

Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho¹

MIREILLE DELMAS-MARTY

CURSO: LO RELATIVO Y LO UNIVERSAL

LOS PUNTOS DÉBILES DEL UNIVERSALISMO JURÍDICO

Desearía comenzar mi curso con el estudio de la tensión entre lo relativo y lo universal que me parece estar incluida en el propio título de la cátedra.

Por una parte, los estudios jurídicos comparados alimentan, al menos en un primer momento, la constante del relativismo jurídico. La coexistencia entre este relativismo positivista, metido en el corazón de los sistemas de derecho, y el universalismo abstracto de la razón fue pacífica durante mucho tiempo. De la filosofía griega a las Luces, la figura majestuosa y un poco lejana del “derecho de la naturaleza y de las gentes” podía incluso ilusionar con una alianza de hecho, puesto que lejos de poner en peligro las prácticas jurídicas o de implicar su puesta en práctica, directa o indirecta, les daba por el contrario una legitimidad teórica. En la práctica, el derecho internacional sigue fundamentándose en la igualdad de todos los sistemas.

Por otra parte, el fenómeno de la internacionalización del derecho –que desborda el derecho internacional en beneficio de prácticas *trans* y *supranacionales*–, conduce a reconocer un estatuto de derecho positivo a ciertos conceptos jurídicos que tienen una vocación universal. Incluso si apenas se trata de un inicio, este reconocimiento es ya concebido por lo partidarios del relativismo como una provocación.

Sin intentar reconciliar los puntos de vista de los relativistas y de los universalistas, querría tomar en serio unos y otros analizando esta tensión a partir de datos, principalmente jurídicos, presentados como una primera toma de contacto con la materia.

Un dato nuevo

Nuevo, puesto que entre lo relativo y lo universal, la relación ha cambiado. Percibida en un primer momento como simple coexistencia entre las teorías universalistas y el carácter eminentemente relativo de las prácticas observables, ha plantado cara progresivamente al desafío de la mundialización que implica respuestas jurídicas comunes y lleva así hacia un conflicto con frentes caídos: enfrentado a la emergencia de los conceptos con vocación universal, el relativismo se teoriza y se convierte en un discurso erudito. El conflicto se presenta a partir de ahora abierto entre lo relativo inscrito en la propia noción de derecho, identificada en el Estado (el término de Estado de derecho parece un pleonismo en Kelsen), y lo universal, se transforma a fragmentos en jurídico, empieza a parecer en los manuales de derecho positivo. Ya se llamen derechos humanos, crímenes contra la humanidad, patrimonio común de la humanidad, *lex mercatoria*, *lex electronica*, o *lex economica*, estos fragmentos tienen vocación de aplicarse en todo el planeta. Ya alertados por la aparición de nuevos

¹ Traducción realizada por Marta M. Morales Romero. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha.

ordenamientos normativos de carácter supranacional como el Convenio europeo de protección de los derechos humanos (CEDH) o el derecho comunitario, los juristas descubren, a veces angustiados, esta ruptura de equivalencia entre el derecho y el Estado que se produce simultáneamente a escala regional y mundial.

En efecto, los desafíos de la mundialización han cambiado el paisaje jurídico. Si la mundialización actual no es la primera que se ha producido en la historia, se caracteriza ahora por primera vez por las tecnologías que eliminan las distancias y ponen en juego las fronteras. La mundialización, que favoreciendo paradójicamente las reivindicaciones locales y la proliferación de los Estados, se acompaña también desde el final de la guerra fría, del desarrollo de estrategias transnacionales de carácter privado que afectan al conjunto de los cambios, ya se trate de flujos económicos, financieros, científicos, culturales o migratorios. Marca así la debilidad de los principios de soberanía y de territorialidad de los Estados y el desfase de los sistemas de derecho nacionales, en un momento en el que las instituciones mundiales no están listas para tomar el relevo. Ciertamente, existen instituciones regionales; sin embargo, ellas no participan al efecto de interferencia (*brouillage*), en tanto en cuanto que su potencial de integración jurídica varía de una región a otra. Al mismo tiempo, la mundialización favorece –desde las redes criminales a las exclusiones sociales, pasando por los riesgos tecnológicos- las disfunciones de carácter global que no pueden resolverse por un solo Estado, aunque fuese el más potente.

Los sistemas de derecho nacionales siguen siendo necesarios como intermediario entre los actores públicos, operadores económico-privados, y sociedad civil. Por su parte, los nuevos conceptos jurídicos con vocación universal parecen estar destinados a sustituir a los derechos nacionales, tendiendo más bien a combinarse entre ellos, de forma complementaria e interactiva. Son suficientes sin embargo para romper el antiguo equilibrio. El conflicto se endurece al mismo tiempo que se invierte: cuando una dinámica de integración multilateral se desarrolla en adelante como derecho positivo, es el relativismo el que se dogmatiza y se convierte en erudito.

Es verdad que esta dinámica, parcial, evolutiva y discontinúa, no puede analizarse en un “sistema” supranacional que sustituya su propia coherencia por la de los antiguos sistemas estáticos. Dicha dinámica, que solamente hace emerger nuevos conceptos en la intersección de diversos espacios normativos más o menos vinculantes, no forma a nivel supranacional un “orden jurídico”, en el sentido institucionalmente otorgado en especial por Santi Romano. De ahí la inadecuación de los antiguos modelos, concebidos por un derecho esencialmente estático e inter.-estático.

Es necesario pues proceder a identificar las dificultades, comenzando por *Los puntos débiles del universalismo jurídico*, en una primera parte (curso 2003), y reservando *El fracaso del relativismo jurídico* para un momento posterior (curso 2004): primero la incoherencia de las ideas, después las circunstancias.

El universalismo, incluso cuando se convierte en derecho positivo, sigue marcado por su origen. Todavía revela la razón pura e indica un objetivo a alcanzar, una vía a seguir, por más que determine un contenido normativo preciso y estable. Esta incoherencia congénita no sería suficiente para rechazar conceptos jurídicos universales tales como las ideas falsas sino que podría conducir a considerarlos como ideas de la razón, en el sentido kantiano de ideas que no tienen un uso “propriadamente constitutivo”,

sino “un uso regulador, excelente e indispensablemente necesario: el de dirigir el entendimiento hacia una determinada finalidad”². Ideas faro más que ideas falsas.

Sin embargo, estos conceptos, ya se trate de los derechos humanos, de la humanidad (en el sentido de crimen contra la humanidad, o de patrimonio común de la humanidad) o del mercado (en confluencia con la *lex mercatoria*, la *lex electronia* y la *lex economica*) forman parte de ahora en adelante del derecho positivo: tienen pues un uso constitutivo y revelan también la razón práctica.

Esta ambigüedad es sin duda una debilidad en relación a los criterios que ordenan la validez de los sistemas de derecho. En los tres criterios, la razonabilidad (validez formal), la legitimidad (validez axiológica) y la eficacia (validez empírica), se oponen en efecto, en la gestación de lo universal jurídico, *conceptos confusos o imprecisos, valores conflictivos y normas ampliamente ineficaces*.

1. Los conceptos confusos o imprecisos

A pesar de su heterogeneidad, los tres ejemplos presentados –los derechos humanos, la humanidad y el mercado– tienen en común su carácter indeterminado o poco determinado que afecta a su validez formal, con el riesgo de crear una imprevisibilidad sinónimo de inseguridad jurídica.

Los derechos humanos

Dado que no se trata de un ordenamiento universal, el derecho de los derechos humanos parece universalizarse. Aunque ni la elaboración de la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH), ni su aplicación han sustituido la uniformidad por la diversidad del relativismo.

Al adoptar el 10 de diciembre de 1948 una Declaración “internacional” de los derechos humanos, que se convertiría en “universal” solamente en el transcurso de su redacción, la Asamblea General de las Naciones Unidas expresaría más que un ideal una realidad. La redacción se sitúa en efecto en los días posteriores a la segunda guerra mundial, en el comienzo del proceso que conducirá a la guerra fría, a la descolonización y más tarde a la fragmentación del bloque soviético, ocasionando la multiplicación de los Estados (de 58 a 190). Con un total de 56 Estados presentes con derecho a voto (los dos ausentes fueron Honduras y Yemen), una fuerte mayoría (de 48) vota el texto. En cuanto a los Estados que se abstuvieron, seis de ellos pertenecían al bloque soviético, opuesto a una concepción juzgada demasiado individualista; mientras que los dos restantes (África del sur y Arabia Saudita) exigen preservar su concepción del apartheid y del estatus de la mujer.

Durante los dos años de redacción, el clima político se estaba deteriorando hasta tal punto que diciembre de 1948 fue sin duda la fecha límite para la adopción de un texto que corría el riesgo, con algunos meses de retraso, de caer en el olvido de la historia. Las tensiones políticas, añadidas al debate ético debían llegar a diversas contradicciones jurídicas que dejaban el trabajo inacabado (véase *infra*, los conflictos de valores en el seno de los derechos humanos).

² Emmanuel Kant, *Crítica de la razón pura, Dialéctica trascendental*, II, 429, Gallimard, coll. La pléiade, vol. I, p. 1248.

No sorprende pues que en su aplicación práctica, primero a escala regional, la jurisprudencia tuviera dificultades para aplicar los textos de forma uniforme, incluso en una región bastante homogénea como Europa. Es así como va reconociendo a los Estados un “margen nacional de apreciación” que intenta conjugar el universalismo de los derechos humanos con el relativismo de las tradiciones nacionales. En suma, lo impreciso se subdivide: lo impreciso en términos conceptuales que rodea la definición de los derechos consagrados en la Declaración Universal conduce a lo impreciso en sentido operacional, inherente al reconocimiento de este margen nacional, variable en el espacio y en el tiempo, lo cual condiciona su aplicación.

En consecuencia, no es necesario engañarse sobre el carácter “universal” del derecho de los derechos humanos: el término no reenvía a las formas o valores eternos que Gilles Deleuze y Félix Guattari consideraban como “los más esqueléticos y los menos interesantes”³, en su regularidad y su permanencia. Nada de regular ni de eterno hay en estos conceptos, que no son tampoco la imagen invertida de los dispositivos de poder que reproducirían a la inversa, sino más bien como vías de escape que constituyen la cartografía del campo social. Tratándose del derecho positivo de los derechos humanos, lo universal no se opone a lo relativo.

Así el Tribunal Europeo admite la diversidad de derechos nacionales cada vez que reconoce, con un margen nacional, una clase de derecho a la diferencia para cada Estado, un cierto relativismo pues. También hace fortuna con más o menos acierto, pero si se prolonga la metáfora, esta conlleva a admitir que el mismo cuadro ha sido construido en virtud de líneas trazadas desde múltiples perspectivas de observadores situados en lugares diferentes del cuadro. Si pensamos en las investigaciones de Paolo Ucello, veremos que demuestra, con sus tres versiones de la batalla de San Romano, cómo la pluralidad de líneas de perspectivas, lejos de introducir el desorden, crea una dinámica para el propio espectador; con ello llegó a la hipótesis de que lo impreciso permite a los derechos humanos aspirar a lo universal e intentar resolver la aporía anunciada por Philippe Malauri “de querer hacer trascender los derechos sin que exista trascendencia”⁴. Los derechos sólo trascienden porque son de otra naturaleza: su escasa determinación inicial permite una determinación variable en el espacio y en el tiempo que facilita su adaptación a una realidad plural y evolutiva.

Queda todavía por demostrarlo puesto que lo impreciso es percibido primero como una perturbación en los diversos sectores del derecho influenciados por los derechos humanos. En el propio seno del universalismo jurídico, aunque el hombre y la humanidad proceden aparentemente de una misma realidad, el universalismo de los derechos humanos no concuerda *a priori* con la humanidad ya que se convierte a su vez en categoría jurídica.

La humanidad

³ G. Deleuze y F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie?* ed. De Minuil, 1991, p. 80.

⁴ Ph. Malaurie, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français*, JCP, 2002. I. 143.

La humanidad tiene una mala reputación. Su universalismo se percibe como algo totalitario, como algo que amenaza a los hombres en su singularidad, pero también confirmado en el sentido de que inquieta a los Estados en su soberanía. Es sin duda por lo que la humanidad aparece tan tarde en el campo jurídico, y de forma tan resplandeciente: no existe concepto jurídico único que distinga los derechos humanos de la humanidad. Sin embargo, si se incluye hoy “en la imaginación de las Naciones”, es porque la humanidad no es solamente un sueño: según René-Jean Dupuy, se convierte en referencia cuya llegada a la historia “no se confunde con las anticipaciones radiantes de la utopía”, sino que “anuncia una realidad por construir”⁵.

No obstante, como una víctima a la que hay que socorrer, la humanidad no es de entrada distinta jurídicamente de los hombres que la componen. Durante la prolongación del derecho de la guerra, el derecho “humanitario” se definió como una rama del derecho internacional público centrada en la persona humana. A través de los convenios de Ginebra, progresivamente ampliados del derecho de guerra al derecho de los conflictos armados, llega a proteger a los civiles, a los prisioneros de guerra y a los combatientes (1^{er} protocolo adicional de 1977). Más recientemente un derecho “de injerencia humanitaria” fue reconocido en casos de catástrofes naturales o de “situaciones de urgencia del propio orden”. Este derecho humanitario con vocación universal debido a sus efectos (los convenios de Ginebra han sido ratificados por la casi totalidad de Estados) completa el de los derechos humanos. Inspirado en un sentimiento de humanidad, procede de una solidaridad sin fronteras, pero no afirma sin embargo la autonomía de la humanidad en relación a los individuos a socorrer.

Es necesario esperar a la aparición, en el estatuto del Tribunal de Nuremberg, de crímenes “contra la humanidad” progresivamente desligados de los crímenes de guerra, para concebir la humanidad como una categoría jurídica específica. A diferencia de la mayoría de los crímenes “ordinarios”, cuya definición es nacional y puede variar de un sistema jurídico al otro, se afirma a escala planetaria el crimen contra la humanidad. Pero a diferencia del crimen de guerra, que protege a los combatientes en virtud del derecho *internacional*, se sitúa en el plano *supranacional*, caracterizado por la voluntad de proteger “la humanidad”, universal por naturaleza, incluso si no se sabe cómo definirla.

El punto común en las diversas prohibiciones enumeradas como crímenes contra la humanidad es sin duda su dimensión colectiva. En efecto, el Estatuto de Nuremberg prevé los crímenes cometidos “contra cualquier población civil” y la expresión se encuentra de nuevo, con mínimas variantes, de un texto a otro. En definitiva, lo que significa la incriminación del crimen contra la humanidad, incluido el genocidio, es que el ser humano, incluso aunque forme parte de un grupo, no debería jamás perder su individualidad ni verse reducido a un elemento intercambiable de ese grupo, ni verse rechazado como tal. Si el ser humano experimenta una necesidad de pertenencia-identidad, no puede encerrarse ni encadenarse a su grupo, sin perder su estatus en el seno de la humanidad. Esta despersonalización de la víctima pone de manifiesto la alteridad, es decir, la singularidad de cada hombre como ser único a la vez que su misma pertenencia a la comunidad humana.

⁵ René-Jean Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des Nations*, Conférences, Ensayos y lecciones en el Colegio de Francia, Julliard, 1991.

Pero a la hora de las biotecnologías, aparecen nuevas formas de despersonalización, no solamente por exterminación sino también por desnaturalización. De la destrucción de la vida, se pasa a su fabricación, ilustrando lo que Michael Foucault denominada como bio-poder: “la función más importante ya no es matar sino conferir la vida de una parte a parte”. Derecho de muerte y poder sobre la vida que pueden conducir a “una puesta en orden eugenésica de la sociedad”⁶. Para incriminar el eugenismo, posteriormente la clonación humana, el legislador francés ha creado un nuevo tipo delictivo “contra la especie humana”, corriendo el riesgo de separar la hominización de la humanización todavía inacabada de nuestra especie. Esta elección, contraria a la historia que ha mezclado siempre los dos procesos de evolución biológica (hominización) y el aprendizaje humanista (humanización), muestra que la humanidad sigue siendo un concepto jurídico por construir. Su definición ordena la búsqueda de un sentido, de una puesta en orden de la naturaleza, de una línea de horizonte moral. Pero sin duda solo es posible a condición de tener en cuenta la cadena completa de las generaciones.

Kant lo había percibido de forma premonitoria en sus propuestas para una historia universal⁷, en particular la segunda: “en casa del hombre, las disposiciones naturales que prevén el uso de su razón solo llegan a desarrollarse completamente en el espacio, pero no en el individuo”. Lo que le lleva a enfatizar sobre este hecho, que califica de extraño e incluso de enigmático, y a señalar “que las generaciones anteriores solamente parecen perseguir su penosa labor en beneficio de las generaciones posteriores,... cuando las generaciones más tardías deben tener la suerte de habitar el edificio en el que ha trabajado una larga línea de antecesores (es cierto sin haberlo querido intencionadamente)”.

Ahora bien, precisamente hemos llegado quizás a un estadio en el que *intencionadamente* queremos preservar la esperanza de un mundo habitable. De ahí el interrogante sobre las biotecnologías y, más ampliamente, por la aparición del novedoso tema del desarrollo “sostenible” que se apoya en el concepto de humanidad y sustenta en sí mismo, más allá que a los derechos humanos (a los que aspiran las generaciones presentes), los de las generaciones futuras.

Pero entonces, si se incluyen las generaciones futuras, ya no se trata solamente de proteger la humanidad como víctima de los crímenes dirigidos contra ella, es necesario todavía reconocerle prerrogativas y sobre todo un patrimonio protegido en cuanto a tal, incluso bienes comunes.

Es debido a un extraño destino que la noción de *patrimonium*, asociada en derecho romano al buen padre de familia, acompaña en derecho internacional la emergencia de la humanidad como sujeto de derecho. El término puede parecer ambiguo, con su doble significado, a la vez pecuniario por su contenido (los bienes denominados patrimoniales son económicamente valubles) y simbólico por su continente (como atributo de la personalidad, el patrimonio es inalienable). Pero expresa una solidaridad, transnacional y transtemporal, que no cae por su propio peso: la primera choca con el principio de territorialidad de los sistemas de derecho, que parece excluir la idea misma de gestión común del espacio y de los recursos que produce; en

⁶ Michael Foucault, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1970.

⁷ E. Kant, *L'idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Gallimard, coll. Pléiade, vol. II, p. 187 y ss.

cuanto a la solidaridad transtemporal, en tanto en cuanto que asocia a las generaciones futuras, se encuentra enfrentada a las temporalidades múltiples que determinan los ritmos de desarrollo diferentes de una civilización a la otra.

Lejos de ser universal, el concepto de patrimonio común de la humanidad implica sin duda un largo proceso de universalización que supondría, en el estado actual, que fuesen reconocidos márgenes nacionales, en el espacio y en el tiempo. O más aún, derechos humanos o crímenes contra la humanidad, apareciendo así el término patrimonio como un concepto vago, cuyo sentido varía inevitablemente en el espacio y en el tiempo. Esta constante se impone desde la aparición del concepto, pero quizás explica también su evolución hacia el concepto de los bienes comunes de la humanidad.

Fueron necesarios numerosos desastres ecológicos para que el término de patrimonio común de la humanidad fuera lanzado por el embajador de Malta, en 1967, con motivo de la tercera convención sobre derecho del mar. El Convenio de 1982 sobre el derecho del mar permite describir los principales trazos: no apropiación, no discriminación y participación de los diversos países en la gestión. Dicho régimen supone reglas que garantizan a todos el acceso a los recursos e impone a todos la financiación de su conservación y de las instituciones que los ponen en práctica. La resistencia de los Estados, arraigados a su territorio y a su soberanía, conduce por el contrario a preferir ahora la expresión de “bienes públicos mundiales” para designar a bienes tan diferentes como el clima, el agua, el aire o la biodiversidad y evocar un multilateralismo que implica no solamente a los actores gubernamentales sino también a las empresas, las colectividades territoriales y a las ONG. Pero su régimen jurídico todavía sigue definiéndose, entre una concepción económica (que reenvía al mercado) y una concepción más política (que evoca el patrimonio común).

Esta nueva referencia al mercado evoca otra forma de globalización que otorga un papel creciente a los actores económico-privados. El cambio es más radical y la privatización es sin duda más difícil todavía para conciliar con el relativismo nacional. No solamente crece el riesgo de imprecisión, sino que anuncia una contradicción nueva entre el espíritu de división que sobrentiende los derechos humanos y de la humanidad y el espíritu de competición propio en el mercado.

El mercado

Desde hace una veintena de años, la expresión de “ley de mercado” parece consagrada por el uso, pero no resulta ni del hecho de que el mercado es un concepto universal, ni de que exista un derecho del mercado concebido como un orden jurídico autónomo.

El mercado es ante todo un lugar, donde se enfrentan la oferta y la demanda. Se percibe también como un hecho que se personaliza: se habla de su buena o mala salud, incluso de la “tiranía” del mercado, hasta el punto de concebirse como una especie de dios que en último término coge el relevo del Estado ya que introduce en sí mismo una dinámica de extensión espacial que se traduce ya por un enfrentamiento con el Estado-nación.

En el plano mundial, en efecto, el derecho de los mercados no se limita al derecho *interestático*: engloba de ahora en adelante a estos conjuntos normativos no

estáticos (*anacionales* o *transnacionales*) que son la *lex mercatoria* y por extensión la *lex electronica*; mientras que la OMC, que libera los intercambios, apela al corolario de un orden *supranacional*, futura *lex economica*. A pesar de la simetría aparente, los tres términos no reenvían a concepciones homogéneas. A diferencia de la *lex mercatoria*, cuyo origen privado remonta a los usos y reglas del comercio descritos en otro tiempo bajo el nombre de “derecho corporativo”⁸, y de la *lex electronica* que se reivindica como no estática, la *lex economica*, preconizada por algunos para regular los poderes privados económicos y crear un orden concurrente mundial, sería concebida por los Estados, sobre la base de un acuerdo multilateral de derecho internacional público.

Es necesario todavía interrogarse por el universalismo de las nociones. En realidad los mercados sin fronteras parecen designar la difusión espacial de productos o de servicios más que el compartir el sentido que está en el corazón del universalismo, pero el modelo que les sustenta expresa también una pretensión hacia el universalismo. Ya se trate del comercio, de la información o de las finanzas, e incluso ya los ritmos son diferentes de un sector a otro, de una región a otra, la globalización se acompaña de la aparición de un nuevo modelo de organización social cuyos actores utilizan el lenguaje del universalismo. Dado que los valores de las mercancías adquieren un estatus universal, se planteará la cuestión del universalismo de los valores no mercantiles como contrapeso.

La cuestión reenvía al orden jurídico de referencia: ¿el concepto de mercado introducido en un orden espontáneo, a base de autorregulación, debe escapar por ello a cualquier integración en un ordenamiento organizado, ligado a un Estado o a una comunidad, regional o mundial, de Estados? Del orden al desorden, no existe solamente un juego erróneo de palabras sino también un riesgo que afecta al conjunto de los conceptos nacidos del mercado. Solo se pasa de un orden espontáneo a un orden organizado no solamente definiendo un orden económico mundial, sino ordenando la pluralidad de órdenes jurídicos simultáneamente afectados. En su defecto, el mercado universal corre el riesgo de conducir al desorden del mundo.

Lo anterior puede conducir a varias vías. La primera, la de la autonomía: si la pretensión del mercado en universalismo no se integra en una visión de conjunto, dicho en otras palabras, si aísla al mercado para concebir, no solamente un concepto universal, sino también un verdadero ordenamiento jurídico autónomo, esta concepción del derecho terminará, si no por “disolver los Estados”, al menos por dominar y disolver la política en la economía. Es por ello que la propia expresión de *lex mercatoria* ha sido criticada (y la crítica vale también, en mi opinión, para la *lex electronica*), puesto que lleva a pensar que se tratará de una organización jurídica verdadera que traduce la existencia de una sociedad de las mercancías, concebida con una coherencia de conjunto; mientras que “lo que aparece en el comercio internacional son islotes de una organización, y no una organización única”⁹. Sin embargo, la otra vía, la de la vuelta al relativismo, no resuelve la dificultad relativa a si cada ordenamiento jurídico nacional aplica sus propias reglas y su propia concepción del orden público para apreciar la validez de los instrumentos del comercio mundial que son el contrato y el arbitraje. En

⁸ E. Lambert, Sources du droit comparé ou supranational, Législation uniforme et jurisprudence comparative, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1935, t. III, p. 478 y ss (especialmente p. 498).

⁹ P. Lagarde, Approche critique de la *lex mercatoria*, en *Droit des relations économiques internationales*, Mélanges Goldman, p. 125 y ss.

los dos casos, la indeterminación de las normas aplicables se traduciría en el desarrollo de las ilegalidades.

En realidad, las respuestas puntuales pueden diseñarse, a través de acciones puntuales, por los Estados que tienen los medios. Para evitar cualquier abandono de soberanía, poniendo remedio a la limitación de su orden público interno, los Estados Unidos desarrollan, sin tener en cuenta el derecho internacional, una concepción extraterritorial de su derecho nacional, aplicable incluso sin relación, directa o indirecta, con el territorio americano.

Una parte de la doctrina, cuidadosa de evitar esta alternativa relativismo/universalismo, propone hacer una llamada al orden público *transnacional* (*anacional*), concebido no a partir de los Estados, sino por la confluencia de la colectividad de los Estados y por la colectividad de los actores privados que son los comerciantes internacionales. Volviendo a la idea de que el comercio internacional favorece una sociedad abierta propicia para el desarrollo de un cosmopolitismo jurídico, esta noción introduciría preocupaciones éticas. La dificultad está en la práctica, el derecho del comercio internacional, que persigue ante todo posturas inmediatas y materiales, solo deja lugar a la ética y al interés común a título excepcional. Por tanto, la regla moral o ética no forma objeto raramente de un acuerdo unánime por parte de los Estados. En defecto de unanimidad, el árbitro no puede inclinar la balanza del lado de un orden transnacional imposible de encontrar. No obstante, si hace prevalecer la norma moral, ello solo puede ser en virtud de su propia convicción. Se vuelve así al relativismo y la solución sigue siendo estática.

Para salir de este callejón sin salidas, se tienen en cuenta fórmulas más matizadas, con la finalidad de relativizar la autonomía del arbitro y de hacer aparecer el árbitro como un “juez internacional privado de la mundialización”, que tomaría a su cargo, no solamente los valores del libre intercambio sino igualmente los de la moral universal. Pero es difícil de creer que dicho escenario tendrá lugar de forma espontánea, sin recurrir a las sanciones, estáticas o supra-estáticas, puesto que aún relativizándolo, definir el orden público como transnacional vuelve a separarlo de los Estados, a no ser que se renuncie a la paradoja de un orden espontáneo para buscar organizar el orden mundial con el apoyo de los Estados, y se oriente hacia un orden que se transformaría progresivamente en supra-estático.

Dicha investigación es a veces considerada en el marco de la OMC. Se observa ya por ejemplo con la entrada de China en la OMC, ya que el protocolo de acceso impone reformas que no se limitan a simples ajustes técnicos. Alrededor de tres principios impuestos por el protocolo de adhesión (aplicación uniforme, transparencia, control jurisdiccional de los actos de la administración), se perciben ya efectos con carácter general, y sin duda permanentes. Si el dispositivo de la OMC aparece, al menos potencialmente, eficaz, es en primer lugar porque el comercio está marcado por una interdependencia que impone interacciones jurídicas fuertes (no tanto por razones ideológicas, sino por las circunstancias). Pero también sin duda por razones jurídicas, tendiendo a la doble dinámica que hace del derecho de la OMC un derecho con vocación mundial: por una parte, la unificación de las normas (el principio del acuerdo único que garantiza un verdadero multilateralismo, y no ya una red de compromisos bilaterales o a la carta); por otro lado, su primacía sobre los sub-ordenamientos, nacionales o regionales, controlada por la Organización.

Pero las ilegalidades no se limitan al mero derecho mercantil y económico. Invitan también a tener en cuenta las violaciones de los derechos humanos y de la humanidad, bien a partir de la OMC, bien de otras organizaciones como la Organización internacional del trabajo (OIT) o de la salud (OMS), incluso de las Naciones Unidas (ONU, Sub-Comisión de derechos humanos o el Comité para los derechos civiles y políticos). Lo que supondría una concepción no separada del derecho mundial.

En suma, podría acomodarse con lo impreciso, inherente a la búsqueda de un universalismo jurídico no hegemónico, pero a condición de no dividir lo universal en una autonomía excesiva de los conceptos que lo constituyen. A condición, pues, de conseguir superar los conflictos de valores.

2. Los valores conflictivos

La debilidad del universalismo jurídico no es solamente formal. En términos de legitimidad, se plantea una cuestión de relevancia: ¿se puede construir una comunidad de derecho sin que exista una comunidad de valores? En efecto los conceptos evocados, desde los derechos humanos hasta las diversas formas jurídicas adoptadas por la humanidad o por el mercado pueden ser a partir de ahora, en diversos grados y según las modalidades diferentes, invocados ante un juez, nacional o internacional. Incluyendo el universalismo normativo en el derecho positivo, dichos conceptos postulan una comunidad de derecho a escala planetaria.

Antes de pretender que esta comunidad de derecho pudiera crear, mediante algún tipo de prudencia práctica o de constructivismo a pequeños pasos, una comunidad de valores, es necesario examinar los conflictos potenciales: conflictos en el propio seno de los derechos humanos, pero también los conflictos “mixtos”, entre las personas y las cosas, el hombre y el mercado, o, como a propósito de los bienes públicos mundiales, entre el mercado y la humanidad.

Conflictos en el seno de los derechos humanos

Lejos de expresar una visión homogénea de los valores, los derechos del hombre se entrecruzan con múltiples tensiones. Por más que Michal Villey demostró, y demostrase, las incoherencias: “cada uno de los pretendidos derechos humanos es la negación de los demás, y ejercido por separado genera injusticias”¹⁰.

Para medir el grado de estas “injusticias”, el método más riguroso consiste en tener en consideración los instrumentos jurídicos en sí mismos y su desdoblamiento en derechos civiles y políticos (derechos de) y derechos económicos, sociales y culturales (derechos a); desdoblamiento que expresaría una distinción de principios entre libertades y creencias: los *poderes de exigir*, que confieren a sus titulares un crédito sobre el Estado, y los *poderes para actuar*, que constituyen libertades tradicionales. Queda por saber si este desdoblamiento postula una contradicción insuperable o una simple complementariedad, y si *a sensu contrario*, los derechos que figuran en una misma categoría son necesariamente conciliables.

¹⁰ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, p. 13 igualmente, *Précis de philosophie du droit*, Dalloz, 1975, n° 83 y ss.

Entre derechos relevantes de un mismo instrumento, la noción de limitación, particularmente explícita en el CEDH y la jurisprudencia europea, proporciona un hilo conductor. En efecto, la mayoría de los derechos civiles y políticos se ajustan a una cláusula limitativa o escapatoria. En consecuencia, se llega a una escala con cuatro grados combinando la cláusula que autoriza derogaciones temporales, en casos de guerra o de cualquier otra circunstancia excepcional, con las otras limitaciones, con carácter permanente, admitidas bien a título de excepciones numeradas limitadas, bien a título de restricciones más amplias autorizadas con un margen nacional de apreciación.

En lo más alto se encuentran los derechos con protección absoluta para los que el convenio no admite restricciones, ni excepciones, ni derogaciones: esta categoría corresponde a la prohibición de la tortura y de penas o tratamientos inhumanos o degradantes, así como a la prohibición de la esclavitud y de las expulsiones colectivas, a las que el Pacto de las ONU añade la prohibición de someter a una persona a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento y la obligación de reconocer en cualquier lugar la personalidad jurídica de cada uno. En el reverso de esta enumeración, el valor jurídico así expresado se traduce en el respecto de la dignidad humana, en el sentido más fuerte del término. Una protección casi absoluta corresponde pues a los derechos que pueden suspenderse temporalmente en caso de circunstancias excepcionales, pero son protegidos, fuera de estas circunstancias, sin excepción ni restricción: es el caso del derecho a la no discriminación, así como el de la presunción de inocencia y más ampliamente de los derechos garantía (legalidad, acceso a la justicia y derecho a un proceso justo). En definitiva, el resto de los derechos, enunciados con las excepciones o restricciones, se contentan con una protección relativa: relativamente fuerte, por los derechos extraídos de cláusulas que prevén excepciones taxativamente numeradas (principalmente el derecho a la vida y a la libertad de movimiento); o con una protección relativamente débil tratándose de derechos en los que se admiten restricciones no limitativas y con un margen nacional de apreciación (respeto a la vida privada y familiar, libertad de pensamiento, de conciencia o de religión, libertad de expresión, de reunión y de asociación o de matrimonio, o aún la protección de la propiedad).

Esta jerarquía ordena implícitamente la tipología general de los conflictos puesto que los derechos con protección absoluta y casi absoluta deberían prevalecer en todo caso, sobre el resto de derechos y libertades y no solamente sobre supuestos de orden público o de razones de Estado. Asimismo, los derechos con protección relativamente fuerte solo soportan las excepciones enunciadas en el Convenio. En cambio, los derechos resultantes de la cláusula general de las “restricciones necesarias en una sociedad democrática” (protección relativamente débil) pueden conducir a conflictos interindividuales, ya que el Convenio europeo admite en principio una limitación “con la finalidad de asegurar el reconocimiento de los derechos y libertades del otro”. En el otro lado de estas fluctuaciones, la jurisprudencia, protegiendo la libertad de expresión y reforzando la no discriminación, define una concepción común de la vida democrática que podría contribuir a construir un espacio público europeo, en el sentido político del término.

A escala mundial, parece más difícil conciliar a partir de los derechos humanos la concepción china y occidental de la libertad de expresión o, más difícil todavía, la concepción americana (discriminaciones positivas) e islámica (discriminaciones negativas de las mujeres) de la noción de no discriminación. Es la cuestión religiosa,

eludida por el silencio de la DUDH, la que no ha sido resuelta por los textos regionales. En el humanismo laico los textos de la ONU así como los convenios europeos, americano y africano de derechos humanos, se oponen a la Declaración islámica y la Carta árabe en los que no existe separación entre religión y derecho. Verdad revelada contra verdad demostrada: el conflicto podría parecer insuperable. Al menos es necesario evitar confundirlo con otro conflicto, a menudo mezclado con el religioso, es decir, con el que opone los derechos civiles y políticos a los derechos económicos, sociales y culturales.

Realmente la DUDH reconoce a todas las personas, no solamente derechos civiles y políticos, sino también económicos, sociales y culturales, que considera: “indispensables para su dignidad y para el desarrollo de su personalidad” (art. 22). Relacionando unos y otros con la igual dignidad (art. 1), la Declaración sobreentiende la indivisibilidad del conjunto. A partir de la guerra fría, el conflicto sin embargo se endureció hasta el punto de conducir en 1966 a la adopción de dos pactos distintos, que los Estados pueden ratificar separadamente (e incluso en Europa, la Carta social es distinta del CEHD).

Permanece todavía la idea de que este desdoblamiento revela menos una diferencia de naturaleza entre las dos categorías de derechos que un condicionamiento histórico. La jurisprudencia (principalmente la europea) demuestra, mediante una integración “por carambola”, cómo la contradicción puede transformarse en complementariedad. Considera en efecto que la violación de un derecho social o económico puede ser objeto de sanción si provoca a su vez la violación de un derecho civil o político. Afirmando desde 1979 “que no existe separación absoluta entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”, el Tribunal europeo impone indirectamente, en virtud de una concepción justa del proceso, el derecho a la asistencia judicial, y posteriormente, en virtud de la no discriminación, otros derechos sociales, incluido el derecho a una vivienda.

Haciendo aparecer, a propósito de los derechos civiles y políticos, verdaderas obligaciones positivas por parte de los Estados, la jurisprudencia europea no se contenta con construir la complementariedad; demuestra también la indivisibilidad de las dos categorías, solamente implícita en la DUDH. La transposición a escala mundial sería cada vez más necesaria a medida que el conflicto en el seno de los derechos humanos se agrava por el conflicto “mixto” que opone más ampliamente los derechos humanos y de la humanidad al mercado.

Conflictos mixtos

Con los derechos humanos y las diversas formas jurídicas adoptadas por la humanidad (víctima de delitos o propietario) y por el mercado (*lex mercatoria*, *lex electronia* y *lex economica*), el universalismo se ha convertido en algo normativo, pero solo a fragmentos. Para que estos fragmentos puedan ajustarse los unos a los otros, sería necesario construir una comunidad de valores, pero los tabiques de las diferentes esferas del derecho son tales que cada valor guarda su coherencia propia sin comunicarse verdaderamente con los otros.

Como crítica, ya sea radical¹¹ o más matizada¹², los economistas hacen aparecer a plena luz, en el debate sobre el futuro orden mundial, la importancia del conflicto entre las concepciones del derecho que privilegian los valores mercantiles (conceptos ligados al mercado) o no mercantiles (derechos humanos y de la humanidad). Pero el debate no se limita al contenido de las normas del derecho; se extiende a dos visiones de la justicia, procesal y sustancial, que entran en colisión sin que sea fácil determinar si se trata de un conflicto o de una complementariedad.

Entre valores mercantiles y no mercantiles la distinción se mueve cuando se pasa del espacio normativo nacional al espacio internacional. Por un lado, el objeto del comercio internacional se extiende más allá de la estricta definición del acto de comercio en derecho interno. Por otro lado, el marco jurídico parece que no se adapta a los valores no mercantiles, debido a la inversión de las jerarquías operada por el principio de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Ya se trate de organizaciones regionales, como la Unión europea (UE), o mundiales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), los valores no mercantiles no están totalmente excluidos. Pueden incluso legitimar medidas restrictivas; pero, precisamente porque se consideran como restricciones, son de interpretación estricta y ocupan una posición secundaria en la jerarquía de las normas. Como resultado nos encontramos con que en la práctica solo los conceptos relativos en el mercado (en sus diversas formas) serían ya de aplicación universal. En cambio, los derechos humanos y de la humanidad en sus diversas formas, aunque proclamados universales, permanecerían dependientes del orden jurídico nacional, con el riesgo de ser declarados incompatibles con el principio de libre circulación.

Es cierto que en el espacio regional europeo la constante se matiza más. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) es “el brazo armado del mecanismo de incompatibilidad de las medidas nacionales”, pero está también preocupado por respetar los derechos fundamentales, incluyendo los derechos consagrados en el CEDH, fuente de inspiración del derecho comunitario. Es necesario además tener en cuenta los avances evocados anteriormente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En definitiva, la Convención sobre el futuro de Europa propone incluir la Carta en la futura constitución, dotarla pues de fuerza jurídica en el espacio comunitario, y simultáneamente adherirse al CEDH, reconociendo en consecuencia su oponibilidad directa entre instancias comunitarias, sin duda bajo el control del CEDH. Podría así anunciar un futuro orden público europeo asegurando un cierto equilibrio entre los valores mercantiles y no mercantiles.

En comparación con Europa, la situación mundial es mucho más conflictiva, debido a una fuerte disimetría de los procesos de internacionalización, en beneficio de los valores mercantiles. Por un lado, el principio de libre circulación, impuesto por los Acuerdos del Gatt, posteriormente por la OMC, bajo el control de un órgano casi jurisdiccional, facilita su difusión espacial (y la extensión de su definición) imponiendo a los Estados la obligación de levantar las barreras a los intercambios (internacionalización del comercio); por otro lado, la resistencia de los valores no mercantiles se debilita por la insuficiencia de los mecanismos de control y la

¹¹ Joseph E. Stiglitz, *La grande désillusion* (Globalisation and its Discontantes), Fayard, 2002.

¹² Amartya Sen, *Des idiots rationnels*, en *Éthique et économie*, PUF, 1993 ; *Un nouveau modèle économique* (Development as Freedom), ed. Odile Jacob, 2000.

complejidad de las interacciones en un espacio mucho más fragmentado que el espacio europeo.

Entre un orden público nacional, transnacional y supranacional, los límites de un verdadero orden mundial están todavía por definir. Si las tres vías han sido exploradas, ninguna parece resolver el conflicto de forma satisfactoria. La primera vía choca con la fragmentación del derecho nacional, que conduce a elegir el sistema más favorable para el mercado. La segunda, propuesta por los especialistas del arbitraje, se somete a la buena voluntad de los actores del comercio internacional y su efectividad es dudosa para resolver los conflictos de valores. Queda la tercera vía, de un futuro orden supranacional. Concebida un poco como una transposición del modelo regional al proceso mundial, implicaría la oposición de valores no mercantiles a las empresas, a partir del mercado (OMC/OMPI) y/o de los derechos humanos (ONU).

Suponiendo que dicho principio fuese admitido, quedarían por establecerse los controles, lo que reenvía al otro debate, en apariencia menos conflictivo pero potencialmente también sensible, sobre la investigación de un futuro orden jurídico mundial, entre justicia procesal y justicia sustantiva.

Renovada por la tentativa de John Rawls de liberar lo justo de la tutela del bien y de dar una solución procesal a la cuestión de lo justo, la cuestión no es propia de los conceptos jurídicos con vocación universal. Sin embargo, ha adoptado una amplitud sin precedente en el plano internacional, donde parece más fácil ponerse de acuerdo sobre una forma común de promulgar derecho que sobre una concepción común de los valores inscritos en las normas de derecho.

El derecho a un proceso justo forma parte de los derechos humanos, pero las *Reglas transnacionales del proceso civil* han sido también elaboradas por el *American Law Institute*, y apadrinadas por *Unidroit*. De origen privado, el proyecto, inspirado en el modelo americano, ofrece a quien lo desee (empresas, árbitros o Estados) aprovecharse del mismo en caso de litigios privados relativos a operaciones comerciales transnacionales, configurándose como una alternativa en la búsqueda de un procedimiento universal. Es decir, se habla de la ambigüedad de la corriente actual a favor de “la ética procesal”.

En efecto, de ahora en adelante serán los juristas los que transponen y radicalizan las ideas de Rawls o Habermas, proponiendo razonar no ya el proceso hacia la política, sino de lo político hacia el proceso, el proceso que se transforma en un modelo de lo político. Es así como se pasa actualmente de la “concepción” procesal de las filosofías, bajo la pluma de numerosos autores, al término “de ética” procesal, incluso de “democracia procesal”, con el riesgo de hacer creer que un proceso justo es suficiente para garantizar una decisión justa.

Sin poner en causa la búsqueda de un derecho común del proceso, necesario a medida que se desarrollan las jurisdicciones mundiales, penales, pero también comerciales (como el Órgano de regulación de controversias creado en el seno de la OMC), el análisis incita a identificar quienes son los beneficiarios de un progreso procesal que no puede, en ningún caso, pretender sustituir al progreso sustancial.

En resumen, sin duda lo que está en juego para la comunidad internacional en los próximos decenios son estos conflictos de valores. Bien la ambición se limita a

concebir un orden público mundial de policía, reposando en un sistema de seguridad colectiva, multilateral si la ONU obtiene los medios necesarios, o unilateral si la visión americana actual lo arrebatara; cuando la internacionalización del derecho corre el riesgo de continuar privilegiando los valores mercantiles y procesales en detrimento de la ética y de la justicia sustancial. Se tiende pues a construir, mediante pasarelas entre las diversas organizaciones multinacionales mundiales y regionales, un verdadero ordenamiento jurídico mundial en el sentido anunciado si no realizado por el art. 28 de la DUDH; siendo solamente posible conjugando el mercado, derechos humanos y de la humanidad.

Pero no es suficiente acumular textos y construir pasarelas en papel. Es necesario todavía garantizar la efectividad de estas normas, condición de la validez empírica de los sistemas de derecho.

3. Las normas ineficaces

La validez empírica –juzgar las normas por sus efectos- parece lo más evidente, puesto que determina el regreso del derecho a los hechos, pero también lo más ambiguo, en cuanto a la definición de los “efectos”, y quizás lo más peligroso, cuando acabamos de reducir la validez a un solo criterio. Privilegiada por las corrientes positivistas, que presuponen la definición del derecho como un orden de coacción, puede conducir a un realismo puramente normativo. El riesgo está presente, ya sea para legitimar, en base solo a este criterio, la validez de cualquier sistema de normas en tanto en cuanto se revela permanente su eficacia, ya sea a la inversa para descalificar todo el sistema cuya efectividad no sería demostrada.

Lo cual quiere decir que en la visión retenida aquí, la efectividad de las normas descansa en uno de los criterios de su validez. Esta visión permite en efecto evitar a la vez las trampas de una “simple idolatría del hecho” (la norma inaplicada no existe) y las de la dogmática (poco importa que la norma se aplique o no siempre y cuando haya sido adoptada regularmente por un órgano competente)¹³. Pero no es suficiente para precisar de qué efectos se trata.

Es necesario regresar a la polisemia de la palabra “norma” revelada por los derivados: por un lado, *normativo* y *normatividad*, que implican un ideal, un “deber ser”; por el otro, *normal*, *normalidad*, *normalización*, que reenvían al medio de los comportamientos, al “ser como fenómeno”. En la primera perspectiva, la efectividad es primero instrumental; en la otra, puede simbolizarse si la norma circula e inculca una cierta idea de normalidad, independientemente de cualquier obligación jurídica. Recordemos por ejemplo que la DUDH, sin fuerza jurídica obligatoria, es invocada en el mundo entero por las víctimas de violaciones.

A pesar de estos matices, sigue ocurriendo que los conceptos con vocación universal no forman un verdadero sistema y los riesgos de ineficacia se acrecientan inevitablemente, tanto por la dispersión de las fuentes como por la insuficiencia de los recursos.

La dispersión de las fuentes

¹³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 4ª edición LGDJ, 1979, p. 99 y ss.

Ni geólogos, ni zahories, son los juristas los que emplean voluntariamente la expresión, elocuente por la representación dinámica que da del derecho, imaginado como un flujo o un río. No obstante, los juristas también desconfían de una metáfora demasiado poética, cuyo origen latino y ciceroniano no hace perdonar la sospecha naturalista. Kelsen era particularmente crítico: “no se puede designar por esta palabra a todos los métodos de creación del derecho, o a cualquier norma superior en su relación con la norma jurídica inferior de la que regula la creación”¹⁴. En definitiva, concluye señalando que “la multiplicidad de los significados del término “fuentes de derecho (o del derecho) lo deja como algo verdaderamente inutilizable”.

Pero es precisamente esta multiplicidad, todavía creciente en derecho internacional, que me parece interesante y útil, puesto que explica a la vez que matiza, la constante de las debilidades del universalismo normativo. Es necesario pues intentar buscar un punto de referencia primeramente topológico, y posteriormente tipológico, de la multiplicidad de las fuentes.

El término topología es tomado de la parte de las matemáticas que estudia la noción, *a priori* intuitiva, de continuidad y de límite. Este préstamo incita a analizar los fenómenos que sugieren una cercanía entre los espacios normativos alimentados por fuentes parcialmente autónomas. Pero la analogía se para aquí, puesto que estos términos serán empleados en sentido corriente, sin pretender construir una teoría de fuentes normativas con vocación universal.

En efecto, tal y como hemos visto estas fuentes brotan de forma dispersa e imprevista, sin que se puedan incorporar a un ordenamiento jurídico único. Primeramente el ordenamiento internacional parece en sí mismo hecho de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos parciales, que reconstruyen organizaciones internacionales diversas y que se aplican parcialmente por una veintena de jurisdicciones internacionales (regionales y mundiales). Pero el universalismo normativo reconstruye también fuentes nacionales ya que el Estado, que admite o no la aplicabilidad directa de la norma internacional, sigue siendo el principal agente de aplicación del derecho internacional. A pesar de la discontinuidad aparente que crea dicha dispersión, las relaciones de vecindad se instauran entre los distintos espacios normativos, distintos entre sí según sea la dispersión geográfica o metodológica.

La geografía normativa de los derechos humanos no es la del mercado. Hemos tenido ya ocasión de constatarlo, en particular en Europa donde esta dispersión horizontal acarrea efectos de vecindad, positivos en la medida en la que la aplicación del CEDH refuerza la efectividad del derecho comunitario: el Tribunal de Estrasburgo sirve, se dice, de “Servicio de urgencias” a la Comunidad europea para obtener la buena ejecución de sus disposiciones por los Estados. A escala mundial, tales efectos parecen mucho más restrictivos: no existe tribunal mundial de los derechos humanos que actúe como “Servicio de urgencias” en la OMC. A la inversa, la OMC aislada esencialmente del comercio mundial, no parece muy dispuesta a integrar los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos. En cambio, los efectos son perceptibles en el marco de la dispersión vertical, entre fuentes nacionales, regionales y mundiales. A primera vista, esta dispersión parece reforzar la efectividad instrumental, ya que implica una jerarquía de un nivel al otro. Pero se afirma sobre todo en beneficio del mercado.

¹⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann. Dalloz, 1962, p. 313.

En cuanto al crimen contra la humanidad, el regreso al derecho nacional conduce a veces a la ineficacia total, a la impunidad pues, debido a formas indirectas de auto-amnistía, a menos que se tengan en cuenta también las normas regionales. Asimilando los crímenes internacionales a las violaciones graves de los derechos humanos, las instancias interamericanas han contribuido efectivamente a reforzar la efectividad de la norma universal, juzgando incompatibles con el Convenio americano las formas directas e indirectas de auto-amnistía. Así, la efectividad de la norma mundial, debilitada por la norma nacional, puede ser finalmente salvada por la norma regional.

A la dispersión geográfica, se añade una dispersión metodológica si la interpretación de los conceptos con vocación universal, en lugar de limitarse a la referencia exclusiva al derecho internacional, utiliza también el método comparativo. A este respecto, la renovación del derecho internacional de la concepción dogmática exclusiva no es sin duda más que una reacción de defensa en relación a las audacias de la práctica (se trata de una nueva manifestación del conflicto en frentes derribados evocado más arriba). La observación de las prácticas muestra efectivamente el lugar creciente del método comparativo, llamado a reforzar la efectividad de la norma universal en casos de imprecisión de la definición internacional. A condición de sistematizarse, la búsqueda de un “denominador común” permitiría esclarecer la aplicación de las normas imprecisas (efectividad instrumental), evitando en cualquier caso el presupuesto de la subjetividad del juez (efectividad simbólica).

En suma, la topología demuestra menos las debilidades de lo universal normativo que su complejidad creciente la cual lleva a la evaluación a la vez incierta y evolutiva. Por tanto, no se trata de una mera relación de vecindad. En casos de dispersión vertical, no todas las fuentes no tienen la misma autoridad normativa. La jerarquía está clara cuando se trata de un concepto fuertemente integrado como el de mercado. Lo está menos cuando se pregunta, por ejemplo, a través de la autoridad respectiva del derecho penal internacional y los derechos humanos, sobre el grado de intensidad normativa de los diferentes conceptos, dicho en otros términos, sobre la tipología de las normas.

En términos de tipología, la concepción “moderna”, que privilegia la efectividad fundamentada en la fuerza (obligatoria y vinculante) del derecho, dará lugar a un derecho denominado “post-moderno”, marcado por una concepción que los anglófonos denominan *soft law*. En francés, la palabra tiene dos traducciones: derecho blando o derecho suave, lo que podría sugerir que la debilidad del derecho, o su flexibilidad si queremos mantenernos neutros, puede afectar bien a la fuerza obligatoria (la intensidad de las normas se graduaría entre el derecho fuerte y el blando), bien a la fuerza vinculante (la intensidad de las sanciones, entre lo fuerte y lo blando). Naturalmente desconfiante respecto a las delicias de la sofisticación jurídica, debo decir, aunque las dos escalas (lo blando y lo fuerte) sean confundidas con bastante frecuencia, que la disociación permite afinar la medida de la fuerza jurídica con la que brotan las fuentes del derecho.

Esta disociación me parece cada vez más útil a medida que el universalismo jurídico apenas iniciado, la hace sin duda particularmente visible. Se puede observar con los derechos humanos: la fuerza obligatoria, absoluta o casi absoluta, de los derechos

“inderogables” no garantiza la aplicación efectiva de las sanciones vinculantes en casos de trasgresión. Se constata también, a la inversa, con la *lex mercatoria*, o los códigos de conducta, normas no obligatorias que se convierten sin embargo en vinculantes cuando las partes eligen remitirse a ellas y el árbitro o el juez sancionan indirectamente la trasgresión.

En cuanto a la fuerza obligatoria, el derecho internacional se ve afectado en primer lugar por la graduación, que hace variar la intensidad normativa según la naturaleza de las normas, que bien se proponen (declaraciones, recomendaciones, programaciones, etc.), o bien se imponen (normas constitucionales, legislativas y regulaciones del derecho interno, directivas y reglamentos comunitarios, o todavía convenios y tratados internacionales). Se añade un fenómeno descrito como dilución de la norma, por extensión de los titulares de derechos y de obligaciones.

Por mi parte, no veo ninguna patología puesto que es la propia ambición del universalismo jurídico la que aspira a convertirse en efectivo para todos y en relación a todos (*omnium y erga omnes*). Sin duda esta dilución supone inevitablemente una graduación, ya que parece imposible, en el estado actual, asegurar a un mismo grado de intensidad normativa la efectividad de normas de aplicación también extendida. Pero la dificultad es menor en esta variabilidad del efecto normativo que en el reparto del poder que le sustenta. Es la desigualdad la que plantea problemas, ya que a la oligarquía de los Estados se añade una oligarquía privada que ordena el funcionamiento del mercado, en tanto en cuanto que la débil intensidad normativa (normas no obligatorias) se combina con la ausencia de sanciones vinculantes para favorecer a las empresas o Estados más poderosos.

La fuerza vinculante del derecho depende en efecto de la sanción, restitutiva o represiva, que ordena la coacción ejercida sobre el destinatario de la norma. Cuando se trata de sancionar a los Estados que han tenido durante mucho tiempo el monopolio de la coacción legítima y permanece el principal agente de ejecución del derecho internacional, se concibe que es difícil imponer sanciones, en defecto de un gobierno mundial y de una policía mundial, que se impondrían a ellos. En cualquier caso, la sanción se distingue de la fuerza bruta (la ley del más fuerte) por su juridicidad, por la existencia pues de recursos.

La insuficiencia de recursos

La creación de la Corte Penal Internacional (CPI) supone quizás un momento crucial puesto que es sancionando las prohibiciones como una comunidad construye una identidad y una memoria común. En defecto de restaurar un orden mundial que no existe todavía, la función esencial de la justicia penal internacional sería, esclareciendo la opinión pública, la de convertir la condena en la instauración de un orden futuro. Pero el proceso apenas está esbozado y su ambición de estar “a favor del derecho contra la fuerza” se realiza solamente cuando la fuerza “no es demasiado fuerte”, lo que nos lleva al debate de la fuerza del derecho.

Es cierto que los recursos no se limitan en el derecho penal. El análisis debe incluir las diversas formas de judicialización del derecho mundial y tener en cuenta igualmente el proceso inverso, cuya decisión de la Cámara de los Lores en el asunto Pinochet ha mantenido el emblema de la mundialización de los jueces nacionales.

La judicialización del derecho mundial, todavía excepcional, se subordina con bastante frecuencia al acuerdo de los Estados. La Corte internacional de justicia de La Haya, la jurisdicción generalista y universal creada por la Carta de Naciones Unidas como pieza maestra del derecho internacional, deja una jurisdicción facultativa y consensual, un simple tribunal de arbitraje cuya competencia está limitada a los Estados y cuya toma de posesión está condicionada a su buena voluntad.

Al menos la dispersión de las fuentes normativas supone una multiplicación de las jurisdicciones, o más ampliamente de los órganos de control, y una abertura de los recursos a los actores privados, individuales o colectivos.

Las únicas y verdaderas jurisdicciones mundiales, cuya competencia es impuesta y no consentida, son las jurisdicciones penales. Ahora bien, las dificultades en su creación, retrasada durante aproximadamente un siglo (la idea figuraba ya en el Tratado de Versalles en 1919), testimonian la estrecha alternativa en la que encuentra encerrado el derecho internacional, entre un universalismo ineficaz, si depende de la voluntad de todos los Estados, y una efectividad imperial, impuesta por algunos Estados superpotentes. En efecto los tribunales penales internacionales han sido creados, no mediante un convenio que requiere ratificaciones, sino mediante resolución, obligatoria en su conjunto, del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas. Pero tienen una competencia *ad hoc*, limitada en el espacio y en el tiempo. A la inversa, la CPI tiene competencia potencialmente permanente y universal, pero en realidad esta competencia solo es obligatoria para los países que hayan ratificado el convenio de Roma. Solo se extiende a nacionales de países terceros en el caso de condiciones fuertemente limitativas.

A pesar de estas precauciones, la duración misma de la ofensiva americana anti-CPI es un homenaje indirecto, si no a la efectividad, al menos a las potencialidades de la Corte. Pero da una idea de las dificultades que encuentra la comunidad internacional para reforzar, a la imagen de los tribunales regionales, la judicialización de los derechos humanos.

En materia de derechos humanos, la diferencia se viene abajo en efecto en relación al mercado. Consecuencia de la dispersión de las fuentes, el desdoblamiento observable en Europa entre el Consejo de Europa y la Comunidad Europea se reproduce entre la ONU y la OMC. Pero con la diferencia notable de que Europa ha establecido dos jurisdicciones, la del TEDH y la del TJCE, cuyos intercambios cruzados comienzan a constituir un tipo de co-regulación que podría institucionalizarse y facilitar la solución de los conflictos entre valores mercantiles y no mercantiles. Por el contrario, a escala mundial este desdoblamiento se acompaña de una fuerte disimetría. Esta disimetría tendría además tendencia de aumentar con la subida en el poder del mecanismo de la regulación de las diferencias jurisdiccional o casi jurisdiccional, que tiene lugar ante la OMC, en comparación con el estancamiento de la ONU en materia de derechos humanos.

En cambio, la aparición de los actores privados como sujetos, activos o pasivos del derecho internacional, es una de las grandes novedades. No obstante, la organización de los recursos, lejos de ser homogénea e inequívoca es como el reflejo de los conflictos de valor evocados arriba. Si es cierto que los recursos de los actores

privados, cuando son admitidos, tienen como consecuencia común debilitar a los Estados, no expresan por tanto –lejos de ser necesario– la emergencia de una verdadera comunidad de valores, sino más bien la de intereses, sino antinómicos, al menos fuertemente heterogéneos.

En relación a las empresas, la mercantilización parece ir paralela a la judicialización. A medida que la competencia se endurece, la necesidad de pesar los intereses en cuestión reenvía al poder (jurisdiccional o casi jurisdiccional) de las autoridades de regulación. La constante se extiende del derecho interno al derecho internacional regional, con el refuerzo del derecho al juez en el seno de la Unión Europea. Y además parece que se ha iniciado también a escala mundial siempre y cuando ciertos Estados den a los inversores la posibilidad de someterse directamente a un árbitro internacional en caso de controversia. En estos términos y, a pesar de las oposiciones, todavía se sigue planteando la cuestión acerca de un acuerdo multilateral sobre las inversiones, destinado a proteger a los inversores contra las incertidumbres políticas y económicas de las inversiones en países extranjeros, y a los Estados contra las exigencias excesivas de multinacionales demasiado poderosas.

Es necesario todavía reforzar así el conflicto entre valores mercantiles y no mercantiles. Reconocer a los inversores el estatus de sujetos activos de derecho internacional, abriéndoles los recursos contra los Estados, implicaría lógicamente establecer también sus responsabilidades, como sujetos pasivos, en caso de violación del derecho internacional de los derechos humanos o de los derechos de la humanidad. Si no se llega a dicho reconocimiento, la disimetría de los recursos abiertos a los actores no estáticos corre el riesgo de aumentar las desigualdades, de exacerbar los conflictos de valores y finalmente de debilitar no solamente la efectividad sino también la legitimidad del universalismo normativo.

Para evitar que la disimetría se agrave entre los actores privados, entre los operadores económicos y los meros actores civiles (individuos y ONG), cuyas posibilidades de acción están actualmente muy limitadas, ya se trate de derechos del hombre *strictu sensu* o de derechos de la humanidad, se ha propuesto a veces ampliar la lista de crímenes internacionales a los ámbitos en los que las empresas transnacionales puedan ser directamente responsables: biotecnologías (clonación reproductiva) o ataques a los bienes comunes de la humanidad (contaminaciones). En los casos más graves, el derecho penal podría así establecer un equilibrio entre los actores no estáticos, mientras que el convenio de Roma reforzaría la posición de las víctimas ante la CPI.

Además el derecho penal puede aplicarse, en virtud del principio de competencia universal, por los jueces nacionales así “mundializados”. A medida que las normas internacionales se integran en el derecho interno, los jueces nacionales se convierten en efecto, mediante una suerte de “desdoblamiento funcional” en los guardianes del derecho internacional (regional o mundial), en el sentido imaginado de forma premonitoria por Georges Scelle en los años treinta. Las condiciones varían según su sistema admita o no la aplicabilidad directa, pero es suficiente con que el asunto sea de su competencia ordinaria (territorial o personal). Más sorprendente es que la “mundialización de los jueces” conduce a una extensión de su competencia a los hechos que no tengan ningún nexo de unión con el Estado (hechos cometidos en el extranjero por extranjeros, sobre víctimas extranjeras). Esta competencia universal debería fijarse en buena lógica en la protección de los valores universales. En realidad solo se admite y

se impone por el derecho internacional de forma excepcional, y más raro todavía es que se aplique.

Ha sido necesaria la emulación procedente de la creación de los tribunales penales internacionales para que los jueces se despierten y, para que alguno de estos efectos de vecindad evocados unas líneas más arriba, empiecen a aplicar los textos que habían estado ignorado hasta ahora. Se descubre en qué casos la vía de la competencia universal implicaría no solamente bases internacionales claras y precisas, sino también una armonización de un sistema en el otro, todavía ampliamente utópico a escala mundial.

De ahí que la segunda vía, no alternativa pero complementaria, de las jurisdicciones mixtas creadas en las diversas partes del mundo (en Kosovo, en Sierra Leona, en Timor Oriental y más recientemente en Camboya). Estas jurisdicciones, compuestas en parte por jueces nacionales y en parte por jueces denominados internacionales, procedentes de países extranjeros y representantes, no de su país originario, sino de la comunidad internacional, dan testimonio de un esfuerzo de imaginación para encontrar respuestas a la ineffectividad de las normas con vocación universal. Su extensión a países desarrollados, como los Estados Unidos, podría transformarlas en talleres del pluralismo jurídico, a menos que sirva de pretexto para marginar la CPI.

En conclusión, la principal debilidad del universalismo jurídico radica en los conflictos entre los valores cuya coherencia de conjunto ordenaría sin embargo la idea misma de un orden jurídico mundial. Ahora bien, la conciliación no puede llevar ni a meros conceptos tradicionales, ni a meros medios de un derecho obligatorio y vinculante.

Podría intentarse regresar al relativismo y a la autonomía de los diferentes sistemas. Pero en estos tiempos de globalización y de interdependencia, la independencia anunciada corre el riesgo de conducir a una dependencia de hecho en relación al sistema jurídico del país más poderoso: del relativismo pluralista nos deslizamos a veces hacia un relativismo imperialista, que tiende a confundirse con una concepción imperial del universalismo. Al menos será necesario proceder a la verificación el año próximo examinando los límites del relativismo jurídico frente a una globalización en plena expansión. Y posteriormente, de la incoherencia de las ideas y de las circunstancias.

En definitiva, a pesar de las apariencias, el relativismo no es realista. El realismo estaría dispuesto a hacer una llamada a las fuerzas imaginarias del derecho para salir de este callejón sin salida. Se trate de conceptos blandos o de norma ineficaces, las debilidades abren quizás otra vía para intentar construir conjuntamente una futura comunidad de valores, apostando por que lo flojo, lo suave, y lo blando actúen como el antepecho de esta complejidad. Es necesario sin duda alimentarse de la incoherencia de las ideas para no sufrir las circunstancias.

Participación en el seminario de Pierre-Étienne Will (catedrático de Historia de China moderna): *Tradición china y democracia – Los problemas del derecho y de la legalidad*.

Presentación junto a Pierre-Étienne Wil: *Introducción* (15 de enero de 2003); *China y la Declaración universal de derechos humanos* (29 de enero de 2003); *Conclusiones: Las interacciones entre el derecho chino, derechos occidentales y derecho internacional en el siglo XX* (7 de mayo de 2003).

Presentación: *El debate en China sobre la clonación humana* (5 de marzo de 2003).

Supervisión (doctorandos de la Universidad de París I): Leïla Choukroune, *Las consecuencias jurídicas de la entrada de la China en al OMC* (19 de febrero de 2003); Li Qinglan y Sun Ping, *La reforma de las profesiones de fiscal y abogado en China* (12 de marzo de 2003).

OTRAS ACTIVIDADES

Publicaciones

- *Variations autour d'un droit commun*, Premières rencontres de l'UMR¹⁵ de droit comparé de Paris, SLC, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt y H. Ruiz Fabri, diciembre de 2002.

- *Le clonage humain, droits et sociétés, recherche franco-chinoise, vol. 1, Introduction*, con Zhang Naigen, Sociedad de legislación comparada (SLC), 2002, en versión china, prensa de la Universidad de Fudan (Shanghai), 2002; vol. 2, *Comparaison*, en prensa.

- *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, dir. M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage y E. Lambert, SLC, junio 2003.

- La construction d'un État de droit dans la Chine d'aujourd'hui, avancées et résistances, D. 2002. Chr. 2484 (en versión inglesa, Present-day China and the Rule of Law, Progress and Resistance, *Chinese Journal of International Law*, World Academy Press, 2003).

- Interdire et punir: le clonage reproductive humain, *RTDH* 2003, 429.

- La Cour pénale international et les interactions entre droit interne et international, *RSC* 2003, 1.

- The contribution of comparative law to a pluralist conception of international criminal law, *Journal of international criminal justice*, Oxford University Press, 2003, 13-25.

¹⁵ N. d. T.: Unidad Mixta de Investigación de la Universidad de París I (Unité Mixte de Recherche).

- Droit comparé et droit international: interactions et internormativité, en *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, dir. M. Chiavario, Dalloz/Giuffré, 2003, 11-26.

- Intervención con motivo de la ceremonia de entrega de *honoris causa* de la Universidad católica de Louvain, RTDH 2003M 749-753.

Traducciones

- En inglés: Por un derecho común (Cambridge University press, 2002); Procedimientos penales en Europa (Cambridge University Press, 2002, dir. Junto a John Spencer).

- En portugués: Tres desafíos para un derecho mundial (Lumen Juris, noviembre 2002, Sao Paolo, Brasil).

Responsabilidades

- Miembro del Consejo científico del Instituto universitario europeo.

- Miembro del Jurado de las cátedras Blaise Pascal.

- Miembro del Jurado de la IUF¹⁶ (candidaturas senior).

- Miembro del Comité consultivo nacional de ética para las ciencias de la vida y de la salud.

Coloquios

- Organización en noviembre de 2002 del coloquio de clausura de la investigación sobre *La armonización de las sanciones penales en Europa* (Comisión Europea/UMR de derecho comparado de París/Asociación de investigaciones penales europeas, ARPE), SLC, junio de 2003.

- Organización del segundo encuentro franco-chino sobre La clonación humana (UMR de derecho comparado/ARPE), noviembre de 2002, de próxima aparición, SLC, 2004.

- Participación en el Coloquio Internacional de derecho comparado de Bruselas: *Comparative law and the internationalisation of law in Europe, de próxima aparición, en Epistemology and methodology of comparative law in the light of European integration*, Bruylant, 2003.

- Participación en el segundo Foro mundial de jueces, Porto Alegre, enero de 2003: *La internacionalización de las jurisdicciones*.

Conferencias

- Instituto de derechos humanos del Colegio de Abogados de París, 23 de abril de 2003: *La mundialización del derecho*.

¹⁶ N. d. T.: Instituto Universitario de Francia (Institut Universitaire de France).

- Universidad de Basilea: La globalización económica y el universalismo de los derechos humanos, 20 de mayo de 2003.

Defensa de tesis (corregidas bajo mi dirección)

- Kathia Martin, 10 de diciembre de 2002, “Les politiques criminelles française et brésilienne applicables aux mineurs délinquants : l’interaction avec le droit international des droits de l’homme », sobresaliente *cum laudem*.

- Claire Saas, 13 de diciembre de 2002, « L’ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal », sobresaliente *cum laudem* .

- Judith Vailhé, 16 de diciembre de 2002, « Les opinions individuelles des juges de la CEDH : lecture de la jurisprudence sur le cumul de fonctions judiciaires », sobresaliente.

- Li Qinglan, 24 de junio de 2003, « Le rôle du parquet dans la politique criminelle chinoise », sobresaliente *cum laudem* .

Distinciones

- Doctor *honoris causa* de la Universidad de Lovaina, abril de 2003.

- Comendador en el orden nacional al mérito, junio de 2003.