

La Filosofía del Derecho frente a los desafíos del Constitucionalismo (inter) nacional

TECLA MAZZARESE
Universidad de Brescia
tecla.mazzarese@unibs.it

RESUMEN

Esta contribución se propone llamar la atención sobre la urgencia de una filosofía del derecho que confronte con los cambios en el derecho que en los últimos setenta años han sido condicionados por el constitucionalismo (inter)nacional y las respuestas a sus desafíos; cambios heterogéneos con los cuales hace mucho tiempo se confrontan los juristas y sobretodo los jueces que, incluso en sus transformaciones no siempre unívocas, deben justificar sus decisiones en el derecho. En particular, después de haber recordado sus rasgos distintivos y especificado las razones de su denominación, del constitucionalismo (inter)nacional se distinguirán dos órdenes de desafíos que en su conjunción permiten delinear un marco unitario de la configuración actual de la diversas formas de derecho que están afectadas por una proliferación desordenada y confusa de nuevas formas de producción jurídica.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo (inter)nacional, Derechos fundamentales, Desorden de las fuentes del derecho

ABSTRACT

This contribution has as purpose drawing attention on the urgency of a Philosophy of Law that confront with the changes in law which in the last seventy years have been conditioned by (inter) national constitutionalism and its challenges answers; heterogeneous changes which many time ago jurists and especially judges have confronted with, even in its not always univocal transformations, must justify their decisions in Law. Particularly, after remembering its distinctive features and specifying reasons of its denomination, from (inter) national constitutionalism will be distinguish two challenge orders that in conjunction allows to delineate a unitary frame of actual configuration of diverse ways of law that are affected by a disordered and unclear proliferation of new ways of legal production.

KEYWORDS: (inter) national constitutionalism, fundamental rights, Disorder in the sources of Law



Copyright© TECLA MAZZARESE

Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a i-Latina), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

*En memoria de Ettina,
amiga, madre, abuela
de la cual será difícil
aprender a prescindir*

1. *Filosofía del derecho y transformaciones del derecho (inter)nacional en la segunda mitad del siglo XX*

Los temas principales de la filosofía del derecho continúan presentándose siempre iguales en las preguntas fundamentales de las cuales son expresión. Siempre iguales, pero al mismo tiempo siempre diferentes para las numerosas transformaciones de las formas en que el derecho, diacrónicamente en diferentes momentos y sincrónicamente en contextos geopolíticos heterogéneos, encuentra expresión.

Transformaciones continuas, aquellas que condicionan y connotan las diferentes configuraciones del derecho, que alteran y modifican el contexto de referencia de la filosofía del derecho, urgiéndola a repensar, actualizar y, si es necesario, redefinir su aparato teórico-conceptual tanto en relación con los términos con los cuales rendir cuenta de los criterios mutados para la identificación del derecho y su gramática, como en relación con las categorías con las cuales dibujar un análisis (de los posibles aspectos críticos) de las formas en las que, en su nueva configuración, se da su aplicación y/o se puede intentar la elaboración de su modelo explicativo.

De aquí, de estas primeras notaciones casi obvias, el asombro por una filosofía del derecho que en las últimas décadas se ha mostrado indecisa, vacilante y reacia a tomar en serio las transformaciones radicales que gradualmente se han ido determinando en el derecho, por un lado, desde cuando en los años cuarenta del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, comenzaron a delinearse y, aunque fatigosamente, afirmarse los principios fundantes del proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional, y, por otro lado, desde cuando, a finales de los

años ochenta del siglo XX, después de la Guerra Fría, del constitucionalismo (inter)nacional y sus principios fundantes comienzan a multiplicarse los síntomas de una crisis cada vez más seria.

De aquí, en particular, el asombro por una filosofía del derecho que frente a un proceso inédito de positivización, internacionalización y generalización de un catálogo de derechos fundamentales así como, simétricamente, frente a la multiplicación de críticas y políticas que cuestionan este proceso, no presta atención a las transformaciones (estructurales y funcionales¹) que, tanto las unas como las otras, pueden condicionar la configuración del derecho estatal, del derecho internacional y la redefinición de los términos de sus interacciones, pero se deja distraer e involucrar en una diatriba animada sobre la cuestión de si este fenómeno (denominado de diversas maneras por diferentes investigadores) es una expresión del iusnaturalismo, del juspositivismo, o más bien, como entre otros sugirió Mauro Barberis², de una nueva “tercera filosofía”.

De aquí, en otras palabras, el asombro por la atención que gran parte de la filosofía del derecho presta más al contraste entre diferentes concepciones según las cuales leer las transformaciones del derecho en las últimas décadas, que a la tematización de un nuevo modelo explicativo capaz de tener adecuadamente en cuenta el alcance y las repercusiones teórico-conceptuales que estas transformaciones han tenido en el condicionamiento de una nueva configuración del derecho y su gramática.

Volviendo luego a la distinción propuesta por Norberto Bobbio entre “filosofía del derecho de los juristas” y “filosofía del derecho de los filósofos”³ –puesto que

¹ Entre los trabajos pioneros que han reconocido importancia a la apertura de la filosofía del derecho al análisis no solo de la estructura del derecho sino también de la variedad de las posibles funciones de sus normas y sus institutos, véase, por un lado, Bobbio (1977) y, por el otro, Rodotà (1981).

² Barberis (2012). No la expresión, pero la idea de que el neoconstitucionalismo identifica una “tercera filosofía del derecho” ya se encuentra en las obras de otros autores y, quizás por primera vez, en Bobbio (1993, p. vii).

³ N. Bobbio (1962, reed. 1977, pp. 43-46).

esta distinción estuvo propuesta para contraponer la atención que connota la primera y, de otro lado, el desinterés que caracteriza a la segunda hacia la variedad de formas en las que de vez en cuando el derecho y su gramática encuentran expresión⁴– se podría decir que la de las últimas décadas se ha caracterizada predominantemente como una filosofía del derecho de los filósofos.

Ahora, en contraste con esta tendencia, la intención de esta contribución es llamar la atención sobre la urgencia de lo que, siempre en la terminología de Bobbio, puede llamarse una filosofía del derecho de los juristas. Es decir, de una filosofía del derecho que se confronte con los cambios en el derecho que en los últimos setenta años han sido condicionados por el constitucionalismo (inter)nacional y por las respuestas, encontradas o solo intentadas, a sus desafíos de ayer y de hoy. En otras palabras, de una filosofía del derecho que tenga el coraje de cuestionar su propio aparato teórico-conceptual consolidado desde finales del siglo XVIII y que se pregunte acerca de los términos en los que desarrollar nuevas herramientas conceptuales para permitir, sino una reconstrucción cumplida y orgánica, al menos una visión general y unitaria de la multiplicidad y heterogeneidad de los cambios – ya señalados varias veces por historiadores y sociólogos del derecho⁵– con los cuales desde mucho tiempo se confrontan no solo los juristas de las más diversas áreas del derecho⁶ –interno, regional e internacional, público y privado, procesal y sustantivo– sino también, y sobre todo, los jueces que, incluso en sus transformaciones que no siempre son unívocas ni consolidadas, deben basar y justificar sus decisiones en el derecho.

Así, después de haber recordado brevemente sus rasgos distintivos (§ 3) e, incluso antes, especificado las razones para la elección de una denominación

⁴ En el marco de la filosofía analítica del derecho, la distinción de Bobbio se ha repetido varias veces sobre todo en la literatura de los años setenta y ochenta del siglo pasado. Recientemente, testifican de un renovado interés en esta distinción tanto Chiassoni (2018) como la discusión entre Guastini (2018) y Pattaro (2018).

⁵ En la literatura italiana, en particular, son numerosos los trabajos del historiador Paolo Grossi y de la socióloga María Rosaria Ferrarese.

⁶ Para algunas referencias bibliográficas, véase, por ejemplo Mazzaresse (2017, p. 112, n. 3).

alternativa a “neoconstitucionalismo” (§ 2), en las páginas que siguen, se distinguirán y examinarán dos órdenes de desafíos del constitucionalismo (inter)nacional que, en su conjunción y conjugación, permiten delinear un marco unitario de la configuración actual del derecho nacional, internacional, transnacional, supra e infra-nacional que, en la interferencia de factores de difícil conciliación, condiciona y está condicionado al mismo tiempo por una proliferación desordenada y confusa de nuevas formas de producción jurídica (§ 4). Proliferación, desordenada y confusa, que si no se interviene para frenarla y/o reglamentarla (aunque en su dimensión polimórfica) no solo se corre el riesgo de comprometer la posibilidad misma de tutelar e implementar los derechos fundamentales cuya afirmación se ha ido desarrollando con la positivización e internacionalización de su repetidas formulaciones y especificación progresiva, sino también de interferir, frustrándola, con la función última del derecho a (im)poner y hacer cumplir los criterios de comportamiento compartidos entre sus destinatarios.

2. Razones para una denominación alternativa a “neoconstitucionalismo”

A partir de los últimos años del siglo XX, “neoconstitucionalismo” es el término más utilizado en literatura acerca no tanto de las consecuencias (políticas y jurídicas) de la positivización e internacionalización de un catálogo de derechos fundamentales sino más bien de los términos en los que a estos procesos comenzaron a prestar atención estudiosos como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino y, en Italia, Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky.

Este término ha adquirido rápidamente una gran fortuna tanto que a veces ha sido adoptado por los mismos autores cuyas obras constituyen el principal objeto de interés de aquellos que, cada vez más numerosos, comenzaron a escribir acerca de su(s) concepto(s).

Es más, se trata de un término que, en los casi veinte años de literatura que siguieron a su introducción⁷, ha sido tan abusado y maltratado que se ha llegado a la confrontación entre quienes dudan radicalmente de que designe algo más que “un revoltijo (con márgenes indeterminados) de actitudes axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales es difícil identificar cualquier tesis teórica reconocible y susceptible de discusión”⁸ y, de otro lado, quienes (en el ímpetu de la réplica, en términos analíticamente censurables) nos aseguran que sí, que el neoconstitucionalismo “existe”⁹.

Pero no solo. Aun si no se quiere enfatizar demasiado el efecto Babel o los descuidos de matriz filosófico-analítica, el resultado más censurable de un debate centrado casi exclusivamente en la confrontación entre posturas doctrinales antagónicas, como se ya mencionado en las páginas introductorias, es la persistencia de la falta de atención a los cambios continuos que, desde finales de los años cuarenta del siglo XX, han arrollado el derecho, sus formas de producción y sus modos de aplicación judicial, no solo a nivel nacional e internacional sino también en una proliferación descontrolada de dimensiones transnacionales y supranacionales nuevas (aunque no siempre inéditas)¹⁰. Y así, distraídos por cuestiones onomásticas y una multiplicación de idiolectos que se ignoran el uno al otro, todavía hoy, no muy diferente de lo que escribió Sheyla Benhabib en 2004, seguimos siendo “como viajeros que exploran un territorio desconocido con la ayuda de mapas antiguos,

⁷ Los primeros usos del término son señalados, también pero no solo, en Mazzaresse (2002 a, p. 2, n. 2).

⁸ Guastini (2011, p. 147).

⁹ Barberis (2011). Ya antes de este trabajo en el que replica las perplejidades planteadas por Guastini (2011), Barberis, que se encuentra entre los primeros, con otros miembros de la Escuela Genovesa, en sugerir y utilizar el término, ha tratado el neoconstitucionalismo, a veces, bajo un perfil meta-teórico más atento a las teorías sobre el neoconstitucionalismo que a lo que ha sido objeto de tematización de tales teorías, y otras veces, en cambio, cediendo a la tentación (cuestionable desde el punto de vista analítico) de definir unívocamente las tesis que lo identifican y connotan; es decir, cediendo a la tentación de ignorar los diferentes conceptos y las diferentes concepciones que tanto se estaban multiplicando en la literatura para justificar la duda de aquellos, como Carbonell (2003), Schiavello (2003), Núñez Leiva (2015) y, por último, Prieto Sanchís (2017), que se preguntan si ya no era correcto comenzar a discutir el “neoconstitucionalismos” en plural.

¹⁰ Entre las excepciones de obras que en la literatura jusfilosófica prestan atención a la dimensión transnacional y supranacional del derecho, véase Maduro, Tuori, Sankari (Eds.) (2014).

diseñados en diferentes momentos y en respuesta a diferentes necesidades. Mientras que el terreno en el que estamos procediendo, la sociedad mundial de estados, ha cambiado, nuestros mapas no lo son”¹¹.

De aquí, a partir de estas consideraciones, la decisión de abandonar el uso del término “neoconstitucionalismo”¹² y optar por la expresión (aún no comprometida) de “constitucionalismo (inter)nacional” para aclarar que el foco está en las formas y los modos en que el derecho, su producción y su aplicación judicial han cambiado progresivamente en sus múltiples expresiones nacionales e infraestatales, supranacionales y transnacionales, no menos que internacionales; para comprender, es decir, en qué términos estos cambios alteran el alcance explicativo de las categorías conceptuales tradicionales de los siglos XIX y XX que todavía hoy se siguen utilizando en la literatura de la teoría del derecho.

Así, en estas páginas (y no solo), con “constitucionalismo (inter)nacional” me refiero a las transformaciones que, a partir de la segunda mitad de los años cuarenta del siglo XX, a nivel legislativo y jurisprudencial –como cuestión de hecho y no tanto de (subjetiva) evaluación jusfilosófica– condicionan una nueva configuración del derecho todavía no consolidada en sus características distintivas: una configuración caótica, asistemática y quizás incluso censurable, pero, *de hecho*, una configuración diferente de la que en los siglos XIX y XX encontró expresión en el modelo explicativo del derecho entendido como un orden –completo, coherente y bien ordenado en la jerarquía de sus fuentes- caracterizado por su unidad e identidad específica.

¹¹ Benhabib (2004, trad. it. 2006, p. 5).

¹² Antes de rendirme a los prejuicios que lo acompañan, también yo he utilizado este término, por ejemplo, en Mazzaresse (2002a) y (2002b). Por otra parte, en literatura, son numerosos los casos de opciones terminológicas alternativas a “neoconstitucionalismo” para liberar sus propios análisis de connotaciones no deseadas que ahora se asocian automáticamente con su uso. Así, por ejemplo, “constitucionalismo democrático”, “constitucionalismo por principios”, “jusconstitucionalismo” o también “constitucionalismo garantista”.

En particular, con “constitucionalismo (inter)nacional” me refiero a las innovaciones legislativas y judiciales que, en su conjunto, pueden considerarse la expresión de un único proyecto unitario, tanto político como jurídico, que resume sus características distintivas y principios fundacionales.

3. *Un proyecto político y jurídico radicalmente innovador*

Fracasada la Sociedad de las Naciones, instituida en el 1919 para garantizar la paz en el mundo luego de los horrores del primer conflicto mundial, aquello que se proyecta y se quiere afirmar después de los nuevos y todavía más devastadores horrores del segundo conflicto mundial y de los regímenes totalitarios que lo habían provocado, es un orden internacional que no se limite más a un genérico auspicio pacifista, sino que efectivamente se dedique a la realización de las condiciones que consientan la “construcción” de una paz que tenga como propio fundamento la defensa de las instituciones democráticas *de los estados y entre los estados* y, en particular, la afirmación de la igualdad de todos los seres humanos en los derechos fundamentales¹³.

Esto, en extrema síntesis, es el núcleo último del proyecto, político y jurídico, del constitucionalismo (inter)nacional de la segunda mitad del siglo XX: la *construcción* de la paz en un orden internacional entre democracias constitucionales de estados constitucionales de derecho.

Simple y perentorio en su enunciación, el imprescindible relieve asignado al principio de igualdad de todos los seres humanos en los derechos fundamentales, por sí mismo no es, no obstante, suficiente para resolver de manera compartida los

¹³ Sobre el carácter “cualificado” de la paz, de la cual la ONU se propone la construcción, llama la atención por ejemplo, Villani (2002, pp. 209-210, mi cursiva y traducción) cuando subraya que “por un lado, el respeto de los derechos humanos constituye, además de un valor por sí mismo, una condición indispensable para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional” y que por otro lado, “la paz que la ONU quiere garantizar no se resuelve en la mera ausencia de violencia en la relaciones internacionales, sino que es una paz, por así decirlo, cualificada por ser fundada, entre otras cosas, sobre el respeto de los derechos humanos”.

diferentes aspectos problemáticos que vuelven controvertida la noción de derechos fundamentales¹⁴, ni mucho menos, para allanar los desacuerdos (inter)nacionales, políticos y económicos todavía antes y más significativamente que culturales, de género o ideológicos, que han condicionado los éxitos y fracasos de los últimos setenta años. La barbarie del segundo conflicto mundial y las infamias de los regímenes totalitarios que lo habían provocado habían sido suficientes, en efecto, para determinar un consentimiento difundido sobre la necesidad de reivindicar la protección internacional de un catálogo de derechos fundamentales (universales, inviolables e inalienables) pero no para alcanzar un acuerdo sobre su individuación, sobre la definición e institucionalización de sus garantías jurídicas.

No es casual, por lo tanto, que en 1945 la *Carta de la ONU*, aunque anunciando enfáticamente entre sus fines aquello de promover la tutela de los derechos fundamentales, no especifique su catálogo; ni es casual que en 1948 la *Declaración universal* redactada después de dos años de trabajo por una comisión específicamente instituida por la ONU, no tenga carácter jurídicamente vinculante¹⁵.

Y más, las divergencias y las reticencias que no habían permitido especificar en la *Carta de la ONU* los derechos por los cuales se promovía la tutela y que habían impedido el acuerdo para reconocer fuerza jurídicamente vinculante a la *Declaración universal*, han sido confirmadas y re-propuestas en 1966 con la redacción de dos diferentes pactos relativos a dos listas distintas de derechos: el *Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales*: Dos Pactos diferentes y dos distintas listas que, en su propia separación, repiten la razones de desacuerdo y las tensiones que ya en la redacción de la *Declaración universal* habían visto la contraposición entre dos concepciones de los derechos fundamentales: aquella de

¹⁴ Sobre este punto, véase, por ejemplo, Mazzaresse (2012, 179-189).

¹⁵ Por un atento análisis de las dificultades que han acompañado la redacción de la *Carta de la Onu* y de la *Declaración universal*, véase Morskin (1999), Glendon (2001), A. Cassese (2005), Costa (2010, pp. 23-28).

quien, como los Estados Unidos, reivindicaban una matriz exclusivamente liberal-individualista, y aquella de quien, como la Unión Soviética, pretendían una connotación fuertemente socialista. Dos pactos diferentes y dos listas distintas, del único catálogo de derechos declinado en la *Declaración universal*, para consentir a los más valientes sostenedores de una o de otra ideología, de suscribir solamente uno de los dos documentos. Jurídicamente vinculantes para los países que han ratificado el uno, el otro (o ambos), los *Pactos* de 1966 no solo atestiguan la irreductibilidad del desacuerdo entre concepciones diferentes de los derechos fundamentales, sino que signan, al mismo tiempo, una etapa importante en la progresiva difusión de su implementación y tutela.

Así como atestiguan una progresiva atención para su implementación y tutela, la pluralidad de cartas, convenciones, pactos, declaraciones y tratados, regionales e internacionales, que, por más que se pueda uno quejar de su complejidad y su falta de carácter sistemático, redundancias y lagunas, en su totalidad han contribuido al nacimiento, al desarrollo y a la articulación de un *(inter)national human rights law*, de un derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales.

Cartas, convenciones, pactos, declaraciones y tratados que en su variedad y pluralidad, concurren a re-proponer, según el espíritu de la *Declaración universal*, la indivisibilidad de los derechos civiles y sociales. Pero que, al mismo tiempo, a pesar de su variedad y pluralidad, no han logrado nunca tener en cuenta definitivamente la razón de las muchas dificultades, políticas y económicas –antes y más significativamente que culturales, de género o ideológicas– que siempre han obstaculizado y contrastado su eficacia (§ 4). Lo atestiguan, en particular, los diferentes mecanismos, primero entre todos aquellos, del recurso a las reservas, que consienten de eludir sino incluso frustrar los efectos de su eventual ratificación. Y

lo atestiguan, sobre todo, las defecciones de las grandes potencias, que frecuentemente se rehúsan a ratificar estas cartas y convenciones¹⁶.

4. *Dos órdenes de desafíos para el constitucionalismo (inter)nacional y la proliferación de nuevas formas de producción jurídica*

Éxitos y fracasos, innovaciones radicales y omisiones injustificables, conquistas temporáneas y derrotas que amenazan los resultados laboriosamente logrados constelan los ahora setenta años de historia del constitucionalismo (inter)nacional y atestiguan de los desafíos, de ayer y de hoy, que siempre han influido en las sus diferentes etapas.

Y más, justifican, en particular, la distinción entre dos órdenes diferentes de desafíos: de un lado, los primeros desafíos (aquellos de los comienzos) que, incluso antes del final del segundo conflicto mundial, han signado sus inicios y la progresiva (aunque lenta y contrarrestada) afirmación de sus principios últimos y fundantes (§ 4.1), y, de otro lado, los (nuevos) desafíos de hoy que, tras la conclusión de la guerra fría, en el contexto de un nuevo desorden geopolítico hasta hoy no arreglado, han comenzado a amenazar no solamente los resultados fatigosamente alcanzados sino también el mismo sistema de valores de su proyecto jurídico y político (§ 4.2).

¹⁶ Por lo tanto, sólo por mencionar un ejemplo asombroso, el *Tratado de Roma* de 1998, que instituye la Corte Penal Internacional, no ha sido ratificado ni por los Estados Unidos, ni por China, Rusia e Israel. Y aún más, por citar no el caso de un solo tratado, pero lo que se afirma como principio cardinal de su política (inter)nacional, el “excepcionalismo” que los Estados Unidos reivindican en su abstención sistemática de la ratificación de los convenios y convenciones internacionales (ya comenzando con la falta de ratificación del *Tratado de Versalles* de 1919, instituyente de la Sociedad de Naciones) y regional (como en el caso de la *Convención Americana sobre derechos humanos* de 1969), a pesar de la centralidad de su papel en condicionar los términos de su redacción y de las (eventuales) formas de su protección. Un rico y variado examen de los diversos argumentos utilizados en la literatura para fundar o justificar el “excepcionalismo” de los Estados Unidos se ofrece en Ignatieff (Ed.) (2004); sobre la ambigüedad del papel de los Estados Unidos en las transformaciones del derecho internacional, véase, por ejemplo, Habermas (2004, trad. it. 2005, pp. 151-156 y, en particular, 180-185).

Diferentes pero entre ellos simétricamente complementarios, tanto los desafíos pasados cuanto aquellos más recientes atestiguan, los unos y los otros, no solamente los resultados alternos de los esfuerzos para realizar y/o defender la nunca definitiva afirmación de los principios últimos y fundantes del constitucionalismo (inter)nacional sino también la creciente incertidumbre *del* derecho (inter)nacional, y *en* el derecho (inter)nacional, acerca de los términos con los cuales (seguir a) garantizar la tutela de los derechos fundamentales y la salvaguardia de los bienes fundamentales en el “pluralismo difuso y confundido”¹⁷ de sus fuentes.

En particular, de un lado, éxitos y fracasos del constitucionalismo (inter)nacional con respecto a sus desafíos *pasados* han contribuido al desorden de las fuentes del derecho (inter)nacional allá donde los numerosos textos normativos –cartas, convenciones, acuerdos, declaraciones y tratados– y las sentencias judiciales que integran, los unos y las otras, el siempre más amplio y complejo derecho internacional de los derechos fundamentales, son desprovistos de una reglamentación que permita un orden y una coordinación no solamente entre ellos sino también con las formas de derecho de los derechos fundamentales, legislativas y jurisprudenciales, que se han ido desarrollando en el derecho interno de estados diferentes y, no menos significativamente, en el derecho de sus formaciones regionales.

Y más, por otro lado, éxitos y fracasos del constitucionalismo (inter)nacional respecto a los *nuevos* desafíos han contribuido al desorden de las fuentes del derecho (inter)nacional porque, hasta hoy, continua faltando tanto una reglamentación que ordene y coordine los diferentes materiales del derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales cuanto una regimentación de aquellas nuevas formas de derecho supranacional y transnacional, incluidas aquellas de *sofá*

¹⁷ Con referencia a Grossi (2008, p. 45), del “pluralismo generalizado, confuso e indomable” habla Lipari (2009, p. 489).

law, en la pluralidad heterogénea de sus diferentes expresiones, que, generalmente indiferentes cuando no en abierto contraste con la tutela de los derechos y la salvaguardia de los bienes fundamentales, se han progresivamente desarrollado en relación a la globalización de la economía, de las finanzas y de los mercados; esto es: de aquellas nuevas formas de producción jurídica, es decir, que en su múltiple variedad identifican y caracterizan la nueva *lex mercatoria*¹⁸.

4.1. *El constitucionalismo (inter)nacional y sus primeros desafíos*

Sorprendentemente ambicioso en el proyectar un nuevo orden mundial conjugando paz, democracia y tutela de los derechos, el constitucionalismo (inter)nacional no podía representar un desafío al orden jurídico y político que ya desde la primeras codificaciones de final del siglo XVIII y, todavía antes, con el nacimiento de los estados nacionales en el siglo XVI, giraba alrededor de la tesis indiscutida del carácter absoluto de la soberanía nacional: de la soberanía, es decir, entendida como *suprema potestas superiorem non recognoscens*¹⁹.

Todavía genéricos en la inevitable indeterminación de su primera formulación en el *Preámbulo* y en el artículo 1 de la *Carta de la ONU* de 1945, los términos del vínculo (de un doble vínculo de recíproco condicionamiento) que se tenía que instaurar entre paz, democracia y tutela de los derechos fundamentales adquieren forma y contenido con la positivización de un catálogo de derechos fundamentales absolutamente innovador en su caracterización no menos que en su enumeración; positivización, a nivel internacional, con la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 y contextualmente, tanto a nivel nacional, en las constituciones de Italia y Alemania cuanto a nivel regional, en América (latina) con la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, aprobada dos meses antes de la

¹⁸ Para una reconstrucción histórica de las diferentes fases en que se ha desarrollado la *lex mercatoria* a partir del período feudal en Europa, véase Galgano (1976) y (2005, pp. 43-76).

¹⁹ Límpido en la reconstrucción y en la articulación de los argumentos acerca de los desafíos del constitucionalismo (inter)nacional al concepto de soberanía absoluta, Ferrajoli (1997).

misma *Declaración universal*, y en Europa, aunque en forma todavía parcial en su primera redacción de 1950²⁰, con la *Convención para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales*.

Aquello que fue declinado en las primas positivizaciones internacionales del final de los años cuarenta del siglo XX, es un catálogo absolutamente innovador respecto a las Cartas del final del siglo XVIII²¹; es innovador en particular (i) por la individuación de quien pueda ser considerado titular de derechos (ya no específicas clases de sujetos sino cada ser humano²²), (ii) por la enumeración de los derechos que lo componen (derechos de la persona como individuo y como componente de formaciones sociales, derechos relativos a la formación y aplicación de la ley, derechos políticos, derechos económico-sociales pero también el derecho a la paz y a un orden social e internacional), (iii) por la caracterización de los mismos derechos (universales en su pluralismo laico, inviolables e inalienables pero también indivisibles porque complementarios los unos para los otros en su variedad y pluralidad), y no por último, (iv) por los valores y los principios que (también cuando no explícitamente formulados) connotan toda su construcción y el sentido mismo de su articulación (desde el respeto para la dignidad humana a la solidaridad, desde una igualdad en los derechos que no es extraña sino complementaria al “derecho a ser diversos”, a un pluralismo laico respetuoso de sistemas de valores diferentes).

Un catálogo radicalmente innovador, aquél individuado al final de los años cuarenta del siglo XX, a partir del cual y en relación al cual, a pesar de ásperos

²⁰ En su primera versión adoptada en 1950, la *Convención* no incluía todos los derechos enumerados en la *Declaración Universal* de 1948; en particular, no incluía los derechos económicos y sociales que, a lo largo de los años, han sido integrado en parte en su catálogo mediante sucesivos protocolos; al respecto, para un examen claro y conciso, véase Parolari (2010).

²¹ Al respecto, véase, entre otros, Mazzaresse (2012, pp. 189-197).

²² No más, como querían la cartas al finales del siglo XVII, sólo los hombres blancos que poseían una cierta renta, sino, como se indica en el *Preámbulo* de la *Declaración Universal* de 1948, “todos los miembros de la familia humana” porque, como adelante especifica en su artículo 2, “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en [la] *Declaración*, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

disensos y retardos, en setenta años de éxitos y fracasos, se ha ido desarrollando el derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales. No siempre orgánico en su articulación y de indudable complejidad en la pluralidad de interacciones y multiplicidad de reenvíos cruzados, de hecho se ha ido desarrollando un conjunto de cartas, convenciones, pactos, declaraciones y tratados sobre la tutela de los derechos fundamentales tanto a nivel internacional cuanto, siempre más frecuentemente a nivel regional, antes en Europa y América (latina)²³, y luego también en África, Asia y en los países árabe-musulmanes²⁴.

Un conjunto de cartas, convenciones, acuerdos, decisiones y tratados, a nivel internacional y regional, que, según los casos, han propuesto variantes²⁵ y/o más nuevas o más ricas declinaciones del entero catálogo de los derechos o, en cambio, precisado en lo específico²⁶ los derechos de sujetos particularmente débiles y/o especificado el significado y definido las garantías de derechos ya reconocidos o ratificado las formas y los modos de la tutela de nuevos derechos cuyo reconocimiento fue solicitado por nuevas exigencias socio-económicas, por nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos, y no menos importante, por profundas alteraciones del ambiente y de su ecosistema.

²³ Después de la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* de 1948, en 1969 se adoptó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; *Convención*, esta, ratificada por 25 de los 35 estados que hoy forman parte de la Organización de Estados Americanos; entre los estados que no la han ratificado, el Canadá y, como en el caso de muchas otras convenciones internacionales sobre derechos fundamentales, los Estados Unidos.

²⁴ Los textos de los principales documentos regionales sobre derechos fundamentales, cada uno precedido por una nota informativa escrita por Paola Parolari, están recopilados en la *Apéndice a Mazzarese y Parolari (Eds.)* (2010, pp. 175-302). A estos textos, tiene que agregarse la más reciente *Declaración asiática de derechos humanos* de 2013. Para un análisis y comparación entre diferentes mapas regionales, véase, por ejemplo, AA.VV. (2004) y Parolari (2013, pp. 237-245).

²⁵ De gran relieve las variantes de las diversas reformulación del catálogo de los derechos en las diferentes cartas regionales; variantes cuyos análisis (como aquellos, por ejemplo de las obras citadas al final de la nota precedente) puede contribuir a eliminar prejuicios sobre el (no) universalismo de los derechos fundamentales y sobre la recíproca (im) permeabilidad de los sistemas de valores de culturas diferentes.

²⁶ Es este aquél que Bobbio (1989, reed. 1990, p. 46), [1993, p. vii] y Peces-Barba (1991, trad. it. 1993, pp. 159-175) llaman “proceso de especificación” de los derechos fundamentales respecto a los titulares y respecto a los contenidos; proceso que, ya a partir de algunos relieves de Peces-Barba, a veces ha sido considerado más como un peligroso factor de fragmentación que como un útil momento de puntualización de derechos demasiado genéricos en sus formulaciones. Sobre este punto véase, por ejemplo, Margiotta (2005), Rodotà (2007), Pisanò (2011, pp. 161-172).

Pero no solo esto. Un conjunto de cartas, convenciones, acuerdos, decisiones y tratados, que al lado y más allá de las diversas redefiniciones del catálogo de los derechos fundamentales y/o de las progresivas declinaciones de los términos según los cuales entenderlos y garantizarlos, contempla y ratifica, no menos significativamente, la institución de una pluralidad de cortes (diferentes en sus respectivas funciones y competencias) para su tutela supranacional. Una pluralidad de cortes que se articula (i) a nivel nacional, en las cortes supremas o, según los casos, las cortes constitucionales de cada país; (ii) a nivel regional, en las cortes que, según procedimientos entre ellos diferentes, vigilan sobre la no violación de los derechos fundamentales, allá donde a nivel nacional se den casos problemáticos y controvertidos: es así, en particular, con la Corte europea de los derechos humanos, la Corte europea de justicia, la Corte interamericana de los derechos humanos, la Corte Africana para los derechos del hombre y de los pueblos; y (iii) a nivel internacional, con la Corte internacional de justicia y la Corte penal internacional. Pluralidad de cortes, esta apenas indicada, que por otra parte no agota la variedad de formas (casi) judiciales relativas a la tutela de los derechos fundamentales a nivel transnacional y supranacional²⁷.

Instituidas todas, en la especificidad de su propias competencias y funciones, para contribuir a una tutela multinivel de los derechos fundamentales y para consentir, a través de su diálogo, el aclarar y puntualizar la razones de disenso o incertidumbre acerca de los términos según los cuales entenderlos y circunscribir el ámbito de sus (in)evitables limitaciones recíprocas²⁸, la sentencias de esta pluralidad de cortes internacionales no siempre se han relevado pero concordes entre ellas ni acerca de las soluciones propuestas ni acerca de la individuación e

²⁷ En relación a la pluralidad heterogénea de “*regulatory regimes* sectoriales” que atiborra el “espacio jurídico global [...] sin, que entre ellos haya ni una definida repartición de competencias, ni una precisa escala jerárquica”, véase S. Cassese (2009, p. 141).

²⁸ Limitaciones que necesitan ser fijadas, en general, por el legislador (inter)nacional y/o, en concreto, en su tutela judicial, porque a menudo no es unívoca ni la lectura que acerca de cada uno de ellos puede ser dada singularmente, ni la evaluación de la pluralidad de sus interferencias recíprocas.

interpretación de los textos normativos y/o de los (recíprocos) precedentes sobre los cuales fundar sus propias decisiones. Aquello que resulta de todo eso, por lo tanto, no es un sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales sino más bien un sistema poli-céntrico que, con sus disonancias²⁹ corre el peligro de confirmar, y no de reducir, los márgenes de disenso e incertidumbre sobre su tutela (judicial).

En síntesis, desde lo que aparece (y en buena sustancia es) un éxito en la afirmación de sus principios y de sus valores respecto al orden político y jurídico precedente a la segunda mitad del siglo XX, se origina uno de los nuevos desafíos (y no uno de los menos arduos) con el cual el constitucionalismo internacional es llamado hoy a confrontarse (§ 4.2.2.). El conjunto siempre más vasto de los textos normativos que integran y constituyen el derecho internacional de los derechos fundamentales (siempre más magmático en la ausencia de reglamentación que pueda ordenar y coordinar su contenidos) ha determinado en efecto la afirmación y la progresiva consolidación de dos de las nuevas formas de producción jurídica, una por un poliédrico legislador (inter)nacional, otra por la diferentes cortes (inter)nacionales, que en la pluralidad de sus respectivas expresiones, concurren a la proliferación de las fuentes del derecho y a su desorden; o sea, concurren no a asegurar y a hacer más cierto sino, no muy paradójicamente, a obstaculizar y a hacer más tortuoso su común objetivo de garantizar la tutela (judicial) de los derechos y la salvaguardia de los bienes fundamentales.

4.2. *El constitucionalismo (inter)nacional y sus nuevos desafíos* más recientes

La proliferación de fuentes de derecho transnacional y supranacional no es debida, sin embargo, solo a las formas y modos con que el constitucionalismo

²⁹ Sobre dificultades y aspectos problemáticos del diálogo entre las cortes, llaman la atención, por ejemplo, Ruggeri (2014a), (2014b) y Parolari (2016, 157-163), (2017).

(inter)nacional ha sido en grado (entre incertidumbres y contradicciones) de superar, con lenta difusión y afirmación de sus propios valores y principios, muchos de los desafíos que el propio proyecto ha puesto al orden jurídico y político preexistente.

Simétricamente, de hecho, la proliferación de fuentes del derecho transnacional y supranacional está condicionada también por factores que, en particular a conclusión de la guerra fría, han empezado a constituir un desafío a los valores y a los principios del constitucionalismo (inter)nacional; o sea, por factores que o vuelven a poner en discusión sus valores y sus principios, o cuanto menos, denuncian el riesgo de su implosión frente a las dificultades puestas por los nuevos escenarios sociales, políticos y económicos.

Son tres, en particular, como he afirmado otras veces³⁰, los principales ordenes de factores que representan los nuevos desafíos al proyecto todavía no completamente realizado del constitucionalismo (inter)nacional: un orden de factores político-ideológicos (§ 4.2.1), un orden de factores jurídico-institucionales (§ 4.2.2) y un orden de factores socio-culturales (§ 4.2.3).

4.2.1. Factores políticos-ideológicos

El primer orden de factores, de matriz *político-ideológica*, pero con un fuerte impacto jurídico-institucional en la redefinición del derecho (constitucional) interno y del derecho (publico) internacional, es, por un lado, aquello de una progresiva deslegitimación del proyecto mismo de un orden global fundado sobre el doble vínculo entre tutela de los derechos fundamentales, mantenimiento de la paz y salvaguarda de las instituciones democráticas, y por otro lado, aquello de una contestación siempre más recurrente de los términos en los cuales se ha ido progresivamente configurando y afirmando la tutela internacional de los derechos fundamentales.

³⁰ Cf., en particular, Mazzaresse (2008, pp. 218-224), (2011, pp. 169-172), (2012, pp. 206-208).

En particular, por un lado, la deslegitimación del proyecto de un orden global fundado sobre el recíproco condicionamiento entre derechos fundamentales, paz y democracia ha encontrado expresión tanto (i) en el creciente consenso hacia el replantearse de formas de populismo que ponen en riesgo o al menos afectan y degradan las instituciones de la democracia (constitucional)³¹, cuanto, y ciertamente no menos significativamente, (ii) en la progresiva y siempre más atrevida relegitimación de la guerra; en efecto, después de los primeros fatigosos tentativos onomásticos (desde la primera guerra del golfo del 1990 a las guerras en Kosovo en el 1999, en Afganistán en el 2001 y en Iraq en el 2003) de camuflarla como “intervención de policía internacional” o de justificarla (aunque jurídicamente ilegítima) en nombre de superiores principios morales, en los últimos años sin ya ninguna rémora, de “guerra” se habla abiertamente (y sobre todo, se propone recurrir a la guerra) en relación a las más diversas exigencias. Así, en particular, a pesar de las clamorosas (y tardías) admisiones respecto a su efecto diametralmente opuesto a aquello reivindicado³², en relación a los países que son foco (no menos que víctimas) del enraizamiento del terrorismo internacional.

Y todavía, por otro lado, la contestación de los términos de la tutela de los derechos fundamentales ha encontrado expresión, solo para hacer algunos ejemplos más asombrosos, (i) en la contestación de su universalismo que, ignorando el principio del pluralismo laico que caracteriza su catálogo, reivindica un particularismo exasperado y exasperante de sistemas de valores que se pretende sean entre ellos alternativos³³, (ii) en la estigmatización de su proliferación y/o en la denuncia de sus costos que, indiferentes al principio de la indivisibilidad de los

³¹ En la literatura italiana más reciente, el problema es tomado en consideración, por ejemplo, por Ferrajoli (2013b, pp. 125-184), Dal Lago (2017), Revelli (2017).

³² La referencia, en particular, es a la entrevista del 25.10.2015 (que puede ser escuchada en el sitio web de CNN, <http://edition.cnn.com/2015/10/25/europe/tony-blair-iraq-war/>), entrevista en la que Tony Blair reconoce explícitamente que la guerra en Iraq ha favorecido la afirmación y la difusión del ISIS. De la entrevista que en realidad ha generado menos interés de lo que hubiera sido natural esperar, da noticias, por ejemplo, Mastrolilli (2016).

³³ Para una lectura crítica de esta posición, véase Ferrajoli (2007, vol. 2, § 13.11 e p. 547), Mazzaresse (2013), Parolari (2013), (2014) e (2016).

diferentes derechos ratificados en sus primer catálogo de 1948, exigen para ellos una nueva definición minimalista³⁴ y/o la adopción de una atenta política de inversiones acerca de los derechos por (no) garantizar³⁵; (iii) en la redefinición, indiferente al principio de igualdad en los derechos (de cada ser humano respecto a su entero catálogo), de cuáles sujetos puedan ser considerados titulares de cuáles derechos, como ocurre, en particular, en los casos de los migrantes³⁶; y por último, cronológicamente pero no por importancia, (iv) en la progresiva limitación de la tutela de los derechos económicos-sociales –instrucción, salud y trabajo– no solo por los que son migrantes sino también por los que son ciudadanos *optimo iure*.

Contestación de los términos de la tutela de los derechos fundamentales y deslegitimación de su doble vínculo con los valores de la paz y de la democracia a veces explícita y manifiesta en su formulación, a veces, en cambio, todavía más insidiosamente, recurriendo a una reinterpretación tan radical que propone una valencia diametralmente opuesta respecto a aquella que acompañó su formulación desde finales de los años cuarenta del siglo XX tanto a nivel internacional como a nivel nacional con las constituciones de los países que en la segunda posguerra se han ido liberando de dictaduras y regímenes totalitarios.

Contestaciones, las unas y las otras, que, como es evidente, no pueden no contribuir a volver más dudosos, controvertidos y sobre todo menos incisivos los términos en los cuales (continuar a) entender y dar aplicación al derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales; y también, no pueden sino contribuir a volver más confusos y controvertidos los criterios respecto a los cuales decidir una jerarquía entre las fuentes del derecho (inter)nacional que (no) contribuyen a deslegitimar la tutela internacional de los derechos fundamentales.

³⁴ Para una lectura crítica de esta posición, véase T. Mazzaresse [2005].

³⁵ Para una lectura crítica de esta posición, véase L. Ferrajoli [2007, vol. II, p. 68].

³⁶ Para un análisis de los derechos de los cuales a menudo es negada (la plena) titularidad a los migrantes, véase, por ejemplo, A. Dal Lago (2004) y O. Giolo (2013).

4.2.2. Factores jurídico-institucionales

El segundo orden de factores, de matriz *jurídico-institucional* pero con un fuerte impacto político-ideológico en su indiferencia a cualquier preocupación de legitimación democrática, es, en cambio, aquello del multiplicarse de una pluralidad, varia y heterogénea, de formas de derecho transnacional y supranacional que se sobreponen e interfieren, las unas y las otras, tanto con el derecho nacional interno cuanto con el derecho internacional: así por ejemplo la variedad de formas de derecho regional, de *soft law*, y, en particular, de *lex mercatoria*.

Particular es el relieve de la *lex mercatoria* que hasta hoy se ha revelado indiferente sino incluso antagonista al derecho internacional de los derechos fundamentales: las diferentes expresiones de la *lex mercatoria*, tanto en la definición de distintas formas contractuales cuanto en la individuación de criterios de resolución de las controversias que pueden derivar de su estipulación, hasta ahora, de hecho se han revelado más atentas a la defensa de los intereses de las partes que no a la tutela de los derechos fundamentales o la salvaguardia de los bienes fundamentales³⁷.

Indiferencia, si no antagonismo, que tiene no solo recurrentes ejemplificaciones en la *praxis* con la cual la *lex mercatoria* encuentra aplicación, sino también una embarazosa confirmación en los análisis de quien, enfatizando su indudable relieve en la disgregación del tradicional sistema de las fuentes del derecho, no presta excesiva atención (allá donde el tema sea mencionado) ni (i) a la (posible) tensión entre los intereses de los privados protegidos por la *lex mercatoria*, de un lado, y del otro, la tutela de derechos y bienes fundamentales, ni tampoco (ii) al rol, no menos central de aquello de la *lex mercatoria*, de la tutela de los derechos

³⁷ El de los bienes fundamentales y/o bienes comunes (denominaciones y caracterizaciones diferentes que no siempre coinciden) es un tema que es objeto de una literatura cada vez mayor en los últimos años.

y de la salvaguarda de los bienes fundamentales en el condicionamiento de una radical alteración del sistema tradicional de fuentes.

4.2.3. Factores socio-culturales

Por último, un tercer orden de factores, que puede condicionar y ser condicionado por el de matriz político-ideológica y por el de matriz jurídico-institucional, es aquél de *matriz socio-cultural*. Se trata, en particular, de una doble amenaza a la tutela de los derechos fundamentales en las (nuevas) sociedades multiculturales y multiétnicas.

La primera amenaza deriva de la posición de quien, reivindicando una lectura unilateral del universalismo de los derechos fundamentales que ignora su espíritu laicamente pluralista, rechaza el respeto y la tutela de las diferencias jurídico-culturales de gentes distintas y, en particular, de aquellos que, migrantes, en las últimas tres décadas siempre más numerosos, han venido a vivir y trabajar en los países de las democracias constitucionales. Paradigmática, en este sentido, la posición de quien, corroborando el asunto de un inevitable “choque entre civilizaciones”³⁸ teorizado por Samuel Huntington ya desde los inicios de los años noventa del siglo XX³⁹, adhiere a sus tesis y por un lado, proclama la separación, la incomunicabilidad y la competitividad entre sistemas de valores, religiones y tradiciones culturales de “civilizaciones diferentes”, y, por el otro, denuncia el peligro que, desde la conclusión de la guerra fría y el final del bipolarismo y de sus ideologías, la “civilización islámica” y la “civilización sinica” han empezado a representar para el “occidente”⁴⁰, su civilización, sus valores y su identidad cultural.

³⁸ En la literatura, sin embargo, ni siquiera falta quien contesta el asunto del “choque entre civilizaciones”. Para algunas referencias bibliográficas sobre este punto, véase, por ejemplo, Mazzaresse (2017, n. 42).

³⁹ Huntington (1993), (1996) y (2004).

⁴⁰ Aquella de “occidente” (también pero no solo en el análisis de Huntington) es una noción problemática que, según los contextos, asume connotaciones geográficas y/o políticas y/o culturales y/o religiosas variables y diferentes. Para algunas referencias bibliográficas sobre este punto, véase, por ejemplo, Mazzaresse (2017, n. 45).

Y todavía, la posición de quien en los “inmigrantes provenientes de otras civilizaciones que rechazan la asimilación y continúan a practicar valores, usos y culturas de las propias sociedades de origen” individúa una de los principales peligros “internos” a las sociedades occidentales y, por esta razón, exige “la actuación de políticas de control sobre número, origen, características y grado de asimilación”⁴¹.

La segunda amenaza, en cambio, deriva de la posición, simétrica a la primera, de quien, contestando el universalismo de los derechos fundamentales, en nombre del igual respeto hacia todas las culturas, insta a que prácticas sociales, acciones individuales y comportamientos individuales que son (o pueden ser considerados) expresiones de tradiciones diferentes sean aceptadas y justificadas también cuando configuren formas de discriminación y de violación de derechos fundamentales.

Una doble amenaza –aquella de quien reivindica el universalismo de los derechos porque pretende que sean expresión de los valores del “occidente” y aquella de quien en cambio lo contesta porque (compartiendo la misma presunción sobre su matriz) teme que su afirmación lleve a una forma de neo-colonialismo ético hacia culturas diferentes de aquella “occidental”– que individualiza uno de los desafíos quizás más complejo que hoy se pone al constitucionalismo (inter)nacional y a la implementación de sus principios.

Una doble amenaza que, en la simetría de contrapuestas evaluaciones de un mismo prejuicio (aquél de la matriz “occidental” de los derechos fundamentales), revela no solamente cuán a menudo el pluralismo laico de los derechos fundamentales de la segunda mitad del siglo XX sigue siendo ignorado sino también y sobre todo cuanto pueda ser complicado intentar su plena y completa implementación garantizando a cada individuo y a cada grupo el derecho a ser

⁴¹ Huntington (1996, ried. del 2000 de la trad. it., p. 454).

diferentes, sentirse diversos y a ser aceptados como diversos⁴²; en particular, garantizando a cada individuo y a cada grupo el derecho a ser diferentes sobre todo en las sociedades siempre más multiculturales, multiétnicas y multi-religiosas de los países meta de los flujos migratorios de los últimos treinta años⁴³.

5. *El constitucionalismo (inter)nacional, sus desafíos y la proliferación de nuevas fuentes del derecho*

Aunque sumario como aquél apenas descrito (§ 4), un examen de los desafíos del constitucionalismo internacional – tanto de los desafíos *de* sus principios respecto al orden jurídico y político preexistente cuanto de los desafíos *a* sus principios en el desorden geopolítico todavía no recompuesto del post guerra fría– permite de individualizar, aunque en su indudable complejidad, un marco unitario donde reconducir las siempre más numerosas, y entre ellas concurrentes, formas de producción jurídica; y todavía, permite de adoptar un léxico común para afrontar un análisis orgánico: el léxico de los derechos fundamentales y de su (frustrada) tutela y actuación.

En particular, dentro del marco unitario delimitado por los principios del constitucionalismo (inter)nacional y por la adopción del léxico de los derechos fundamentales, es posible individualizar y distinguir cuatro direcciones principales según las cuales se ha ya desarrollado y/o podría ulteriormente expandirse la diferenciación de nuevas fuentes del derecho no solamente trasnacional y supranacional sino también del mismo derecho estatal haciendo recurso a nuevas formas de producción jurídica infra-estatal.

⁴² La referencia, en particular, es a la *Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales*, que en el artículo 1 establece que “Todos los individuos y grupos tienen derecho a ser diferentes, a ser considerados y a ser aceptados como tales”; esta formulación es recogida y citada literalmente en el cuarto párrafo del artículo 2 de otro texto importante sobre el tema de la diversidad cultural y la protección de los derechos: el de la *Declaración de la UNESCO de principios sobre la tolerancia* 1995.

⁴³ Sobre el derecho a ser diferente en el constitucionalismo (inter)nacional y, en particular, sobre las dificultades de garantizarlo en sociedades cada vez más multiculturales por la presencia de inmigrantes, véase Mazzaresse (2014) y (2018).

a) Las formas de producción jurídica relativas (i) a la reformulación del catálogo de los derechos y a la especificación de los derechos de algunas clases de sujetos o a la puntualización de las garantías de algunos derechos ya reconocidos (§ 4.1), no menos que (ii) a las normativas que, condicionadas por las críticas y por las reservas siempre más frecuentes a la cultura de los derechos después de la conclusión de la guerra fría, han comenzado a introducir límites y a ratificar derogaciones a la actuación y tutela de algunos de aquellos mismos derechos fundamentales afirmados en constitución y/o en tratados internacionales ya ratificados (§ 4.2).

b) La variedad de decisiones judiciales o casi-judiciales que siempre más numerosas a nivel nacional e internacional, supranacional y transnacional tienen como objeto los términos según los cuales (no) seguir garantizando la tutela de los derechos fundamentales (§ 4).

c) Las formas de producción jurídica de carácter contractual y/o judicial (prevalentemente pero no exclusivamente relativas a la *lex mercatoria*) indiferentes si no abiertamente en contraste con la tutela de los derechos fundamentales y/o con la salvaguarda de los bienes fundamentales (§ 4.2.2).

d) Y no como menos relevante, las (eventuales y hoy poco difundidas) formas de producción jurídica de carácter legislativo y/o judicial de derecho infra-estatal que, tomando en cuenta las nuevas formas de multiculturalismo de los países meta de flujos migratorios, se abren a (o se interrogan sobre) formas de un pluralismo jurídico que, no-como derogación sino con la perspectiva de una plena tutela de los derechos fundamentales, están atentas a las tradiciones culturales y jurídicas de personas diferentes (§ 4.2.3).

Cuatro direcciones, aquellas apenas indicadas, con rasgos y características entre ellas diferentes que, sin embargo, tienen que ser examinadas y profundizadas también, y sobre todo, en su condicionamiento recíproco; no solamente si, bajo una

perspectiva normativa, nos empuja la preocupación de tomar en cuenta las continuas transformaciones del derecho sin por ello renunciar a la defensa de los valores y de los principios de los cuales el proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional es y ha sido expresión sino también si, bajo una perspectiva más específicamente *teórico-explicativa*, se quiere tener en cuenta un fenómeno, aquél del creciente “desorden difundido y confundido” de las fuentes del derecho (inter)nacional, no sectorialmente sino unitariamente en su complejidad.

6. *Las trampas de una filosofía sin cualidades*

Ulrich, protagonista de la famosa novela *El hombre sin cualidades*, de Robert Musil, es un personaje que en realidad tiene muchas *cualidades*, quizás demasiadas: fascinante y cautivador, se presenta al lector como un hombre culto, inteligente, irónico, observador atento y crítico sagaz de la pluralidad caótica de impulsos de una sociedad en fermentación con respecto a la cual, sin embargo, permanece más ajeno que participe.

Del mismo modo, muchas cualidades se pueden reconocer también a la mayoría de los análisis de la filosofía del derecho en las últimas décadas. Muchas cualidades, tal vez demasiadas, que pero denuncian su extrañeza más que su participación al fermento de la realidad jurídico-política que habría de constituir el objeto de su reflexión.

Son varios los perfiles que se prestan para confirmar este juicio; diferentes perfiles que, a pesar de la especificidad de sus diferentes configuraciones, comparten todos una falta de atención al marco común al que reconducir los diversos temas tratados. En otras palabras, comparten la indiferencia, o incluso el olvido de la necesidad de identificar las coordenadas que permiten tener en cuenta y dar cuenta de las interacciones, por complejas y problemáticas que sean, que condicionan la comprensión de los temas analizados y la identificación de las criticidades que implican.

Así, en particular, con algunas excepciones importantes, como las ofrecidas por los escritos de Norberto Bobbio y más tarde aquellos de Luigi Ferrajoli y Stefano Rodotà, de Jürgen Habermas y Ernesto Garzón Valdés, rara vez se ha prestado atención al doble vínculo entre la consolidación de la paz, la protección y la implementación de los derechos fundamentales y la salvaguardia de las instituciones democráticas. En otras palabras, rara vez se ha considerado cuánto Bobbio, con su claridad proverbial, ya a principios de los noventa había sintetizado, escribiendo que “los derechos humanos, la democracia y la paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin los derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos”⁴⁴.

De aquí, en conclusión, a partir de esta notación de Bobbio, el deseo y la esperanza que en la filosofía del derecho del mundo latino, en particular, y en la literatura de la filosofía del derecho, más en general, se vuelva cada vez más evidente la urgencia de una filosofía del derecho de los juristas que, al lado y más allá de una filosofía de los filósofos, o si se prefiere, a lado y más allá de una “filosofía del derecho sin cualidades”, esté más atenta a la transformación del derecho tanto para delinear un modelo explicativo capaz de tomar efectivamente en cuenta las formas y los modos de su producción y aplicación cuanto para delinear una reflexión que obviamente sea crítica, pero a condición de partir de los desafíos con los que se compara el derecho así como desde décadas efectivamente se configura.

⁴⁴ Bobbio (1990, p. vii).

Referencias bibliográficas

- AA.VV. [2004], *Occidentalismi*. Número monográfico de *Parolechiave*, 31.
- Barberis, M. (2011) “Esiste il neocostituzionalismo?”, *Analisi e diritto*, p. 11-30.
- Barberis, M. (2012) “Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, (1) 1, p. 153-164.
- Benhabib, S. (2004) *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge. Trad. it.: *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*. Milano: Cortina, 2006.
- Bobbio, N. (1962) “Nature et fonction de la philosophie du droit”, *Archives de philosophie du droit*, (7) p. 1-11; reed. en: Bobbio, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Comunità, 1977, p. 37-51.
- Bobbio, N. (1977) *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità.
- Bobbio, N. (1989) *L'età dei diritti*. En: Bobbio, N. *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*. Torino: Edizioni Sonda, p. 112-125; reed. en: Bobbio, N. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990, p. 45-65.
- Bobbio, N. (1990) *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi.
- Bobbio, N. (1993) “Prefazione”. En: Peces Barba, G. *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè: Milano, p. v-viii.
- Carbonell, M. (Ed.) (2003) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cassese, A. (2005) *La protezione universale dei diritti umani*. En: Cassese, A. *I diritti umani oggi*. Roma-Bari: Laterza, p. 28-53.
- Chiassoni, P.L. (2018) “La filosofia del diritto di Guido Alpa”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (48), 1, p. 287-296.
- Costa, P. (2010) “Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu del 1948”. En: Mazzaresse, T. y Parolari, P. (Eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: Giappichelli, p. 15-33.
- Dal Lago, A. (2004) *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Ed. ampliada. Feltrinelli: Milano.

Dal Lago, A. (2017) *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*. Milano: Cortina.

Ferrajoli, L. (1997) *La sovranità nel mondo moderno*. Roma-Bari: Laterza.

Ferrajoli, L. (2007) *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, tres volúmenes.

Ferrajoli, L. (2013) *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: il Mulino.

Galgano, F. (1976) *Lex mercatoria*. Bologna: il Mulino.

Galgano, F. (2005) *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: il Mulino.

Giolo, O. (2013) "Migranti. Diritti in bilico?". En: Mazzaresse, T. (Ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*. Torino: Giappichelli, p. 189-215.

Glyndon, M.A. (2001) *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House Publishing Group; trad. it. *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*. Macerata, Liberilibri, 2008.

Guastini, R. (2011) "A proposito di neo-costituzionalismo", *Teoria politica. Nuova serie, Annali*, 1, p. 147-158.

Guastini, R. (2018) "Girovagando nella filosofia giuridica del novecento", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (48) 1, p. 235-245.

Grossi, P. (2008) *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*. Napoli: Università di Suor Orsola Benincasa.

Habermas, J. (2004) *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*. Frankfurt am Main: Suhrkamp; trad. it. *L'Occidente diviso*. Roma-Bari, Laterza, 2005.

Huntington, S.P. (1993) "The Clash of Civilizations?", *Foreign Affairs*, (72), 3.

Huntington, S.P. (1996) *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster; trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*. Milano: Garzanti, 1997.

Huntington, S.P. (2004) *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*. New York: Simon & Schuster; trad. it. *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*. Milano: Garzanti, 2005.

Ignatieff M. (Ed.) (2004) *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press.

Lipari, N. (2009) "Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (63), 2, p. 479-496.

Maduro M., Tuori K., y Sankari S. (Eds.) (2014) *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Margiotta, C. (2005) "I diritti e l'inflazione dei soggetti". *Filosofia politica*, (19), p. 415-426.

Mastrolilli, P. (2015) "Le scuse di Blair sull'Iraq", *La Stampa Mondo*, disponibile en: <http://www.lastampa.it/2015/10/26/esteri/le-scuse-di-blair-sulliraq-la-guerra-ha-aiutato-lisisnHXDoOgdeFtY8fOySQ0rrN/pagina.html;jsessionid=285A48B2D430B0C9958B66FD6C6F3597> (consultado il 30.10.2015).

Mazzaresse, T. (2002a) "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo. Un inventario di problemi". En: Mazzaresse, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 1-69.

Mazzaresse, T. (2002b) "Towards a Positivist Reading of Neo - constitutionalism". *Associations*, (6), 2, p. 233-260.

Mazzaresse, T. (2005) "Minimalismo de los derechos: ¿apología razonable o deslegitimación insidiosa?", *Ideas y Derecho*, 5. Buenos Aires: Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, p. 45-72.

Mazzaresse, T. (2008) "Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto". En: Casadei, Th. (ed.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*. Reggio Emilia: Diabasis, p. 207-231.

Mazzaresse, T. (2011) "Otra vez acerca de razonamiento judicial y derechos fundamentales. Apuntes para una posición "políticamente incorrecta"". En: Narváez Hernandez, J.R. (Ed.) *Interpretación jurisprudencial. Memorias del II Simposio*

Internacional de Jurisprudencia. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 155-215.

Mazzaresse, T. (2012) *Diritti fondamentali*. En: Pomarici, U. (Ed.), *Atlante di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, vol. I, p. 179-217.

Mazzaresse, T. (Ed.) (2013) “Diritto, diritti, pluralismo culturale. Un’introduzione”. En: Mazzaresse, T. (Ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*. Torino: Giappichelli, p. 1-15.

Mazzaresse, T. (2014) “El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales”. En: Douglas Price, J. y Duquelsky, D. (Eds.), *XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho*. Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 3-18.

Mazzaresse, T. (2017) “La (mancata) tutela de diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto”. En: Mazzaresse, T. (Ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*. Sección monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, 1, p. 109-137.

Mazzaresse, T. (2018) “I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali”. En: Cerrina Feroni, G. y Federico, V. (Eds.), *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*. Napoli: Esi (en la impresión).

Mazzaresse, T. y Parolari, P. (Eds.) (2010) *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: Giappichelli.

Morskin, J. (1999) *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Musil, R. (1957) *L’uomo senza qualità*. Torino Einaudi; trad. it. di *Der Mann ohne Eigenschaften*. Berlin, Rowohlt Verlag, 1930 e 1943.

Núñez Leiva, J.L. (2016) “Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho”, *Opinión Jurídica*, (15), 29, p. 187-202.

Parolari, P. (2010) “Nota informativa”. En: Mazzaresse, T. y Parolari, P. (Eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*. Torino: Giappichelli, p. 178.

Parolari, P. (2013) “Diritti fondamentali: prospettive transculturali e percorsi interculturali”. En: Mazzaresse, T. (Ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*. Torino: Giappichelli, p. 217-249.

Parolari, P. (2014) “Identità, transdifferenza, intersezionalità: (con)vivere da eguali nella diversità”, *Rivista di filosofia del diritto*, (3), 2, p. 471-494.

Parolari, P. (2016) *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*. Torino: Giappichelli.

Parolari, P. (2017) “Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le corti nel disordine delle fonti”. En: Mazzaresse, T. (Ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*. Sección monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, 1, p. 31-58.

Pattaro, E. (2018) “Girovagando ... e discutendo”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (48), 1, p. 235-245.

Peces-Barba, G. (1991) *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: EUDEMA; trad it. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1993.

Pisanò, A. (2011) *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*. Milano: Giuffrè.

Prieto Sanchís, L. (2017) *Neocostituzionalismi. Un catalogo di problemi e di argomenti*. Napoli: ESI.

Revelli, M. (2017) *Populismo 2.0*. Torino: Einaudi.

Rodotà, S. (1981) *Il terribile diritto: Studi sulla proprietà privata*. Bologna: il Mulino.

Rodotà, S. (2007) “Nuovi soggetti, nuovi diritti, nuovi conflitti”. En: Pizzetti, F.G. y Rosti, M. (Eds.), *Soggetti, diritti, conflitti: Percorsi di ridefinizione*. Milano: Giuffrè, p. 7-23.

Ruggeri, A. (2014a) “Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti Europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?”, disponibile en: <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri35.pdf> (consultado il 16.2.2015).

Ruggeri, A. (2014b) “Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali”, *Federalismi.it*, 18, p. 1-33.

Schiavello, A. (2003) “Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?”, *Diritto & questioni pubbliche*, (3).

Villani, U. (2002) “La tutela internazionale dei diritti umani”. En: Mazzaresse, T. (Ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, p. 207-232.