

# Doctrina



Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho

**Mireille Delmas-Marty (\*)**

*Cátedra de estudios jurídicos  
e internacionalización del derecho  
Colegio de Francia*

Traducción **Aurelia Asunción Richard  
Rodríguez**

*Prof. de Derecho Penal de Toledo  
Universidad de Castilla-La Mancha*

Revisión **Luis Arroyo Zapatero**

*Catedrático de Derecho Penal  
de Toledo  
Universidad de Castilla-La Mancha*

Presentar una cátedra de estudios jurídicos hoy día<sup>1</sup> en que parece que el derecho deja paso a la fuerza puede parecer algo inactual. Pero es una razón de más para manifestarse, a ejemplo de NIETZSCHE, decididamente intempestivo, y meditar sobre lo que éste escribía en 1873, tras el triunfo militar de Alemania: “*una gran victoria es un gran peligro*”, porque la ilusión de creer que ha vencido una forma de cultura podría llevar, decía, a la derrota del pensamiento en beneficio del Imperio. Derrota del pensamiento o derrota del derecho, para verlo con más claridad, habrá que alejarse algo de una actualidad demasiado candente.

Señor Administrador, queridos colegas, al dotar nuevamente una cátedra como ésta, manifiestan ustedes voluntad de futuro y, a la vez, fidelidad a su historia.

Fidelidad a quien, antes de ser el promotor del Colegio Real, fue uno de los padres del humanismo jurídico. En efecto, GUILLAUME BUDÉ en 1508 —al comienzo de ese siglo XVI tan fecundo y agitado— publicó sus “Anotaciones sobre los veinticuatro primeros libros de las Pandectas”, que abrirían el camino hacia la renovación de los estudios jurídicos.

BUDÉ, poco benévolo con los profesores de derecho, escribió: “*una funesta manía les empuja a escribir y desde que alguno de ellos consigue su*

*nombramiento como profesor de derecho se ve autorizado con la connivencia del público a ofrecer nuevos comentarios, pero en lugar de limitarse a interpretar las auténticas disposiciones de las leyes antiguas, inventa unas falsas*”. Según él, se tendrían que haber proscrito todos esos comentarios y sólo haber admitido un pequeño número de autores en los que se unieran la calidad en las formas con “*la severa y profunda ciencia del derecho*”. Al menos sus consejos fueron escuchados por CUJAS para el derecho romano y por DUMOULIN, para el derecho francés. DUMOULIN, antiguo alumno del Colegio Real, intentó recopilar el conjunto de costumbres en unos cuantos principios comunes, acometiendo el proyecto, utópico para la época, de hacer un solo código para toda Francia. Por su parte BUDÉ, filólogo ante todo, se esforzó en luchar contra una “*horrible jerga que no entenderían, en absoluto, los primeros maestros de la ciencia si volvieran a nacer*”. No me atrevo a imaginar lo que él podría pensar, si levantara la cabeza, de la “internacionalización del derecho” que se desarrolla más allá del *jus commune* y exige que se empleen horribles neologismos a falta de palabras para designar las nuevas formas.

También muestran Uds. voluntad de futuro, ya que al asociar un método —el de los estudios comparados— a un proceso en marcha —el de la in-

(\*) 1 Lección inaugural leída el jueves 20 de marzo 2003 en el Colegio de Francia. Publicado por Librairie Arthème Fayard 2003, París.  
1 Nota de la traductora: vísperas de una nueva y terrible guerra, preventiva, que conmocionó el orden jurídico internacional.

ternacionalización del derecho, es decir, su extensión más allá de las fronteras nacionales— esta cátedra se incorpora al futuro, por muy incierto que éste sea. Ciertamente, los acontecimientos presentes subrayan de forma trágica la falta de un verdadero orden jurídico mundial: el sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas ha mostrado su debilidad y el derecho no ha sabido desarmar a la fuerza. Pero, a la inversa, tampoco la fuerza puede impedir esta expansión del derecho, sin precedente en la historia, hasta el punto de que ningún Estado, aún el más poderoso, sabrá librarse de ella de forma permanente. A pesar de las apariencias, hoy ya no es posible desconocer la superposición de normas nacionales, regionales y mundiales, ni la superabundancia de instituciones y de jueces, nacionales e internacionales, con competencias ampliadas. Esta nueva realidad hace que el derecho evolucione hacia sistemas interactivos, complejos y altamente inestables. Mas que de un fracaso del derecho, quizá habría que hablar de un cambio, un cambio en la propia concepción del orden jurídico.

Por ello necesitamos, sin duda alguna, de lo que BACHELARD denominaba “fuerzas imaginativas del intelecto” y que describió conforme a dos ejes: “unas, se divierten con lo pintoresco, con la variedad y con el acontecimiento inesperado” y las otras “ahondan hasta el fondo del ser; queriendo encontrar en él a la vez lo primitivo y lo eterno”<sup>2</sup>.

No se trata de describir el trabajo del comparatista, que curioso por descubrir la extrema diversidad de los sistemas de derecho, también profundiza en ocasiones, buscando más allá de la diversidad algo que si no eterno, sea, al menos, universal o universalizable. Lo que RAYMOND SALEILLES, con motivo del Congreso de París en agosto de 1900, denominaba “unidad profunda de la vida jurídica universal”<sup>3</sup>, y que en la misma época Shen Jiaben, en una memoria para el emperador de China, expresó como la “gran unidad jurídica del mundo”<sup>4</sup>, llamando nada menos que a la fusión entre el derecho chino y el derecho occidental.

Empero, el sueño de los comparatistas tropieza —ya entonces— con la violencia de las guerras y es el derecho internacional, en sus formas más innovadoras que ya no identifican el derecho sólo con los Estados, el encargado, desde hace medio

siglo, de volver a dar vida jurídica a lo universal. Además de la propia Declaración “universal” de los derechos del hombre, la humanidad ha sido reconocida, a partir del proceso de Nüremberg, como víctima de los crímenes que se fueron a llamar precisamente crímenes “contra la humanidad”. Se convierte así en titular de un “patrimonio común” que lo garantiza ante las generaciones futuras. La fórmula comprende el patrimonio mundial, cultural y natural, incorpora a la Luna y a otros cuerpos celestes e incluye “en sentido simbólico”, incluso, al genoma humano (Declaración de la Unesco).

Este derecho interestatal que se convierte, aunque de forma fragmentaria, en supra estatal, ¿tendrá, alguna vez, vocación de un lenguaje común, de ciencia común? No podemos garantizarlo, pero más que nunca debemos esperarlo, siempre que no se dividan las fuerzas imaginativas del derecho. Es unidas, en esa “dialéctica vigilante” querida por BACHELARD, como pueden nutrir lo imaginario, trabajando sobre la diversidad de las formas aparentes, sin dejar de adentrarse “*en el germen del ser*” para encontrar “*la firme constancia y la hermosa monotonía*” que él atribuía a la materia. Con otras palabras, los movimientos en curso sólo se podrán inscribir dentro de un nuevo humanismo, más allá de las conmociones actuales, si el derecho internacional se nutre de la historia y del derecho comparado, y si el método comparado integra los avances del derecho internacional.

Ante la magnitud de la empresa que ustedes me han confiado, me siento, en este momento muy osada. Pero esta osadía me la transmiten ustedes, queridos colegas, y muy en particular PIERRE-ETIENNE WILL y ANNE FAGOT LARGEAULT que han apoyado el proyecto y les han convencido de su oportunidad. Me entregaré a fondo en los años venideros, para realizarlo, si no en su totalidad, al menos dejarlo en marcha.

Cierto es, que no estoy sola al emprender la ruta. Es tranquilizador poderse inspirar en los grandes maestros y no puedo olvidar que el derecho comparado nació en el Colegio de Francia en la cátedra de “historia general y filosófica de las legislaciones comparadas” confiada en 1831 a EUGÈNE LERMINIER. Él no temió expresar, desde 1832, una concepción universalista: “*podemos decir que habrá una fase en el mundo en el*

2. G. BACHELARD, *L'eau et les rêves. E Essai sur l'imagination de la matière*, ed. José Corti, 1942, p. 1.

3. R. SALEILLES, “Conception et objet de la science du droit comparé” en *Congrès international de droit comparé*, SLC 1900, t.I, pp. 167 y ss.

4. Ver LI GUILIAN, *Biografía de Shen Jiaben*, ed. du droit (Falun Shubanshe), Pekin, 2000; J. BOURGON, *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, tesis EHESS, 1994. Sobre la “Gran Unidad” en Kang Youwei, ver ANNE CHENG, “L'esprit de réforme entre universalisme et nationalisme” en *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil, 2 ed. 2002, pp. 626 y ss.

que el género humano dirá 'yo' y lo dirá no simplemente como una quimera o utopía sino como un hecho eficaz y real'. Fue un poco apresurado en imaginar los hechos, en tanto que sería vivamente cuestionado algunos años después por su adhesión al régimen de Luis Felipe de Orleans, hasta el punto de verse obligado a renunciar a su lección inaugural el 26 de noviembre de 1838. El desafortunado LERMINIER, que finalmente dimitiría en enero de 1849, se aventuró además a criticar a Balzac, hasta el punto de ser considerado por su viuda Mme. Hanska como "el enemigo personal" del gran hombre. Muy gozosa por ese episodio en el que habría sido, según ella, "lapidada con manzanas cocidas" se sintió: "únicamente enfadada porque no hubiesen añadido algunas manzanas crudas que bien las merecía".

El ejemplo, pues, sólo tranquiliza en parte, en tanto que es revelador de las violencias a las que puede conducir la cercanía entre los estudios jurídicos y los compromisos políticos cuando se mezcla entre ellos la ideología. Una cátedra de "historia comparada de las legislaciones" fue confiada, no obstante, en 1849 a EDOUARD LABOULAYE. Eligió comenzar su curso por el estudio de la constitución americana y fundó en 1869 la Sociedad de legislación comparada que permanece como uno de los más importantes lugares de encuentros relacionados con esta disciplina.

A su vez el derecho internacional, con la ampliación de las antiguas cátedras de derecho natural y de gentes, hace su entrada en el Colegio de Francia en 1980. Ya en su lección inaugural, RENÉ-JEAN DUPUY —que rechaza el principio de progreso lineal—, describe con brillantez las tensiones entre poder y derecho conforme a dos modelos que desde entonces no han dejado de enfrentarse: el modelo relacional (interestatal) que yuxtapone los poderes soberanos con el riesgo de "enfrentarlos por el dominio de la institución" y el modelo institucional (supraestatal) que ha inspirado la creación del Tribunal Penal Internacional, aunque sólo afirmará su ambición universalista si reconoce las diversidades nacionales.

A partir de entonces, lo que está en primer plano es la unidad del derecho y, si los estudios jurídicos aparecen otra vez en el programa, estoy convencida de que ese honor no se ha debido únicamente a mis méritos ni a mis trabajos. He tenido la fortuna de estar rodeada de colegas que me han instruido en sus respectivas disciplinas y, al mismo tiempo, la dicha de estar acompañada

por otros más jóvenes, que como una gran familia con presencia en todo el mundo me inspira confianza, pues ellos sabrán seguir la huella y descubrir la continuación del camino.

Pero, Señoras y Señores queridos amigos, ¿hay un solo camino? ¿Y, cómo delimitar el objeto de esta cátedra cuando, a simple vista, no vemos más que un cúmulo de fragmentos, obstáculos innumerables dispersos al azar en lugares diversos e indicando sentidos diferentes y en ocasiones contradictorios?

En primer lugar el *crecimiento en número*, ya que es una ilusión creer que la "desregulación", que acompaña a la internacionalización en materia económica, sería lo contrario de la reglamentación. En realidad es un re-despliegue con una pluralidad de actores, públicos y privados, conforme a disposiciones de incitación, de negociación, de flexibilidad que reclaman normas temporales, evolutivas, reversibles. Se podría ver en ello la visión pluralista de SANTI ROMANO, que, ya en 1918, renunció a identificar el derecho con el Estado<sup>5</sup>. Aunque no siempre se trate de verdaderos órdenes instituidos como tales: yo los consideraría, más bien, como una pluralidad de parcelas normativas comprendidas dentro de un derecho internacional a su vez también fragmentado. De la pluralidad a la proliferación, los Estados tienen de qué inquietarse.

En un estudio encargado al Consejo de Estado por el Primer ministro, sobre "La norma internacional en derecho francés", publicado en el año 2000, se constata que "las transformaciones del marco constitucional [...] así como la aprobación de normas internacionales y comunitarias, en ámbitos cada vez más diversos, ha ocasionado a lo largo de los últimos diez años mayores rupturas sobre el orden interno que el derecho francés causa al derecho de origen externo"<sup>6</sup>. Las cifras que se citan dejan atónito: sólo para el derecho comunitario se han elaborado, desde su origen, más de 68.000 textos, sin contar los nuevos instrumentos, como las acciones comunes o las decisiones-marco. Es cierto que en parte se trata de textos modificativos o efímeros, pero también, es cierto, que el número de normas jurídicas no deja de aumentar y que el derecho internacional es alegado, cada vez más a menudo, ante las jurisdicciones nacionales.

Cierto que el derecho comunitario en sus comienzos se limitaba a problemas técnicos, pero hoy ejerce su influencia en amplios sectores del

5. SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, trad francesa de la 2.<sup>a</sup> ed. de *L'Ordinamento giuridico*, Introducción de Ph. Francescakis, prefacio de P. Mayer. Dalloz, 2002.

6. Consejo de Estado, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 19.

derecho. Y la futura Constitución europea no debería ralentizar el proceso. Al contrario, se ha encomendado a sus redactores que vigilen “para que la dinámica europea no se debilite”.

Una dinámica que, por otro lado, se ve fortalecida por el Convenio europeo de derechos del hombre que obliga a los Estados a legislar en ámbitos, verbigracia las escuchas telefónicas, en los que nadie osaba aventurarse; o a modificar arcaicos y sutiles equilibrios que conciernen, por ejemplo, al papel de los comisarios del gobierno en el Consejo de Estado o al de los fiscales ante el Tribunal de Casación. Ningún sector del derecho se libra. Como dice, con gracia, el decano Garbonnier: “el Tribunal de Estrasburgo se ha levantado de la cama, la dificultad está en que no vemos la forma de volverlo a acostar”.

De la misma manera, también el derecho mundial prolifera. Si los numerosos convenios adoptados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en materia de derechos humanos son más impresionantes en número que en efectos visibles, la globalización económica, activada por el fin de la guerra fría, ha dado un nuevo dinamismo al comercio mundial. Así la entrada de China en la Organización Mundial del Comercio (OMC), el 11 de diciembre de 2001, ha puesto en marcha, después de las oleadas de 1978 y de 1992, una tercera ola de reformas, transformando el derecho económico chino en una vasta cantera. El Protocolo de adhesión de China a la OMC impone, también, principios generales que podrían dar lugar a cambios más amplios, como la desaparición, al menos en parte, de medidas discrecionales o la puesta en marcha de un control al abuso de poder<sup>7</sup>.

No caigamos, sin embargo, en un excesivo optimismo, porque el desarrollo económico no implica el paso automático al Estado de derecho. A menos que, simultáneamente, se integren los derechos civiles y políticos a través de la ratificación del Pacto elaborado por la ONU, pero ésta tiene pocas razones para ser estimulada.

Y es que de una organización a otra, *los espacios* de la internacionalización del derecho, tanto en sentido propio como figurado, se encuentran dispersos.

JEAN CARBONNIER al referirse a los derechos europeos, los denomina “*derechos de ningún lugar*”, añadiendo irónicamente “*de ningún lugar, en griego, podría decirse utopía, pero las utopías son poéticas, etéreas, mientras que alrededor de los derechos europeos se ha formado tal capitali-*

*zación de intereses y ambiciones que haría falta, nada menos que la erupción de un volcán para derribar estas babilónicas jurídicas*”<sup>8</sup>.

Con todo, el modelo debe ser atractivo, ya que otras regiones comienzan a poner en marcha instrumentos de alcance jurídico. Claro que el nivel de integración varía entre un simple marco de consulta mutua en Asia (Asean), o de cooperación económica en la zona de Asia/Pacífico (Apec) o, una zona de libre-cambio en América del Norte (Alena) o de unión aduanera en América del Sur (Mercosur) o incluso una organización para armonizar el derecho económico entre los países africanos de la zona del franco (Ohada). En todo caso, estas disposiciones podrían en un futuro influir en los derechos nacionales, en cuanto que incorporan diversos instrumentos regionales de protección de los derechos del hombre. Pero ese futuro parece aún lejano porque, salvo algunas excepciones, la eficacia es casi inexistente, por falta de ratificación o de control.

A escala mundial, hay que tener en cuenta, además, la privatización de las normas: el arbitraje en el derecho mercantil internacional se rige ampliamente por fuentes privadas y la autorregulación se desarrolla bajo la forma de códigos de conducta, ética empresarial o más recientemente de ecomarcas y marcas sociales para reforzar supestandamente el respecto a las reglas ecológicas y sociales al responsabilizar a los consumidores. Por útil que pueda ser, la autorregulación no podría reemplazar, sin embargo, a la regulación hecha por las organizaciones interestatales, las únicas en velar por los intereses comunes. Pero la dispersión es tal, entre la ONU y los organismos especializados (para el trabajo, la salud, la propiedad intelectual o el comercio), que la eficacia parece inversamente proporcional al número, por lo menos en ausencia de un verdadero control jurisdiccional. Sabemos, es verdad, que el Tribunal Internacional de Justicia, creado por la Carta de Naciones Unidas, es sólo un tribunal de arbitraje subordinado a la buena voluntad de los Estados y que no existe un auténtico tribunal para juzgar las violaciones de los derechos humanos a escala mundial. En todo caso, el Órgano de regulación de conflictos creado en la OMC comienza a jurisdiccionalarse, mientras que las jurisdicciones penales internacionales, a pesar de las resistencias, esbozan una justicia mundial.

Mas, a medida que la justicia se mundializa, aparecen contradicciones para determinar *el sen-*

7. L. CHOUKROUNE, “Les conséquences juridiques de l’entrée de la Chine à l’OMC”, en *La tradition chinoise, la démocratie et l’Etat de droit*, directeur P.E. Will y M. Delmas-Marty, en prensa Fayard, 2004.

8. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème. République*, Flammarion, 1996, p. 48.

tido de la internacionalización del derecho. Una contradicción surge, en efecto, entre la internacionalización ética, que supone la base firme de los Estados y la globalización económica, que se manifiesta a menudo por su ineficacia; una segunda, entre la idea misma de universalismo que supone solidaridad, distribución y lucha contra la pobreza, y la sociedad de mercado, caracterizada, a la inversa, por un aumento de la competencia y de las desigualdades.

La conciliación tendría que venir facilitada por el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales recogido en la Declaración universal de los derechos del hombre, pero el principio se ha ido debilitando con el paso del tiempo. Así, en 1966 se aprobaron dos pactos diferentes que dieron como resultado la separación de los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales que quedaron sin apenas control. Más tarde en 1994, con la creación de la OMC se aislaron los derechos económicos de los derechos sociales.

Sobre este punto, la experiencia europea puede parecer novedosa. A pesar de la existencia de dos tribunales, que encarnan la separación del mercado y de los derechos humanos, los jueces se esfuerzan, mediante un juego de informes cruzados, en resolver las principales contradicciones aunque sólo puedan hacerlo 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, supera una etapa al renunciar a la división bipartita y acoger una presentación en seis capítulos: dignidad, libertades fundamentales, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. La Carta, una vez inscrita en la Constitución, deberá alcanzar fuerza jurídica y ser aplicada no sólo a los Estados, sino también a los intérpretes económicos. Al final, quizás, permitirá coordinar los mecanismos de regulación propios del mercado (apertura de mercados y libre competencia) con el respeto a los derechos fundamentales. Los justiciables empiezan a solicitarla y los jueces a tenerla en cuenta como fuente de inspiración; es una forma de adelantarse a la decisión política que, una vez más, indica la fuerza del derecho y el poder de los jueces dedicados a resolver contradicciones que no son más que un reflejo de los recelos políticos. Una vez más, aunque en términos nuevos, se produce, una internacionalización que, al debilitar a los Estados se traduce en un empuje de este “poder de la forma” que PIERRE BOURDIEU describía como “el poder del derecho”<sup>9</sup>.

¿Cómo no recordar con emoción en este momento en que presentamos una cátedra dedicada a los estudios jurídicos, al que fue una de las grandes figuras del pensamiento contemporáneo? BOURDIEU no se dejó seducir por el formalismo jurídico. Consideraba que quienes enfrentan un derecho racional a un derecho mágico como hizo MAX WEBER, olvidan que “*el derecho más rigurosamente racional no es más que el triunfo de un acto de magia social*”. Magia e investigación raramente hacen buenas migas y cuando la magia actúa todo intento de trabajo científico está abocado al fracaso. En su lógica aplastante, tal sociología jurídica conduciría a la negación del derecho o mejor dicho, de la ciencia del derecho. Lo habíamos hablado a menudo y él se ratificaba, alentándome, sin embargo, sobre la legitimidad de mi investigación: *ya sabemos*, me decía, *que usted sabe*. También, queridos colegas, me han alentado las charlas que he tenido la dicha de intercambiar con ustedes con motivo de las entrevistas que preceden cualquier elección en esta institución. Su benevolente examen me conduce a tener una especie de cautela práctica para no proclamar la abolición del derecho —no sería seguramente ni el momento ni el lugar—, sino para esforzarme en hallar los métodos que eviten la sacralización de los textos y las verdades perentorias de los clérigos.

Percebo dos de esos métodos, que como dos principios acompañarán el recorrido de estos años de estudio, a los que hoy me comprometo.

El primero, inscrito en el propio título de la cátedra, consistirá en analizar *las relaciones* entre el derecho internacional y los derechos nacionales. Los estudios comparados, pues, no tendrán exclusivamente una actitud cognitiva, sino decididamente crítica. Basado en la diversidad de los sistemas, el derecho comparado cuestiona un proceso de internacionalización demasiado seguro de sí mismo: burocrático, por un lado, al preocuparse de la unificación hasta los máximos detalles cuando es fácil y renunciando a ella cuando podría ser útil, y, preponderante, por otro lado, al imponer sin miramientos la ley del más fuerte.

Es cierto que el lugar que ocupa el derecho comparado es cambiante. Apenas tiene cabida en el concepto tradicional de internacionalización interestatal. Si en ese caso se hace alguna referencia a los derechos nacionales, es para extraer “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, según la fórmula un tanto altiva contemplada en el estatuto del Tribunal internacio-

9. P. BOURDIEU, “La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique”, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1996, núm. 64, pp. 3 y s.

nal de justicia. Más abierto, el estatuto del Tribunal penal apunta, aunque a título subsidiario, a “*los principios generales del derecho extraídos por el tribunal de las leyes nacionales que representen los diversos sistemas jurídicos del mundo*”. Pero haría falta grandes medios para llegar a conocer todos los sistemas jurídicos y comprobar su compatibilidad con el derecho internacional. En su defecto, la referencia al derecho comparado se utiliza en mayor medida para justificar *in fine* la decisión de los jueces que para orientar la interpretación desde el comienzo, como ocurre ya en los Tribunales internacionales para Yugoslavia y Ruanda. En la mejor hipótesis, los jueces se limitan a comparar los sistemas del *common law* con los romano/germánicos, como una supervivencia del concepto de “naciones civilizadas” que sometería a las otras a una aculturación progresiva. En cuanto a la incorporación de las prácticas nacionales a la costumbre internacional, se llega, por un extraño efecto bucle, a convertir a los jueces, a la vez, en emisores y receptores de la norma internacional.

Con todo, el derecho comparado es necesario desde el momento en que se desarrolla un derecho supraestatal que deseáramos tuviera una definición distinta a la de simple extensión del sistema del Estado más poderoso. En ese punto, la titular de esta cátedra no es objetiva. Al evocar los estudios comparados se está manifestando una preferencia por una internacionalización pluralista que no renuncia a la diversidad de los sistemas. Pero que supondría, para alcanzar el éxito, algo distinto a la mera yuxtaposición. Habría que localizar las diferencias y encontrar una gramática común que permitiera o bien, hacerlos compatibles (armonización), o bien proceder a una verdadera fusión (hibridación). La dificultad surge, incluso a escala europea, a medida en que los ensayos se multiplican: del derecho de contratos al derecho penal, pasando por el derecho de sociedades o los derechos de procedimiento.

A escala mundial, todo lo más que se puede intentar es valorar las diferencias que condicionan las posibilidades de éxito de una internacionalización pluralista. Con esa perspectiva emprendí, hace ya una docena de años, una investigación sobre tradiciones tan antiguas y esenciales como las tradiciones islámicas y chinas, con el riesgo de perderme por desconocimiento de la lengua y de la historia.

En lo que afecta a la tradición china estoy particularmente agradecida a PIERRE-ETIENNE WILL por haberme vinculado a su seminario sobre los problemas de la democracia y del derecho en China. Fue la ocasión de conocer mejor las singularidades del derecho chino, con sus avances y sus re-

sistencias. Descubrí, por ejemplo, como con la censura, se esbozó bajo la dinastía *Ming* una especie de control al abuso de poder, que se debilitó bajo los Qing, y más tarde se reactivó en el proyecto de constitución de 1936 (aprobada en 1947), inspirado en una doctrina de los cinco poderes, entendida por Sun Yat Sen como una síntesis del pensamiento de MONTESQUIEU y la tradición imperial. Puesta en marcha tardíamente en Taiwan, pero sin efecto en China continental, tal teoría evita por lo menos creer que en Occidente se ha inventado todo.

Finalmente, el método comparado cumple una doble función: contribuir a la integración, clave para la internacionalización del derecho, y oponerse a ella. Contribuye a la integración en la medida que es necesario para superar las diferencias, mediante un trabajo de síntesis que permita, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, esta hibridación jurídica de la que Europa constituye una especie de laboratorio de análisis y en ocasiones de pruebas. Así el proyecto de un Fiscal general europeo fue realizado combinando elementos tomados, unos de la tradición inquisitiva y otros de la tradición acusatoria. Pero la hibridación no es posible en todos los campos y el propio proyecto desistió de imponer jueces profesionales a la vista de la tradición del jurado, como símbolo de la democracia, que existe en el derecho inglés.

Los estudios comparados se dirigen también a oponerse, sea de una forma radical rechazando toda integración, sea de una forma más matizada excluyendo la unificación conforme a unas reglas uniformes, pero dejando la posibilidad de una armonización en torno a unos principios comunes que sean aplicados con un margen nacional de respeto. Este margen, especie de derecho a la diferencia de los Estados, permitiría, al conciliar las ataduras de un derecho común con las exigencias de la diversidad, coordinar lo idéntico y lo múltiple. Empleo el condicional porque este margen, impreciso y evolutivo, corre el riesgo de favorecer mayormente el arbitrio de los jueces que el surgimiento de un derecho común aceptado como tal.

Ese riesgo me lleva al segundo precepto, que es, a la vez, una aptitud y un método: convertir *la indeterminación* en un componente del razonamiento jurídico, es decir, admitir que el camino no está previamente trazado y que la internacionalización proclama, quizás, una reorganización en la que un cierto grado de indeterminación, tanto en el espacio como en el tiempo sería en la situación actual necesario.

Quiero que se me entienda bien. Al decir que la indeterminación es necesaria no implica por mi parte ni su elogio incondicional ni un alegato a favor de un derecho sin rigor. Al contrario, por ha-

ber trabajado un poco sobre la lógica de gradación, llamada lógica variable, afirmo que la indeterminación es una llamada a una mayor transparencia en la motivación y a un mayor rigor en el método. Ya que no hay que confundir indeterminación con arbitrariedad.

La indeterminación proviene, en primer lugar, del recurso a la idea de margen nacional. Esta idea, inventada por el juez europeo para tener en cuenta las diversidades, en particular las culturales y las religiosas, que existen, incluso, en regiones con bastante homogeneidad, resulta mayormente necesaria en un espacio mundial que aglutina tantas disparidades, hasta el punto de poder preguntarnos cómo aplicar sin trampa el principio de igualdad entre los Estados. También sería necesario que el método fuera plenamente admitido como tal: por definición un “margen” introduce, sin duda, una indeterminación, pero garantiza la posibilidad de encontrar una medida común de las diferencias, por lo tanto de una norma común.

El ejemplo de la clonación humana puede ayudar a comprender su utilidad. Debería ser posible y también deseable establecer una norma mundial que prohibiera la clonación reproductiva; pero la propuesta franco-alemana ha fracasado en la ONU en base a su silencio sobre la clonación llamada terapéutica, las graves divergencias han convertido, a primera vista, la unificación jurídica en inviable. Para evitar el fracaso, la propuesta sin duda, hubiera podido incluir una norma común prohibiendo, por respeto al principio de dignidad humana, por ejemplo, implantar in vivo las células clonadas, aunque reconociendo un margen a cada Estado para poder concretar las prácticas permitidas.

Empero, para que tal propuesta fuera eficaz se tendría que poner en marcha, simultáneamente, un control jurisdiccional y una organización de los métodos.

Para evitar un uso arbitrario del margen nacional y reducir la indeterminación, el juez deberá construir un razonamiento, es decir, introducir algo de razón, especificando y ponderado los criterios teniendo en cuenta los intereses en juego. Idéntica condición se aplica, por otra parte, a los márgenes intrínsecos, debidos a la falta de precisión de ciertas nociones o de ciertos calificativos, tipo “razonable” o “aceptable”. Estos adjetivos procedentes del *common law* demandan una confianza en la prudencia de los jueces y en su autodisciplina. Pero esta confianza se la concedemos más gustosamente a los jueces nacionales que a los jueces internacionales, que son vistos como extranjeros. Para convencer de su legitimidad

tendrán necesidad de aumentar el rigor. Por tratarse de la definición de un margen, es preciso disponer de una escala gradual, aunque eso no es suficiente, porque medir la diferencia de la norma no determina a partir de qué punto el límite pasa a ser irrazonable, el riesgo inaceptable o el margen nacional excesivo. Por lo que además hay que fijar un umbral que limite la extensión del margen permitido, aunque esto crearía por sus variaciones un nuevo riesgo de arbitrariedad, esta vez en el tiempo.

En efecto, la indeterminación en el tiempo que, bien entendida, condiciona la práctica del principio de prudencia lleva consigo también una internacionalización cuyo carácter “evolutivo” es, en ocasiones fuertemente reivindicado. El rigor impone entonces que se indiquen los criterios que ordenan las variaciones del umbral de decisión: criterios de derecho internacional, como el de legitimidad del fin invocado, o la naturaleza del principio concerniente; y criterios comparativos, tales como la existencia o ausencia de un “denominador común” entre los sistemas nacionales. Los jueces ponen todo su esfuerzo, pero carecen de medios suficientes para llevar a cabo una verdadera comparación y además se reservan la posibilidad de no tenerlo en cuenta por si acaso apareciesen “nuevas condiciones”, según la expresión del Tribunal europeo de derechos humanos.

Si bien los estudios comparados pueden de esta manera contribuir a impulsar el rigor, nada permite afirmar que harán desaparecer totalmente la imprecisión y la incertidumbre. Incorporar la indeterminación al razonamiento jurídico no es suprimirla sino modestamente tratar de limitar el grado de imprevisión —¿habría que decir azar?— en el proceso de internacionalización del derecho.

No me atrevo a abordar aquí el tema del azar. JACQUES MONOD escribía que reconduce a situaciones muy diferentes, que pueden ir desde la incertidumbre “operacional” del golpe de suerte, a la incertidumbre “esencial” ligada a la intersección de cadenas causales independientes, o incluso a la falta total de determinación causal: “*ni ontológica ni de oráculos, el azar es la última esperanza*” resumirá HENRI ATLAN.

Sea operacional o esencial, relativa o absoluta, la incertidumbre lleva como incitaba MICHEL FOUCAULT en su lección inaugural “*a poner en duda, de nuevo, nuestra voluntad de verdad*”. Hay que restablecer en el discurso su condición de acontecimiento “*entendido en sus discontinuidades y aceptar introducir la suerte como categoría en la producción de los acontecimientos*”<sup>10</sup>.

10. M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971, p. 61.

Después de haber analizado el objeto y el método y para volver a mis hipótesis de trabajo, quisiera señalar alguna de las incoherencias del discurso jurídico. No para increpar al azar su aparición, sino para buscar, siendo el derecho un discurso ordenado, las bifurcaciones que permitirían abrir un camino. Percibo ya tres.

Empecemos por la menos clara, quizás, para los no juristas, pero la más perturbadora para el orden jurídico: *la discontinuidad de las normas*.

Los márgenes nacionales, el principio de subsidiaridad, contemplado en los tratados europeos (y reforzado en el proyecto de constitución por el control de los parlamentos nacionales), o también el principio de complementariedad, recogido en el estatuto del Tribunal penal internacional, tienen como consecuencia común interrumpir la cadena vertical, que va del derecho nacional al derecho internacional. Pero es todavía más radical la interrupción horizontal, entre uniones internacionales a mismo nivel, que por estar especializadas en distintos campos se consideran autónomas, por ejemplo el derecho de mercado y el de los derechos del hombre. La dificultad estriba en que si esta discontinuidad excluye una subordinación estrecha entre diferentes conjuntos normativos, eso no significa que tengan una autonomía plena.

La bifurcación sería, pues, epistemológica, ya que tales fenómenos son difíciles, incluso imposibles, de comprender conforme a la concepción tradicional de un orden jurídico estrictamente determinado por el principio de jerarquía que fundamenta la unidad del sistema y le da forma de pirámide en donde la norma inferior está subordinada a la norma superior y así, hasta la cúspide. En las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional esta representación no admite más que dos posibilidades: el monismo, que supone un orden jurídico global al que todos los demás estarían subordinados, o el dualismo, según el cual los órdenes jurídicos nacionales son concebidos como conjuntos separados e independientes. Si el primero permanece utópico, el dualismo, por el contrario, que implica una separación radical entre derecho nacional e internacional no permite que se integren en el razonamiento jurídico todos los fenómenos que acompañan a la internacionalización del derecho.

Y es que no sólo hay un cambio de escala, por extensión del territorio nacional al planeta y por dilatación de los tiempos históricos a las generaciones futuras: las interacciones y las indeterminaciones que caracterizan este derecho mundial en gesta-

ción anuncian, quizás, el surgimiento de un nuevo modelo.

FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DER KERCHOVE, en su obra *De la pyramide aux réseaux?*, desarrollan la hipótesis de que existe una oscilación entre “la universalidad potencial de las redes y el anclaje bien localizado de las pirámides”<sup>11</sup>, asumiendo deliberadamente el riesgo de una dialéctica sin síntesis. Riesgo que en efecto, existe porque tal dialéctica no excluye ni el caos ya anunciado, ni la autorregulación sólo por el mercado, que puede conducir, como lo recordaba a menudo GENEVIÈVE DE GAULLE, presidenta de ATD Cuarto Mundo, al totalitarismo del dinero.

Para evitar estos desórdenes, necesitaríamos, creo yo, una teoría que fuera a la vez dialéctica y de síntesis, cuyo objetivo sería construir un “pluralismo ordenado”. A partir de la pluralidad de los sistemas” podemos intentarlo combinando las diferentes lógicas, que exigen los procesos ya mencionados, con tantas figuras normativas posibles. La *hibridación*, que implica la fusión de los derechos nacionales en una norma unificada, aplicable conforme a una estricta jerarquía, no descalifica la lógica binaria tradicional, pero queda como una vía excepcional, ya que supone un legislador que tenga el poder de definir una regla precisa y un juez competente para aplicarla. La *armonización*, que se limita a establecer principios comunes para hacer compatibles las diferencias nacionales, permite moderar la jerarquía debido al juego de los márgenes nacionales, pero encomienda al juez receptor de la norma una parte de su determinación exigiéndole el aprendizaje de nuevas lógicas a base de gradación y de límites. Finalmente la *co-regulación*, que tiende a evitar las contradicciones más evidentes, elimina toda jerarquía y cada juez se convierte alternativamente en emisor y receptor conforme a un juego informal de informaciones y referencias cruzadas, aunque exigiría transparencia y reciprocidad.

De lo informal al formalismo jurídico, no se trata con ello de suprimir las tensiones sino de ordenar entre ellas esas diferentes figuras en una síntesis evolutiva y dinámica, dinamizada precisamente por esas tensiones. Para alcanzarlo es fundamental descubrir las condiciones propias de cada figura, teniendo en cuenta el reparto de papeles entre el legislador y el juez, ya que implica una división de los poderes.

Ahora bien, una segunda incoherencia afecta precisamente a la división de poderes. Incluso en

11. F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint Louis 2002, p. 539.

Europa el equilibrio entre los tres poderes no parece que sea directamente transferible: frente a un Parlamento europeo débil y un ejecutivo dividido entre la Comisión y los Estados, el poder judicial de los dos tribunales europeos se asienta en una dinámica en la que el derecho acabará por enfrentarse a la democracia. Este riesgo de desequilibrio se expande a nivel mundial a medida que se elaboran normas de tipo transnacional, creadas y aplicadas por los mismos sujetos y de tipo supranacional, que son definidas por los Estados, pero controladas progresivamente por los órganos judiciales o cuasi judiciales. Así, la OMC puede imponer a los Estados órdenes formales bajo multa y las jurisdicciones penales internacionales pueden condenar a altos dignatarios, incluso Jefes de Estado en activo.

Aunque la mayor innovación, ideada por RENÉ CASSIN, desarrollada en Francia por ROBERT BADINTER y todavía limitada a los Tribunales regionales de derechos humanos, especialmente europeos, fue el mecanismo de un recurso individual ejercido por personas privadas que se convertirían en sujetos activos del derecho internacional y podrían condenar a un Estado. Y así, por vez primera, en 1986, el Tribunal europeo de derechos humanos condenó a Francia tras la demanda de un extranjero juzgado por asesinato en su país y que había sido víctima de una detención ilegal. Aunque el recurso es regional, puede tener, sin embargo, consecuencias mundiales: en repetidas ocasiones, cuando en los asuntos penales se pide una extradición por un delito capital, el Tribunal de Estrasburgo, considerando que la pena de muerte es contraria a la normativa europea sobre protección de los derechos humanos, obliga a los Estados requeridos a que se opongan a la petición, principalmente cursada por los Estados Unidos o más recientemente por China.

Es, pues, el entero equilibrio de poderes el que está en juego. Para construir un nuevo equilibrio, el modelo federal, o confederal, parece difícilmente transferible a los Estados altamente estructurados. Sí es difícil incluso en Europa, donde todos comparten el mismo ideal democrático, con mayor motivo lo será en el contexto mundial de Estados, desarrollados de manera muy diferente en este punto. En cuanto al modelo imperial, supone siempre una subordinación entre un centro dominante y un entorno dominado y no ofrece garantía contra el "terrible despotismo" temido por Kant, que consideraba a la pluralidad de los Estados-nación como el horizonte insuperable del cosmopolitismo.

Dado que ni el derecho internacional, ni el derecho constitucional comparado, ni tampoco la historia brindan precedentes, es evidente, que hay que buscar una nueva bifurcación, esta vez política. Y el ejemplo de construcción europea debería permitirnos descubrir algunas pistas o abandonar algunas vías en desuso. La reforma de las instituciones obliga, en efecto, a inventar un nuevo tipo de articulación entre el nivel nacional y el supranacional, tanto en el ejercicio del poder ejecutivo como en el del legislativo. Y el Convenio para el futuro de Europa propone unas reglas para delimitar mejor las competencias exclusivas o compartidas.

Pero la democracia no queda limitada a las instituciones, y los miembros del Convenio han acertado al proponer un diálogo con los representantes de la sociedad civil. Debieron releer aquella lección de LUCIEN FEBVRE "*Brûler ou manquer l'étape*" en la que recordaba el fracaso de las nuevas instituciones democráticas, "*flamantes*", de la Europa de los años veinte: "*obras maestras de los juristas, éxitos de los profesores de derecho constitucional, todo lo mejor del género*", pero obras maestras inmediatamente "*hechas pedazos por las manos fuertes*" de aquellos a quienes les habían sido confiadas.

Implantar nuevas instituciones sólo tiene sentido si simultáneamente se desarrolla un sentimiento de pertenencia a una misma comunidad. En este punto, los lazos culturales, científicos y económicos importan tanto, si no más, que los lazos jurídicos. Ser intempestivo también es recordar que en una Europa, rota por las guerras de Religión, el pensamiento humanista en los años siguientes a la creación del Colegio real, hizo revivir el ideal de una sociedad decaída. MARC FUMAROLI supo evocar cómo el mito clásico de Astraea va a simbolizar la esperanza en el retorno de la justicia y de la paz en toda Europa, como "la mejor manera de expresar su despedida a la guerra"<sup>12</sup>.

De ciudadano europeo a ciudadano del mundo, los movimientos de la sociedad civil, cada vez más presentes en la escena internacional, señalan, quizás, otro momento del humanismo. Las referencias a la mitología han desaparecido y el sueño del regreso a la naturaleza ha tomado otras formas, pero la voluntad sigue igualmente fuerte para "conjurar al espíritu de la ira, de la discordia y de la sangre". A pesar de sus torpezas y excesos estos movimientos han evolucionado. Denominados primero *anti*, después *alter* mundialización, han tomado en estos últimos años la forma de manifestaciones por la paz, acentuando en el conjunto

12. M. FUMAROLI, "Le retour d'astrée", *Précis de littérature française du 17ème siècle*, PUF 1990, p. 52.

de los continentes la toma de conciencia de una comunidad de destino.

Se puede ver que renace la esperanza de una evolución hacia una democracia mundial que falta por inventar y que reuniría al conjunto de actores, públicos, sociales y económicos en un nuevo “triángulo cívico”. Pero no otorgará los progresos democráticos necesarios también en el plano nacional.

Será pues desde una triple perspectiva, nacional, europea y mundial desde la que yo intentaré abordar, en este curso, la hipótesis de una “refundación de poderes”, sin la cual la internacionalización del derecho se convertiría en sinónimo de impotencia, amenazando el equilibrio político y reforzando la “decepción democrática” mencionada por PIÈRE ROSANVALLON en este mismo lugar<sup>13</sup>.

Las interdependencias de hecho que caracterizan la globalización actual, exigen reforzar la legitimidad de los métodos llamados de “gobierno”, reactivando el concepto de comunidad. Que no ha de ser ni la comunidad de derecho, inspirada en el romanticismo de la escuela clásica alemana del siglo XIX, ni el mito de la “comunidad internacional” de la que RENÉ-JEAN DUPUY señaló que había sido, muy a menudo, captada para el beneficio de grupos de Estados, sino que ha de ser una “comunidad de Estados”<sup>14</sup>, hecha a base de soberanías y responsabilidades compartidas, articulando los poderes entre los diferentes niveles de representación, garantizando la calidad de sus jueces e integrando las nuevas formas de participación de los ciudadanos.

Pero tal comunidad sólo puede existir si el reconocimiento de los valores comunes contribuye a fijar, con precisión, el sentido de las normas aplicables. Con otras palabras, exige un universalismo de los valores que el relativismo obstinado de los hechos contradice a diario.

Paso a la tercera incoherencia, *la de los valores*. A decir verdad, el relativismo ha estado siempre en el centro de los sistemas de derecho, se consagró, más tarde por el principio de igualdad soberana de los Estados, que el universalismo abstracto de la razón fundamenta en un derecho natural, y después en un derecho de gentes, en sus diversas acepciones desde la filosofía griega al Iluminismo. Entre el relativismo normativo y el universalismo filosófico se beneficiaban de una discontinuidad que preservaba la autonomía jurídica y la soberanía política.

Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, la Carta de la ONU propuso reglas con

vocación universal para intentar canalizar el recurso a la fuerza, Pero, como ha señalado ANTONIO CASSESE, en la ampliación del programa de la Unesco, estas reglas se limitaban en lo esencial (con éxito variable) a la “paz negativa”, es decir, ausencia de guerra. Al no tener como objeto el reducir los desequilibrios económicos y financieros, ni aminorar los conflictos étnicos y religiosos, la Carta no concedía a la ONU los medios para construir “la paz positiva”. Por tanto esta separación se convierte en insostenible, no tanto por razones ideológicas como por la fuerza de lo hechos. A medida que se mundializan los cambios, económicos, financieros, culturales o científicos, los delitos se mundializan también: del terrorismo a la corrupción o a los grandes tráfico; al igual que los riesgos: ecológicos, pero también biotecnológicos. Es evidente, que las respuestas no pueden limitarse únicamente al derecho nacional.

Lejos de descalificar a la ONU la crisis actual podría inculcarle la ambición de construir ese orden internacional que en su art. 28 la Declaración universal reconoce como derecho fundamental de toda persona. En lo inmediato, el riesgo se encuentra en exacerbar la tentación hegemónica del país más poderoso y las relaciones nacionales de los demás.

Lo más razonable es, pues, reforzar una discontinuidad de frentes invertidos ya observables: a medida que el universalismo se vuelve normativo, vemos desarrollarse un nuevo relativismo, abstracto y teórico, que opone a la internacionalización de derecho argumentos casi teológicos.

Esa inversión es la que quisiera estudiar desde este año, comparando de una parte los límites del relativismo, frente a la globalización de las corrientes, de los riesgos y de los delitos, y de otra, las flaquezas del universalismo que esencialmente sostiene el concepto de derechos “*del hombre*” o de crimen “*contra la humanidad*”.

Hace dos años, en la conferencia de clausura de la cátedra BLAISE PASCAL sobre justicia internacional, ANNE FAGOT-LARGEAULT aceptó iluminar nuestro trabajo de juristas haciendo la pregunta: “¿sobre qué fundamentar un universalismo jurídico?”. Proclamó de entrada que intentar tomar lo bueno de cada moral o de cada sistema de derecho, le parecía “*horroroso*”, una auténtica herejía filosófica”, demostrándonos las incoherencias. Me atrevo a esperar que haya perdonado la herejía de un sincretismo, del que admitía, a pesar de todo, que se podría intentar, empezando precisamente por el derecho penal, porque “*identifica-*

13. P. ROSANVALLON, *Leçon inaugurale*, en el Colegio de Francia, 2002.

14. R. J. DUPUY, *Leçon inaugurale*, en el Colegio de Francia, 1979.

mos más netamente, hizo observar, *aquello que choca a la conciencia moral de aquello que le agrada*". Es cierto que yo tenía un aliado de mi parte ya que JEAN PIERRE CHANGEUX había evocado un universalismo ético concebido como *"un paso más hacia la expresión de una humanidad propia del homo sapiens, que podrían indicar las diferencias de convenios, sociales, nacionales o religiosos"*. Añadiendo que la existencia de una auténtica atadura al pluralismo cultural podría *"contribuir de alguna manera a generar la diversidad que servirá para inventar la norma aceptable"*.

Un esfuerzo más de imaginación nos incita a una última bifurcación, esta vez filosófica, en la que la ambición puede parecer excesiva pero que justifica el empeño. Y es que, a falta de acuerdo sobre un "simbolismo común" que permita esta-

blecer, sino un sistema único de valores, al menos algunas prohibiciones comunes jurídicamente protegidas, el continuar es ineluctable: tras el desorden y la impotencia, viene la guerra.

En estos tiempos de discordia, la llamada a las fuerzas imaginativas del derecho es, sin duda, más que nunca necesario y me repito el mandato de BACHELARD: *"encontrar en el ser, a la vez, lo primitivo y lo eterno"*. Responder exigiría un trabajo no sólo jurídico, también, en el cruce de los procesos de homonización y de humanización, un trabajo interdisciplinar en el que, las conversaciones que he mantenido con ustedes, queridos colegas, me han hecho soñar. Me gustaría volver, si se me da tiempo, en el transcurso de pocos años con una investigación que desearía poner de entrada, en esta nueva edad de hierro, bajo el signo del retorno de Astrea.