de hecho la discusión, limitan directamente la libertad de pensamiento y de su manifestación. Es más, la desinformación se alimenta de la convicción de superioridad derivada de un fuerte sentido identitario, que contrapone al grupo virtuoso (*righteous*) con el grupo malvado (*nefarious outgroup*)¹⁵³. Las encuestas detectan ya un porcentaje de estadounidenses de entre el 10 y el 20 % convencidos de que el recurso a la violencia para derrocar al tiránico Gobierno federal es legítimo¹⁵⁴.

El recurso a la llamada «nuclear option», es decir, el repudio de la regla parlamentaria que prescribía la mayoría de tres quintos para la ratificación de los *nominees* presidenciales a cargos judiciales federales —operada en 2012 por la mayoría demócrata durante la presidencia de Obama para los jueces federales de los dos primeros niveles y extendida en 2017 por la mayoría republicana durante la presidencia de Trump a los miembros de la Corte Suprema—, ha determinado la desaparición de acuerdos que llevaban a buscar la moderación hacia el centro y ha favorecido el nombramiento de jueces con una connotación más marcada. Las fuerzas políticas han activado así una radicalización ideológica que se está extendiendo al Poder Judicial. Es difícil que una Corte Suprema fuertemente dividida pueda guiar los procesos de consolidación del consenso democrático, también a la luz de una reciente caída de su imagen vinculada a la cuestionada aceptación de beneficios económicos por parte de un par de sus miembros.

Países europeos como Francia y Bélgica experimentan explosiones periódicas de violencia de base racial vinculadas a inmigrantes de segunda y tercera generación; en Francia hay indicios de la creación de una suerte de arco constitucional, delimitado tanto a la derecha como

for Democracy, Chicago, Ill., The University of Chicago Press, 2022; Y. KRUPNIKOV, J.B. RYAN, *The Other Divide, Polarization and Disengagement in American Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022; L. BETTARELLI, E. VAN HAUTE, «Regional Inequalities as Drivers of Affective Polarization», en *9 Reg. Studies, Reg. Sc.* 549 (2022); M. LEVENDUSKY, *Our Common Bonds: Using What Americans Share to Help Bridge the Partisan Divide*, Chicago, The University of Chicago Press, 2023.

151 CSPOA, Constitutional Sheriffs and Peace Officers Association.

152 Responsable de PEN America y autora de *Dare to Speak. Defending Free Speech for All*, New York, HarperCollins, 2020. S. ŽIŽEK (*Heaven in Disorder*, New York-London, OR Books, 2022, trad. it., Milano, Ponte alle Grazie, 2022, 8) habla de «guerra civil ideológico-política entre la *alt-right* y el *establishment* liberal-democrático».

153 Cfr. B. NIHAN, «Self-Affirmation and Identity-Driven Political Behavior: An Oversold Solution?», en *9 J. of Exp. Pol. Sc.* 225 (2022).

154 La literatura politológica sobre este punto es muy amplia: cfr. un balance de la situación en *Ask the 'Coupologists': Just What Was Jan. 6 Anyway?*, en *Politico*, 19 de agosto de 2022.

a la izquierda¹⁵⁵. En Italia, el enfrentamiento entre una parte de la clase política y el Poder Judicial es ya una constante de los últimos treinta años. En toda Europa, el *cleavage* creado con los antivacunas con ocasión de las medidas de contención de la pandemia fue total y brutal.

Con frecuencia, además, el uso de los *social media* contribuye a las confrontaciones más violentas a través de la propagación de noticias artificioamente falsas: el duelo en los Estados Unidos entre *fake news* opuestas de negacionistas de las masacres con armas y defensores del movimiento goliardesco «birds aren't real» es un ejemplo de abuso de un derecho de libertad con efectos disruptivos sobre la seriedad, antes que sobre la homogeneidad, del debate público¹⁵⁶. En este terreno, las *fake news* y el *hate speech* tienden a combinarse con efectos perversos para la representación y para la propia democracia. Debe considerarse, además, que la propiedad de muchos *social media* está comprometida también en el terreno de la inteligencia artificial, concurriendo a la producción de instrumentos que, como siempre, pueden simplificar la vida a muchos trabajadores intelectuales, pero también sustituirlos y poner en circulación falsedades refinadas y plausibles, como atestiguan los recientes sucesos que han enfrentado a ChatGPT (y a OpenAi) con importantes cabeceras periodísticas: la nueva frontera del desarrollo tecnológico está representada por la llamada *General Artificial Intelligence* (GAI), capaz de aprender como los seres humanos. Aún más lateralmente, los mismos operadores poseen, por motivos de recogida y difusión de información, sistemas satelitales utilizables con fines militares, y son tratados a menudo por algunos Gobiernos, y en particular por el estadounidense, como *partners* o, en cualquier caso, como sujetos cuasipúblicos.

Es difícil imaginar qué condiciones de polarización sin precedentes favorezcan la difusión madura de la cultura de los derechos humanos. No se puede olvidar que el Estado constitucional es el marco de la esfera pública en el que se ejerce el libre mercado de las ideas, terreno de cultivo de los derechos: ya en 1970 Häberle instaba a no abandonar los límites de tolerancia que custodian la democracia, incluso al coste de excluir algunas no-verdades, para evitar que encuentre aplicación la idea nietzscheana de «a mentira como incremento de la potencia, una nueva verdad»¹⁵⁷. Construir formas de control público de los *social media* no es fácil, pero la alternativa es dejar a concentraciones de poder privado la gestión del pluralismo y, con ella, nuevas formas de interferencia con la libertad de expresión: los intentos de regulación o de publicitación estatal, los tímidos e incompletos proyectos europeos y las incertidumbres americanas hasta ahora no han

155 En julio de 2023 la Primera Ministra, Élisabeth Borne, acusó al partido de extrema izquierda «La France insoumise» fundado en 2016 por Jean-Luc Mélenchon y titular de un bloque de votos del 21.95% en las elecciones presidenciales de 2022 de «no considerarse parte del campo republicano» por sus comentarios sobre los disturbios raciales. Según el *UBS Global Wealth Report 2023* (<https://www.ubs.com/gwr>, consultado el 31.8.2023), además, el país ha alcanzado niveles de desigualdad distributiva sin precedentes.

156 Cfr. por ejemplo P. GERBAUDO, *The Digital Party. Political Organization and Online Democracy*, London, Pluto Press, 2019.

157 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Frankfurt a.M., Athenäum-Verlag, 1970 y después *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 1995, trad. it., Torino, Einaudi, 2000, 85 ss.

producido resultados¹⁵⁸, tal vez también por la ausencia de claridad sobre las visiones de fondo, entre espejismos cosmopolitas, soberanismos resurgentes, aspiraciones continentales en ciernes y la necesidad de no descuidar la proyectualidad sin desistir de preservar la democracia en sus formas existentes.

La tendencia a la ruptura del consenso a través de la utilización del concepto de «pueblo» como único poseedor de una opinión para demonizar la adversa o enemiga ha sido presentada autorizadamente como una forma típica del populismo¹⁵⁹. El vínculo entre populismo e ideología de los derechos humanos es un tema demasiado complejo para ser abordado de forma incidental: la doctrina de los últimos diez años lo ha explotado, de hecho, con resultados muy heterogéneos¹⁶⁰. Es, sin embargo, verosímil que la influencia del primero sobre la segunda sea negativa, aunque solo sea por la conflictividad que aquel implica. Ya Bobbio¹⁶¹ identificaba en la búsqueda del consenso la vía más segura para fundar la cultura de los derechos, suponiendo que todavía haya necesidad de justificaciones, y no de efectividad. El momento presente de las democracias occidentales no apunta hacia la existencia de un clima favorable al arraigo del «patriotismo constitucional»¹⁶² y del civismo republicano.

-
- 158 Sobre el tema v. por ejemplo P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (coord.), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Actas del congreso del Gruppo di Pisa, Genova, 18-19 de junio de 2021, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022 y S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. Pero v. ahora la extraordinaria síntesis proyectual de A. BRADFORD, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2023.
- 159 Cfr. N. URBINATI, *Democracy Disfigured: Opinion, Truth and the People*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.
- 160 V. por ejemplo M. TUSHNET, B. BUGARIC, *Power to the People: Constitutionalism in the Age of Populism*, Oxford, Oxford University Press, 2021; F. GÁRDOS-OROSZ, Z. SZENTE, *Populist Challenge to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, London, Routledge, 2021; C.A. CIARALLI, *Populismo, movimientos antisistema y crisis de la democracia representativa*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2022; M. KRYGIER, A. CZARNOTA, W. SADURSKI (Eds.), *Anti-Constitutional Populism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022. Cf. asimismo el n. 3/2015 de DPCE, *Los partidos antipartido en la crisis de la representación política, bajo la coordinación de G.F. Ferrari y E. Mostacci*, con introducción de G.F. FERRARI, *Partidos anti-partido y partidos anti-sistema: noción y tipología a prueba del derecho comparado*, 921 ss.
- 161 N. BOBBIO, *La era de los derechos*, cit., 21 ss. En los mismos términos se expresa Richard RORTY, *Truth and Progress*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, trad. it. Milano, Feltrinelli, 2003, 157 ss.
- 162 El concepto, formulado por Habermas en el debate sobre la historia alemana, ha sido retomado y ampliamente debatido en la doctrina: cf. por ejemplo F. MICHELMAN, «Introduction: Republican Constitutionalism», in *Symposium: The Republican Civic Tradition: Law's Republic*, in 97 Yale L.J. 1493 (1988); *IDEM*, *Morality, Identity and Constitutional Patriotism*, in 76 Denver University Law Review 76 (1999); J.-W. MÜLLER, *Constitutional Patriotism*, Princeton-Oxford, Princeton University, 2007.

Los múltiples factores de crisis de la democracia contemporánea no deben, sin embargo, inducir a abandonar el discurso de los derechos humanos, que a ella están indisolublemente vinculados¹⁶³. La ideología de los derechos (*tout court*), que ha representado la fuerza motriz del pensamiento constitucionalista a partir de la *Glorious Revolution*, ha conocido siempre una tensión, permanente, pero con picos cíclicos, entre enunciaciones universalistas y efectividades particularistas, entre aspiraciones planetarias y «*local vernaculizers*». Pietro Costa ha demostrado analíticamente cómo este antagonismo ha sido resuelto en las diversas épocas del constitucionalismo¹⁶⁴: durante la revolución americana, con la sublimación de lo universal en el primato puritano de la «*town on the hill*», faro irrepetible de civilización; en la revolución francesa, con la representatividad de la humanidad por parte de la nación; en el siglo XIX, con la positividad en el Estado de derecho. En cada época, la mediación entre universalismo y particularismos ha generado síntesis felices, pero también conflictos agrios y cortocircuitos, a veces cercanos a poner en crisis la ideología dominante y a generar un cambio de paradigmas. En el constitucionalismo americano, la dinámica evolutiva de la tutela de los derechos se ha transformado en la alternancia entre fases de prevalencia del *substantive due process*, inspirada en una visión nacional de los derechos, con la asunción por parte de la Corte Suprema de la capacidad de traccionar la dirección política de mayoría, y ciclos de *self-restraint* con autolimitación al *procedural due process*, más respetuoso con las instancias localistas. En la evolución del constitucionalismo, la historia ha aprovechado una y otra vez el incontenible potencial expansivo de los derechos y del principio de igualdad: la insaciable función pretensiva o reivindicativa ha vencido gradualmente a la exclusión o marginación de grupos, incluyéndolos progresivamente a lo largo de la línea que a menudo se ha llamado de lucha por los derechos.

No hay razón para creer, aunque la historia pueda no repetirse, que una historia análoga no deba ocurrir con los derechos humanos. Ciertamente, este paso de época se hace más complejo por la superación de las dimensiones espaciotemporales anteriores, debido al alcance positivado de todos los sistemas de ordenamiento del planeta y al alcance intergeneracional de la nueva era. La emergencia permanente ha aumentado el índice de complejidad, haciendo aflorar acumulativamente problemáticas que, si no son del todo nuevas, necesitan la aplicación de instrumentos nunca antes experimentados a escala planetaria. Tal vez también el excepcionalismo estadounidense¹⁶⁵ ha reducido la eficacia ejemplar del modelo, sustrayendo a su principal defensor del enfrentamiento paritario con el resto del mundo, no tanto a través de las *RUDs*, comunes a muchos otros

163 Tully habla de trinidad de conceptos con la *rule of law*: J. TULLY, J.L. DUNOFF, A.F. LANG, JR., M. KUMM, A. WIENER, Editorial. *Introducing global integral constitutionalism*, cit.

164 P. COSTA, Civitas, Roma-Bari, Laterza, 4 vols., 1999–2002; Diritti fondamentali (storia), en *Enc. Dir.*, *Annali*, II, 2008, 365 ss; Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica, en M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (eds.), *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., 27 ss.; I diritti di tutti e i diritti di alcuni. Le ambivalenze del costituzionalismo, Modena, Mucchi, 2018.

165 M. IGNATIEFF, *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pero también, por ejemplo, bajo el ángulo de las citas de derecho extranjero, S. CALABRESI, *A Shining City on a Hill: American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law*, in 86 Boston Un. L. Rev. 1335 (2006).

Estados, sino por la falta de ratificación o incorporación de muchos de los principales tratados sobre derechos humanos y con la falta de aceptación de las jurisdicciones internacionales. Después de todo, la autorrepresentación de superioridad de la «American mind»¹⁶⁶ debe ahora enfrentarse a otros modelos constitucionales de éxito¹⁶⁷.

En perspectiva histórica, problemáticas lamentadas respecto a los derechos humanos —como la vaguedad del *drafting* normativo, los conflictos entre derechos que sucedieron a la lucha por los derechos y que a menudo coexisten con esta, las dificultades de ejecución de las decisiones judiciales sobre las violaciones¹⁶⁸, la jurisdiccionalización de conflictos y politización del estamento judicial, o la creación judicial de expectativas protegidas— son todas experiencias ya vividas en las fases históricas precedentes. El «deber ser» del discurso sobre los derechos no puede sino tener dificultades de coincidencia con la realidad histórica en ciernes. Siempre ha habido lados oscuros presentes en la cultura de los derechos, y progresivamente han sido eliminados. Sería un grave error, por tanto, renunciar a una importante matriz de transformación del ordenamiento global y, en particular, pensar que el constitucionalismo, al no haber logrado completar su propia transfiguración, deba ser superado o abandonado¹⁶⁹. Tanto más cuanto que el Estado continúa, en ausencia de entidades globales adecuadas, asumiendo la mayor parte de la responsabilidad de la protección de los derechos cosmopolitas. Es, en todo caso, el derecho internacional, en su evolución iniciada con la Declaración Universal, el que debe completar el camino emprendido, asimilando todas las conquistas del constitucionalismo. Será el potencial reivindicativo de los derechos humanos el que se abra paso con los plazos permitidos por el «tiempo de la historia»¹⁷⁰. Por lo demás, los clásicos han indicado con claridad el camino: Friedrich von Humboldt, invitando a caminar en la libertad como única forma de extenderla; John Stuart Mill, indicando la diversidad de las vidas como medida de la libertad de un periodo histórico dado.

Es necesario, no obstante, evitar el error del maximalismo, de la retórica triunfalista, del *pathos* milenarista y del monismo ético. Tanto porque estas actitudes serían percibidas como una imposición violenta en muchas partes del mundo, como porque el pluralismo axiológico a nivel doméstico se situaría en evidente contraste con un fundamentalismo practicado a escala global. La propia doctrina a veces cae en propuestas inútiles o contraproducentes, como la que desearía el reconocimiento de un derecho humano a la

166 Noción que se debe, como es sabido, a Perry G.E. MILLER, *The New England Mind: The Seventeenth Century*, New York, Macmillan, 1939, 1953 y *Life of the Mind in America: From the Revolution to the Civil War*, New York, Harcourt, Brace & World, 1965.

167 Sigue por lo demás considerando los modelos europeos, a partir del francés, no propiamente ejemplares del constitucionalismo M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2022.

168 Lamentadas por T. SCOVAZZI, «Il lato oscuro dei diritti umani: Aspetti di diritto internazionale», en M. MECCARELLI et al., *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., 115 ss.

169 Como insinúan títulos de gran impacto en trabajos como el de N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism, The Pluralistic Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 o C. MAC AMHLAIGH, C. MICHELON, N. WALKER, *After Public Law*, cit.

170 G. PECES BARBA, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., trad. it., 81.

globalización¹⁷¹, mientras que desde muchas partes se pide su contención. Es útil, por ejemplo, trabajar discretamente para una aplicación más eficaz de los derechos humanos y de la jurisprudencia que los afecta¹⁷², obviamente al margen de las intervenciones militares. Estas últimas dejan al desnudo cada vez más a menudo intereses económicos y políticos subyacentes y corren el riesgo de comprometer la propia presentabilidad del discurso de los derechos humanos¹⁷³.

Una atención especial debe dedicarse al comercio internacional y a los equilibrios políticos globales en general. Los derechos humanos no viven en el vacío. Son parte, más de lo que los derechos lo han sido nunca en las fases precedentes del constitucionalismo, de dinámicas internacionales globales que los condicionan pesadamente. Estados canalla y Estados bajo la decencia, por usar las categorías rawlsianas¹⁷⁴, son frecuentemente *partners* comerciales habituales, si no privilegiados, de otros que se profesan, en cambio, defensores de los derechos humanos. Las relaciones del comercio internacional, cada vez más complejas y propensas a la bi y multilateralidad, se vuelven opacas por la densa red de relaciones. Sin embargo, numerosas hipocresías terminan por hacerse patentes. Aun sin creer en versiones irónicas del universalismo¹⁷⁵, los equilibrios internacionales deben definirse de modo que se salvaguarde el libre comercio, pero se cree una *governance* razonable de la comunidad internacional¹⁷⁶. Los derechos humanos solo pueden completar su parábola si se garantiza esta condición de fondo. El contexto global en esta fase histórica no parece, en cambio, asegurarla.

El estado de crisis permanente, la consiguiente condición de incertidumbre existencial¹⁷⁷ y las crecientes fracturas ideológicas internas al mundo occidental están generando nuevas y diversas dinámicas en la política internacional que, ciertamente, no representan el terreno de cultivo ideal para el crecimiento de la ideología de los derechos. El propio equilibrio del poder mundial es inestable y de futuro incierto. El primato americano parece estar en crisis, debido también a una *leadership* cuando menos no excelente; África y América Latina buscan alianzas diversificadas que podrían resultar en beneficio

171 M.D. PENDLETON, «A New Human Right – The Right to Globalization», in 22 *Fordham Int'l L. J.* 2052 (1999).

172 Cf. por ejemplo N.E. ESTRÁZULAS (Eds.), *Enforcement and Effectiveness of the Law*, Cham, Springer, 2018 y en particular la contribución de D.J. GERBER, *A Global Adaptive System for Supporting Human Rights?*, 45 ss.

173 V. por ejemplo A. KOUZMIN, M. T. WITT, A. KA-KABADSE, *State Crimes against Democracy, Political Forensics in Public Affairs*, London, Palgrave Macmillan, 2013. J. RAWLS, *The Law of Peoples. With the Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1999.

174 J. RAWLS, *The Law of Peoples. With the Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1999.

175 Cfr. M. LUCIANI, «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polémico», en *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.

176 En el sentido de R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010.

177 Constatado unánimemente por autores como Habermas (cf. S. ŽIŽEK, *Heaven in Disorder*, cit., cap. 3) y por el mundo periodístico (v. por ejemplo A. TAYLOR, «Why Does Everyone Feel so Insecure All the Time?», en *The New York Times*, August 23, 2023).

de China o Rusia; la cumbre de los BRICS en Johannesburgo de agosto del 23 prefigura la extensión a otros Estados hasta constituir un bloque de economías que alcance casi el 40% del PIB mundial frente al 25% actual, se contraponga al G7 y amenace lo que Valéry Giscard d'Estaing definía como el «privilegio exorbitante del dólar», aunque por el momento no sea capaz de sustituirlo por otra moneda fiable, ni de superar las divisiones internas; Occidente procede a una política de *de-risking* que incluye el *re-shoring* y el *friend-shoring*. En síntesis, el estado próximo de las relaciones internacionales no es previsible. Nunca como en el pasado ha encontrado tanto eco el axioma de Wight¹⁷⁸, según el cual la esfera de la política internacional no es más que el espacio de un conflicto recurrente y atemporal, en el que coexisten teorías reduccionistas —que llevan las explicaciones sistémicas al nivel de las unidades constitutivas del ordenamiento internacional— y análisis microeconómicos de carácter utilitarista¹⁷⁹. Todo ello a pesar de los conocidos desarrollos transformativos del derecho internacional antes y durante la era de la globalización. Los futuros equilibrios de poder¹⁸⁰, entre factores tecnológicos, comerciales y militares, resultan impredecibles¹⁸¹. El orden mundial podría asumir un carácter multipolar, pero son posibles muchos otros desenlaces, entre ellos la perpetuación de la lógica de potencia de las últimas décadas¹⁸². La federalización del planeta de la que habla un politólogo estadounidense¹⁸³ parece altamente improbable. Las formas que la *rule of law* podrá asumir son numerosas, dentro del espectro de soluciones entre la unilateral y la global¹⁸⁴. El sentido de la *democratic governance* a nivel global es mucho más abierto y polisémico que al cambio de milenio¹⁸⁵. Incluso las propuestas de reforma del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cobran fuerza nuevamente, y esta vez parecen contar con el consenso de la Presidencia estadounidense¹⁸⁶.

En esencia, el marco de política internacional en el que la doctrina de los derechos humanos debería desarrollarse es incierto y está lleno de claroscuros. Ni siquiera es evidente qué orden global es más favorable al crecimiento de la cultura de los derechos: si uno monocéntrico acompañado de excepcionalismos y cooperación internacional —en

178 M. WIGHT, «Why there is no International Theory?», in J. BUTTERFELD, M. WIGHT (Eds.), *Diplomatic Investigations: Essay on the Theory of International Politics*, London, Oxford University Press, 1966.

179 Cfr. K. WALTZ, *Theory of International Politics*, New York, McGraw-Hill, 1979, trad. it., Bologna, il Mulino, 1987.

180 En la terminología de Hedly BULL, *The Anarchical Society. A Theory of Order in World Politics*, III ed., New York, Columbia University Press, 2002, trad. it. Milán, Vita e Pensiero, 2009.

181 V. por último J.S. NYE, Jr., *The Future of Power*, New York, PublicAffairs, 2023/2011.

182 J.J. MEARSHEIMER, *The Tragedy of Great Power Politics*, New York, Norton, 2001, trad. it., Milano, Università Bocconi Editore, 2008.

183 A. PAGDEN, *Oltre gli Stati. Poteri, popoli e ordine globale*, Bologna, il Mulino, 2023.

184 Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una globalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012.

185 V. de hecho las consideraciones de G.H. FOX y B.R. ROTH (*Democratic Governance and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press) en 2004.

186 Cf. el informe de la Carnegie Foundation, *UN Security Council Reform: What the World Thinks*, debatido en el evento del 7 de septiembre de 2023.

el que, sin embargo, el libre comercio sufra cierta atenuación para reducir la dependencia de autocracias que han obtenido el máximo provecho de él—, o uno policéntrico articulado en el que los sistemas democráticos se encuentren distribuidos en múltiples frentes.

Las sugerencias y advertencias de Humboldt y de Stuart Mill mantienen, en cualquier caso, toda su vitalidad. El marco de referencia es, no obstante, ambiguo y no permite albergar optimismos fáciles.

