AUTORES

Rogelio del Prado Flores

TÍTULO

Apuntes para un constitucionalismo del bien común

repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/

Vol. 53, No. 143, 2020, jul-dic, pp. 174-195

Logos. Revista de Filosofía.

ISSN 2683-1937	DOI
ISSN 1665-8620	Handle repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/

ENLACES

repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/

ORCID:

Licencia de Atribución Creative Commons 4.0

CC BY 4.0

Este documento se puede descargar y compartir con otras personas, siempre que se reconozca su autoría.

Repositorio Institucional
REIMS

Universidad La Salle México

Apuntes para un constitucionalismo del bien común

Notes for a common good constitutionalism

Alejandro Sahuí
Universidad Autónoma de Campeche
ORCID: 0000-0003-1823-1459

Resumen

En este texto se explora la noción de *constitucionalismo del bien común* y se examinan críticas al liberalismo que lo asocian al cambio climático, a la pobreza o a la desigualdad. Además, se expone la tragedia de los comunes de Hardin y Ostrom, que visibilizó la tensión entre intereses individuales y colectivos. A partir de ahí se revisa el constitucionalismo del bien común de Vermeule y se critica su déficit democrático por centrarse en fuentes tradicionales. Luego, se revisa el *ius constitutionale commune* latinoamericano con Bogdandy, surgido a partir de un diálogo multinivel entre tribunales y sociedad, así como el texto de Ferrajoli: *Por una constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, que propone una esfera pública y un constituyente mundial con derechos y bienes fundamentales. Finalmente, se hacen algunas valoraciones comparativas.

Abstract

This paper explores the notion of *Constitutionalism of the common good* by discussing the critiques of liberalism that associate it with issues such as climate change, poverty, and inequality. It also exposes the tragedy of the commons, as illustrated by Hardin and Ostrom, that highlights the tension between individual and collective interests. From there, the Constitutionalism of the Common Good by Vermeule is examined, with a critique of its democratic deficit resulting from its focus on traditional sources. The Latin American *ius constitutionale commune*, developed by Bogdandy through a multi-level dialogue among courts and society, and Ferrajoli's *Constitution of the Earth*, advocating for a public sphere and a world constituent power with fundamental rights and goods, are subsequently reviewed. Lastly, some comparative assessments are made.

Palabras clave

Constitucionalismo, liberalismo, bien común, *ius constitutionale commune*.

Keywords

Constitutionalism, liberalism, common good, *ius constitutionale commune*.

Fecha de recepción: febrero 2024
Fecha de aceptación: mayo 2024

Introducción

En este trabajo exploro la idea de un constitucionalismo del bien común. Es conocida la discusión sobre la crisis del constitucionalismo liberal, que podría calificarse como el modelo predominante en las democracias actuales. El número de regímenes así autodesignados se multiplicó en la segunda mitad del siglo XX, tras la segunda y tercera ola democratizadora.[1] Un rasgo extendido de la transformación fue la adopción de catálogos de derechos humanos y órganos para la distribución del poder político. De hecho, en una gran medida se impulsó el papel de los tribunales para garantizar los derechos, pues se hacía hincapié en las amenazas de la política para las personas. Frente a los parlamentos y las burocracias, los tribunales se erigieron como custodios de los valores constitucionales. En este intercambio se reveló la tensión entre derechos subjetivos, leyes generales y políticas colectivas.

Debido a que la lucha democrática ocurrió contra sistemas autoritarios en las dictaduras del sur y del este de Europa, y en Latinoamérica, se consideró que el daño principal a los derechos provenía del poder estatal. Asimismo, la polarización de la Guerra Fría causó una división entre los derechos civiles y políticos, característicos del proyecto geopolítico liberal, así como en los derechos económicos, sociales y culturales, que se atribuyeron al comunismo o socialismo históricos. Con la pérdida de influencia del régimen soviético, se asoció la democracia constitucional con los valores liberales en los que el individualismo tiene un peso especial. Los derechos de libertad se asumieron como básicos, mientras retrocedían otros que fueron caballos de batalla del socialismo: trabajo, salud, educación, pensiones. Además, junto a los problemas de desigualdad surgidos al asociar al liberalismo con la economía de mercado —que evolucionó a la forma actual del neoliberalismo—[2] aparecieron problemas de integración y cohesión social. En la actualidad, las personas perciben que han perdido poder de autogobernarse, aunque no sean los Estados los que interfieran con sus vidas sino poderes privados, y se debilitan los lazos que favorecen la cooperación necesaria para perseguir metas colectivas

[1] Samuel Huntington, *La tercera ola: La democratización a finales del siglo xx* (Buenos Aires: Paidós, 1994).

[2] Fernando Escalante Gonzalbo, *Historia mínima del neoliberalismo* (Ciudad de México: Colmex / Turner, 2016).

Con estas consideraciones, resulta de interés imaginar qué posibilidades existen de atender este tipo de críticas sin socavar ciertos valores del modelo liberal que todavía deben tenerse por básicos. Pienso en una noción robusta de libertad que no se reduzca a su variante libertaria, que ha interpretado las libertades como inmunidades al conceder al cuerpo y a sus atributos títulos de propiedad exclusivos. Una idea de libertad fuerte resulta compatible con el liberalismo igualitario, el republicanismo, el socialismo democrático y la crítica feminista. Además de la no interferencia, se deben tener presentes los principios de no dominación, de la emancipación y de las capacidades. No creo equivocarme al decir que el constitucionalismo liberal, pese a sus orígenes, admite pensar la libertad con más amplitud y profundidad. Pero esto no quiere decir que el trayecto sea llano. De ahí el propósito de este trabajo.

El texto se divide en cinco secciones. En la primera parte, se expone en líneas generales la noción de *tragedia de los bienes comunes* sugerida por Garrett Hardin[3] y seguida por Elinor Ostrom.[4] Aunque dicha noción no viene del derecho constitucional, es pertinente su inclusión por la influencia que ha tenido en las ciencias sociales. Si se tiene en cuenta que la crítica a la ideología jurídica liberal se asocia con su evolución paralela a las sociedades de libre mercado, es importante imaginar que dicha tragedia se explique bien mediante el conflicto de intereses privados y colectivos. En esos términos se objetan las versiones libertarias de los derechos y de la democracia como mercado que causan las crisis constitucionales observadas. Estas crisis tienen un impacto global en el cambio climático, la desigualdad o la guerra. En la segunda parte, examino la propuesta de constitucionalismo del bien común de Adrian Vermeule.[5] Me concentro en el debate de sus fuentes de validez, y observo los problemas relacionados con su déficit de legitimidad democrática, que nace de pensar la noción de *lo común* abrevando de fuentes tradicionales inmemoriales, del derecho natural o de gentes. Considero que no existen razones justificadas para el optimismo de buscar en la tradición soluciones adecuadas a la complejidad actual, y por ello su tesis ha sido acusada de conservadora. En tercer lugar, se revisará la idea de derecho constitucional común latinoamericano de mano de Armin von Bogdandy.[6] Se destaca su motivación progresis-

---

[3] Hardin, "The Tragedy of Commons", *Science* 162, n.º 3859 (1968).

[4] *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva* (Ciudad de México: FCE / UNAM, 2000).

[5] Vermeule, *Common Good Constitutionalism* (Cambridge: Polity Press, 2022).

[6] Armin von Bogdandy, Héctor Fix Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, coords. Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (Ciudad de México: UNAM / Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014); *Por un derecho común para América Latina: Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2020).

ta o transformadora, contraria a Vermeule, quien está anclado en la tradición. Esta propuesta manifiesta interés en relacionar Estado de derecho, derechos humanos y democracia. Se insiste en ampliar este derecho común más allá de tribunales y operadores jurídicos, para incluir el diálogo entre asociaciones, movimientos sociales, medios de comunicación y academia. Gracias al impulso de la ciudadanía se puede definir el modelo como una versión participativa de democracia deliberativa. En la cuarta parte exploro la idea de *constitución de la Tierra* de Luigi Ferrajoli.[7] El iusfilósofo promueve un constitucionalismo más allá del Estado. Añade una lista de bienes a los derechos fundamentales con un estatuto de protección que obliga a revisar y delimitar el alcance de los derechos; como en el caso de algunas libertades, la propiedad o el mercado laboral. También se observa la importancia de construir una esfera pública global como la condición de un proceso constituyente mundial y de una democracia cosmopolita. En la quinta y última parte se hacen evaluaciones comparativas y críticas entre estas concepciones.

La tragedia de los comunes

Todos los días se conocen noticias desoladoras acerca del futuro común de la humanidad: crecimiento de las brechas de desigualdad, cambio climático, crisis energética y alimentaria, migraciones y desarrollo, entre tantas otras con causas imputables a acciones humanas. Antropoceno o Capitaloceno se llama a esta era donde nuestra especie ha causado un impacto grave para la vida y el equilibrio ecológico.[8] Es importante indicar la proveniencia humana, el factor de la agencia personal, porque es la forma de pensar la responsabilidad junto con la justicia.[9] Debe recordarse la estrecha relación del constitucionalismo con la autonomía personal y el autogobierno colectivo: derechos humanos y democracia.

El argumento de Garrett Hardin[10] desarrollado bajo la denominación de la *tragedia de los comunes* inicia con la siguiente asunción: el problema de la población no tiene una solución técnica, sino moral. Hardin señala una contradicción que es inherente al paradigma utilitarista: intentar maximizar simultáneamente bienes y bienestar, de un lado, y mayor número de personas, del otro. En un mundo finito, no es una opción razonable. Es un juego

---

7 Ferrajoli, *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada* (Madrid: Trotta, 2022).

8 Jason W. Moore, *Antropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism* (Michigan: PM Press, 2016); Manuel Arias Maldonado, *Environment and Society: Socionatural Relations in the Anthropocene* (Cham, Suiza: Springer International Publishing, 2015); Francisco Serratos, *El capitaloceno: Una historia radical de la crisis climática* (Ciudad de México: UNAM, 2020).

9 Iris Marion Young, *Responsibility for Justice* (Nueva York: Oxford University Press, 2013).

10 Hardin, "The Tragedy of Commons".

imposible de ganar si los participantes entienden y ejecutan bien sus reglas. Como en el juego del gato o tres en línea (tick-tack-toe), solo se puede vencer con trampas o ejerciendo violencia contra el oponente; es decir, abandonando la partida. Ello se debe a que existe un número de posiciones y estrategias finitas y, a medida que avanza el juego, se reducen las opciones. Cada jugador puede bloquear a sus adversarios y no hay suficientes alternativas.[11]

Bajo estas premisas, la solución de Hardin implica transformar el juego y sus reglas.[12] En particular, se dirige a alterar el sistema de incentivos y la motivación de los participantes: no se puede resolver el problema poblacional si la gente no quiere renunciar a los privilegios que disfrutan. No es una salida; ni siquiera aumentar las capacidades tecnológicas: granjas en el mar o verticales, fuentes alternativas de energía o materiales degradables. Es necesario modificar las formas de vida que ejercen presión ambiental.[13]

Hardin parte del supuesto de que la selección natural nos habría convertido en una especie maximizadora de utilidad.[14] No obstante, fue optimista al creer que esta inclinación podía ser revertida con educación. En todo caso, los problemas de la administración de los bienes comunes se relacionan sobre todo con dificultades típicas de la agencia colectiva que exigen establecer instancias de control. Esto significa que puede tratarse de formas de privatización o de estatización, por lo que deben ajustarse los criterios de distribución: subastas, loterías, méritos o el primero que llega. Lo importante es tener presente la necesidad de instituciones capaces de supervisar y poner límites a las conductas particulares. Eventualmente, habrá que redefinir los derechos de propiedad: la moralidad o la justicia de la acción humana son una función de estado del sistema, visto globalmente. Si se observa bien, este enfoque es compatible con una idea nuclear de John Rawls: la justicia no es de las acciones puntuales, sino de la estructura básica de la sociedad, de sus instituciones fundamentales.[15] Vale la pena apreciar este punto si se considera que la crítica de Hardin al utilitarismo es pocos años anterior, pero análoga a la de aquel, que se convirtió en canónica.

La sintonía con el profesor de Harvard avanza un poco más. La legitimidad mediante la que se enjuicia y explica la coerción de los arreglos sociales

---

[11] Alejandro Sahuí, "Hacia un constitucionalismo común o de la tierra", *México Social*, 26 de mayo de 2023, párr. 2. https://www.mexicosocial.org/la-tierra/

[12] En esto se asemejan Christian Laval y Pierre Dardot: no se trata de proteger algunos bienes (tierra, aire, agua, bosques), sino de cambiar profundamente economía y sociedad, al modificar el sistema de normas. *Común: Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI* (Barcelona: Gedisa, 2015), 15.

[13] Alejandro Sahuí, "Hacia un constitucionalismo...", párr. 3.

[14] Ibíd., párr. 4.

[15] Rawls, *Teoría de la justicia* (Madrid: FCE, 1995).

solo puede ser mutuamente acordada. En términos rawlsianos, uno se somete a las reglas cuando sabe que los demás también están dispuestos a hacerlo. En todo caso, la solución institucional de Hardin pasa por atribuir la gobernanza de los comunes al derecho administrativo y a la burocracia. La enorme dificultad de prefigurar principios abstractos y generales de justicia acerca de estos bienes le hizo conceder un peso especial al funcionariado. Esta salida no es irrazonable. Es consistente con el crecimiento desmesurado de los poderes ejecutivos y genera que el derecho constitucional ensaye nuevas formas de supervisión y control.[16] Debido a la complejidad de los problemas, la administración parece la instancia mejor organizada para lidiar con ellos y disponer de mecanismos de retroalimentación correctivos. Lo ideal sería entender que tales mecanismos se movilicen con la participación democrática, abriéndose a los juicios de las personas que perciben daños hacia los comunes. La conciencia tiene efectos "patogénicos".[17] Por eso importa educar y diseñar instrumentos que lleven de arriba a abajo, y viceversa, los principios abstractos de justicia sobre los comunes, así como los juicios concretos de los individuos.

Elinor Ostrom ha dado continuidad y fortaleza al estudio de los bienes comunes.[18] No es difícil apreciar en su trabajo preocupaciones similares a las de Hardin. Para los propósitos del texto, me interesa enfocar su distinta respuesta institucional. Ostrom problematiza que se hayan considerado como únicas salidas a la tragedia de los comunes el control estatal o la privatización. Se debe recordar que dicha tragedia es el resultado de una paradoja, de un problema de doble vínculo en el plano de la acción que induce a maximizar fines que tiran en direcciones contrarias. Que cada agente intente crecer la utilidad y disminuir los costos en un mundo con posiciones, estrategias y recursos limitados induce comportamientos tipo gorrón (*free-rider*). Lo ventajoso es externalizar o socializar costos de acciones y aprovechar los beneficios posibles. Eso genera la necesidad de una instancia de vigilancia capaz de disponer amenazas y sanciones verosímiles a los participantes de un bien común.

La singularidad del estudio de Ostrom está en reconocer formas de gestión común diversas al Estado y al mercado, al mostrar el desarrollo exitoso de casos prácticos sobre distintos bienes, en culturas y geografías diferentes. Cada contexto ofrece condiciones específicas para explorar arreglos sociales ade-

---

[16] Bruce Ackerman, *La nueva división de poderes* (Ciudad de México: FCE, 2011); Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados* (Ciudad de México: FCE, 2011); Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do* (Nueva York: Oxford University Press, 2001); Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small* (Nueva York: Oxford University Press, 2007).

[17] Hardin, "The Tragedy of Commons", 1246.

[18] *El gobierno de los bienes comunes...*

cuados, cooperativos y no competitivos. Se trata de los juegos ganar-ganar, frente a otros de suma cero, donde los participantes solamente pueden ganar aquello que los demás pierden. Más allá de los complejos aspectos técnicos de la propuesta, en términos generales, tiene semejanza con Hardin y Rawls: las reglas de los juegos deben ser públicas. Es su reciprocidad lo que crea motivos para cooperar, en una palabra: confianza. Si esto funciona bien, no se requerirán medidas coactivas.

No tengo dudas de los hallazgos de Ostrom, ampliamente registrados en su investigación. Sin embargo, me temo que el optimismo, que trasluce sus casos de estudio, no sea capaz de afrontar la realidad económica global y los graves daños a los comunes de la humanidad. Hay problemas relacionados con la agencia democrática en un orden westfaliano de mercados desregulados. Es notoria la ausencia de instituciones mundiales de gobernanza capaces de sujetar los poderes estatales y corporativos. Como se puede ver, esta crítica no es de principio, sino empírica, y en estos términos tiene que ser contestada, caso a caso. Pero es innegable que la forma actual de capitalismo extractivo difícilmente admite prácticas como las descritas por Ostrom con un mayor alcance. En el ámbito global no existen condiciones para cooperar con esa lógica espontánea, recíproca y autogestiva que la autora descubre en otros escenarios.

De todas formas, uno tiene que reconocer que el trabajo de la nobel de economía visibiliza las cuestiones más relevantes para comprender la racionalidad tensionada de los comunes, para evitar salidas apresuradas o callejones sin salida.

Constitucionalismo del bien común

En fechas recientes, Adrian Vermeule[19] ha propuesto la idea de un constitucionalismo del bien común:[20] un *ius commune.* El modelo es influido por la tradición europea clásica; por derecho romano, canónico y civil local. Como se mencionó al inicio, un motivo recurrente de crítica al constitucionalismo es la interpretación de los valores en forma individualista. La ideología burguesa habría construido instituciones refractarias a la participación popular. Al incluir la idea de intereses subjetivos como elementos inherentes a los derechos humanos y las reglas de la democracia, se reveló con fuerza el conflicto entre lo privado y lo público, entre individuos y colectivos. La desigualdad y la falta de cohesión social provienen de un constitucionalismo de esta naturaleza.

---

[19] Vermeule, *Common Good Constitutionalism.*

[20] Conviene hacer una aclaración: el término "común" empleado en cada una de las secciones no tiene el mismo significado y no se pretende equipararlos ni ofrecer una solución sintética a los problemas que en ellas se plantean. El propósito es más modesto: trato solo de revisar intuiciones que parecen semejantes acerca de la crisis del constitucionalismo liberal que emplean la misma expresión.

Contra esto, Vermeule postula que el derecho es un ordenamiento razonado para el bien común. El derecho tiene que ver con la bondad y la justicia, no con la utilidad particular. Orienta hacia una comunidad política floreciente, de todos los pueblos y de la humanidad. La autoridad del derecho deriva de la tradición clásica. Desde su óptica, el proyecto de la ilustración se edificó sobre una idea de libertad como libre arbitrio; un tipo de autonomía que riñe con las fuerzas de la tradición: independencia sin responsabilidad. De ahí el grado de voluntarismo que el autor critica. El derecho no es pura ley positiva porque incluye también principios de justicia. Los derechos no deben ser definidos de modo individualista, porque exigen dar a cada persona lo que es debido: el *ius* es la ordenación del derecho al bien común. Su enfoque supone una denuncia a la teoría de los derechos como triunfos sobre los intereses colectivos.[21]

Vermeule invita a reflexionar sobre los distintos derechos locales (*ius civile*), bajo la luz del derecho de los pueblos (*ius gentium*), y del derecho natural (*natural law*). La propuesta es pertinente. En un contexto geopolítico heredero de taras imperiales y coloniales, merece la pena contrastar órdenes jurídicos estatales e internacionales. La crítica de la soberanía y del nacionalismo es imperativa. La historia mundial lo ha enseñado dolorosamente. En relación con el ideal de lo común cada derecho local tendría que conciliar y especificar dentro de sus fronteras los intereses de la humanidad. De esta manera se pondrían de relieve las esferas de competencia diferentes que existen, cada una con sus lógicas y alcances particulares. Creo que la propuesta de Vermeule se asemeja al proyecto de Immanuel Kant de la paz perpetua que exige reflexividad: como personas en el mundo moral, como ciudadanos en el Estado nacional y sujetos cosmopolitas en lo global.[22] La capacidad de los individuos de juzgar sus intereses desde diferentes lugares es una forma de educar la moral, como proponía Hardin contra la motivación utilitarista natural de la especie. Querría empero señalar una crítica al trabajo de Vermeule. Se trata de un asunto relevante, pero que no es explícito en la noción de *constitucionalismo del bien común.* Me refiero al déficit de legitimidad democrática inherente a su propuesta.

El autor declara que el derecho clásico es lo mejor de nuestra tradición. Quizá quepa conceder que los contenidos del derecho clásico sean lo mejor después de un ejercicio deliberativo de justificación pública. En esta lectura no se trataría de vincular el constitucionalismo actual con la tradición jurídica en forma inercial. Para Vermeule el derecho clásico manda no dañar, vivir con honor, dar a cada quien lo debido: abundancia y paz, salud, seguridad, so-

---

[21] Vermeule, *Common Good Constitutionalism*, 6; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984).

[22] Immanuel Kant, *Teoría y práctica* (Madrid: Tecnos, 1993).

lidaridad o subsidiariedad. Parece claro que nadie rechaza la importancia de estos valores. Sin embargo, es problemático asumir que la autoridad pública se considere *a priori* como natural y legítima, y no intrínsecamente sospechosa, como hace el liberalismo. Desde su punto de vista lo que brinda legitimidad al derecho clásico es que está ordenado al bien común o interés público; son sus fines, no sus orígenes. Estimo que esto es mucho presumir. Fuera de mi querencia liberal, hay motivos históricos para la desconfianza sistemática hacia el derecho y el poder político. Recientemente, Pierre Rosanvallon ha desarrollado esta cuestión explicando la importancia de las actitudes escépticas ciudadanas que impulsan la creación de instituciones de vigilancia y control en las sociedades democráticas contra sus representantes.[23] Es elemental plantear la pregunta por el autogobierno colectivo. Más allá del escepticismo liberal se trata de una crítica democrática.

Vermeule cree que el constitucionalismo de lo común no puede derivar exclusivamente de las reglas positivas y los gobiernos establecidos. Apunta a enlazar la validez de las normas con ciertas verdades morales. Como ya se dijo, recupera las tradiciones inmemoriales del derecho de gente, del derecho natural y de la lógica procedimental calificada como moral interna del derecho, pero no problematiza sus fuentes.[24] Ahora bien, un punto a favor de su propuesta es que no asigna en automático la determinación del contenido correcto del derecho a los tribunales; es decir, no toma un atajo juristocrático.[25] Hay múltiples diseños institucionales para realizar los valores del derecho clásico: amplias delegaciones al poder ejecutivo, como los sistemas presidenciales, pero también modelos parlamentarios. No es demasiado relevante. Lo que cuenta es ejercitar un juicio prudencial y reflexivo con los elementos de la tradición clásica del *ius commune.* Pero insisto en mi crítica porque en la narrativa del autor la tradición parece anteceder a la deliberación democrática. Esta no se enuncia. Si se miran de cerca las transformaciones más significativas en derechos humanos, se observa que surgieron como ruptura del orden tradicional, no como su evolución natural. En resumen, no se rechaza la noción de lo común que el autor quiere rescatar, pero se persigue que sea consistente con la participación plural e incluyente de las personas. Hay un tono conservador en el texto de Vermeule al defender la autoridad tradicional del derecho clásico. Solo así se entiende la sugerencia de que los abogados de

---

[23] Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust* (Cambridge: University Press, 2008); *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2011).

[24] Vermeule, *Common Good Constitutionalism*, 8; Lon Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1969).

[25] Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004).

Europa o el Nuevo Mundo hayan tenido razón en estos casi dos mil años pensando el derecho como el arte de la justicia.

Ius Constitutionale Commune

La idea de *ius constitutionale commune* ha sido también impulsada en Latinoamérica, pero con rasgos propios.[26] En vez de recurrir a la tradición del derecho clásico o al derecho natural para entender lo común, se asume que esta noción se asienta en el derecho internacional actual de los derechos humanos. Lo común se capta en la apertura al *Corpus iuris* de la materia: tratados, jurisprudencia, bloque de constitucionalidad, derecho comparado.[27] Sus fuentes son recientes: respuestas a las guerras mundiales y al autoritarismo, totalitarismo e imperialismo; razón por la cual la mirada latinoamericana es más progresista. Armin von Bogdandy refiere este constitucionalismo como transformador, y señala como sus asuntos principales la desigualdad, la exclusión y la debilidad institucional. El sistema de derechos es el eje del *ius constitutionale commune*; es la gramática del debate público. En el consenso de la posguerra los derechos humanos se asociaron a las transiciones democráticas: procesos de descolonización, fin de dictaduras europeas y latinoamericanas, así como el ocaso del comunismo. Las constituciones, los tratados internacionales y una jurisprudencia progresista despertaron un justificado optimismo. Los derechos se convirtieron en la última utopía.[28]

Conviene apreciar que en esta propuesta lo común no es un tipo de bien, sino que se trata de derechos. Estos son el objeto de la justicia, sus razones son deontológicas, no teleológicas. De igual forma, los derechos y las garantías tienen como destinatarios a personas, no cosas, por importantes que sean. Su mirada es antropocéntrica y cuesta desvincularlos de su estirpe liberal.[29] Por ello, pese a haberse generado una jurisprudencia interesante en relación con

---

[26] Armin von Bogdandy, *Por un derecho común para América Latina: Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2020); *Transformaciones del derecho público: Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales* (Ciudad de México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público / Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / UNAM, 2020); Bogdandy, Fix Fierro y Morales Antoniazzi, coords. Ius Constitutionale Commune *en América Latina...*; Mariela Morales Antoniazzi, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del* Ius Constitutionale Commune (Ciudad de México: UNAM, 2015).

[27] Armin von Bogdandy, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista de Derecho del Estado* 34 (2015).

[28] Samuel Moyn, *La última utopía: Los derechos humanos en la historia* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2015).

[29] Luigi Ferrajoli, en este sentido, añade la categoría de bienes fundamentales porque considera que pueden reñir con los derechos cuando se interpretan en forma individualista. *Por una constitución de la Tierra*, 23.

la naturaleza, esta ha evolucionado como derechos particulares de grupo a partir de la óptica de los derechos colectivos o culturales de los pueblos indígenas o tribales. Aunque es ya una línea de investigación con interesantes desarrollos, la ruta para atribuir derechos *stricto sensu* al medioambiente o a los animales parece ir cuesta arriba.[30]

A diferencia de Vermeule, el *ius constitutionale commune* se enlaza explícitamente con las transiciones a la democracia latinoamericana. No mira al pasado sino al futuro. Su carácter transformador se verifica en los procesos de consolidación del régimen político y del Estado de derecho. Esto significa que, pese a la importancia del diálogo jurisprudencial vertical y horizontal, el asiento del derecho común son las asociaciones y los movimientos sociales, la academia y la opinión pública: "La fuerza motriz del Sistema Interamericano ha organizado a la sociedad civil a través de una *transational network* para llevar a cabo litigios estratégicos exitosos".[31] Lo digno de destacar es la referencia a la participación, en la que insisten los impulsores del *ius commune.* Es un asunto de legitimidad democrática, nuclear en este proyecto. Aunque se destaca el rol de los tribunales internacionales, no es un modelo elitista, porque se impulsa de abajo hacia arriba. No pierde de vista a la ciudadanía en la activación de demandas y promueve el empoderamiento institucional, ya que al mismo tiempo emplea la fuerza de los discursos que se desarrollan en el ámbito internacional para impulsar cambios estatales internos.[32] Se podría calificar como un modelo participativo de democracia deliberativa.[33]

---

[30] Sobre este tema merecen especial atención los textos de Anna Margherita Russo e Isabel Wences, "Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos: El enfoque de la diversidad cultural; Entre la teoría del reconocimiento y el derecho de propiedad comunitaria", en Digno Montalván-Zambrano e Isabel Wences, coords., *La justicia detrás de la justicia: Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Madrid: Marcial Pons, 2023); Digno Montalván-Zambrano, "Redefiniendo lo humano: La protección de la naturaleza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Digno Montalván-Zambrano e Isabel Wences, coords., *La justicia detrás de la justicia: Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Madrid: Marcial Pons, 2023).

[31] Flávia Piovesan, "*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos", en Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, coord. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017), 569.

[32] Óscar Parra Vera, "El impacto de las decisiones interamericanas: Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al empoderamiento institucional", en Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, coord. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017).

[33] Cristina Lafont, *Democracia sin atajos: Una concepción participativa de la democracia deliberativa* (Madrid: Trotta, 2021); Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2021); Hélène Landemore, *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century* (Princeton: University Press, 2020).

Sin embargo, en este caso también se debe prevenir contra un déficit democrático, distinto al de Vermeule. No es un secreto que la globalización genera problemas de gobernanza. Estos problemas no son desconocidos entre quienes defienden el *ius commune* latinoamericano. Bogdandy e Ingo Venzke, por ejemplo, son escépticos en torno a la capacidad de controlar organismos internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o los tribunales arbitrales en materia de inversión.[34] El consenso de Washington parece gozar de más eficacia que el consenso de los derechos, a pesar del desprestigio neoliberal.

Ambos autores cuestionan la autoridad de tomar decisiones respaldadas por amenazas de sanciones. Asumen ideas de legitimidad procedimental semejantes a las de John Rawls o Jürgen Habermas, relacionadas con el principio de inclusión democrática y el autogobierno. De acuerdo con Habermas, la legitimidad proviene de la participación de todos los posibles afectados;[35] mientras que para Rawls el "ejercicio del poder político es plenamente adecuado solo cuando se ejerce de acuerdo con una constitución, la aceptación de cuyos elementos esenciales por parte de todos los ciudadanos, en tanto que libres e iguales, quepa razonablemente esperar a la luz de principios e ideales admisibles para su común razón humana".[36]

Para Bogdandy y Venzke los tribunales internacionales no tienen una sola función, sino que realizan varias. De estas, observan cuatro: "a) solucionar controversias en casos concretos, b) fortalecer las expectativas normativas, c) crear derecho y d) controlar y legitimar la autoridad pública".[37] Para muchos, la solución de conflictos es la principal, pero dirijo la atención al control y a la legitimación para destacar el papel político de las cortes en varios niveles y direcciones. Por mostrar la relación entre multifuncionalidad, autoridad y democracia, la propuesta merece atención especial: permite lidiar con los diversos problemas de gobernanza global de carácter económico, ecológico o tecnológico. La democracia ofrece una posibilidad extraordinaria de dar voz a los individuos afectados por los Estados y otras instancias globales.

Sin embargo, son enfáticos en reconocer defectos en el orden trasnacional fragmentado y complejo sin orientación democrática.[38] Hay situaciones

---

[34] Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, *¿En nombre de quién? Una teoría del derecho público sobre la actividad judicial internacional* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016).

[35] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trotta, 1997).

[36] John Rawls, *El liberalismo político* (Barcelona: Crítica, 2006), 168-169.

[37] Bogdandy y Venzke, *¿En nombre de quién?...*, 31.

[38] Sobre la tensión entre derechos y regímenes económicos véase: Bogdandy, Salazar Ugarte, Morales Antoniazzi y Ebert, *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: De la tensión al diálogo* (Ciudad de México: UNAM / Max Planck Institute, 2018); Cristina Lafont, "Neoliberal Globalization and the International Protection of Human Rights", *Constellations* 25, (2018).

de desestatización y transferencia de poder público a entidades económicas que no rinden cuentas;[39] incluso hay corporaciones multinacionales capaces de llevar Estados ante tribunales arbitrales privados, y que eluden los públicos.[40] Con esto resurge la cuestión de la tragedia de los comunes de Hardin y Ostrom.

Nancy Fraser ha visibilizado la cuestión del enmarque de la justicia más allá de los estados nacionales, al destacar la inclusión y la participación democrática.[41] En lugar de un orden centralizado, piensa en un sistema de gobernanza organizado en redes equitativas. En este sentido se pueden leer las ideas de Anne-Marie Slaughter: los regímenes democráticos y agentes estatales son recursos indispensables para enfrentar los problemas globales mediante mecanismos colaborativos flexibles.[42] La soberanía puede ser redefinida como la capacidad de participar en forma interdependiente con órganos supranacionales y contrapartes nacionales, y en esta labor destaca el papel de las cortes, la construcción en múltiples instancias de una jurisprudencia global.[43] Dice Mariela Morales Antoniazzi: "La tesis central consiste en afirmar la creciente construcción de un *ius constitutionale commune* democrático bajo una concepción de pluralidad de Constituciones, que da origen a un sistema multinivel, cuyo fundamento es la estatalidad abierta".[44]

No se trata de que los individuos creen todas las normas que regulan sus vidas, pero sí que sean capaces de disputarlas legítimamente. No debe atribuirse automatismo ni necesidad a la geopolítica y la economía. Estas son

---

[39] Dieter Grimm, "La constitución en el proceso de desestatización". En *Constitucionalismo: Pasado, presente y futuro*, trad. por Jorge Alexander Portocarrero Quispe (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 671. Loughlin señala que el constitucionalismo en lo global tiene propósitos ambivalentes: promete la transformación de las sociedades con los valores de libertad, igualdad y solidaridad, pero al mismo tiempo asegura los regímenes que protegen la propiedad y el mercado. El neoliberalismo sustituyó al liberalismo al caer en cuenta que los mercados, más que ser organismos autorregulados, requieren instituciones gubernamentales fuertes; una red de instituciones como la Organización de las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los acuerdos de libre comercio. Martin Loughlin, *Against Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2022).

[40] Thomas Piketty, "Por otra globalización", en *¡Ciudadanos a las urnas! Crónicas del mundo actual* (Ciudad de México: Siglo XXI, 2017), 157-159.

[41] Nancy Fraser, *Escalas de justicia* (Barcelona: Herder, 2008).

[42] Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton: University Press, 2004).

[43] Anne-Marie Slaughter, *The Chess-Board and The Web: Strategies of Connection in a Networked World* (New Heaven: Yale University Press, 2017).

[44] Morales Antoniazzi, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del* Ius Constitutionale Commune (Ciudad de México: UNAM, 2015), 1.

susceptibles de crítica normativa y juicios de responsabilidad concretos. El derecho de acceso a la justicia en sede internacional opera como una instancia de autoconfrontación de las personas, no solo como miembros de un Estado nacional, sino también como ciudadanos del mundo. El papel de los tribunales no se agota al hacer rendir cuentas a los poderes estatales y otros poderes fácticos. Además de las posturas defensivas de los derechos, los jueces deben garantizar poder político a la ciudadanía para controlar todas las decisiones que les afectan. El acceso a la justicia se refiere a la autonomía y al autogobierno. Por esta razón importa fijarse en los aspectos participativos del acceso a la justicia, en sus obstáculos, ya que de otro modo la deliberación se frustra.

Se podría creer que la legitimidad de los tribunales sea sustantiva y no procedimental; que derive de una comunidad mundial con valores universales. Con este enfoque la legitimidad no dependería del mero consenso de los Estados, sino del cumplimiento de dichos valores. El acuerdo posbélico podría entenderse como el núcleo normativo del orden internacional. Dado que son inevitables ciertos desacuerdos sobre los derechos humanos, es interesante la propuesta de Charles Beitz de entenderlos como una práctica compleja, multiactores y multinivel, en sentido análogo al *ius constitutionale commune*.[45] El enfoque es prometedor para explicar la inserción de la discusión del constitucionalismo en el ámbito internacional. La propuesta de Bogdandy y Venzke es la siguiente: la legitimidad se ejercita "en nombre de los Estados" pero no en el sentido iusprivatista con el que surgió el derecho internacional. Los tribunales hablan en nombre de los pueblos bajo una teoría del derecho público, de todas y cada una de las personas.[46]

Una constitución de la Tierra

Luigi Ferrajoli ha señalado la existencia de una esfera de derechos y bienes indecidibles.[47] En relación con esta idea, piensa una constitución de la Tierra capaz de imponer límites "a los poderes salvajes de los estados soberanos y de los mercados globales".[48] Además, reflexiona sobre los daños, las amenazas y los riesgos para la humanidad. En sintonía con el *ius constitutionale commune* latinoamericano, el profesor italiano subraya los problemas de pobreza, desigualdad y exclusión del mundo, que no son privativos de la región, sino que

---

[45] Beitz, *La idea de los derechos humanos* (Barcelona: Marcial Pons, 2012).

[46] Bogdandy y Venzke, *¿En nombre de quién?...*, 327.

[47] Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 36.

[48] Ferrajoli, *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional* (Madrid: Trotta, 2011); *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.* (Madrid: Trotta, 2014); Ferrajoli, *Por una constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada* (Madrid: Trotta, 2022).

se instalan cada vez más en el llamado primer mundo. La desigualdad se ha convertido en tema central de la agenda global[49] y dista de ser una cuestión meramente económica. Por esta razón preocupa también a juristas y politólogos. Ferrajoli señala la crisis climática, la guerra, la carrera nuclear, la miseria y las enfermedades evitables. La mayoría derivan de la lógica de un capitalismo deshumanizado, "salvaje y depredatorio".[50] Como en el caso de Hardin, la solución no es un asunto técnico, sino moral; o mejor, jurídico y político: constitucional. Dado que se trata de bienes comunes, que el iusfilósofo denomina *bienes fundamentales*, argumenta que es necesario poner límites a una concepción de los derechos proveniente del liberalismo, cuyo modelo de garantía individualista los hacen inadecuados para tutela.[51] Bajo una racionalidad maximizadora, no existe manera de resolver la tensión entre el bienestar general y el personal porque apuntan en dirección contraria. Por ello, aunque se trata de bienes, Ferrajoli aboga por una forma de racionalidad categórica y no instrumental en relación con estos.

En cierto sentido, Ferrajoli retoma una intuición de Ostrom sobre los comunes. Este tipo de bienes deben ser sustraídos de la política y del mercado. Pero no se trata de estatizarlos, sino de crear un demanio planetario. Hay que asegurar su intangibilidad sometiendo a prácticas participativas y deliberativas sus usos públicos. Esto implica crear una esfera de la opinión global, ya que los estados nacionales no están en condiciones de hacer frente a los desafíos actuales.

El objetivo es instituir una instancia de agencia en el orden internacional. El derecho público supranacional no tiene la capacidad de controlar a los poderes fácticos: estados o mercados, ni siquiera a la Organización de las Naciones Unidas. Ante esta laguna, Ferrajoli propone el federalismo como la forma jurídica de una constitución mundial, un organismo multinivel con funciones de gobierno y garantía. Las relativas al gobierno atañen a las instituciones infraestatales, cuya legitimidad vendría del principio representativo; mientras que las de garantía se sujetarían al principio de legalidad y estarían diseñadas a escala mundial para conseguir su efectividad. En la base de unas y otras debe estipularse la igualdad de todas las personas en derechos y bienes fundamentales.

Estos bienes vitales son el mismo tipo de bienes que Hardin y Ostrom ana-

---

[49] Thomas Piketty, *El capital en el siglo XXI* (Ciudad de México: FCE, 2014); *Una breve historia de la desigualdad* (Barcelona: Deusto, 2021).

[50] Ferrajoli, *Por una constitución de la Tierra...*, 67; Nancy Fraser, *Cannibal Capitalism* (Nueva York: Verso, 2022).

[51] La idea de *bienes fundamentales* se desarrolla también en Ferrajoli, Iura Paria*: Los fundamentos de la democracia constitucional* (Madrid: Trotta, 2020).

lizaron. Se trata de bienes "utilizados gratis como si fueran *res nullius*". Ante su lesión, Ferrajoli cree que se justifica una indemnización por enriquecimiento indebido y resarcimiento de daños. A través de un tributo global progresivo Ferrajoli visibiliza la externalización o socialización de costes en la utilización de esos bienes, de los que únicamente se gozan sus beneficios, sin ninguna contribución a su sostenibilidad.[52]

Igual que Bogdandy y Venzke, Ferrajoli denuncia instituciones económicas como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio. Expresa la necesidad de transformarlas para que sean independientes del control de los países más ricos. No hay otra forma de que cumplan con sus estatutos. Un poco más allá que estos dos autores, propone que la constitución de la Tierra posea el atributo de la rigidez y opere "como conjunto de normas supraordenadas a todas las demás fuentes".[53] Mediante un tribunal global competente para declarar la invalidez de las normas que la contradigan, "sobre la base de una nueva jerarquía de fuentes, se refundaría una tendencial unidad del derecho apta, entre otras cosas, para superar o, al menos reducir el desorden actual, que es un factor inevitable de incertidumbres, inefectividad y conflictos a veces insolubles".[54]

El iusfilósofo indica cuatro rumbos por seguir: 1) instituciones supraestatales de garantía a la altura de los poderes políticos y económicos globales; 2) un sistema de reglas y garantías constitucionales de derecho privado capaces de controlar los poderes de los mercados; 3) un sistema de reglas y garantías dirigidas a la conservación y acceso de todos a los bienes vitales, es decir, un constitucionalismo de bienes comunes fundamentales; y 4) un sistema de prohibiciones de bienes mortíferos o constitucionalismo de bienes ilícitos.[55]

Me enfoco en dos direcciones que están más cerca de nuestro tema: el constitucionalismo de derecho privado y el de los bienes fundamentales. Se mencionó al principio que gran parte de las críticas al constitucionalismo en la actualidad se deben a su liberalidad. Esta ha sido interpretada mayormente como sesgada hacia el libertarianismo o neoliberalismo.[56] Aunque el liberalismo de John Rawls presenta una dimensión igualitaria, permanece capturado en una división rígida entre lo público y lo privado que no se sostiene, ya que criticó el feminismo al referirse a las relaciones familiares;[57] o el socialismo al abordar

---

[52] Alejandro Sahuí, "Hacia un constitucionalismo...", párr. 6.

[53] Ferrajoli, *Por una constitución de la Tierra...*, 82.

[54] Ibíd.

[55] Ibíd., 100.

[56] Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* (Ciudad de México: FCE, 1988).

[57] Susan Moller Okin, *Justice, Gender, and the Family* (Nueva York: Basic Books, 1989).

cuestiones como la propiedad o ciertas relaciones en el interior de las asociaciones económicas y las corporaciones.[58] En relación con la noción de bienes comunes, cuyo uso indiscriminado permite extraer beneficios, sin asumir costos que son externalizados, Fraser critica la lógica inherente al capitalismo. Este no se limita a las fronteras de lo económico. Desplaza hacia afuera sus daños; hacia la naturaleza, por ejemplo, un bien vital fundamental, pero también a lugares más ocultos como la esfera de los cuidados y la reproducción humana.[59] Por ello es pertinente mostrar como defecto constitucional la desatención del derecho privado, cuya evolución disciplinar asumió las libertades contractuales y la propiedad como innatas o naturales. Por otro lado, se arraigó en la cultura jurídica y política la identificación del poder solo con los poderes públicos, no con los privados. Es obvio que en la actualidad un sinnúmero de daños proviene de las empresas privadas y corporaciones.[60] Ferrajoli insiste en el gobierno democrático de la economía.

En relación con los bienes fundamentales indisponibles para asegurar su acceso universal, cabe decir algo. En el presente, la crisis ambiental subraya la importancia de conservar bienes vitales que son comunes; naturales como el agua, o artificiales como vacunas y fármacos. Debido a que no es posible prescindir de este tipo de bienes, el problema práctico consiste en cómo organizar su producción y consumo; lo que nos lleva otra vez al tema de la legitimidad política. El texto de Ferrajoli refleja cierto escepticismo en relación con la construcción de una esfera pública global que conduzca a un proceso constituyente: "Lo que serviría —y que lamentablemente falta, sobre todo en los medios gubernamentales— es la energía política necesaria para promover el salto de civilidad representado por el constitucionalismo global. Esta energía solo puede provenir de la pasión política, es decir, del compromiso civil y moral".[61] Quizá valdría la pena recoger el impulso del *ius constitutionale commune* latinoamericano y de otros tribunales del sur global, así como visibilizar los principios y valores que se comparten.

---

[58] William A. Edmundson, *John Rawls: Reticent Socialist* (Nueva York: Cambridge University Press, 2017).

[59] Nancy Fraser, *Cannibal Capitalism.*

[60] Isabelle Ferreras, *Firms as Political Entities: Saving Democracy through Economic Bicameralism* (Nueva York: Cambridge University Press, 2017); Christopher McMahon, *Public Capitalism: The Political Authority of Corporate Executives* (Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2013).

[61] Ferrajoli, *Por una constitución de la Tierra...*, 133.

A modo de conclusión: los retos del constitucionalismo del bien común

A lo largo de este recorrido se ha recordado una tensión inherente al derecho constitucional, en particular al modelo liberal. En los derechos humanos y el régimen democrático quedan expresadas las dos dimensiones de la política constitucional, a saber, dogmática y orgánica; más las dos dimensiones de la agencia humana: la autonomía individual y el autogobierno colectivo. El bien común o, casi mejor en plural, los bienes comunes, son cosas que los seres humanos necesitan y valoran para una vida digna, para realizar sus planes de vida. El problema en algunos casos es su escasez, pero en otros son el acaparamiento y el deterioro ocasionados por un sistema económico cuya lógica incentiva la competencia y la ganancia; el interés de maximizar los beneficios particulares.

Según Garrett Hardin, el motivo de esas formas de comportamiento es evolutivo, de adaptación a un entorno con recursos limitados. Pero se trata de una conducta que se puede modelar gracias a la educación. Recuérdese que creía que el problema poblacional no era técnico sino moral; y entendía que la moral era sensible al contexto (*system-sensitive*). Las acciones no se juzgan en abstracto, sino en relación con las instituciones donde se ejercen. Elinor Ostrom sigue con esta idea: en la reflexión sobre los comunes es menester revisar y comprender los sistemas de prácticas formales o informales que rigen la producción y el consumo de los bienes.[62] Su originalidad fue imaginar y comprobar la existencia de regímenes de comunes por fuera de las instituciones de Estado o el mercado, es decir, prácticas de autogestión en las que todos los actores desempeñan libremente reglas con criterios de reciprocidad. Gracias a estos mecanismos cooperativos, el control, la vigilancia y la sanción ante los incumplimientos resulta no solo económica, sino también mesurada, lo que mantiene la confianza y el deseo de permanecer en el juego. La noción de *justicia como equidad* de John Rawls es compatible con estas ideas y llevó la investigación de la justicia al diseño de la estructura básica constitucional. Legitimidad y razón pública dependen del consenso traslapado y de arreglos mutuos cuyas reglas todos conocen y están dispuestos a sostener.

Para Adrian Vermeule, el constitucionalismo del bien común pretende ampliar el consenso más allá de la tradición liberal, contra el individualismo que subyace a sus normas. No debe pensarse el derecho como un agregado de intereses particulares, sino como una búsqueda de lo común, cuyos valores comprende que están anclados en la tradición clásica. También Luigi Ferrajoli cree que los derechos humanos deben ser completados con la noción de bienes vitales fun-

[62] Otrom, *El gobierno de los comunes...*

damentales, a los que las personas merecen tener igual acceso en forma universal. Para Vermeule esto implica dejar de pensar los derechos como triunfos sobre los intereses colectivos, como Ronald Dworkin postula. Aunque se trata de una idea sugerente, se apoya en una tradición que debe ser discutida: el derecho clásico (*ius civile, ius gentium* y *natural law*). El modelo constitucional del bien común es reflexivo porque exige distancia crítica de los operadores jurídicos para aplicar las normas, igual que proponía Immanuel Kant cuando pedía juzgar simultáneamente como personas, ciudadanos y cosmopolitas. Sin embargo, mi sospecha es que permanece conservador por idealizar el pasado y la tradición. Le hace falta imaginación y participación democrática.

En cambio, el *ius constitutionale commune*, expuesto sobre todo con Armin von Bogdandy, nace precisamente del impulso de las transiciones a la democracia latinoamericana. No mira al pasado, sino hacia el futuro, y por eso se autocalifica como transformador. Su origen es el consenso de la posguerra que hizo de los derechos humanos la última utopía. En esa región la idea de lo común reacciona contra la debilidad de las instituciones, la desigualdad y la exclusión. Estos son los problemas centrales que el *ius commune* ha planteado en su existencia a través de textos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la medida que promueve el diálogo no solo entre tribunales, sino con la sociedad civil, los medios de comunicación y los movimientos sociales, cabe definirlo como un modelo participativo de democracia deliberativa, en el sentido de Cristina Lafont. Si se interpreta de esta forma se pueden sortear las críticas que objetan la legitimidad de la corte. Hay que comprender sus intervenciones en la esfera pública latinoamericana como una esclusa a través de la que circula la participación democrática. En este cometido, empero, hace falta lograr que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos domestique los poderes económicos fuera de control: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y tribunales arbitrales en materia de inversión extranjera. Esta es una de las apuestas del proyecto.

La idea de *Por una constitución de la Tierra* apunta en esa dirección. Luigi Ferrajoli cree que el constitucionalismo debe tematizar sus presupuestos normativos; en especial, la separación público-privada, tan cara al liberalismo. Ferrajoli propone un constitucionalismo de derecho privado y bienes fundamentales que conduce a revisar varias categorías básicas; es decir, las libertades vistas como inmunidades; o la dignidad y la integridad atadas a la propiedad de bienes, pero también del cuerpo y de sus creaciones. Esa lectura restrictiva de los derechos que enfatizó los intereses particulares favoreció el desarrollo de instituciones competitivas antes que cooperativas. Este modelo quedó anclado en el conflicto entre individuos y colectivos explicado en la tragedia de los comunes de Har-

din y Ostrom. Son necesarias instituciones de gobernanza global anticipadas por Immanuel Kant, en otras palabras, una federación de los pueblos de la tierra con un proyecto común participativo e incluyente. Ciertos bienes vitales fundamentales tienen que ser asegurados a todas las personas: "Entonces será la entera humanidad, unificada por el interés común en la supervivencia, la que se afirmará como sujeto constituyente de una democracia cosmopolita".[63]

Bibliografía citada

Ackerman, Bruce. *La nueva división de poderes.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

Arias Maldonado, Manuel. *Environment and Society: Socionatural Relations in the Anthropocene.* Cham, Suiza: Springer International Publishing, 2015.

Beitz, Charles. *La idea de los derechos humanos.* Barcelona: Marcial Pons, 2012.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel, 1984.

Edmundson, William A. *John Rawls: Reticent Socialist.* Nueva York: Cambridge University Press, 2017.

Escalante Gonzalbo, Fernando. *Historia mínima del neoliberalismo.* Ciudad de México: El Colegio de México / Turner, 2016.

Ferrajoli, Luigi. Iura Paria*: Los fundamentos de la democracia constitucional.* Madrid: Trotta, 2020.

— *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.* Madrid: Trotta, 2014.

— *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta, 2001.

— *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional.* Madrid: Trotta, 2011.

— *Por una constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada.* Madrid: Trotta, 2022.

Ferreras, Isabelle. *Firms as Political Entities: Saving Democracy through Economic Bicameralism.* Nueva York: Cambridge University Press, 2017. Fuller, Lon. *The Morality of Law.* New Haven: Yale University Press, 1969.

Fraser, Nancy. *Cannibal Capitalism.* Nueva York: Verso, 2022.

— *Escalas de justicia.* Barcelona: Herder, 2008.

Gargarella, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales.* Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.

Grimm, Dieter. "La constitución en el proceso de desestatización". En *Constitucionalismo: Pasado, presente y futuro.* Traducido por Jorge Alexander Portocarrero Quispe, 668-699. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Madrid: Trotta, 1997.

[63] Ferrajoli, *Por una constitución de la Tierra...*, 138.

Hardin, Garrett. "The Tragedy of Commons". *Science* 162, n.º 3859 (1968): 1243-1248.

Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.* Cambridge: Harvard University Press, 2004.

Huntington, Samuel. *La tercera ola: La democratización a finales del siglo XX.* Buenos Aires: Paidós, 1994.

Kant, Immanuel. *Teoría y práctica.* Madrid: Tecnos, 1993.

Lafont, Cristina. *Democracia sin atajos: Una concepción participativa de la democracia deliberativa.* Madrid: Trotta, 2021.

— "Neoliberal Globalization and the International Protection of Human Rights". *Constellations* 25 (2018): 315-328.

Landemore, Hélène. *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century.* Princeton: Princeton University Press, 2020.

Laval, Christian y Pierre Dardot. *Común: Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI.* Barcelona: Gedisa, 2015.

Loughlin, Martin. *Against Constitutionalism.* Cambridge: Harvard University Press, 2022.

McMahon, Christopher. *Public Capitalism: The Political Authority of Corporate Executives,* Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2013.

Montalván-Zambrano, Digno. "Redefiniendo lo humano: La protección de la naturaleza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *La justicia detrás de la justicia: Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, coordinado por Digno Montalván-Zambrano e Isabel Wences, 259-284. Madrid: Marcial Pons, 2023.

Moore, Jason W. *Antropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism.* PM Press, 2016.

Morales Antoniazzi, Mariela. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del* ius constitutionale commune. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Moyn, Samuel. *La última utopía: Los derechos humanos en la historia.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y utopía.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

Okin, Susan Moller. *Justice, Gender, and the Family.* Nueva York: Basic Books, 1989.

Ostrom, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica / Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Parra Vera, Óscar. "El impacto de las decisiones interamericanas: Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno

al empoderamiento institucional. En Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor, 503-549. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017.

Piketty, Thomas. *El capital en el siglo XXI.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

— "Por otra globalización". En *¡Ciudadanos a las urnas! Crónicas del mundo actual*, 157-159. Ciudad de México: Siglo XXI, 2017.

— *Una breve historia de la desigualdad.* Barcelona: Deusto, 2021.

Piovesan, Flávia. "*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos". En Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor, 551-575. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2017.

Rawls, John. *El liberalismo político.* Barcelona: Crítica, 2006.

— *Teoría de la justicia.* Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Rosanvallon, Pierre. *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust.* Cambridge University Press, 2008.

— *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity.* Nueva Jersey: Princeton University Press, 2011.

Russo, Anna Margherita e Isabel Wences. "Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos: El enfoque de la diversidad cultural; Entre la teoría del reconocimiento y el derecho de propiedad comunitaria". En *La justicia detrás de la justicia: Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, coordinado por Digno Montalván-Zambrano e Isabel Wences, 225-258. Madrid: Marcial Pons, 2023.

Sahuí, Alejandro. "Hacia un constitucionalismo común o de la tierra". *México Social.* 26 de mayo de 2023. https://www.mexicosocial.org/la-tierra/

Sartori, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

Serratos, Francisco. *El capitaloceno: Una historia radical de la crisis climática.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.

Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order.* Princeton University Press, 2004.

— *The Chess-Board and The Web: Strategies of Connection in a Networked World.* New Heaven: Yale University Press, 2017.

Sunstein, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions Do.* Nueva York: Oxford University Press, 2001.

Vermeule, Adrian. *Common Good Constitutionalism.* Cambridge: Polity Press, 2022.

— *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small.* Nueva York: Oxford University Press, 2007.

Von Bogdandy, Armin. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista de Derecho del Estado,* n.º 34 (2015): 3-50.

— *Por un derecho común para América Latina: Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales.* Buenos Aires: Siglo XXI, 2020.

— *Transformaciones del derecho público: Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales.* Ciudad de México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público / Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.

Von Bogdandy, Armin e Ingo Venzke. *¿En nombre de quién? Una teoría del derecho público sobre la actividad judicial internacional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

Von Bogdandy, Armin, Héctor Fix Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, coords. Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos.* Ciudad México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014.

Von Bogdandy, Armin, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi y Franz Christian Ebert. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: De la tensión al diálogo.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Max Planck Institute, 2018.

Young, Iris Marion. *Responsibility for Justice.* Nueva York: Oxford University Press, 2013.