

MIREILLE DELMAS-MARTY

Del desorden mundial a la fuerza del Derecho Internacional

En este momento, cuando el Derecho parece ceder ante la fuerza, presentar una cátedra de estudios jurídicos puede parecer desfasado. Razón de más para imponerse al igual que Nietzsche, decididamente intempestivo, y meditar sobre lo que escribió en 1873, después de la victoria de Alemania: “Una gran victoria es un gran peligro”, porque la ilusión de creer en la victoria de una forma de civilización podría llevar, dijo, a la derrota del espíritu en provecho del imperio. Derrota del espíritu o derrota del Derecho, para tener una visión clara hay que distanciarse de una actualidad demasiado caliente. La jurista francesa Mireille Delmas-Marty plantea en este texto un análisis que se sitúa en el ámbito de la prospección, al asociar una metodología —los estudios comparativos— a un proceso —la internacionalización del Derecho—.

Es cierto que los acontecimientos actuales subrayan de forma trágica la ausencia de un verdadero orden jurídico mundial: el sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas mostró su fragilidad y el Derecho no pudo desarmar a la fuerza. Pero en sentido inverso, la fuerza no ha impedido la extensión del Derecho, sin precedente en la historia, hasta tal punto que ningún Estado, por muy poderoso que sea, puede librarse de ello durante mucho tiempo. A pesar de las apariencias, no es posible hoy en día ignorar la superposición de normas nacionales, regionales y mundiales, ni la sobreabundancia de instituciones y jueces nacionales e internacionales con competencias extendidas.

Mireille Delmas-Marty es jurista. Este texto fue publicado en el periódico *Le Monde* el 22 de marzo de 2003 y cuenta con autorización para su publicación.

Traducción:
Laurence Thieux

Estas nuevas realidades transforman el Derecho en sistemas interactivos, complejos y muy inestables. Más que una derrota del Derecho, quizás se trata de una mutación del concepto mismo de orden jurídico.

Por eso, seguramente necesitemos lo que Bachelard llamaba las “fuerzas imaginarias del espíritu”, que él ubicaba en dos ejes: “unas, decía, se divierten con lo pintoresco, la variedad del acontecimiento inesperado”; en cuanto a las otras, “ahondan en el fondo del ser, quieren encontrar en el ser lo primitivo y lo eterno a la vez”. Esto corresponde a la descripción del trabajo del “comparatista”: curioso de descubrir la extrema variedad de los sistemas de Derecho, ahonda a veces también al buscar más allá de la diversidad algo, si no eterno, al menos universal o universalizable. Ese algo que Raymond Saleilles describió, durante el Congreso de París en agosto de 1990, como “la unidad fundamental de la vida jurídica universal” y que, al mismo tiempo, Shen Jiaben presentó en una memoria al Emperador de China como la “gran unidad jurídica del mundo”, pidiendo nada menos que la fusión entre el derecho chino y el occidental.

Pero el sueño de los comparatistas choca entonces contra la violencia de la guerra, y desde hace medio siglo le incumbe al Derecho Internacional, en sus formas más innovadoras que ya no identifican el Derecho a los Estados, dar existencia jurídica a lo universal. Más allá incluso de la declaración “universal” de los derechos humanos, la humanidad fue reconocida a partir del juicio de Nuremberg por los llamados crímenes “contra la humanidad”. Adquiere entonces la titularidad de un “patrimonio común” que le compromete respecto a las generaciones futuras. La fórmula abarca el patrimonio mundial, cultural y natural, anexiona la luna y otros cuerpos celestes y hasta designa “en su sentido simbólico” en la cabecera de la declaración de la UNESCO el genoma humano.

¿Este Derecho, que de interestatal pasa a ser supraestatal pero solo por fragmentos, tendrá algún día la vocación de lenguaje común, de común sabiduría? No se puede prometer pero sí más que nunca desear con la condición de no dividir las fuerzas imaginarias del Derecho. Resulta ilusorio creer que la desregulación que acompaña la internacionalización en materia económica es lo contrario de la reglamentación. En realidad se trata de un nuevo despliegue, por una multitud de actores públicos y privados, según dispositivos de incitación, negociación y flexibilidad, que requieren normas temporales, evolutivas, reversibles. Podríamos reconocer en ello la visión pluralista de Santi Romano, que renunció ya en 1918 a identificar el Derecho al Estado. Un estudio de “la norma internacional en derecho francés”, encargado al Consejo de Estado por el primer ministro y publicado en el año 2000, constata que: “las evoluciones del marco institucional (...) así como la adopción de normas internacionales y comunitarias, en ámbitos muy diversos, han provocado en los últimos diez años grandes rupturas en el lugar que el derecho francés deja al derecho de origen externo.”

Las cifras citadas dejan perplejo: el derecho comunitario ha producido más de 68.000 textos desde el origen, sin contar los nuevos instrumentos como las acciones comunes o las decisiones. Aunque se trate en parte de textos de modificación efímeros, el número de normas jurídicas no deja de aumentar y el Dere-

cho Internacional es invocado cada vez más a menudo ante las jurisdicciones nacionales [...]

La expansión del Derecho

El derecho mundial también prolifera. Aunque las numerosas convenciones adoptadas por la ONU en materia de derechos humanos sean más impresionantes por su cantidad que por la visibilidad de sus efectos, la globalización económica, activada por el fin de la Guerra Fría, dio un renovado dinamismo al comercio mundial. De esta forma, la adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 11 de diciembre de 2001 desencadenó, después de las primeras olas de 1978 y 1992, una tercera etapa de reformas que han transformado el derecho comercial chino en un amplio campo de trabajo. El protocolo de acceso de China a la OMC impone incluso principios generales que podrían provocar mutaciones más amplias como la desaparición, al menos de una parte, de medidas discrecionales o el establecimiento de un control de los excesos de poder.

Debemos cuidarnos sin embargo de caer en un optimismo excesivo porque el desarrollo económico no implica el paso automático al Estado de derecho. Al menos que se integren de forma simultánea los derechos civiles y políticos, mediante la ratificación del Pacto elaborado por la ONU, pero esta última tiene pocos medios para incitar a los Estados a hacerlo.

De una organización a otra, los espacios de la internacionalización del derecho siguen siendo dispersos en el sentido propio y figurado (...) A nivel mundial hay que tomar en cuenta, además, la privatización de las normas: el arbitraje en derecho del comercio internacional es en gran medida regido por fuentes privadas, y la autorregulación se desarrolla bajo la forma de códigos de conductas, éticas de empresa o, más recientemente, por logotipos ecológicos y sociales, que pretenden reforzar el respeto de las reglas ecológicas y sociales con la responsabilidad de los consumidores. No obstante, por muy útil que sea, la autorregulación no puede sustituir la regulación de las organizaciones interestatales que son las únicas responsables de los intereses comunes. Sin embargo, la dispersión es tan grande entre la ONU y las organizaciones especializadas para el trabajo, la salud, la propiedad intelectual o el comercio, que la eficacia parece inversamente proporcional al número, por lo menos cuando no existe un verdadero control jurisdiccional.

El Tribunal Internacional de Justicia instituido por la Carta de Naciones Unidas se reduce a un tribunal de arbitraje sometido a la voluntad de los Estados. No existe un verdadero tribunal para juzgar las violaciones de los derechos humanos a escala mundial. Al menos este órgano de resolución de litigios empieza a dotarse de armas jurídicas, mientras las jurisdicciones penales internacionales esbozan, a pesar de las resistencias, una justicia mundial.

Pero, a medida que progresa la mundialización de la justicia surgen contradicciones para determinar el sentido de la internacionalización del Derecho. Una primera contradicción aparece entre la internacionalización ética, que implica el apoyo activo de los Estados, y la globalización económica que, a menudo, trae como consecuencia la impotencia de los Estados. Así mismo, aparece la contradicción

La autorregulación no puede sustituir la regulación de las organizaciones interestatales que son las únicas responsables de los intereses comunes

entre la misma idea de universalismo, que implica solidaridad, reparto y lucha contra la pobreza, y la sociedad de mercado, marcada por un incremento de la competición y de las desigualdades.

La indivisibilidad de los derechos fundamentales habría podido facilitar la conciliación que estaba inscrita en la Declaración Universal de los derechos humanos, pero el principio se ha debilitado con el tiempo. En 1966 la adopción de dos pactos distintos tuvo como consecuencia la separación de los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, dejados prácticamente sin control. El aislamiento de los derechos económicos y sociales fue confirmado con la creación de la OMC en 1994.

En este contexto la experiencia europea puede parecer innovadora. A pesar de la existencia de dos Cortes, que simbolizan la separación del mercado y de los derechos humanos, los jueces intentan, mediante un juego de referencias cruzadas, resolver las principales contradicciones, pero sólo lo pueden hacer de forma puntual, caso por caso. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, dio un paso importante al preferir a la división bipartita una presentación en seis capítulos: la dignidad, las principales libertades, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia.

Una vez inscrita en la Constitución, la Carta debería ser reforzada jurídicamente, y ser aplicada no sólo a los Estados, sino también a los actores económicos. Finalmente, quizá permita combinar los mecanismos de regulación específicos al mercado (libre comercio y libre competencia) con el respeto de otros derechos fundamentales.

Los que están sometidos a esta jurisdicción empiezan a invocarla y los jueces se refieren a ella como fuente de inspiración. Esta forma de anticipar la decisión política recalca una vez más la fuerza del Derecho y el poder de los jueces, llamados a resolver las contradicciones que, sin embargo, no son más que el reflejo de hesitaciones políticas.

Una vez más, pero en nuevos términos, quizá la internacionalización, al debilitar los Estados, se refleja en una ascendente "fuerza de la forma" tal como Pierre Bourdieu describía "la fuerza del derecho". (...)

Estudios comparativos

Mencionar los estudios comparativos viene a expresar la preferencia por una internacionalización pluralista que integre la diversidad de los sistemas. Pero, la elaboración de un derecho pluralista para ser logrado implica algo más que la mera yuxtaposición. Es preciso reconocer las diferencias y encontrar una gramática común que permita bien una compatibilidad (armonización) bien una fusión (hibridación). Hasta en el mismo ámbito europeo, la dificultad surge a medida que los intentos se multiplican, desde el derecho de los contratos hasta el Derecho Penal, pasando por el Derecho Empresarial o el Derecho Procesal.

A nivel mundial, sólo podemos evaluar las diferencias que condicionan las oportunidades de una internacionalización pluralista. (...)

El segundo precepto, que es a la vez una posición y una metodología, es integrar la indeterminación como un componente del razonamiento jurídico. Es decir, admitir que el camino no está trazado de antemano y que la internacionalización no lleva de forma ineluctable a la pulverización del Derecho, que está ahora sin territorio y sin historia, sino quizá a una recomposición que necesitaría en el estado actual una parte de indeterminación en el espacio y en el tiempo. (...)

Discontinuidades del discurso jurídico

No se trata tanto de prevenir los riesgos de las discontinuidades del discurso jurídico como, siendo el Derecho un discurso de prescripción, buscar las bifurcaciones que permitan abrir un canal. Percibo tres de estas posibles vías.

Empecemos por la menos evidente, quizá para los que no son juristas, pero la que aparece como más perturbadora del orden jurídico: la discontinuidad de las normas. Los márgenes nacionales, el principio de lo subsidiario inscrito en los tratados europeos (y reforzado en el proyecto de Constitución por un control de los parlamentos nacionales), y también el principio de complementariedad que son los primeros principios del Tribunal Penal Internacional, tienen como consecuencia común la interrupción de la cadena vertical del Derecho nacional hasta el Derecho Internacional. Sin embargo, la interrupción horizontal es todavía más radical entre los conjuntos internacionales del mismo nivel que creíamos autónomos porque se habían especializado en ámbitos diferentes, por ejemplo el Derecho Mercantil y el de los derechos humanos. La dificultad radica en que esta discontinuidad excluye una subordinación estrecha entre diferentes conjuntos normativos, pero no significa su absoluta autonomía.

François Ost y Michel Van Kerchove han desarrollado la hipótesis del paso de "la pirámide a la red", al asumir de forma deliberada el riesgo de la incertidumbre de una dialéctica sin síntesis. Este riesgo existe por que tal dialéctica no excluye el caos ya anunciado ni la autorregulación por el mercado, que puede llevar como lo recordaba Genervève de Gaulle al totalitarismo del dinero.

Para evitar estos desórdenes, necesitaríamos una teoría que sea a la vez dialéctica y de síntesis, cuyo objetivo sería, a partir de la pluralidad de los sistemas, construir un "pluralismo ordenado". (...)

La segunda discontinuidad afecta precisamente la organización de los poderes. Aún en Europa, el equilibrio clásico entre los tres poderes no parece directamente exportable: frente a un Parlamento Europeo débil y un Ejecutivo dividido entre la Comisión y los Estados, el poder judicial de las dos Cortes europeas se asienta en una dinámica en donde el Derecho acabaría con oponerse a la democracia. Este riesgo de desequilibrio se extiende a escala mundial a medida que se elaboran normas de carácter transnacional, concebidas y aplicadas por los mismos actores, o de carácter supranacional, definidas por los Estados pero progresivamente controladas por órganos jurisdiccionales o casi jurisdiccionales.

Así, la OMC puede imponer reglas con sanciones y las jurisdicciones penales internacionales pueden condenar dignatarios de alto rango, hasta un jefe de Estado en ejercicio. (...)

Construir nuevas instituciones sólo tiene sentido si el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad se desarrolla de forma simultánea

Construir nuevas instituciones sólo tiene sentido si el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad se desarrolla de forma simultánea. Los vínculos culturales, científicos y económicos son al respecto más fuertes que los lazos jurídicos. Ser intempestivo es también acordarse de que en una Europa que había sido desgarrada por guerras de religiones, el pensamiento humanista en los años posteriores a la creación del Colegio real, permitió reanimar el ideal de una sociedad apaciguada. Marc Fumaroli supo recordar cómo, en toda Europa, el antiguo mito de Astrea iba a simbolizar la esperanza del retorno a la justicia y a la paz; así quería subrayar su “despedida de la guerra”.

Desde el ciudadano europeo hasta el ciudadano del mundo, los movimientos de la sociedad civil, cada vez más presentes en el escenario internacional, marcan quizás otro momento del humanismo. (...)

Es desde esta triple perspectiva, nacional, europea y mundial, que intentaré abordar la hipótesis de una “reestructuración de los poderes” sin la cual la internacionalización del Derecho podría convertirse en un sinónimo de impotencia, amenazando el equilibrio político y reforzando la “decepción democrática” evocada aquí mismo por Pierre Rosanvallon. (...)

La tercera discontinuidad es la de los valores. A decir verdad, hace mucho tiempo que el relativismo se encuentra en el centro de los sistemas de derecho, luego fue consagrado por el principio de la igualdad soberana de los Estados, y que el universalismo abstracto de la razón fundamenta un derecho natural, luego un derecho del pueblo, desde la filosofía griega hasta la del Siglo de las Luces. Se ha aceptado una discontinuidad entre el relativismo normativo y el universalismo filosófico que preservaría la autonomía jurídica y la soberanía política.

El retorno de Astrea

Inmediatamente después de la II Guerra Mundial, la Carta de Naciones Unidas establece algunas reglas comunes para canalizar (con un éxito variable) el uso de la fuerza. Pero como Antonio Cassese ha mostrado, estas reglas se limitan esencialmente a la “paz negativa”, la ausencia de guerra. Al no tener como objetivo reducir los desequilibrios económicos y financieros ni apaciguar los conflictos étnicos y religiosos, la Carta no otorga a la ONU los medios necesarios para construir la “paz positiva”.

Ahora bien, la separación ya no es sostenible, no tanto por razones ideológicas como por las circunstancias. A medida que los intercambios económicos, financieros culturales o científicos se mundializan, descubrimos que también los crímenes se mundializan (desde el terrorismo hasta la corrupción o los grandes tráfico), como también se mundializan los riesgos, ecológicos y también biotecnológicos. Las respuestas ya no pueden limitarse al Derecho nacional.

Sabemos ahora que nos arriesgamos a perderla, que la paz no se divide: positiva o negativa, debería depender de una comunidad de Estados. La interdependencia es ya una realidad y requiere un proyecto común.

Lejos de descalificar a la ONU, la crisis actual podría finalmente darle la ambición de construir este orden internacional que en su artículo 28 la Declaración

Universal reconoce a cualquier persona como un derecho fundamental. El riesgo, sin embargo, es exacerbar la tentación hegemónica del país más poderoso y las reacciones nacionalistas de los demás.

Por consiguiente, lo más probable es que se vea reforzada una discontinuidad con frentes invertidos y ya observables: a medida que el universalismo se hace normativo, podemos entrever el desarrollo de un nuevo relativismo, abstracto y teórico que frente a la internacionalización del Derecho esgrime argumentos casi teológicos. (...)

A falta de acuerdo sobre una “simbólica común” que permita fundar, si no un sistema de valores único, al menos algunas interdicciones comunes jurídicamente protegidas, las consecuencias serán ineluctables: después del desorden y de la impotencia viene la guerra.

En tiempos de discordia, el llamamiento a las fuerzas “imaginarias” del Derecho es más que nunca necesario y repito la exhortación de Bachelard: “encontrar en el ser lo primitivo y eternal a la vez”. Dar respuesta a esta exhortación no sólo implicaría un trabajo jurídico sino también un cruce de los procesos de “hominización” y humanización, un trabajo pluridisciplinar. (...)