
El Derecho de la globalización: una propuesta conceptual y axiológica para la nueva realidad jurídica*

The law of globalization: a conceptual and axiological proposal for the new legal reality

María José GONZÁLEZ ORDOVÁS

Universidad de Zaragoza

mjgonza@unizar.es

<https://orcid.org/0000-0001-5583-5409>

RECIBIDO: 18/06/2020 / ACEPTADO: 13/10/2020

Resumen: El Derecho atraviesa una época llena de transformaciones materiales y formales, técnicas y sustantivas como efecto de la acción de un conjunto de factores y fenómenos jurídicos y extrajurídicos al que llamamos globalización. A consecuencia de ello la cultura jurídica clásica va dando paso a una nueva que necesariamente trae consigo la reconsideración y reformulación de algunos conceptos. Noción como las de soberanía, Estado, constitución o derechos humanos se ven sometidas a tensiones propias del actual contexto global y de los dilemas jurídicos y sociales que acarrea. El objetivo del presente trabajo es el de describir el horizonte jurídico contemporáneo de la mano, principalmente, de algunos de los juristas y filósofos franceses y alemanes contemporáneos más destacados. Tales consideraciones conceptuales van acompañadas tanto de propuestas terminológicas con las que se pretende dar nombre a las nuevas realidades, como de algunas aportaciones de contenido ético como son, entre otras, la necesidad de un humanismo jurídico o la elaboración de una teoría mixta de derechos y deberes fundadas ambas sobre un principio de responsabilidad capaz de trascender la mera reciprocidad.

Palabras clave: globalización, constitución, polisoberanía, policracia, derechos humanos, humanismo jurídico.

Abstract: The Law is going through a time full of material and formal, technical and substantive transformations as an effect of the action of a set of legal and extra-legal factors and phenomena that are known as globalization. Therefore, the classical legal culture makes space for a new one that necessarily brings with it the reconsideration and reformulation of some concepts. Notions such as sovereignty, State, Constitution or human rights are subjected to tensions inherent to the current global context and the legal and social dilemmas that it entails. The objective of the present work is to describe the contemporary legal horizon in the light of some of the most prominent contemporary French and German jurists and philosophers. Such conceptual considerations are accompanied both by terminological proposals with which it is intended to name the new realities and some contributions of ethical content such as, the need for a legal humanism or the elaboration of a mixed theory of rights and duties founded on a principle of responsibility capable of transcending mere reciprocity.

Keywords: globalization, constitution, polysovereignty, polycracy, human rights, principle of legal humanism.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación DER 2017-82173-R GLOBALFUENJUR del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los retos de la sociedad del MINECO durante una estancia de investigación en el Laboratoire de Théorie du Droit de la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille gracias a la beca de movilidad internacional Salvador de Madariaga.

BREVE INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, articulado en tres apartados, se compone inicialmente de un análisis fundamentalmente descriptivo comprendido en los dos primeros capítulos sobre los efectos provocados por la globalización en el Derecho y la cultura jurídica. En ellos se examinan algunos de los más destacados efectos y tensiones que ese conjunto de fenómenos, que conforman la globalización, están ejerciendo sobre ciertos conceptos considerados clásicos por parte de la teoría tradicional del Derecho. En ese contexto se reconsidera el significado de nociones como soberanía, constitución e incluso Estado, entre otras. En cualquier caso, como corresponde a una época de incertidumbres, las afirmaciones expositivas van acompañadas de numerosos interrogantes y dudas a propósito del alcance de determinadas alteraciones jurídicas. Por contra, el carácter del tercer capítulo es más axiológico y propositivo pues, a modo de balance, se plantean en él algunos de los resultados propiciados por la globalización en ámbitos tan importantes y sensibles de nuestro discurso jurídico como el de los derechos humanos. En ese sentido se esboza la conveniencia de que, desde la técnica jurídica, a través de la figura de los derechos-función, de la ética, por medio del «humanismo jurídico», pero también desde la confluencia de ambos en el principio de responsabilidad se contribuya a «humanizar» el imparable proceso globalizador.

1. EL DERECHO COMO PRODUCTO DEL TIEMPO

Al afirmar que el Derecho es un producto del tiempo sostenemos dos tesis. Primera: que en lo concerniente a sus formas y a sus contenidos, el Derecho es producto de su época lo cual no empece para que, a su vez, ese Derecho sea uno de los factores que condicionan y configuran esa misma época que él contribuye a generar. Lejos de análisis simplistas de causa y efecto es preciso considerar al Derecho como agente activo y pasivo de su tiempo ya que, de forma simultánea, afecta al resto de los ámbitos sociales y es afectado por ellos. Dicho eso queda por determinar si la influencia que ejerce y la que soporta el Derecho es de un alcance semejante o, si son influjos descompensados. Esa es una de las cuestiones más relevantes hoy: determinar el grado de dominio del Derecho sobre los diversos tipos de relaciones sociales.

Y segunda: El Derecho es producto del modo en que transcurre el tiempo. A lo largo de la Historia se han sucedido periodos en los que el de-

venir de los acontecimientos era pausado y otras etapas en las que la velocidad de los cambios marcaba el paso. La época actual, a la que denominamos globalización, se caracteriza por una innegable aceleración en los cambios sin que ello garantice transformaciones esenciales. El profesor Hartmut Rosa distingue tres clases de aceleración en nuestra época: la tecnológica, la del cambio social y la del ritmo de vida¹. La combinación de esos tres tipos de aceleración con la decisión generalizada de crecimiento generaría un principio de competencia que constituiría el motor principal de la vida social contemporánea. Quien no sigue o no es capaz de seguir la aceleración y con ella la competencia queda fuera, la competitividad se ha convertido en «una condición para la supervivencia»². Esa aceleración ‘decreta’ la realidad hasta tal punto que Hartmut Rosa la tiene por «una nueva forma de totalitarismo»³, un totalitarismo diferente del que tradicionalmente teníamos como tal pero con el que compartiría una presión omnipresente y prácticamente ineludible.

La conjunción de esa presencia despótica de la aceleración y el resto de propiedades de la globalización jurídica da lugar a un nuevo orden normativo mundializado. La novedad no reside en los caracteres del nuevo orden, en buena medida provenientes de órdenes previos, la variación radica en su combinación, una específica conjunción que otorga a ese Derecho una «fisonomía propia»⁴. Un Derecho «desplegado», pues lo apropiado no es hablar de un orden normativo en singular sino de una «constelación de órdenes jurídicos normativos entre los cuales las conexiones normativas son múltiples»⁵. En esa constelación, por momentos nebulosa, se mantienen los instrumentos jurídicos tradicionales: costumbre, ley, convención, constitución, tratado... pero todos quedan superados por la concurrencia de varias circunstancias: la apari-

¹ ROSA, H., *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la Modernidad tardía*, UNAM-Katz, Madrid, 2016, pp. 21 y ss. Muy próximo a ese parecer otro destacado filósofo alemán contemporáneo, Peter Sloterdijk, concibe los grandes cuerpos políticos como comunidades de estrés, al respecto cfr. *Estrés y libertad* (tr. P. Kuffer), Buenos Aires, E. Godot, 2017.

² MICHALET, Ch.-A., *Qu'est-ce que la mondialisation?*, La Découverte, París, 2004, p. 117.

³ ROSA, H., *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la Modernidad tardía*, *op. cit.*, p. 105.

⁴ PUTMAN, E., «Nouvel ordre normatif, Europe et Mondialisation», en G. VITZTHUM, C. PRIETO y R. MENDI (ed.), *Europe et la Mondialisation. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et Science Politique d'Aix-Marseille et de la Faculté de Droit de l'Université de Tubingen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 311.

⁵ *Ibid.*, p. 314.

ción y pujanza de nuevos reguladores; la emergencia de un Derecho Transnacional y la expresión del Derecho a través de flujos normativos. El resultado de la acción conjunta de todo ello da lugar a un «Derecho inflamado».

1.1. *Un Derecho «inflamado»*

Las nuevas manifestaciones jurídicas giran en torno a:

1.1.1. La aparición y pujanza de nuevos reguladores

Uno de los síntomas más repetidos de la globalización lo constituye la ruptura de la coherencia tradicional entre poder y territorio, el hiato producido entre ambos ha propiciado la llegada de otros poderes que lo son al conseguir hacer valer su capacidad normativa. El debilitamiento de los Estados en el cuasi-monopolio de la creación jurídica arrastra consigo el debilitamiento de aquellos foros internacionales donde el Estado era tomado como la unidad de medida legislativa. Conocido que el poder se expande mediante vasos comunicantes, esa merma sufrida por el Estado redundará en la llegada y/o fortalecimiento de otros poderes con interés e intención de normar. Entre estos destacan las empresas transnacionales cuyas decisiones internas pueden llegar a tener un alcance cuantitativa y cualitativamente superior a muchas normas de origen público. Esa venida de nuevos reguladores trae consigo la venida de nuevas dimensiones y escalas que interactúan creando dependencias e interdependencias entre los viejos y los nuevos agentes normativos y de ambos entre sí. Dicho de otro modo, «nuevas estructuras organizativas»⁶ que saltan del espacio estrictamente privado para ensamblarse en el público pero sin abandonar aquél como su lugar natural de existencia. Esas estructuras organizativas provenientes del ámbito económico, mercantil y financiero hacen que la clásica oposición Estado/Mercado o Público/Privado resulte engañosa y superada.

La «conurrencia de otras normatividades»⁷ entre las que se produce lo que ya Carbonnier calificara como «fenómenos de internormatividad»⁸ hace

⁶ MICHALET, Ch.-A., *Qu'est-ce que la mondialisation?*, *op. cit.*, p. 20.

⁷ PEDROT, Ph., «Le Droit à l'épreuve des limites», en C. REGAD (dir.), *Aux limites du Droit*, Mare et Martin, París, 2016, p. 62

⁸ CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, París, 1979, p. 287.

patente la desestabilización del universo de normas estatales y resulta el caldo de cultivo óptimo para el desarrollo de un Derecho global que «se desarrolla en los intersticios que dejan vacantes el Derecho nacional y el internacional»⁹. En palabras de Philippe Pedrot «el inmenso mundo del Derecho que hasta ahora mantenía una cierta arquitectura está totalmente perturbado y trastornado por un mercado globalizado»¹⁰, un tránsito calculado de la gobernanza de las letras a la de los números.

1.1.2. La emergencia de un Derecho Transnacional

Para el profesor Teubner «la generalización minuciosa de las cadenas de decisiones jurídicas destruye la apariencia de un sistema normativo estable y jerárquicamente estructurado y lleva inmediatamente al Derecho a aporías en las situaciones de indecidibilidad donde las diferencias cambian permanentemente en razón de los contextos. En ese movimiento destructor la unidad del Derecho se convierte en desunión de fragmentos discursivos, incluso si el espectro de una justicia insaciable cuyas exigencias desmesuradas no puede satisfacer continúa persiguiéndole».¹¹ En dichas cadenas de decisiones se ensamblan por igual las que proceden del Derecho público y las que provienen del Derecho Transnacional: normas atípicas, como las normas técnicas ISO o los códigos de buena conducta, por ejemplo. Una dinámica diferente a la tradicional que procede del mundo de la economía y que, al incluir la negociación como fuente de legitimación, acaba con el sellado que diferenciaba *soft law* y *hart law* alterando de ese modo la lógica jurídica tradicional¹².

Resulta bastante demostrativa la metáfora informática a la que recurre el profesor Harold Koh¹³, para explicar qué cosa sea eso a lo que llamamos Derecho Transnacional. En primer lugar, es un Derecho «descargado» del Derecho Internacional al Derecho interno. Sería el caso, por ejemplo, de las

⁹ PEDROT, Ph., «Le Droit à l'épreuve des limites», *op. cit.*, p. 61.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ TEUBNER, G., «Les multiples corps du roi: L'autodestruction de la hiérarchie du droit», en AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éditions Frison Roche, París, 1999, p. 309.

¹² Al respecto *vid.* LE QUINIO, A., «L'influence normative d'objets juridiques non identifiés: réflexions à partir de quelques exemples tirés du droit transnational», en C. REGAD (dir.), *Aux limites du Droit*, *op. cit.*, pp. 191-198.

¹³ KOH, H., *Transnational litigation in United States Courts*, Fondation Press, Nueva York, 2008, pp. 1-9.

normas sobre desapariciones forzadas, normas que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que son reconocidas, como norma de derecho interno, por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. En segundo lugar, es el Derecho «descargado» o «subido» desde el Derecho interno al Internacional, así, podríamos pensar en la garantía a un juicio justo. Y, en tercer lugar, también sería Derecho Transnacional el Derecho que es «descargado» o «trasplantado» horizontalmente de un sistema nacional a otro.

1.1.3. La expresión del Derecho a través de flujos normativos

Hace ya más de veinte años Bauman hablaba de «Modernidad líquida» para referirse a nuestra época, el apelativo ha pasado a formar parte del imaginario cultural de Occidente pero se trata solo del primer paso de la descripción pues la nuestra es una vida líquida que se compone de flujos y que lo seguirá haciendo¹⁴ generando una «sociedad de flujos»¹⁵, es decir, una sociedad en la que sus acciones, comunicaciones y transformaciones se producen y canalizan a través de flujos. El Derecho no queda al margen de ello.

La solidez y fijeza vinculadas a un Derecho de normas estables y casi estancas se ven sustituidas por la continuidad de la producción normativa en flujos. Unos flujos normativos, en plural, que inciden sobre la capacidad estructurante del Derecho haciéndola más suave y dócilmente variable. El hecho de que todo se genere por y a través de flujos hace que la mutua relación entre lo jurídico y lo no-jurídico sea cada vez mayor. Esa interdependencia de lo jurídico y lo extra-jurídico que para la teoría tradicional del Derecho y los juristas clásicos puede resultar anormal y hasta irritante es visto por otros no como una patología del sistema sino como el reflejo de la dinámica social en la medida en que los flujos normativos vendrían a ser «el signo de una adaptación del Derecho a un mundo que funciona cada vez más en flujos»¹⁶.

No conviene minusvalorar esa orientación y acomodo del Derecho a la fluidez de los flujos por dos motivos principalmente. Primero porque, lejos de

¹⁴ Hago mía la idea de Peter Sloterdijk, según la cual «en el futuro se producirá un desplazamiento del acento hacia flujos inmateriales» *¿Qué sucedió en el siglo XX?*, I. Reguera, Siruela, Madrid, 2018, p. 85.

¹⁵ SEMPRINI, A., *La société de flux. Formes du sens et identité dans les sociétés contemporaines*, L'Harmattan, París, 2003.

¹⁶ EMERIC, N., *Penser les flux normatifs. Essai sur le droit fluide*, Mare et Martin, París, 2018, pp. 37 y 103.

tratarse de una mera cuestión superficial, sacude y remueve desde la dinámica jurídica hasta los mismos contenidos sustantivos. Y, segundo, porque incide sobre las tres fases que a la teoría del Derecho más pudieran interesar: el proceso de elaboración, las prácticas jurídicas y la comunicación del Derecho.

- Elaboración del Derecho

Por lo que respecta a la elaboración observamos que, desde las instituciones de la gobernanza mundial hasta las instituciones nacionales, el Derecho es creado en distintos niveles con gran rapidez, sin pausa ni solución de continuidad, en otras palabras, todas esas instituciones generan flujos normativos. La escasa adaptación a estos nuevos modos del *iter* legislativo decimonónico se compensa a través de la respuesta administrativa: la incesante emisión de soluciones particulares en ajuste permanente sumado a la vigilancia y control por parte de autoridades administrativas independientes garantizan que el flujo de decisiones normativas sea veloz e ininterrumpido. Las administraciones, como dice Bruno Latour, «trabajan siempre en la urgencia y para no bloquear la inmensa maquinaria gubernamental, deben simplemente seguir produciendo más en lo que nos atrevemos a denominar flujo sostenido»¹⁷.

- Práctica del Derecho

También en diversas manifestaciones de la práctica jurídica el Derecho se presenta a través de flujos, es el caso de la circulación normativa; la praxis judicial y lo que el profesor Emeric ha dado en llamar «nuevas prácticas de utilización del Derecho». La circulación de las normas por la red favorece el desarrollo de una «cultura global del Derecho» propiciada por la difusión, cruce y proyección de tales normativas¹⁸. La jurisprudencia, especialmente la del *Common Law*, se caracteriza por su fluidez y los juristas, por su parte, van relegando los códigos de papel en favor de la búsqueda de toda clase de datos jurídicos *on line* contribuyendo así al refuerzo de esos flujos. Mucho más observable es aún esa tendencia en las Facultades de Derecho donde a los estudiantes la idea del libro como composición de saberes les resulta lejana, un desfase didáctico que, a su juicio, no logra estar a la altura de lo que la red puede ofrecerles¹⁹.

¹⁷ LATOUR, B., *La fabrique du Droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, París, 2004, p. 58.

¹⁸ EMERIC, N., *Penser les flux normatifs. Essai sur le droit fluide*, op. cit., pp. 105 y 121.

¹⁹ Al respecto *vid.* FORRAY, V. y PIMONT, S., «Le libre à venir dans les Facultés de Droit», en *Jurisprudence Revue Critique, Enseignement du droit: la question du livre*, Université McGill, Quebec, Canadá, 29-30 (2014).

- Comunicación del Derecho

Aunque pueda resultar un tanto obvio es preciso referirse a internet cuando se piensa en la comunicación del Derecho puesto que la red se ha convertido en el más formidable vector de flujos jurídicos, con un potencial inimaginable que no hace sino reforzar tal dinámica. El mundo editorial tradicionalmente depositario de la ciencia jurídica ha debido adaptarse y ha pasado a «jugar un rol significativo en el desarrollo del fenómeno del Derecho en flujo (...) la multiplicación de las revistas, la hiperespecialización y la parcelación de los saberes jurídicos contemporáneos incrementan la impresión de flujo normativo para los lectores (...) un bucle normativo que marea»²⁰.

A resultas de todo ello nos encontramos ante un Derecho que no para de proliferar, un Derecho «inflamado», un Derecho que, en ocasiones, roza un absurdo que linda con la ineficacia. Y es que el «siempre más», más y más Derecho, hace que si toda norma tomada aisladamente puede responder a una causa y tener una justificación, su acelerada multiplicación *ad nauseam* y el apilamiento de todas ellas puede provocar, como asegura la profesora Regad, su ilegibilidad cuando no directamente su ineficacia²¹.

1.2. ¿El Estado social o el Estado de los derechos del hombre?

En ese contexto una de las cuestiones a plantearse desde la Teoría del Derecho es cuál es nuestro modelo. A juicio del profesor Emeric nuestro único modelo es carecer de modelo. O bien eso, o incluso podría afirmarse justo lo contrario que tenemos un exceso de modelos pues los flujos normativos no han desbancado por completo conceptos y principios clásicos como el de jerarquía o pirámide normativa, por ejemplo, pero lo que sí han hecho ha sido enmarañarlos, enredarlos. El Derecho se ha convertido en una enredadera donde el principio y el fin, la causa y el efecto resultan imposibles de diferenciar. La coexistencia, ni siempre ni del todo pacífica, de dos modelos tan diferentes produce importantes dificultades técnicas y discordancias sustantivas. La distintiva fluidez a la que se ha visto abocado el Derecho, en paralelo a la fluidez técnica, económica y comercial, le ha ido espoleando hasta crear lo que

²⁰ EMERIC, N., *Penser les fluxs normatifs. Essai sur le droit fluide*, op. cit., pp. 127 y 128.

²¹ REGAD, C., «Aux limites du Droit: captures d'instantané», en C. REGAD (dir.), *Aux limites du Droit*, op. cit., p. 150.

se ha dado en llamar «normas kleenex»²², normas de usar y tirar, sean *hard law* o *soft law*, disposiciones de las que se nutre y depende un sistema voraz. Esa técnica jurídica perceptible en distinta fases y manifestaciones del Derecho no opera en el vacío, el Derecho antes vivido y percibido como freno y expresión sancionadora de límites ha pasado a convertirse en un «acelerador y propulsor» económico y social²³. Los flujos (de todo tipo) han resultado ser el mejor vehículo para la difusión y extensión del hiperdinamismo del que depende el sistema económico y financiero, de hecho, no parece haber mejor garantía para el mercado y los valores que propugna. El Derecho se «reformatea» y adapta: a otra sociedad otro Derecho y viceversa.

Así las cosas, convertido el Derecho en un *continuum* normativo, resulta dudoso que el concepto clásico de norma pueda permanecer incólume, la norma ya no es la expresión hierática y solemne que casi siempre era, ahora la norma es más bien «una hipóstasis de un complejo de poderes, de voluntades (individual o colectiva), de intereses, de posibilidades, ideales, representaciones sociales, luchas políticas e ideológicas subterráneas que tienden hacia una cierta dirección avanzando a menudo (aunque cada vez menos) enmascaradas»²⁴. Incluso más, los sociólogos hablan de la llegada y triunfo de una democracia emocional y sentimental y, si están en lo cierto, el Derecho producto y productor de esa democracia no podrá ser mucho menos sentimental²⁵. Será emocional tanto el Derecho que dimane de la fuerza centrípeta de los derechos humanos como el que resulte de la fuerza centrífuga y algo disolvente del pensamiento más liberal.

En parte debido al impulso de esa democracia emocional que tiende a crear una amalgama en la que se funden lo jurídico, lo moral y lo sentimental pero en parte también a causa de la potente *vis atractiva* de la idea de los derechos humanos se observa una absorción por parte de estos respecto a categorías supeditadas a ellos. Sería el caso de los derechos sociales cuya especificidad y función quedaría así diluida. Esa tendencia a la expansión de los derechos humanos no solo «altera» a aquellas otras categorías que acaba aglutinando sino que, más allá de ello, termina por afectar a la propia naturaleza del De-

²² EMERIC, N., *Penser les fluxs normatifs. Essai sur le droit fluide*, op. cit., p. 296.

²³ *Ibid.*, p. 302.

²⁴ *Ibid.*, p. 280.

²⁵ Incluso más allá de la democracia de las emociones, la profesora Victoria Camps analiza el decisivo papel de las mismas no solo en la política sino también en la educación, la ética, la cotidianidad... Al respecto *vid. El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011.

recho. Como señala, Colette Bec, «al privilegiar explícitamente la dimensión universalista de los derechos humanos corren el riesgo de transformarse en un simple señuelo»²⁶ y con ellos todos los otros a los que hubiera «atrapado».

No se trata de la interdependencia de los derechos a la que diversos textos internacionales hacen referencia sino de una «fusión realizada en nombre de la universalidad y de la generalidad de los derechos humanos que abole la dimensión selectiva del impacto de los derechos sociales con el riesgo de privar a los grupos sociales más débiles del poder que les era ofrecido de ese modo para acceder a una cierta libertad»²⁷. Esa tendencia, que tiende a consolidarse, contribuye a que algunas categorías jurídicas, como la de derechos sociales, pierdan su sentido y perfil original prevaleciendo un uso retórico de los mismos en detrimento de su finalidad y eficacia.

Una nueva coherencia parece abrirse paso en el sentido de que ese Estado social de Derecho, que después de la Segunda Guerra Mundial se había ido dotando de protección jurídica institucional, administrativa y judicial para garantizar la satisfacción de determinadas necesidades sociales por medio de derechos y prestaciones se encamina a algo parecido a un Estado de los derechos humanos. Ese paso que podría pasar casi inadvertido a fuerza de parecer neutro no es tal pues, cada vez con mayor frecuencia, la protección social es percibida más como un «sistema de protección individualista en el que cada individuo calcula los beneficios y los costes correspondientes de manera análoga a un simple contrato de seguro»²⁸ arraigando poco a poco la sensación de algo parecido a una «soberanía individual» que poco o nada debe a nadie.

Si todos los derechos pasan a ser fundamentales o humanos y se multiplica un calificativo que «la tradición jurídica europea raramente asociaba a los derechos sociales se despierta una sospecha que apunta a ocultar la eficacia relativa de los mecanismos de protección propiamente jurídicos»²⁹. Pero si a los derechos sociales no favorece esa suerte de deriva que en el Estado social se entrevé, tampoco a los derechos humanos beneficia una expansión tal que no hace sino desvirtuar y descomponer la idea e intención primigenia de los derechos del hombre. Y sin embargo no parece fácil sustraerse a ese empuje

²⁶ BEC, C., *De l'état social à l'état des droits del homme?*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2011, p. 194.

²⁷ *Ibid.*, p. 191.

²⁸ COMMAILLE, J., *Les nouveaux enjeux de la question sociale*, Paris, Hachette, 1997, p. 48.

²⁹ HERRERA, C.M., «Le concept de droits sociaux fondamentaux dans la mondialisation», en J.-Y. CHÉROT y B. FRYDMAN, *La science du droit dans la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2012, p. 166.

que lleva a una nueva alineación de los derechos que a todos quiere fundamentales y humanos.

En realidad, advierte Colette Bec, «la mutación es doble, la de los derechos sociales y la de los derechos humanos y responde a una mutación del Derecho mismo siendo esta última la expresión de una evolución de los modos de regulación de nuestras sociedades (...) La categoría de derechos del hombre deviene más amplia y heterogénea cada vez. El añadido incesante de nuevos derechos los banaliza considerablemente por mucho que sean solemnemente proclamados». Lo cierto es que se trata de una extensión problemática y abusiva de la noción», una auténtica «bulimia declaratoria»³⁰ que acarrea una pérdida de la fuerza normativa y, por ende, del carácter transformador y emancipador de tales derechos.

2. ¿EL DERECHO LO RESISTE TODO?

Si se da en el Derecho esa mutación que afecta a su totalidad y su naturaleza tal vez convendría debatir si el Derecho lo resiste todo o, planteado de otro modo, si acaso no tiene límites. En un intento de atajar la cuestión podría argüirse que nos hallamos ante cambios de índole meramente formal que en poco o nada afectan a lo que el Derecho fue y es. Sin embargo resulta mucho más plausible el planteamiento defendido por Ost y Van de Kerjove según el cual «existe una interdependencia parcial entre la sistematicidad formal y material» porque «las relaciones que se establecen entre los elementos de un sistema jurídico no son exclusivamente de orden lógico sino que también son de orden material o sustancial»³¹. Lo cual nos lleva a afirmar que la alteración del equilibrio entre los diferentes derechos no se queda en una transformación técnica sino que precisamente por serlo alcanza también a lo funcional y sustantivo.

Idea que coincide con la defendida por Michel Villey pues si para él «la aparición de los derechos del hombre testimonia la descomposición del concepto de Derecho» se debe a que han sido mal utilizados, convertidos en «herramienta para todo», desvirtuados y por ello anulados al prescindir de su

³⁰ BEC, C., *De l'état social à l'état des droits del homme?*, op. cit., p. 197.

³¹ VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *Le système juridique entre ordre et desordre*, PUF, París, 1988, pp. 91 y 89.

carácter necesariamente relacional y ‘excepcional’. Al obviar conscientemente que los derechos del hombre no pueden ser ejercidos en provecho de todos, al no elegir, al pretender enmascarar la certidumbre de que «el inconveniente de los derechos del hombre es que nadie podría utilizarlos sino en detrimento de algunos»³² se corre el riesgo de convertirlos en meramente declarativos y en modo alguno efectivos. El ejercicio de los derechos del hombre no es, por mucho que quisiéramos, una acción y elección de suma cero. «Cada uno de los pretendidos derechos del hombre es la negación de otros derechos del hombre y, ejercido separadamente, es generador de injusticias»³³.

Esta dinámica jurídica con vocación expansiva de los derechos humanos y sociales se ve nivelada, e incluso algo neutralizada, por la otra: la que vehicula y manifiesta el impulso ideológico y normativo liberal. El tira y afloja entre ambas es el origen de buena parte de las tensiones, contradicciones, paradojas y hasta aporías en las que el Derecho contemporáneo se ve envuelto.

2.1. Órdenes, desórdenes, equilibrios

La búsqueda de equilibrio es una de las constantes en la conducta humana individual y social, lo más habitual es que para alcanzarlo se siga una trayectoria pendular. Esa es una constante que se reproduce en el ámbito jurídico donde históricamente hemos pasado del iusnaturalismo al iuspositivismo, de la veneración de la ley a su descalificación, de la estructura piramidal del derecho a su disposición en red o malla... En ese tránsito de un polo al otro oscilamos permanentemente contentándonos con frecuencia «con la proclamación de principios sin preguntarnos si en el mundo concreto, en el universo de preocupaciones cotidianas, inspiran verdaderamente la acción pública y la de los ciudadanos»³⁴. En ese perenne rastreo en pos de un equilibrio, cada vez menos estable y duradero, fluctuamos entre dos contrarios que acaban por determinar todo: el orden y el desorden.

Si Paul Valéry andaba en lo cierto no debemos permanecer en ninguno de ellos, ni siquiera en el polo del orden, pues uno y otro, orden y desorden,

³² VILLEY, M., *El Derecho y los derechos del hombre* (tr. O. Corres), Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 148.

³³ *Ibid.*, p. 25.

³⁴ ALBERTINI, P., *La crise de la loi. Déclin ou mutation?*, Lexis Nexis, París, 2015, p. 15.

asumidos en su máxima expresión acaban por suponer un peligro. Ambos se convierten en males en la medida en que «el espíritu va, en su trabajo, de *su* desorden a *su* orden. Es importante que conserve hasta el final los recursos del *desorden* y que el orden que ha comenzado a darse no le atrape tanto, ni se le convierta en un maestro tan rígido, que no pueda cambiarlo y utilizar su libertad inicial»³⁵. No es solo que el uno no pueda prescindir del otro es que ambos se precisan y complementan pues «lejos de aparecer como la antítesis del orden o por lo menos como su imagen caída, el desorden opera más bien como condición del orden, de otro orden»³⁶. Entre orden y desorden, o los dos a la vez, ahí y así camina el Derecho. Y aún así «no solo entre orden y desorden se desarrolla la sistematicidad jurídica, como si la sistematicidad se mantuviera siempre en una prudente vía intermedia entre esos extremos ineluctiblemente opuestos. Su proyección parece tomar a veces las vías del orden y otras veces las del desorden como si estos cambiaran secretamente sus posiciones, como si se invirtiera la tensión que recorre el campo jurídico entre los polos de organización y desorganización»³⁷.

Es decir, orden y desorden no tienen ni contenidos, ni formas, ni estructuras definitivas sino que son mutables y varían. Puede que lo que hoy sea tenido como orden mañana sea considerado desorden y viceversa, o tal vez no, o tal vez en parte. En ese juego de opuestos, la tentación de identificar orden con Derecho y desorden con No-Derecho, por seguir y atenernos a la idea y nomenclatura de Carbonnier, es inapropiada y tramposa pues el No-Derecho puede coincidir y propiciar orden de igual manera que el Derecho des-orden. Muy probablemente la clave resida en que «cuando hablamos de No-Derecho, hay que entender, no el vacío absoluto de Derecho sino un descenso más o menos considerable de la presión jurídica (...) Lo esencial en la hipótesis del No-Derecho es la retirada, esto es, el abandono por el Derecho de un ámbito que ocupaba tradicionalmente o que había sido de su competencia ocupar. Esa retirada del Derecho no es irreversible. El movimiento de paso del Derecho al No-Derecho va seguido por un movimiento inverso que va del No-Derecho al Derecho»³⁸, una interdependencia y vinculación que atraviesa todo el Derecho.

³⁵ VALÉRY, P., *Tel quel. Oeuvres II*, La Pléiade, París, 1960, p. 714.

³⁶ VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., 17.

³⁷ *Ibid.*, p. 237.

³⁸ CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, París, 2001, p. 176

Paradojas que permiten confirmar que los «recursos del desorden» de que hablaba Valéry existen y son ineludibles también en el Derecho puesto que «a falta de un determinado número de factores de desorden un sistema jurídico no conseguirá cumplir las funciones de ordenación y de regulación que se esperan de él»³⁹. La cuestión es ¿cuál es ese número?, ¿cuál es esa proporción? ¿Acaso las debilidades de los sistemas jurídicos contemporáneos: inflación normativa, fugacidad normativa... que les someten a un estrés y desorden aparentemente irreductible son convenientes? Volvemos de nuevo a los límites del Derecho: ¿hasta dónde puede llegar el Derecho y su abierta textura? Para Michel Tropper no caben dudas: «El Derecho no tiene límite desde el momento en que el Derecho puede tener cualquier contenido y dirigir cualquier actividad humana. Ciertamente se le puede oponer reglas morales pero desde el momento en que el Derecho define sus propios criterios de validez él define por sí mismo la regla moral por lo que la regla moral no puede privar por sí misma de validez a ninguna regla jurídica y no constituye pues ningún límite oponible»⁴⁰. Derecho es, como aquel otro rey Midas que todo convertía en oro, el que es capaz de convertir en Derecho todo cuanto toca: *soft law*, *hard law but law*.

2.2. ¿Dónde quedan las Constituciones?

Si en un ámbito jurídico se hace patente la tensión a que se lleva al Derecho con la pugna entre derechos humanos *versus* positivismo liberal (neo-liberal o ultraliberal) es en el espacio normativo de las Constituciones. Mientras que en las Declaraciones nada ensombrece el protagonismo de los derechos, en las Constituciones, en cambio, asoma una potencial rivalidad entre unos derechos fundamentales/humanos cada vez más amplios, ampliados y desarrollados frente a regulaciones y principios de corte liberal cuya aplicación puede debilitar e incluso derrotar a aquéllos, una colisión que se hace manifiesta en lo que respecta a los derechos llamados sociales. Tal debilitamiento no llega necesariamente por la vía normativa de la derogación pues ni son precisas ni siempre se recurre a esas normas secundarias, bien al contrario, algún sector

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ TROPPER, M., «Limites juridiques et limites théoriques», en C. REGAD (dir.), *Aux limites du Droit*, *op. cit.*, p. 280.

de la doctrina europea viene hablando desde hace tiempo del fin de las Constituciones por la vía de los hechos. Ya en 2002 el profesor Eisenmann cuando se refería al «nacimiento y muerte de los sistemas y las reglas» incluía, entre otras, la posibilidad de su «eliminación de hecho por una práctica contraria»⁴¹. La imbricación entre Derecho y hechos va cobrando, también en este ámbito, una importancia creciente por mucho que siga habiendo «juristas que intervienen haciendo como si no hubiera otra cosa que normas jurídicas que se suceden las unas a las otras, como si hubiera una continuidad normativa vinculada a las Constituciones. Juristas que minimizan los hechos y dan a entender una muerte exclusivamente jurídica de las Constituciones (...) Incluso aquellos juristas que admiten la intervención de los hechos en el fin de las Constituciones solo ven hechos jurídicos (...) reconstruyendo jurídicamente la continuidad como si los hechos no hubieran tenido lugar. Pero, y esto es importante, la sucesión de los hechos produce un efecto jurídico»⁴², tan es así que Aude Zaradny apunta al «fin de las Constituciones por los hechos»⁴³.

Con todo no es ese el único fenómeno observable en lo que a Constituciones se refiere. Junto a ese «fin de las Constituciones» anunciado por algunos autores, el Constitucionalismo global trae consigo un desplazamiento de la ocasión de esa norma. La tradicional identificación Estado-Constitución va dejando paso a otro discurso que, tratando de dejar atrás los límites territoriales clásicos del Constitucionalismo, esboza un Constitucionalismo de vocación universalista que rebasa al Estado. La paulatina desconexión de conceptos como Estado, Constitución, jerarquía normativa... se deben, al menos en parte, a la descalificación de las Constituciones Estatales.

Si las Constituciones nacionales sólidamente «estaticéntricas no parecen ya beneficiarse de manera automática y evidente del estatuto de ley suprema del país» se debe, como apunta el profesor Tusseau, a la doble descalificación padecida por ese tipo de norma: una descalificación autónoma y una descalificación heterónoma. En el primero de los casos, el de la descalificación autónoma, es posible identificar hasta tres grados o ejemplos de sumisión de las normas constitucionales hacia las internacionales: la im-

⁴¹ EISENMANN, Ch., «Droit Constitutionnel et science politique» en ID., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques. Textes réunis par Ch. Leben*, Presses de l'Université de Panthéon-Assas, París, 2002, p. 518.

⁴² ZARADNY, A., «La fin des Constitutions», en A. ZARADNY, N. WOLFF y T. F. GRAFF (dirs.), *La fin du Droit? Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013*, Mare et Martin, París, 2015, p. 97.

⁴³ *Ibid.*, p. 91.

posición de que las Constituciones estatales sean interpretadas conforme a ciertas normas internacionales⁴⁴; la sumisión voluntaria de muchos Estados de Latinoamérica a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y, por último, el condicionamiento de la validez de las normas constitucionales respecto a las internacionales⁴⁵. Por otro lado y como muestra de la descalificación heterónoma cabría mencionar la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el del Estado⁴⁶.

A consecuencia de todo ello, de forma paulatina, va cobrando fuerza la soñada idea de un Constitucionalismo global o lo que es igual, un Constitucionalismo sin Estado. Un Constitucionalismo que, por seguir con las distinciones propuestas por Tusseau, podría tomar la forma de un Constitucionalismo supraestatal o de un Constitucionalismo transnacional. En el caso del Constitucionalismo supraestatal distintos fenómenos simultáneos e interdependientes contribuirían al desarrollo de un discurso constitucional a nivel supranacional:

- la sustancialización del derecho internacional, o lo que es igual, textos internacionales que limitan el poder de los Estados en nombre de un interés general, en ese sentido los denominados Bienes Públicos Globales son un propósito natural de Naciones Unidas;
- la verticalización del derecho internacional, el orden jurídico internacional tiende a jerarquizar las instituciones que lo componen como se desprende de la sentencia del TJUE de 23-4-1986, 294/83, §23 según la cual «la CEE es una Comunidad de Derecho en la que ni los Estados

⁴⁴ Piénsese, por ejemplo, en el art. 10.2 de la C.E.

⁴⁵ Ese sería el caso de los artículos 193.4 y 194.2 de la Constitución suiza en virtud de los cuales en caso de revisión parcial o total de la Constitución Suiza las reglas imperativas de Derecho Internacional no podrán ser vulneradas TUSSEAU, G., «Un chaos conceptuel que fait sens: la rhétorique du constitutionalisme global», en J.-Y. CHÉROT y B. FRYDMAN, *La science du droit dans la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 188-190.

⁴⁶ Así ha sido a partir de la sentencia del TJCE de 17-12-1970, 11/70, §§ 3-4 en virtud de los cuales ninguna norma de Derecho interno de los Estados miembros la Unión Europea (entonces Comunidad) ni siquiera las normas constitucionales puede impedir la aplicación del Derecho supranacional y el control del Constitucionalismo nacional por parte del TEDH. O, en idéntico sentido, mientras que según el gobierno español el Tribunal Constitucional disponía de una naturaleza particular y no tenía porqué estar sometido al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, la sentencia del TEDH de 23-6-1993 (12952/87) consagró la subordinación de la actividad jurisdiccional constitucional española a esa norma internacional y a dicho tribunal. Al respecto, *ibid.*, pp. 191-192.

- miembros ni sus Instituciones –refiriéndose en el caso concreto al Parlamento Europeo– escapan al control de la conformidad de sus actos a la Carta Constitucional de base que es el Tratado»; o
- la constitucionalización de actores internacionales de la ONU a la UE⁴⁷.

Por su parte, la materialización de un Constitucionalismo transnacional se evidenciaría por la substanciación de regímenes jurídicos privados, piénsese en la implicación de los actores privados en la articulación de la Responsabilidad Social Corporativa⁴⁸ o en la formación de un «Constitucionalismo societal».

Es precisamente en el marco de lo que Teubner denomina «Auto-Constitucionalización sin Estado» donde emerge el «Constitucionalismo societal: sectores de la sociedad mundial que comienzan a desarrollar, etapa tras etapa, sus propias normas constitucionales. Persistentes problemas sociales que aparecen en el seno de sistemas mundiales autónomos engendran conflictos sociales que tratan con normas jurídicas dotadas de propiedades constitucionales. Esas normas son a continuación agregadas a través del tiempo, bajo la forma de constituciones sectoriales de la sociedad mundial»⁴⁹.

Todo lo cual resultaría válido para actividades como la economía, la salud, el deporte, el turismo, las nuevas tecnologías... Y es que «como ocurre con Internet nuevos campos de actividad tienden hacia la auto-organización antes de que los Estados puedan movilizarse a fin de regular esas cuestiones y demasiado rápidamente como para que los actores constitucionales tradicionales puedan llevar a cabo la menor iniciativa sobre los procedimientos y los principios sustanciales que son adoptados incluso aunque estos estén a menudo relacionados con preocupaciones expresadas en términos de derechos fundamentales. Partes importantes de la *Lex Digitalis*, de la *Lex Constructionis*, etc. resultan así verdaderas Constituciones de corporaciones transnacionales»⁵⁰.

Al margen de ello es bien sabido que las aportaciones de la idea misma de Constitución han redundado por supuesto en el Derecho y la política

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 193-196.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 198-199.

⁴⁹ TEUBNER, G., Constitutionalizing Polycontextuality <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852930/ConstitutionalisingPolycontextuality_eng.pdf>.

⁵⁰ TEUBNER, G., *Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of 'Private and Public' Corporate Codes of Conduct*, <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852833/CSR_conference_bremen.pdf>.

pero también, y no en menor medida, en la ciencia jurídica que durante siglos ha reportado seguridad argumentativa e intelectual. Sin embargo, en los últimos tiempos asistimos a un diálogo algo confuso entre el Constitucionalismo clásico y el denominado Constitucionalismo global. La relación entre ambos resulta ambigua y equívoca toda vez que dentro del Constitucionalismo global encontramos una variedad tal de propuestas que resulta difícil establecer correspondencias y articular nexos entre ambos. Del Pluralismo Constitucional⁵¹, al Constitucionalismo Transnacional⁵², el Constitucionalismo multinivel⁵³, el Transconstitucionalismo⁵⁴ o el Constitucionalismo pos-nacional...⁵⁵ variantes todas ellas inspiradas por una visión optimista y aun idealista de las posibilidades del Constitucionalismo global imbuido del espíritu universalista de los derechos humanos.

Se diría que en la literatura se aprecia una sobreabundancia en el uso del término Constitución con significados bien diferentes lo que en absoluto se traduce en un mayor grado de eficacia o refuerzo de su vinculatoriedad. Al contrario, el exceso de su uso resulta un tanto sospechoso y, como en el caso de los derechos humanos, conlleva una alteración de su naturaleza jurídica. Un mayor número de Constituciones no necesariamente significa en la práctica una mayor protección de los derechos humanos ni a nivel estatal ni supraestatal pues también entra en juego la otra gran corriente jurídica antes mencionada cuya acción tiende a frenar o neutralizar aquellos valores e intereses que interpreta como desacertados, incompatibles o contraproducentes. Pero hay algo más, no es solo una cuestión cuantitativa, ese texto «casi sagrado»⁵⁶ que es la Constitución, gracias a un consenso básico y una conciencia reformada, lleva al conjunto social a un nuevo momento fundacional. En ese sentido podría decirse que la Constitución es la llave misma de la nueva etapa pero, a día de hoy, ni ese consenso existe ni sabemos cómo ni cuándo existirá.

⁵¹ WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, vol. 65 (2002), pp. 317-359.

⁵² STEIN, E., «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 1-27.

⁵³ PERNICE, I., «Multilevel Constitutionalism in the European Union», *European Law Review*, 2002, pp. 511-529.

⁵⁴ NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, Sao Paulo, W.M.F. Martins Fontes, 2009.

⁵⁵ SHAW, J., «Postnational constitutionalism in the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 6(4), pp. 579-597.

⁵⁶ SLOTERDIJK, P. *¿Qué sucedió en el siglo XX?*, op. cit., p. 188.

2.3. *Polisoberanía, policracia, ¿poliderecho?*

Si hay un principio en torno al cual pueda decirse que gira la sociedad contemporánea, como ya se ha tenido ocasión de mostrar, es el de la sobreabundancia⁵⁷. Esa sobreabundancia no se refiere solo o no tanto a lo material cuanto a las opciones inmateriales. Prueba de ello podría ser lo ocurrido con la soberanía. Y no nos referimos a las diferentes propuestas que a lo largo de la Historia han tratado de definir la soberanía atribuida por algunos a la capacidad legislativa, al poder de decisión del estado de excepción por otros⁵⁸ o, en sentido contrario, a la garantía del mantenimiento de la «normalidad». Hablamos de que hoy incluso «la soberanía es múltiple», pues existe una «soberanía implícita: las representaciones fuertemente compartidas en el seno de una sociedad» y además «una soberanía explícita que se remite a instancias e instituciones particulares»⁵⁹. La soberanía explícita no elimina la implícita simplemente añade «un nivel de acción por el que la sociedad actúa expresamente de manera identificable»⁶⁰.

Esa «soberanía explícita» es, a su vez, múltiple. Si bien es verdad que la paz de Westfalia de 1648 había establecido una soberanía única con una total identificación entre Estado-poder-territorio, la caída del muro de Berlín, la desaparición del mundo de bloques y la expansión fortalecida del pensamiento liberal precipitaron la sustitución de esa soberanía explícita única por la «doble soberanía explícita» Estado-Mercado⁶¹. En ese punto la cuestión más relevante es la de medir y conocer la proporción en que la soberanía queda repartida entre ambas instancias y cuándo la segunda, el mercado, puede llegar a convertirse en riesgo o amenaza para el primero, el Estado. El problema reside, en que «un mercado globalizado, que reduce hasta la insignificancia las capacidades de acción del poder propiamente político, territorialmente circunscrito, abre en cambio otra soberanía: un poder de influencia indirecto pero inmenso, abandonado a un pequeño número de decisores económicos mundiales, estructuralmente indiferente al interés general». Y sin embargo «la soberanía

⁵⁷ Para conocer algo más las causas y efectos sociales del principio de sobreabundancia *vid.* SLOTERDIJK, P. *¿Qué sucedió en el siglo XX?*, *op. cit.*, pp. 76, 84 y 85.

⁵⁸ Como es sabido en su *Teología política* de 1922 Carl Schmitt defendía la tesis de que soberano es quien decide el estado de excepción.

⁵⁹ BOURG, D., *Le marché contre l'humanité*, PUF, París, 2019, pp. 31 y 163.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 23 y 24

⁶¹ *Ibid.*, p. 35.

política es la única que nos confiere, de manera colectiva y concertada, los medios para actuar sobre nuestro destino consciente y voluntariamente»⁶².

El peligro es que, si la «soberanía de mercado» arrincona a la política, dada la ausencia de vías de conocimiento y participación de la ciudadanía y su probable desinterés por ciertas cuestiones no económicas o no financieras, la humanidad puede llegar a convertirse en un referente sin peso, desprovisto de los canales necesarios para su intervención e influencia.

En ese marco la pregunta es: ¿acaso puede darse una polisoberanía sin la consecuente policracia? Entendiendo por policracia no el gobierno de muchos sino la concreción de dichas soberanías en diferentes instancias de poder de naturaleza diversa. ¿Y acaso el siguiente elemento de esa lógica no es que tales soberanías, plasmadas en esas instancias de decisión (política y económica fundamentalmente) generen su propio y específico Derecho y que tales manifestaciones jurídicas coexistan en una suerte de poliderecho? Lo que resulta es que esa sobreabundancia y difuminación de actores, gestores y normas genera una especie de imperio en el que no gobierna nadie⁶³ o todos y que ello produce, entre otros efectos, un grado considerable de desconcierto y desorientación.

3. LA HUMANIDAD ENTRE EL MERCANTILISMO Y EL HUMANISMO JURÍDICO

3.1. *El Derecho global: normatividad hiperactiva y pan-nomia*

La denominación de «poliderecho» trata de reflejar la coexistencia de Derechos de distinta naturaleza y por tanto legitimidad que provendrían de instancias públicas y privadas diferentes con diversas capacidades decisorias. Pese a las significativas diferencias que entre ellos puedan existir les une un rasgo común: la hiper-actividad. Esta característica habitualmente atribuida al Derecho «de origen público» no es, sin embargo, privativa de este, afecta a todo tipo de Derecho con independencia de su origen. Una reacción ante la posibilidad de que el «otro Derecho» promueva una respuesta jurídica con-

⁶² *Ibid.*, pp. 163 y 164.

⁶³ «En el imperio propiamente no gobierna nadie. Él constituye el sistema capitalista mismo, que recubre a todos. Así hoy es posible una explotación sin dominación», HAN, B.-C., *En el enjambre* (tr. R. Gabás), Herder, Barcelona, 2016, p. 31.

traría a los propios intereses, o simplemente diferente a la deseada, provocaría una «producción» generalizada y fluida de Derecho. La «competencia» entre ellos y la velocidad de la respuesta tratando de anticiparse acabaría por generar una hiperactividad coherente con la sobreabundancia a la que nos venimos refiriendo.

En demasiadas ocasiones el resultado de ello no es el de un avance o movimiento dirigido puesto que, en la medida en que las normas defiendan postulados enfrentados, se puede asistir a la paralización del Derecho a pesar de que este no cese de aumentar o precisamente a causa de ello. El Derecho, a falta de una síntesis entre ambas corrientes, puede quedar atascado, bloqueado a consecuencia de la tensión ejercida por ambas en sentidos opuestos.

No se trata tanto del miedo al vacío o la laguna jurídica propiamente dicha sino del temor a que «el otro Derecho» se adelante en la prescripción o regulación. Ello no obsta para que, en ciertas ocasiones y circunstancias, un Derecho se remita al otro o lo asuma directamente porque en algunos sectores la colaboración entre ellos prima, incluso pueden llegar a ser interdependientes (normas técnicas, estándares de calidad...). Pero incluso en estos supuestos la sospecha de que la otra normativa no sea la óptima impulsa y acelera el diseño y la emisión de la propia. En este contexto de la hiperactividad del Derecho⁶⁴ es necesario preguntarse por el papel de los límites. Los límites del poder político en lo que a las posibilidades de los derechos humanos se refiere determinados en parte por los del poder económico que, a su vez, vienen condicionados por las exigencias del poder político. Esto es, cada uno actúa como contrapoder del otro. Pero este planteamiento de equilibrios sostenidos es más propio del pasado que del presente. La concurrencia de dos fenómenos jurídicos tendría mucho que ver con el fin de una relación más o menos compensada. El primero, el *Law shopping o forum shopping* que deriva en una competencia normativa. La expresión *law shopping*, acuñada en Norteamérica, da nombre a la posibilidad de elección del derecho aplicable por las partes de entre varios sistemas jurídicos. Esa optatividad acaba propiciando una compe-

⁶⁴ Una de las consecuencias del Síndrome de fatiga de la información (*IFS*), la anulación o merma de la capacidad crítica, motivado por el exceso de información producida o recibida a la que nos vemos expuestos podría hacerse extensible, en mi opinión, al ámbito jurídico. La combinación del extraordinario caudal de normas y su corta vigencia obstruye la reflexión y sentido crítico primordial en el ámbito de los derechos y libertades. Quizás incluso podríamos llegar a plantearnos la existencia de un Síndrome de la fatiga jurídica, un *Legal Fatigue Syndrom* análogo al *Information Fatigue Syndrom*.

tencia normativa entre los Estados, una carrera por «ofertar» a los inversores el Derecho más atractivo desde el punto de vista fiscal, social... Sin embargo, como toda técnica la del *forum shopping* puede ser empleada con muy diferentes fines. Así, junto a esa faceta la «guerra de normas» ofrece otro tipo de posibilidades como lo es la realización de estándares de justicia internacionales o la condena de la violación de ciertos derechos humanos en una búsqueda de la mejor «hospitalidad judicial»⁶⁵. El segundo, ya aludido, sería la aparición de un flujo normativo ininterrumpido compuesto por *soft law* y *hard law* que aunque permanecen bien diferenciados en ámbitos como el Derecho Penal lo están mucho menos fuera de él.

A dichos fenómenos habría que sumar otros de naturaleza extra-jurídica: las posibilidades tecnológicas, el predicamento de los postulados neoliberales... La convergencia de todos ellos genera la aparición del Derecho global que no es un Derecho sin el Estado sino un Derecho donde junto a los Estados, su soberanía tradicional y normativa existe toda una constelación de actores con una «soberanía explícita» diferente y su propio Derecho.⁶⁶ Y aunque se ha llegado a tildar la globalización del Derecho de «una idea teóricamente inútil»⁶⁷ un importante sector de la doctrina nacional e internacional entiende que, pese a los inconvenientes teóricos y prácticos, hoy resulta casi obligatorio hablar del Derecho global dada la propagación y reconocimiento alcanzado, como por otra parte queda de manifiesto en el volumen de estudios académicos.

⁶⁵ Oportunidades que, en todo caso, algunas ONGs no han dejado pasar como lo demuestra el caso Pinochet o los procesos contra la petrolera francesa «Total» y la norteamericana «Unocal».

⁶⁶ La óptica de la ciencia política no difiere demasiado de la jurídica en este punto: «la globalización no es una economía mundial verdaderamente integrada, tampoco es un sistema de estados nacionales en vías de decadencia. Por el contrario, el estado permanece en el corazón mismo del nuevo sistema global (...) el estado sigue ofreciendo las condiciones indispensables para la acumulación del capital global, no menos que para las empresas muy locales (...) Hoy el mundo es más que nunca un mundo de estados nacionales. La forma política de la globalización no es un estado global ni una soberanía global (...) La esencia misma de la globalización es una economía global administrada por un sistema global de múltiples estados y sobernías locales, estructurados en una compleja relación de dominio y subordinación», E.W. WOOD, *El imperio del capital* (tr. D. González), El viejo Topo, Barcelona, 2004, pp. 165, 167 y 169.

⁶⁷ El profesor Rouvière encuentra dos series de obstáculos en la elaboración del concepto mismo de Derecho global: la primera, la de encontrar un acuerdo previo sobre el campo empírico a explorar. La segunda, la que desplaza el debate hacia la Teoría del Derecho la resuelve afirmando que la idea del Derecho Global no aporta nada por sí misma y carece de toda originalidad. A su parecer «la idea teórica de la globalización del Derecho es bella y bien inútil», F. ROUVIÈRE, «La Globalisation du Droit: une idée théoriquement inutile», en CHÉROT y B. FRYDMAN, *La science du droit dans la mondialisation*, op. cit., pp. 119-126.

micos que se ocupan de él. El punto de vista del profesor Frydman resulta novedoso: sugiere trasladar al Derecho la clásica distinción de los economistas entre microeconomía y macroeconomía a fin de disponer de dos horizontes diferentes para el análisis del fenómeno jurídico actual. Así, la perspectiva macrojurídica se ocuparía del derecho objetivo u ordenamiento jurídico mientras que la microjurídica lo haría de los derechos subjetivos con los casos concretos en el horizonte. En realidad, se trata disociar los dos grandes legados de que depende nuestro Derecho: el método del caso proveniente del Derecho Romano y el del orden jurídico impuesto por los Modernos devenidos hoy en amalgama. Frydman estima que «el concepto de orden jurídico se ha impuesto de tal manera sobre el continente europeo que cuando estudiamos el Derecho prácticamente siempre privilegiamos la aproximación macrojurídica, como si no hubiera otra, al menos no científicamente válida (...) De hecho hemos extrapolado ese concepto aplicándolo a niveles supra-estatales (...) el orden jurídico comunitario y (...) el orden jurídico internacional»⁶⁸.

Sea como fuere, ante las deficiencias que el modelo del orden jurídico unitario evidencia para comprender el Derecho global, algunos autores han optado por las posibilidades brindadas por el pluralismo jurídico ya apuntado por Santi Romano a principios del siglo XX. Sin embargo, para Frydman esa opción no puede dar cuenta de la complejidad del Derecho contemporáneo pues, a su juicio, no es suficiente, reemplazar el monismo por el pluralismo, sino que resulta preciso «desplazar el concepto de orden jurídico para pasar a considerar las normas directamente y las interacciones jurídicas entre los actores». O lo que es igual, hay que pensar el Derecho sin el orden jurídico puesto que «pensar el Derecho como un orden estatal solo se justifica desde la perspectiva de la soberanía clásica» ya superada. Frydman deja atrás el pluralismo porque para él «el Derecho actual no engloba todo el campo de la normatividad, incluso aunque él pretenda dominarla. El Derecho no es más que una forma entre otras de regulación social que presenta características precisas (...) No todas las normatividades se inscriben ya siempre en ese esquema (...) Algunas de esas normas operan como «equivalentes funcionales» de las normas jurídicas (...) La filosofía del Derecho debe interesarse por ellas incluso si ello implica una extensión de su disciplina a un campo más amplio de normatividades»⁶⁹.

⁶⁸ FRYDMAN, B., «Comment penser le Droit Global?», en CHÉROT y B. FRYDMAN, *La science du droit dans la mondialisation*, op. cit., pp. 21 y 22.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 29.

La concurrencia y combinación de varios factores entre los que merecen especial atención la pluralidad normativa que iría más allá del pluralismo jurídico al desarmar la idea misma de sistema clásico, con una especial relevancia de los estándares y normas técnicas; la hiperactividad; la competencia normativa; la creación y comunicación del Derecho en flujos; la emergencia de actores normativos y los nuevos tipos de soberanía hace que la sociedad mundial se caracterice por lo que Frydman ha dado en llamar «estado de pan-nomia» pues «las normas surgen por todas partes, proclamadas por legisladores improvisados públicos y privados». Y todo ello ha ido conduciendo a la aparición, aún borrosa e imperfecta⁷⁰, de una teoría elemental del Derecho global. Una teoría que ya no podrá basarse como lo hiciera la tradicional «ni sobre un inventario exhaustivo de fuentes, ni sobre la construcción de un orden coherente y completo sino sobre la descripción de un número finito de elementos simples cuyas combinaciones permitirán rendir cuentas de la multiplicidad de ordenaciones aparentemente anárquicas, incoherentes y arbitrarias que la realidad pone ante nuestros ojos».⁷¹ Ante todo una teoría realista del Derecho que consiga reflejar y clarificar la realidad jurídica presente como una labor académica necesaria para ayudar y preparar a los juristas a pensar el Derecho en lo global partiendo de la premisa del profesor Millard, de que «la globalización es menos un problema de teoría que un problema de falta de teoría»⁷².

3.2. Europa, ¿un caso aparte?

El uso o abuso del término globalización conducen a pasar por alto escalas geográficas menores, pensemos en Europa sin ir más lejos. Europa más que un lugar es, ante todo, un concepto, su identificación con la defensa de los derechos humanos se ha convertido en una seña de identidad. Dicho lo cual tampoco puede obviarse que las diversas declaraciones⁷³, en defensa de los mismos

⁷⁰ Al respecto *vid.* M.J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Esbozo de una teoría imperfecta del Derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización*, Atelier, Barcelona, 2018.

⁷¹ FRYDMAN, B., «Comment penser le Droit Global?», en CHÉROT y B. FRYDMAN, *La science du droit dans la mondialisation*, *op. cit.*, p. 48.

⁷² MILLARD, É., «Rendre compte du Droit dans un contexte de globalisation», en CHÉROT y B. FRYDMAN, *La science du droit dans la mondialisation*, *op. cit.*, p. 61.

⁷³ Nos referimos básicamente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde 1953

provenientes tanto de la U.E. como del Consejo de Europa, no siempre son ni han sido del todo compatibles con algunas de sus decisiones políticas y jurídicas, el caso de los refugiados sería un clamoroso ejemplo. Podría decirse que, a veces, Europa vacila o tartamudea. Con todo, dada la convicción europea en los valores que defienden los derechos humanos tal vez debiéramos plantearnos la cuestión desde otro ángulo: ¿la globalización da la espalda a esa Europa?, ¿puede Europa seguir siendo Europa en la globalización?, ¿puede Europa seguir siendo Europa sin la globalización?, ¿es Europa un caso aparte?

Podría pensarse que hay algo de trampa en esa controversia pues preguntarse por la relación entre Europa y la globalización es una manera metonímica de preguntarse por Occidente y la globalización. Una de las teorías más extendidas al respecto sostiene que la globalización vendría a ser, en realidad, la occidentalización del mundo, sin embargo autores como Pierre Legendre discrepan de tal identificación y critican la común y cómoda confusión entre occidentalización y mundialización (término utilizado en Francia) sin prestar la suficiente atención a que es en la globalización de los intercambios donde se halla el fundamento y sentido de la globalización⁷⁴. Es probable que el «error» nazca del papel pionero de Europa en el fortalecimiento de las relaciones comerciales, esto es, del hecho de ubicar en Europa el origen de la expansión del mercantilismo y el capitalismo, sin embargo hoy la globalización articulada, dirigida y comunicada por medio de flujos tiene una entidad y naturaleza propia y distinta.

Sea como fuere, el debate queda lejos de cerrarse pues cada vez se vislumbra con mayor claridad la existencia de, al menos, dos Occidentes: Europa continental versus E.E.UU. y la órbita angloamericana. Dos Occidentes⁷⁵ cuya existencia se debería a su dispar posicionamiento respecto a la defensa y garantía de los derechos humanos como un todo puesto que, *stricto sensu*, el modelo económico liberal no es el modelo de Europa sino

y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión el 7 de diciembre de 2000 en Niza. El 12 de diciembre de 2007 se firmó en Estrasburgo una versión revisada y después, una vez ratificado el Tratado de Lisboa, la Carta fue vinculante para todos los países miembros con algunas excepciones para Polonia y el Reino Unido.

⁷⁴ P. LEGENDRE, *Lo que Occidente no ve de Occidente* (tr. I. Agoff), Buenos Aires, Amorrortu, 2008, pp. 28 y 61.

⁷⁵ Tomo de P. BRUCKNER la idea, por otro lado bastante consolidada, de la existencia de dos Occidentes, «el bueno el de la vieja Europa que se encierra y se calla, el malo el de Estados Unidos que interviene e interfiere», *La Tyrannie de la pénitence*, Grasset, París, 2006, p. 13.

el de EE.UU. Lo que en el fondo se observa es pues la divergencia de dos modelos culturales en su conjunto aunque el argumento financiero tenga un especial peso.

A nivel económico la apuesta europea por la incondicionalidad de los derechos humanos la coloca en desventaja en un mundo decidido por la competitividad de tal manera que, de no compensar tal pretensión con otro tipo de acciones y medidas, Europa corre el riesgo de acabar convertida en el casco histórico del mundo al margen de las decisiones de presente y de futuro. La necesidad europea de radiar su lucidez pasa por su presencia con una sola voz en las negociaciones con los organismos transnacionales como la OMC, el FMI o el BM. De seguir como hasta ahora con tantas voces como Estados⁷⁶, Europa no conseguirá la influencia necesaria para proponer lo que podría ser un modelo jurídico alternativo caracterizado por su defensa integral de los derechos humanos y tampoco lo conseguirá si su salvaguarda de los derechos humanos no llega de la mano de una política de contenidos y soportes culturales comunes encauzados a través de vías jurídicas y judiciales.

Ese dique de contención al darwinismo normativo que suponen los derechos humanos también cuenta con detractores dentro de Europa. Su permanente sentido de la reflexión y la autocrítica, indudable seña de identidad europea, pero también una cierta «esquizofrenia» o «paradoja llevada al extremo»⁷⁷, como lo demuestra el haber sido capaz de lo mejor y de lo peor, auguran un proceso no lineal plagado de avances y retrocesos. No en vano Europa es, como afirma Brukner, «una formidable máquina de producir el mal y de contenerlo».⁷⁸

3.3. *¿Humanismo jurídico o barbarie? Por una crítica reconstructiva de los derechos humanos*

Harmut Rosa utiliza las expresiones «estancamiento hiperacelerado» o «inercia polar» para describir la situación a la que estaría llegando nuestra sociedad. Pero no solo él, autores con planteamientos tan diversos como los de

⁷⁶ «El problema es que a Europa le falta un espacio público europeo (...) un espacio de discusión común», P. ROSANVALLON, «La démocratie est structurellement inachavée», en AA.VV., *Penser le monde à l'heure de la globalisation*, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, 2011, p. 48 y 49.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 30 y 41.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 45.

Virilo⁷⁹, Baudrillard⁸⁰, Jameson⁸¹, Fukuyama⁸², o más recientemente Byung-Chul Han⁸³, compartirían la convicción de que «no hay visiones ni energías nuevas disponibles». ¿Acaso es eso grave? y, de ser cierto, ¿cómo valorar entonces los cambios acaecidos además a gran velocidad? En cuanto a la primera de las cuestiones, según Paul Ricoeur, «podemos (incluso) imaginarnos una sociedad sin ideología; pero no podemos imaginar una sociedad sin utopía porque eso sería una sociedad sin propósito»⁸⁴ por lo que carecer de planes o proyectos a medio y largo plazo estaría lejos de ser una cuestión accesoria o secundaria.

Respecto a los otros interrogantes el profesor Rosa asegura que casi todas las alteraciones son superficiales, esto es, las cosas cambian, sí, pero sin ir a ninguna parte, sin promover o incluir desarrollos nuevos, sin mover ni modificar «la profunda inercia cultural y estructural de nuestra era»⁸⁵. Caso de que nos hallemos ante una especie de trampantojo habremos de tomar en serio la posibilidad de una paralización política y cultural como parte del esquema conceptual en que nos hallamos, causada por la acción conjunta del «triángulo estructural» de los principios de competencia, crecimiento y aceleración rector de las relaciones sociales.

En ese sentido podría decirse que la globalización nos conduciría a una paradójica paralización motivada por un movimiento incesante sin rumbo, donde inmovilidad es sinónimo de fracaso y donde es alto el riesgo de que esa «inmovilización frenética»⁸⁶ de la tecnología, la economía, las finanzas, el derecho... la vida acabe por derivar en una peligrosa «inmovilización o entumecimiento interior»⁸⁷.

⁷⁹ Vid. VIRILIO, P., *L'inertie polaire*, Bourgois, París, 1990.

⁸⁰ Vid. BAUDRILLARD, J., *La ilusión del fin* (tr. J. Fombona), Monte Ávila, Caracas, 1998.

⁸¹ Vid. JAMESON, F., *Las semillas del tiempo* (tr. A. Gómez Ramos), Trotta, Madrid, 2000.

⁸² Vid. FUKUYAMA, F., *El fin de la Historia y el último hombre* (tr. P. Elías), Planeta, Barcelona, 1992.

⁸³ El enjambre digital actual en el que, según Han, nos habríamos convertido es demasiado «fugaz y disperso» como para poder engendrar ningún futuro, a su parecer nos encontraríamos en «un callejón sin salida» sin poder ir «ni hacia delante ni hacia atrás» porque los sujetos de la globalización «no constituyen ningún nosotros capaz de acción común», HAN, B.-C., *En el enjambre*, *op. cit.*, pp. 23, 26, 31 y 76.

⁸⁴ RICOEUR, P., *L'idéologie et l'utopie*, Seuil, París, 1997, p. 372.

⁸⁵ ROSA, H., *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la Modernidad tardía*, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁶ ROSA, H., *Remedio a la aceleración. Ensayos sobre la resonancia* (tr. J. Ibarz), Ediciones Ned, Barcelona, p. 122.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 125.

El profesor Rosa no es el único en analizar esa parálisis social, Delmas-Marty también observa con preocupación una globalización estancada, bloqueada (*pot au noir*) por efecto de la *presión* de fuerzas opuestas. Sin embargo, si atendemos a los índices de desigualdad⁸⁸ no puede decirse que lo que exista sea un empate técnico entre tales fuerzas (ultraliberalismo *versus* derechos humanos) sino más bien un desnivel. O, dicho de otro modo, de todas las globalizaciones posibles la actual, asimétrica, cojea por el lado de la humanización debido al desajuste existente entre el crecimiento del mercado y el de la protección⁸⁹, como si se tratase de una «carrera cuesta abajo»⁹⁰ o de una operación de suma cero donde lo ganado por el mercado fuera a cuenta de lo perdido por los derechos. Una situación que no anda muy lejos de ser una muestra del riesgo de reversibilidad, degradación y regresión posible al que se refiere Edgar Morin⁹¹.

A día de hoy sabemos que ni en el plano teórico ni el práctico se cierra el problema por apelar sin más a los derechos del hombre, ahí no acaba sino apenas comienza el asunto. La invocación de tales derechos no funciona como un santo y seña que todo lo posibilita, ni como un antídoto o expresión mágica que con pronunciarla todo se cura y resuelve, no es suficiente con referirlos, ni hoy ni antes lo fue.

⁸⁸ «La desigualdad ha aumentado en una mayoría de países, especialmente en los países desarrollados (...) Se ha visto que, si la mundialización de los intercambios y los movimientos de la mano de obra y de los capitales tenía una cierta responsabilidad en el aumento de las desigualdades no lo explican totalmente. Existe un componente autónomo en la evolución de la desigualdad y se puede pensar que, al menos en parte, está bajo el control del Estado», BOURGUIGNON, F., *La mondialisation de l'inégalité*, Seuil, París, 2012, pp. 101 y 102.

⁸⁹ DELMAS-MARTY, M., *Le travail à l'heure de la mondialisation du droit*, Bayard, París, 2013, p. 36. En el mismo sentido CHÉROT, J.-Y., «Les droits sociaux fondamentaux dans la mondialisation entre OMC y OIT», en W. GRAF VITZTHUM, C. PRIETO y R. MEHDI, *Europe et mondialisation*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 348: «La aceleración de la liberalización de los intercambios en el marco de los acuerdos de la OMC debe ir acompañada de una atención renovada a la protección de los derechos sociales fundamentales».

⁹⁰ «En el corazón de la competencia internacional, en la profunda mutación y desindustrialización que atraviesan los países ricos, deben hacer frente a las economías emergentes y cada uno intenta guardar el máximo de ventajas para sí. Esa competencia corre el riesgo de entrañar una carrera cuesta abajo en materia de redistribución. Y es para preservar su competitividad en relación a la de otros países desarrollados por lo que algunos Estados intentan moderar las subidas salariales y la protección social y favorecer el emprendimiento y la innovación a través de una bajada de los impuestos», BOURGUIGNON, F., *La mondialisation de l'inégalité*, op. cit., pp. 103 y 104.

⁹¹ MORIN, E., *Para salir del siglo XX* (tr. J. Fibla), Kairós, Barcelona, 1982, pp. 319 y 322.

Lo cierto es que razones de diverso tipo dificultan su aplicación y función: el haberlos convertido en «herramienta para todo»⁹² los desvirtúa, el erigirlos, bajo el pretexto de su universalidad, en una especie de religión civil provoca su constante colisión con ciertas culturas y tampoco ha resuelto sus contradicciones el incluirlos en el positivismo⁹³.

¿Cómo proceder en esa situación? Sloterdijk, considera necesario «civilizar la globalización» compleja tarea que requiere la irremplazable sinergia entre «derecho, ciencia y tecnología», pues no basta con la existencia de cada uno de ellos por separado sino que se precisa que de las relaciones generadas entre sí surja algo distinto a la mera agregación de los tres. Y es que «todas las contribuciones legales y técnicas a la civilización de la globalización se quedan solo en modificaciones superficiales cuando no se consigue integrarlas en un cambio más amplio que afecte a los sistemas morales o espirituales que impulsan la globalización»⁹⁴.

Ahí comenzaría el cometido de la Teoría del Derecho tras desmontar el anatema que condena a la desaparición a todas las teorías. Pues, aunque va tomando cuerpo la tesis de que los modelos habrían pasado a ser superfluos, sustituidos por los *big data*, reemplazándose el «por qué» por el «es así», no parece que tal tesis sea suficiente para certificar «el final de la teoría»⁹⁵. Primero porque esa no deja de ser una teoría más que trata de estructurar una visión de la realidad. Y, segundo, porque el pensamiento complejo es el único que puede responder a los presentes desafíos. El pensamiento complejo, por definición opuesto a la simplicidad expositiva de lo fragmentario y de los datos, enlaza pasado y presente e integra la multidimensionalidad de factores diversos (demográficos, económicos, técnicos, jurídicos...) a través de la construcción de teorías. De hecho, la incapacidad de pensar y tratar nuestra complejidad es uno de los problemas que nos lastran⁹⁶ derivado, en parte, de la sobrevaloración de los *big data*. Y si en un ámbito se requiere de modo especial ese pensamiento

⁹² *Vid.* nota 33.

⁹³ DELMAS-MARTY, M., *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*, Buchet-Chastel, París, 2019, p. 32.

⁹⁴ SLOTERDIJK, P., *¿Qué sucedió en el siglo XX?* (tr. I. Reguera), Siruela, Madrid, 2018, p. 49.

⁹⁵ ANDERSON, CH., «El final de la teoría», *Wired*, 16-7-2012.

⁹⁶ E. MORIN dispone de una sólida argumentación a propósito de la necesidad de crear un pensamiento complejo como única vía para comprender y gestionar nuestros principales problemas y retos. Al respecto *vid.*, por ejemplo, *¿Hacia el abismo? Globalización en el siglo XXI* (tr. A.M. Malaina), Paidós, Barcelona, 2010, pp. 128 y ss.

complejo es justo en el de «los derechos humanos procedentes precisamente de las exigencias de complejidad propias de la sociedad abierta»⁹⁷.

Pues bien, en ese contexto donde se ha de dar respuesta al llamamiento de Sloterdijk a «civilizar la globalización» se abre un periodo de redefinición de las garantías, del significado de la ética y la ciudadanía. Ese es un espacio importante para la Teoría y la Filosofía del Derecho cuyas aportaciones podrían articularse en torno a varios ejes:

1º Reformular la noción de dignidad como fundamento de los derechos humanos dada la conveniencia de abandonar una concepción individualista en favor de una concepción interrelacionada, como los derechos que fundamenta. Una dignidad que tenga en cuenta a los demás, pues para serlo ha de tratarse de una dignidad compartida y es la comunidad entera la que le da el soporte, sentido y significado necesario⁹⁸.

2º Superar la bilateralidad individualista propia del contractualismo. El contractualismo⁹⁹, más que idea ideológica que ensalza al contrato como la forma más perfeccionada de relación, defiende la extensión de esa figura a todos los ámbitos convirtiendo en intercambio todo tipo de trato. Del contractualismo se tiende a destacar mucho más su flexibilidad y pretendida neutralidad técnica que las formas inéditas de presión a las que puede conducir si se generaliza. Ese encumbrado bilateralismo, en que según la perspectiva contractualista se basaría el Derecho, omite de manera sutil pero intencionada que en una sociedad compleja como la nuestra la simetría ya no es posible. Y no lo es porque siempre hay terceros afectados tras los contratos de otros dando al traste con la sinalagmática simple en que en apariencia se basa. Y además porque obviar como hace el bilateralismo que todo está hoy interconectado e interrelacionado es una salida ilusoria parecida a la del avestruz. Antes bien, como enfatiza Michel Villey «el derecho es relación entre *los* seres humanos, multilateral»¹⁰⁰.

3º «Considerar a los derechos humanos menos como valores sagrados capaces de aportar respuestas definitivas que como un todo capaz de evolucionar para permitir su compatibilidad con la diversidad. Si el relativismo es

⁹⁷ MORIN, E., *Para salir del siglo XX*, op. cit., p. 296.

⁹⁸ MOUTOUH, H., «La dignité de l'homme en droit», *Revue du droit public*, nº 1 (1999), p. 184.

⁹⁹ Sobre la diferencia y conexión entre contractualismo y contractualización *vid.*, A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, París, 2005, pp. 142, 261 y 273 especialmente.

¹⁰⁰ VILLEY, M., *El Derecho y los derechos del hombre*, op. cit., p. 148.

peligroso un universalismo ciego que pretenda imponerse a los pueblos sin su consentimiento tampoco es lo deseable»¹⁰¹.

4º Re-conocer la relación dialéctica y no de oposición entre derecho y obligación que pasa por la elaboración y desarrollo de la categoría «derecho-función».¹⁰² El primer paso para ello consistiría en el abandono de las «obligaciones-reflejas» es decir, en la concepción que prioriza los derechos a las obligaciones entendidas estas como actos-reflejo y condicionados de aquéllos¹⁰³. El segundo requiere una concepción más rigurosa de los deberes que consiga dejar atrás la bilateralidad y simetría propia de la concepción individualista. Para que tenga lugar el tercer paso es imprescindible que el lenguaje jurídico registre la indivisibilidad e interdependencia directa entre derechos y deberes. Solo así, con cobertura técnico-jurídica, podrá aparecer y prevalecer una teoría mixta de los derechos fundamentales donde se visualice la doble naturaleza de las prerrogativas bien sea como derecho-carga o bien como derecho-función. La importancia de que el Derecho comience a pivotar en torno a los derechos-función radica en la consagración que esa figura confiere a la indisociabilidad de derechos y deberes preservando tanto el interés individual de los mismos como su finalidad social. A partir de ahí podrá empezar a diseñarse una «teoría general de los deberes constitucionales»¹⁰⁴ capaz de blindar los derechos del hombre.

5º Formular, interpretar y aplicar el Derecho en términos de responsabilidad: responsabilidad para consigo mismo, hacia el otro y hacia lo colectivo.¹⁰⁵ Esa triple faceta que sitúa a la responsabilidad por encima de la reciprocidad es sin duda una exigencia de origen ético que ha de tener su reflejo en el Derecho al haberse convertido en condición de posibilidad y de eficacia de los derechos humanos. Únicamente erigida en paradigma esa responsabilidad compuesta podrá aplicarse tanto en las relaciones verticales entre desiguales como en las relaciones horizontales entre iguales.

¹⁰¹ DELMAS-MARTY, M., «L'universel à l'épreuve du droit», en AA.VV., *Penser le monde à l'heure de la globalisation*, op. cit., p. 62.

¹⁰² OST, F. y VAN DROOGHENBROEK, S., «La responsabilité, face cachée des droits de l'homme», en H. DUMONT, F. OST y S. VAN DROOGHENBROEK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 14.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 8 y 11.

¹⁰⁴ TULKENS, F., «Pour une approche dialectique des droits et des responsabilités», en H. DUMONT, F. OST y S. VAN DROOGHENBROEK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, op. cit., p. 528.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 27.

En realidad «solo» se trata de tomar la responsabilidad en serio para lo cual no parece que las principales dificultades provengan del lado del Derecho pues instrumentos jurídicos no faltan, las renuencias vienen de otra parte. Según Alain Supiot es «el peso aplastante de la ideología económica la que conduce a jueces y legisladores a pensar que toda iniciativa audaz correría el riesgo de menoscabar la ‘ventaja comparativa’ de su país en un escenario global dominado por el *law shopping*»¹⁰⁶. La cuestión es cómo conseguirlo. Podemos caer en la trampa de creer y hacer creer que los Estados y las organizaciones internacionales acordarán reglas de obligado cumplimiento *erga omnes* o podemos, por contra, a la vista de la experiencia ya centenaria de la OIT, partir de la postura más realista de pensar y procurar que algunos Estados eleven su nivel de exigencia en lo que a los derechos y los mercados respecta iniciando así un «movimiento de emulación positiva»¹⁰⁷ promotor del «principio de responsabilidades comunes diferenciadas»¹⁰⁸ especial pero no únicamente exigible en materia de medioambiente.

En cualquier caso que sea una opción realista no significa que sea una opción sencilla, no es fácil allanar el camino para los derechos humanos pues hay que contar con la ambivalencia de la mediación operada por el Derecho ya que, si bien puede ser correa de transmisión para hacer llegar al sistema económico un código eficaz de valores en defensa de los derechos del hombre, el Derecho también puede acabar convertido en un instrumento de colonización de la lógica económica en el funcionamiento de la sociedad civil¹⁰⁹.

Hasta ahora a lo largo de esta reflexión se ha señalado a la corriente economicista de la rentabilidad como principal adalid de un pensamiento antihumanista que cuestiona y erosiona la legitimidad y oportunidad de los derechos humanos pero a dicha corriente es preciso sumar otra procedente de la Filosofía. Un «antihumanismo sabio»¹¹⁰ que daría cobertura intelectual al otro antihumanismo y aunque su repercusión y alcance sean muy dispares no es

¹⁰⁶ SUPIOT, A., «Face à l'insoutenable: les ressources du droit de la responsabilité», en A. SUPIOT y M. DELMAS-MARTY (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, París, 2005, p. 34.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰⁸ Para un desarrollo pormenorizado del principio de responsabilidades comunes diferenciadas *vid.* L. D'AMBROSIO, «Quelles propositions en matière climatique?», en A. SUPIOT y M. DELMAS-MARTY (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, *op. cit.*, pp. 337-348.

¹⁰⁹ Al respecto *vid.*, FRYDMAN, B., «Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes», en CHEMILLIER-GENDREAU, M. y MOULIER-BOUTANG, Y., *Le droit dans la mondialisation, une perspective critique*, PUF, París, 2001, pp. 71 y 75.

¹¹⁰ Al respecto *vid.*, M. DELMAS-MARTY, *Sortir du pot au noir*, *op. cit.*, p. 36.

posible pasar por alto las ideas en ese sentido de referentes como Carl Schmitt, Nietzsche y Foucault. El primero al afirmar que «quien diga humanidad quiere engañar»¹¹¹ y los segundos por construir una rigurosa crítica al humanismo en pro de una mejor defensa de las libertades individuales.

Así las cosas, la disyuntiva planteada entre humanismo jurídico o barbarie no parece desatinada máxime cuando, como se ha apuntado, la lógica de la competitividad y los valores que la acompañan acaban infiltrados en toda la sociedad a través del canal jurídico. En esa tesitura un humanismo con anclaje en la técnica jurídica parece más necesario que nunca pues, aunque no puede negarse la operatividad y utilidad de los derechos humanos tal como los concebimos hoy, tampoco es posible ignorar la evidencia de que su mera apelación no basta para equilibrar la balanza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTINI, P., *La crise de la loi. Déclin ou mutation?*, París, Lexis Nexis, 2015.
- ANDERSON, Ch., «El final de la teoría», *Wired*, 16-7-2012.
- BAURILLARD, J., *La ilusión del fin*, tr. J. Fombona, Caracas, Monte Ávila, 1998.
- BEC, C., *De l'état social à l'état des droits del homme?*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2011.
- BOURG, D., *Le marché contre l'humanité*, París, P.U.F., 2019.
- BOURGUIGNON, F., *La mondialisation de l'inégalité*, París, Seuil, 2012
- BRUCKNER, P., *La Tyrannie de la pénitence*, París, Grasset, 2006.
- CAMPS, V., *El gobierno de las emociones*, Barcelona, Herder, 2011.
- CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, París, Répertoire du notariat Defrénois, 1979.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, París, L.G.D.J., 2001.
- CHÉROT, J.-Y., «Les droits sociaux fondamentaux dans la mondialisation entre OMC y OIT», en GRAF VITZTHUM, W.; PRIETO, C. y MEHDI, R., *Europe et mondialisation*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- COMMAILLE, J., *Les nouveaux enjeux de la question sociale*, París, Hachette, 1997.
- D'AMBROSIO, L., «Quelles propositions en matière climatique?», en SUPIOT, A. y DELMAS-MARTY, M. (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, París. P.U.F., 2005.
- DELMAS-MARTY, M., *Le travail à l'heure de la mondialisation du droit*, París, Bayard, 2013.
- «L'universel à l'épreuve du droit», en VV.AA., *Penser le monde à l'heure de la globalisation*, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, 2011.
- *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*, París, Buchet-Chastel, 2019.

¹¹¹ SCHMITT, C., *El concepto de lo político* (tr. R Agapito), Alianza, Madrid, 2006, p. 95.

- EISENMANN, Ch., «Droit Constitutionnel et science politique», en ID., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques. Textes réunis par Ch. Leben*, Paris, Presses de l'Université de Panthéon-Assas, 2002.
- EMERIC, N., *Penser les flux normatifs. Essai sur le droit fluide*, Paris, Mare et Martin, 2018.
- FORRAY, V. y PIMONT, S., «Le livre à venir dans les Facultés de Droit», en *Jurisprudence Revue Critique, Enseignement du droit: la question du livre*, Université McGill (Canadá, Quebec), 29-30 (2014).
- *Décrire le droit... et le transformer*, Paris, Dalloz, 2017.
- FRYDMAN, B., «Comment penser le Droit Global?», en CHÉROT, J.-Y. y FRYDMAN, B., *La science du droit dans la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- «Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes», en CHEMILLIER-GENDREAU, M. y MOULIER-BOUTANG, Y., *Le droit dans la mondialisation, une perspective critique*, Paris, PUF, 2001.
- FUKUYAMA, F., *El fin de la Historia y el último hombre*, tr. P. Elías, Barcelona, Planeta, 1992.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.J., *Esbozo de una teoría imperfecta del Derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización*, Barcelona, Atelier, 2018.
- HAN, B.-Ch., *En el enjambre*, tr. R. Gabás, Barcelona, Herder, 2016.
- HERRERA, C.M., «Le concept de droits sociaux fondamentaux dans la mondialisation», en CHÉROT, J.-Y. y FRYDMAN, B., *La science du droit dans la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- JAMESON, F., *Las semillas del tiempo*, tr. A. Gómez Ramos, Madrid, Trotta, 2000.
- KOH, H., *Transnational litigation in United States Courts*, Nueva York, Foundation Press, 2008.
- LE QUINIO, A., «L'influence normative d'objets juridiques non identifiés: reflexions à partir de quelques exemples tirés du droit transnational», en REGAD, C. (dir.), *Aux limites du Droit*, Paris, Mare et Martin, 2016.
- LATOURET, B., *La fabrique du Droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.
- LEGENDRE, P., *Lo que Occidente no ve de Occidente*, tr. I. Agoff, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.
- MICHALET, Ch.-A., *Qu'est-ce que la mondialisation?*, Paris, La Découverte, 2004.
- MILLARD, É., «Rendre compte du Droit dans un contexte de globalisation», en CHÉROT, J.-Y. y FRYDMAN, B., *La science du droit dans la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- MORIN, E., *Para salir del siglo XX*, tr. J. Fibla, Barcelona, Kairós, 1982.
- *¿Hacia el abismo? Globalización en el siglo XXI*, tr. A.M. Malaina, Barcelona, Paidós, 2010.
- MOUTOUH, H., «La dignité de l'homme en droit», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n. 1 (1999), pp. 159-196.
- NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, Sao Paulo, W.M.F. Martins Fontes, 2009.
- OST, F. y VAN DROOGHENBROEK, S., «La responsabilité, face cachée des droits de l'homme», en DUMONT, H.; OST, F. y VAN DROOGHENBROEK, S., *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- PEDROT, Ph., «Le Droit à l'épreuve des limites», en REGAD, C. (dir.), *Aux limites du Droit*, Paris, Mare et Martin, 2016.

- PERNICE, I., «Multilevel Constitutionalism in the European Union», *European Law Review* (2002), pp. 511-529.
- PUTMAN, E., «Nouvel ordre normatif, Europe et Mondialisation», en VITZTHUM, G.; PRIETO, C. y MENDI, R. (eds.), *Europe et la Mondialisation. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et Science Politique d'Aix-Marseille et de la Faculté de Droit de l'Université de Tubingen*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.
- REGAD, C., «Aux limites du Droit: captures d'instantanés», en ID. (dir.), *Aux limites du Droit*, París, Mare et Martin, 2016.
- RICOEUR, P., *L'idéologie et l'utopie*, París, Seuil 1997.
- ROSA, H., *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la Modernidad tardía*, tr. Centro de investigaciones interdisciplinarias en ciencias y humanidades, Madrid, UNAM-Katz, 2016.
- *Remedio a la aceleración. Ensayos sobre la resonancia*, tr. J. Ibarz, Barcelona, Ediciones Ned, 2019.
- ROSANVALLON, P., «La démocratie est structurellement inachavée», en VV.AA., *Penser le monde à l'heure de la globalisation*, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, 2011.
- ROUVIÈRE, F., «La Globalisation du Droit: une idée théoriquement inutile», en CHÉROT, J.-Y. y FRYDMAN, B., *La science du droit dans la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, tr. R Agapito, Madrid, Alianza, 2006.
- SEMPRINI, A., *La société de flux. Formes du sens et identité dans les sociétés contemporaines*, París, L'Harmattan, 2003.
- SHAW, J., «Postnational constitutionalism in the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 6(4), pp. 579-597.
- SLOTERDIJK, P., *Estrés y libertad*, tr. P. Kuffer, Buenos Aires, E. Godot, 2017.
- *¿Qué sucedió en el siglo XX?*, tr., I. Reguera, Madrid, Siruela, 2018.
- STEIN, E., «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 1-27.
- SUPIOT, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, París, Seuil, 2005
- «Face à l'insoutenable: les ressources du droit de la responsabilité», en SUPLOT, A. y DELMAS-MARTY, M. (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, París. PUF, 2005.
- TEUBNER, G., «Les multiples corps du roi: L'autodestruction de la hiérarchie du droit», en VV.AA., *Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, París, Éditions Frison Roche, 1999.
- Constitutionalizing Polycontextuality http://www.jura.uni-frankfurt.de/1_Personal/em_profes/teubner/dokumente/ConstitutionalizingPolycontextuality-eng.pdf
- Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of 'Private and Public' Corporate Codes of Conduct, http://www.jura.uni-frankfurt.de/1_Personal/em_profes/teubner/dokumente/CSR_conference_bremen.pdf
- TROPER, M., «Limites juridiques et limites théoriques», en REGAD, C. (dir.), *Aux limites du Droit*, París, Mare et Martin, 2016.
- TULKENS, F., «Pour une approche dialectique des droits et des responsabilités», en DUMONT, H.; OST, F. y VAN DROOGHENBROEK, S., *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2005.

- TUSSEAU, G., «Un chaos conceptuel que fait sens: la rhétorique du constitutionalisme global», en CHÉROT, J.-Y. y FRYDMAN, B., *La science du droit dans la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- VALÉRY, P., *Tel quel. Oeuvres II*, París, La Pléiade, 1960.
- VAN DE KERCHOVE, M. y OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, PUF, 1988.
- VILLEY, M., *El Derecho y los derechos del hombre*, tr. O. Corres, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- VIRILIO, P., *L'inertie polaire*, París, Bourgois, 1990.
- WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, vol. 65 (2002), pp. 317-359.
- WOOD, E.W., *El imperio del capital*, tr. D. González, Barcelona, El viejo Topo, 2004.
- ZARADNY, A., «La fin des Constitutions», en ZARADNY, A.; WOLFF, N. y GRAFF, T.F. (dirs.), *La fin du Droit? Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013*, París, Mare et Martin, 2015.