

Globalización, derecho y proceso¹

Globalization, law and process

Juan F. Monroy Gálvez²

Universidad de Lima, Peru
juanmg@estudiomonroy.com

Resumen

Investigación entorno da situación actual del Estado ante la globalización y el cosmopolitismo. Se trata de rediseñar un Estado que no sobrerregule – esto es, que no vuelva a los conocidos errores estatistas que no admiten defensa – pero que exija a las empresas el cumplimiento de las normas laborales y ecológicas; que castigue a los delincuentes, sobre todo y con mayor rigor a los que roban la cosa pública.

Palabras clave: Estado, globalización, cosmopolitismo, derecho.

Abstract

This paper investigates the current matters of the State regarding globalization and cosmopolitanism. It is about redesigning the State that does not overrule – that is, that does not repeat the known statistical errors that do not allow defense – but that demands the companies to meet both the labor and ecological norms; to punish the delinquents especially the ones that steal public property.

Key words: State, globalization, cosmopolitanism, Law.

¹ Si pudiera alzarse a esa talla, cosa que lo dudo, este trabajo pretende ser un homenaje al querido maestro Ovídio A. Baptista da Silva, miembro prominente de esa exclusiva clase de los hombres sin muerte, es decir, de aquellos que estarán presentes cada vez que uno de sus discípulos, ruego se me permita ser uno de ellos, concrete los sueños de un proceso como método para procurar un sistema social inclusivo, solidario y justo.

² Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Lima. Av. Javier Prado Este s/n, Monterrico, Lima 33, Perú. Website: www.ulima.edu.pe.

*Grândola, vila morena/Terra da fraternidade
O povo é quem mais ordena/ Dentro de ti, ó cidade
Dentro de ti, ó cidade/ O povo é quem mais ordena
Terra da fraternidade / Grândola, vila morena
Em cada esquina um amigo / Em cada rosto igualdade
Grândola, vila morena / Terra da fraternidade
Terra da fraternidade / Grândola, vila morena
Em cada rosto igualdade / O povo é quem mais ordena
Á sombra duma azinheira / Que já não sabia a idade
Jurei ter por companheira / Grândola a tua vontade
Grândola a tua vontade / Jurei ter por companheira
Á sombra duma azinheira / Que já não sabia a idade³*

Zeca Afonso

En torno a la situación actual del estado

Si hay un tema sobre el cual se puede establecer un consenso en teoría política es que el Estado actual ya no es el monstruo poderoso que describió Hobbes en el *Leviatán*⁴ y, asimismo, que tampoco es el “ogro filantrópico” que describió Octavio Paz hacia fines de los setenta del siglo pasado. En otras palabras, podemos no saber lo que ahora es el Estado y, mucho menos, lo que llegará a ser, aunque sí podemos estar claros sobre lo que ya no es ni podrá volver a ser.

Ahora bien, lo ocurrido al Estado no es un hecho casual. Es consecuencia de una planificada e intencional ofensiva en su contra, que ha producido los resultados deseados luego de tres décadas de incesante persistencia. En ese lapso el Estado ha perdido posición – intrínsecamente poder – en todos los ámbitos de su relación.

Si quisiéramos referirnos a su relación con el exterior, por ejemplo, resulta evidente que queda

poco dentro de su ámbito de decisión luego de firmar tratados de libre comercio, o cuando debe soportar las consecuencias de las uniones monetarias o políticas, o la transferencia de la cuestión jurisdiccional a órganos supranacionales y, por supuesto, resignarse a la subordinación de facto a empresas transnacionales, además de sufrir – con un casi nulo poder de oposición – el embate de los especuladores financieros.

Si analizamos esa relación hacia dentro, encontramos que una definida incapacidad para resolver los problemas esenciales de su entorno ha conducido al Estado a enfrentar inminentes riesgos de secesión, un entramado de conflictos surgidos de exigencias regionales o de nacionalismos periféricos, a lo cual se agrega una falta de regulación. En otras palabras, el Estado contemporáneo ha renunciado (o ha sido empujado a renunciar) a organizar el entramado social del cual fue responsable por lo menos desde su aceptación como persona⁵.

¿Y por qué soporta el Estado esta marginación? Porque tal como si fueran fenómenos incontenibles de la naturaleza, se encuentra sometido a fuerzas incontrolables de poder económico y político que carecen de antecedentes históricos y que, de hecho, no están definidas y ni siquiera son definibles. Por un lado, están las redes de capital financiero y productivo, junto con sistemas de comunicación integrales empleados por instituciones internacionales que, so pretexto de cooperar con el país, administran la información conveniente al nuevo orden mundial. Ellos saben lo que necesitan saber y permiten que sepamos lo que consideran debemos saber. Se hizo realidad el Gran Hermano orwelliano. A ello se agregan organizaciones criminales que, enquistadas en la parte oscura del poder político, succionan, en concierto con “conspicuos” miembros de éste, la cosa pública. Por otro, están las comunidades, las tribus, los diversos cultos religiosos y las organizaciones delictivas que, cada vez con mayor insistencia, le recuerdan al Estado que no puede seguir claudicando en sus funciones esenciales.

³ Esta canción fue la señal para que, en 1974, se iniciara en Portugal la llamada Revolución de los Claveles que acabó con la dictadura de Salazar.

⁴ “En efecto: gracias al arte se crea ese gran Leviatán que llamamos *república* o *Estado* (en latín *civitas*) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido; y en el cual la *soberanía* es un *alma* artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero; los *magistrados* y otros *funcionarios* de la judicatura y del poder ejecutivo, son nexos artificiales; la *recompensa* y el *castigo* (mediante los cuales cada nexo y cada miembro vinculado a la sede de la soberanía es inducido a ejecutar su deber) son los *nervios* que hacen lo mismo en el cuerpo natural; la *riqueza* y la *abundancia* de todos los miembros particulares constituyen su potencia; la *salus populi* (la *salvación del pueblo*) son sus negocios; los *consejeros*, que informan sobre cuantas cosas precisa conocer, son la *memoria*; la *equidad* y las *leyes*, una *razón* y una *voluntad* artificiales; la *concordia*, es la *salud*; la *sedición*, la *enfermedad*; y la *guerra civil*, la *muerte*. Por último, los *convenios* mediante los cuales las partes de este cuerpo político se crean, combinan y unen entre sí, asemejarse a aquel *fiat* o *hagamos al hombre*, pronunciado por Dios en la Creación” (Hobbes, 2001, p. 3).

⁵ “Una persona es *aquel cuyas palabras o acciones son consideradas, o bien como suyas, o bien como representaciones de palabras o acciones de otro hombre o de cualquier otra cosa a la que son verdadera o ficcionalmente atribuidas*”. En otra obra complementaria, “aunque todo *Estado* sea una persona *civil*, no es así al contrario: no toda *persona civil* es un *Estado*. Porque puede darse que muchos ciudadanos con el consentimiento de su Estado se agrupen para formar *una sola persona* con objeto de gestionar determinadas cosas. Éstas serán *personas civiles*, como las asociaciones de comerciantes y otras muchas; pero no son *Estados*”. Más adelante dice: “A la unión así conseguida [...] se le llama *Estado* o *sociedad civil*, y también *persona civil*. Porque al ser *una* la voluntad de todos, ha de considerarse como *una persona* y ha de ser distinguida y reconocida con un *único* nombre por todos los particulares, y debe tener sus *derechos* y sus *propiedades*” (Hobbes, 2001, p. 134, 1999, p. 53).

Lo ocurrido al Estado es la consecuencia de pregonar la necesidad de contar con un “Estado mínimo” (Nozick y otros) que, además, se someta a las “reglas liberalizadoras” de los organismos internacionales de control financiero (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional). Por ello, lo descrito es sólo la exteriorización ideológica de un fenómeno más integral conocido como globalización. En las siguientes líneas intentaremos una descripción de lo que tal término contiene.

Apuntes sobre la globalización

El término “globalización” y todas aquellas acepciones que de éste se puedan deducir son consecuencia de la necesidad que tiene la humanidad – desde el investigador social hasta el profesor de educación básica – de contar con una categoría, es decir, con una definición operativa que, a la par de sintética, sea comprensiva de un estado de la situación que aún a la fecha continúa sin agotar sus aristas. No queda duda que se trata de una simplificación que bien podría ser recusada por excesiva, aunque no podrá negarse que resulta útil para determinar el ámbito de la discusión. En cualquier caso, se trata de un concepto que apareció con mucha fortuna, por lo que hay que asumir que existe un ánimo de permanencia. Y no es excepcional⁶ que sobre un concepto no haya unanimidad en torno a su idoneidad, sin embargo, ello no significa que necesariamente le vaya a ser negada una larga vida.

La globalización es, por las razones dadas, tema directo o indirecto de casi todos los debates de esta primera década del siglo XXI. Lamentablemente su omnipresencia no está a la altura de su omnicomprensión⁷. Por estas razones hay que tener cuidado: la globalización no existe como un fenómeno económico individual, debe quedar claro que sólo es una forma pedagógica de simplificar una diversidad de ocurrencias.

En una primera acepción – ligada sin duda a la manera como empieza a ser conocida – está referida a la progresiva y tendencial unificación, a escala mundial, de los mercados de bienes y servicios,

condicionando a los Estados satélites a que reduzcan sus barreras proteccionistas, eliminen el cumplimiento de los derechos laborales (muchos de ellos calificados como derechos fundamentales) y, además, uniformicen culturalmente los estilos de vida y de consumo de las sociedades enclavadas dentro de ellos.

Hay contundentes pruebas numéricas sobre su terrorífica eficacia: (i) El ingreso del 1% de la población más rica del planeta equivale al 57% de la más pobre; (ii) El 10% de los más ricos de los Estados Unidos de Norteamérica tiene tantos ingresos como el 43% de la población más pobre del mundo (25 millones igual a 2,000 millones); (iii) La relación de ingresos entre el 5% más rico y el 5% más pobre del mundo es de 114 a 1 y (iv) 2,800 millones de personas viven con menos de dos dólares al día.

Cómo será de importante la circulación del capital financiero, casi siempre especulativo, es decir, que entra y sale de los Estados obedeciendo a una técnica de crecimiento constante, que la decisión de hacerlo permanecer más tiempo en un país constituye un instrumento esencial para obtener un resultado concreto, por ejemplo, asegurar un resultado en las elecciones. Es normal que ese lapso adicional de permanencia determine que mejore provisionalmente la situación económica y, así, gane quien postule a la reelección que, tampoco será de extrañar, resultará ser un entusiasta impulsor de la privatización y de dar facilidades y seguridades a la inversión extranjera.

A lo descrito se agrega una tesis fatal: la globalización es un proceso histórico respecto del cual no hay alternativa, por lo que, siendo inexorable, sólo queda someterse a su propia dinámica. Ésta es la expresión ideológica de la globalización, examinemos su interior.

La globalización, en la faceta de quienes la justifican, es una ideología⁸. Y lo es en la medida en que siendo sistemática tiende a excluir cualquier desviación; rechaza la crítica; tiene pretensión de objetividad; aspira a expandirse, es triunfalista y considera a cualquier pensamiento alternativo como superado. Para colmo, sus gonfaloneros le atribuyen un carácter “benéfico y necesario”. Desde esta última perspectiva, empieza a tener los rasgos de una religión animista y tribal, por

⁶ Cuando Andrea Proto Pisani empleó el término “Tutela diferenciada” no estaba buscando su posteridad, sin embargo, así parece va a ocurrir.

⁷ “La globalización está en boca de todos; la palabra de moda se transforma rápidamente en un fetiche, un conjuro mágico, una llave destinada a abrir las puertas a todos los misterios presentes y futuros. Algunos consideran que la globalización es indispensable para la felicidad; otros, que es la causa de la infelicidad. Todos entienden que es el destino ineluctable del mundo, un proceso irreversible que afecta de la misma manera y en idéntica medida a la totalidad de las personas [...]” (Bauman, 1999, p. 7).

⁸ Con el término ‘ideología’ pasa lo mismo que con ‘globalización’, aunque la diferencia está en que no es complicado explicar la polisemia del primero. Su éxito y confusión surge del uso que de él hicieron Marx y Engels, lamentablemente con diversidad de acepciones. Esta es la razón por la que hoy puede significar ‘un conjunto de creencias generales sobre el mundo y la sociedad’ o sólo ‘una conciencia falsa’. Si bien se trata de un concepto cuya comprensión debe ser obtenida interdisciplinariamente, en el presente trabajo será usado como un error de razonamiento que consiste en una creencia insuficientemente justificada - que pretende generar su propia explicación - en base a un uso mistificado del lenguaje, a fin de cumplir una función social determinada: otorgarle poder al grupo que lo asume como doctrina.

lo que los “creyentes” no tienen más alternativa que adecuar su conducta, hábitos, costumbres y destino a lo que esa fe disponga. Sin olvidar que se trata de un culto sanguinario, por lo que no faltan “sacrificios humanos”, una exigencia que los dioses de la ganancia ilimitada la exigen con cruel puntualidad.

Una ideología, cualquiera que sea, tiende a preferir lo abstracto sobre lo concreto, esto es, a someterse a un pensamiento específico con absoluta prescindencia de sus consecuencias prácticas. Como toda ideología, la globalización supone una pérdida de bipolaridad y eso, a no dudarlo, es fatal para la ética en tanto importa una ausencia de elección. Por eso no es sorprendente que, por sus graves consecuencias para un sector mayoritario de la humanidad, se le describa como un “anarco-capitalismo global” en el sentido de que hay una renuncia – por parte de los Estados satélites – a toda forma de regulación sobre su incidencia en la situación económica, política y social de los pueblos que están condenados a soportarla.

Por otro lado, si como enseña Emmanuel Levinas el fundamento de la ética es el “rostro del Otro”, la globalización, que sólo persigue la modernización, liberalización y crecimiento económico sin interesarse por el sujeto individual, constituye un fenómeno despojado de sustento ético. Históricamente no sería, por lo demás, el primer caso. Toda la maquinaria política-militar que logró movilizar Napoleón puede perfectamente ser explicada a partir de la ideología nacionalista que impregnó en sus proclamas. En el caso chino, la Gran Marcha y todos los millones de muertes que tal empeño exigió sólo son explicables a partir del maoísmo como variante del pensamiento marxista. Todo lo cual nos lleva a concluir que cuando las personas no importan para conseguir el resultado deseado, la propuesta carece de fundamento ético.

¿Existe alternativa?

Lo primero a aclarar es que la tesis que anuncia el fin de la historia es absolutamente falsa, como también lo son todas aquéllas que han sido elaboradas tomándola como fundamento. La globalización y sus consecuencias no constituyen la única vía que nos depara el futuro. En un panorama confuso, signado por un entusiasmo exagerado en las razones que impone el mercado, surge para el intelectual, en los albores del siglo XXI, el imperativo moral de construir una alternativa. Y ésta debe forjarse en todos los ámbitos del pensamiento, sin olvidar que es en lo que respecta a la democracia y al Estado donde se debe dar la lucha esencial que permita

desmontar la idea de que las secuelas de la globalización son lo único que nos depara el mañana. Por lo demás, en la hipótesis negada que esta última aseveración fuera cierta, tendremos que reconocer, con estupor, que nuestro futuro está dirigiéndose vertiginosamente hacia nuestro pasado.

La globalización ha sido tan determinante en su afectación de la democracia como forma de gobierno que, en la necesidad de tener la cobertura que necesita para concretar su objetivo (la acumulación máxima de beneficio con el mínimo de riesgo, inversión y tiempo), ha incentivado la construcción de un modelo *sui generis* de aquélla. Éste tiene como rasgos particulares: una permanente colusión y confusión de intereses entre el poder económico y el poder político, que determina una relación sinuosa y gris entre la esfera pública y la privada; la promoción y creación mediática de sujetos que, de pronto, se convierten en “viejos conocidos” de la comunidad y empiezan a protagonizar la escena política (los líderes políticos recientes, recordemos, son en su mayoría una “invención” de los medios de comunicación); la verticalización del poder a través del predominio del Ejecutivo que actúa intensamente en forma delegada; la personalización del enfrentamiento político (ya no se discute el contenido del mensaje sino quién lo ha expresado).

Como resulta evidente, cuando la imagen es más importante que la persona, el patrimonialismo (se muestra más quien más tiene), el populismo mediático (la tecnología de la información convierte en ídolo a cualquiera) y el personalismo (se impone la imagen tenga o no carisma) imperantes suponen una degeneración de la democracia. Como tener el control de los medios de comunicación implica una mayor inversión, ésta debe lograrse a como dé lugar. Por otro lado, tampoco importa ya si una persona es o no un buen candidato, sólo interesa que lo parezca. En estas condiciones, la práctica política se convierte en un mercado negro por el control de los medios de comunicación donde vencen los más preparados para la degeneración más absoluta de la política, alguna vez la ciencia y el arte de procurar el bien común.

Lo que hemos descrito como modelo de democracia tiene un nombre, se llama kakistocracia, esto es, el gobierno de los peores. Es lo que nos espera si no alteramos el patrón impuesto por la globalización.

Por otro lado, es necesario recuperar para la comunidad un Estado al servicio de los ciudadanos, que defienda y promueva el interés general, es decir, todo aquello que el mercado, con su lógica de la oferta y la demanda y de las ganancias inmediatas, jamás hará.

Se trata de rediseñar un Estado que no sobrerregule – esto es, que no vuelva a los conocidos errores estatistas que no admiten defensa – pero que exija a las empresas el cumplimiento de las normas laborales y ecológicas; que castigue a los delincuentes, sobre todo y con mayor rigor a los que roban la cosa pública. En suma, un Estado *eficiente* que pueda concretar en los hechos una democracia *sustentable*. No es una empresa fácil si se tiene en cuenta que los Estados surgidos en Occidente después de la Revolución Francesa vienen siendo controlados, en su mayoría, por gobiernos burgueses que se han sustraído a su deber de organizarse para el beneficio de las mayorías, manteniéndose únicamente como instrumentos de los grupos de poder económico⁹.

Por cierto, así como detrás de la globalización como fenómeno histórico subyace una ideología liberal que ha distorsionado los fundamentos del liberalismo político para convertirse en una suerte de pensamiento único, también hay, a nivel filosófico, un planteamiento alternativo. Se llama cosmopolitismo, a continuación una descripción de sus rasgos más saltantes.

El cosmopolitismo como alternativa

La alternativa a la globalización, para ser tal, debe ser una opción que reconozca que muchos de los aspectos de la globalización no sólo son irremediables sino que, inclusive, pueden ser positivos para el hombre siempre que se privilegien los derechos esenciales de éste.

Hace unos veinte siglos Roma era una ciudad que bordeaba el millón de habitantes. Jamás antes hubo una ciudad de ese tamaño, ésta fue una de las razones por la que se convirtió en Imperio, se necesitaba despensas – en África y Asia – que alimentaran a la megaciudad. Con el correr del tiempo van a sucederse otros imperios, el otomano, el mongol, el mogol, el francés, el británico, sin embargo, habrá que llegar hasta el norteamericano para que se concrete aquello que ahora denominamos globalización.

En efecto, hasta hace dos siglos a lo mucho se podía influir en el grupo humano cercano, respecto del cual se había establecido una relación de dependencia o de tensión, todos los demás quedaban fuera del radio de influencia. Hoy se puede ayudar o destruir a

cualquiera sin necesidad de invadirlo, se puede enviar a una región antibióticos o una “bomba inteligente” como consecuencia de una “guerra preventiva”. Se puede decidir que no mueran de hambre millones de personas o esperar cómo ocurre ese o cualquier otro genocidio desde nuestra sala de televisión.

La crueldad del hombre no es una experiencia de la postmodernidad¹⁰, sin embargo, lo que es insólito es que ahora el bien y el mal puedan multiplicarse más allá de lo imaginable. Hoy la crueldad puede presentar los disfraces más sofisticados. Así, se puede llevar a la quiebra a la industria papelera de un país con el simple expediente de permitir que se inunde el mercado con bienes importados pero subsidiados o se puede paralizar la industria textil nacional y producir la desocupación de miles de personas con el sencillo método de aplicarles aranceles monstruosos.

También es cierto que hoy podemos elevar la capacidad de intercambio de los empresarios nacionales adoptando nuevas políticas de comercio. Podemos prevenir o tratar enfermedades crónicas y masivas con vacunas y productos farmacéuticos descubiertos recientemente, tomar medidas inmediatas y grupales contra el cambio climático global.

A partir de las opciones descritas, aquélla que privilegia explotar patrimonialmente la mundialización de las relaciones productivas, generando más riqueza para quienes precisamente más tienen, es la opción por la globalización. En cambio, la que reconociendo a ésta como un proceso irreversible, pero del cual se pueden obtener resultados positivos que alcancen a todos, es cosmopolitismo.

Un cosmopolita es un ciudadano del mundo. Cabe precisar que es errónea, por prosaica, la versión que considera al concepto como referida a quien vive en la ciudad por oposición a quien vive en el campo. En todo caso, se trata de una acepción absolutamente ajena a la manera como va a ser empleada en este trabajo.

El término “cosmopolita” empezó a ser usado por los cínicos en el siglo IV a.C. para referirse al “ciudadano del cosmos”, es decir, al ciudadano que sin perjuicio de su entorno de costumbres y tradiciones – en Grecia un ciudadano, un *polites*, conformaba una polis particular, a la cual debía lealtad, aunque los cínicos eran escépticos respecto de este tipo de afinidad –

⁹ “[...] la justicia está siempre limitada por la desfiguración del interés que el poder desigual favorece. Ningún orden social, por tanto, satisfará jamás por igual las demandas de sus ciudadanos o intentará seriamente el igual reconocimiento de sus derechos, mientras haya notables desigualdades en la distribución del poder económico” (Laski, 1981, p. 131). Nótese cómo Laski asume una concepción marxista del Estado, la cual es necesario tener presente para comprender que una visión alternativa de la globalización exige también una concepción alternativa respecto del Estado, sus funciones y sus fines, más allá del derecho.

¹⁰ “En la guerra de 1758-1760 por el dominio del Canadá entre franceses y británicos, Lord Amherst exterminó a buena parte de los indios de la costa este canadiense regalando a sus tribus mantas infestadas con el virus de la viruela” (Roy, 2002, p. 73).

pertenecía al universo, esto es, tenía elementos afines con todos. Entonces, en sus orígenes, el cosmopolitismo implicaba un rechazo a la noción de que cada ciudadano pertenece sólo a su comunidad. Esta tesis fue tomada y desarrollada por los estoicos (Cicerón, Séneca, Epícteto y Marco Aurelio) en el siglo III a.C. En tal mérito, este pensamiento fue después de considerable importancia para la difusión del cristianismo. La consideración de que todos somos iguales – el Cristianismo lo va a complementar afirmando que somos así en tanto hijos de Dios – va a vertebrar uno de los dogmas más trascendentes de la religión citada.

Más adelante, el cosmopolitismo fue expresado en la tesis de Francisco de Vitoria en el siglo XVI, quien representa el orden mundial como una *comunitas orbis*, es decir, como una sociedad de estados soberanos, libres e independientes. También se manifiesta en los postulados esenciales de la Revolución Francesa, de allí su mención en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789¹¹. Es importante ubicarlo también en los famosos escritos de Kant de 1795, que pueden considerarse los fundamentos filosóficos del cosmopolitismo¹² y también en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Inclusive hay una cita de Voltaire que, en considerable medida, recoge los postulados integracionistas¹³.

Sin embargo, es bueno recordar también que, en la posición contraria, llamémosla exclusionista y

que, en considerable medida va a servir de sustento al neoliberalismo y a los fenómenos de discriminación que ahora soportamos con el nombre de globalización, hay un considerable número de pensadores que forjaron (y otros que aún la sostienen) la tesis de la superioridad cultural de Occidente¹⁴.

Con afán de síntesis, se puede afirmar que cosmopolitismo es el compromiso de asumir que tenemos obligaciones que van más allá de aquéllas de parentesco, de ciudadanía compartida o inclusive de nacionalidad. También es cosmopolita quien adquiere conciencia y responsabilidad sobre el valor de las vidas humanas particulares, en tanto se interesa en otorgarle significado a las prácticas y creencias de otros. Se trata, en consecuencia, de hacer parte de uno el interés por lo universal y el respeto por las naturales diferencias culturales presentes en los distintos grupos.

Expresado en otros términos, un cosmopolita asume como valor entendido que existen diferencias (diversidad) entre los hombres y sus grupos pero, a su vez, es conciente que ellas son también parte de él al punto que deben ser aprehendidas. Esta aceptación de que cada quien hace las cosas a su manera es lo que algunos llaman la “otredad cultural”.

Se suele plantear el tema en términos de una diversidad cultural, esto es, que en la realidad existe un “nosotros” y un “ellos”. Inclusive se suele afirmar que los conflictos se originan porque cada quien considera

¹¹ “Artículo I. - Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

¹² De 1795 es un trabajo de Kant llamado *Zum ewigen Frieden* (La paz perpetua) en el cual propone una república mundial (*Weltrepublik*) fundada en una ciudadanía mundial (*Weltbürgerrecht*). Éste es un antecedente directo de lo que ahora llamamos cosmopolitismo, dado que la ciudadanía se sustenta en una suerte de “hospitalidad general”, en tanto Kant considera que todos los seres humanos tienen derecho a estar en ella y a visitar sus lugares y pueblos sin barreras. La tierra es comunitariamente de todos. Para que esta ciudadanía funcione no deben haber ejércitos a fin de que el fuerte no amenace al débil y se eliminen las tensiones entre los Estados. La paz y la hospitalidad generarán una cultura de los derechos que creará, a su vez, una “comunidad de los pueblos”. Este sentimiento debe ser tan intenso que si se violara algún derecho en algún lugar del mundo, debe ser sentido como propio por todos los demás. Leonardo Boff recuerda que esta idea fue desarrollada y, a su manera, llevada a la práctica por Ernesto Che Guevara. Es probable que a cualquier pragmático le resulte una utopía la propuesta de Kant. Sin embargo, él se adelanta a esa crítica: “La ciudadanía mundial no es una visión fantasmagórica sino una necesidad exigida por la paz duradera”. Reiteramos que en Kant están los fundamentos filosóficos del cosmopolitismo. Sus ideas sustentan la globalización de la paz, que es consecuencia de la vigencia del derecho y de la cooperación comunitaria entre Estados y pueblos. No se puede olvidar que para Kant los derechos son “la niña de los ojos de Dios” o “lo más sagrado que Dios puso en la tierra”. Liberado de su carga de fe, el pensamiento de Kant se mantiene intacto y su concreción se convierte en uno de los retos del siglo XXI.

¹³ “Nutridos con productos de sus tierras, vestidos de sus telas, divertidos por los juegos que ellos han inventado, hasta instruidos por sus antiguas fábulas morales, ¿por qué habríamos de descuidar el conocimiento del espíritu de esas naciones, a las cuales han viajado los comerciantes de nuestra Europa desde el momento en que pudieron encontrar un camino hasta ellas?” (Voltaire, 1959, p.172).

¹⁴ “Al mismo tiempo, la filosofía iusnaturalista del siglo XVII seculariza el paradigma vitoriano de legitimación de las conquistas coloniales. El nuevo mundo, que había suscitado en el siglo XVI las representaciones utópicas y las perspectivas de un nuevo comienzo en las obras de grandes intelectuales como Thomas More, Michel de Montaigne y Francis Bacon, ofrece, en efecto, el modelo originario del ‘estado de naturaleza’, contrapuesto como inferior al ‘estado civil’ y destinado a ser superado y suprimido por éste. En esa misma página en que se hace referencia a la sociedad de los Estados como un viejo ejemplo del estado de naturaleza, Thomas Hobbes indica otro ejemplo de dicho estado: el estado ‘salvaje’ y ‘brutal’ en que viven las poblaciones primitivas de las Américas: ‘Podrá tal vez pensarse que jamás hubo un tiempo en el que tuvo lugar una situación de guerra de este tipo. Y yo creo que no se dio de una manera generalizada en todo el mundo. Pero hay muchos sitios en los que los hombres viven así ahora. Pues los pueblos salvajes en muchos lugares de América, con la excepción del gobierno que rige en las pequeñas familias, cuya concordia depende de los lazos naturales del sexo, no tienen gobierno en absoluto y viven en el día de hoy de esa manera brutal que he dicho antes’. De forma aún más siniestra Locke los describe como bárbaros, deseosos de sangre, insolentes e irreverentes, no organizados en reinos o repúblicas sino en ‘bandas’; y encuentra en las exterminadas tierras americanas el paradigma de las tierras baldías, abandonadas y apropiables ‘sin perjuicio de nadie’, y sobre él construye su conocida teoría de la ausencia de limitaciones para la acumulación capitalista. Puede entenderse, entonces, sobre la base de estas representaciones, que el *ius societatis et communicationis* de Vitoria pudiera convertirse en el imperativo hobbesiano del paso desde el estado de naturaleza al estado civil, y por tanto en un derecho-deber que se tiene en nombre de la razón antes incluso que de la religión, no sólo de convertir, sino incluso de ‘civilizar’, o sea, de integrar, homologar, destruir. La relación de comunicación con el nuevo mundo imaginada por Vitoria se transforma abiertamente en una relación de alteridad, de negación y de dominación. Y la figura del ‘salvaje’ viene a identificarse con el de la ‘persona ajena’, la mayor parte de las veces el enemigo, en algún caso no-humano o semi-humano, y en todos los casos ‘inferior’” (Ferrajoli, 1999, p. 136-137).

como “bueno” cosas distintas. Una suerte de conflicto de valores. A pesar de la aparente solidez de esta idea, a la que no puede dejar de reconocerse que es reflexiva, plausible y bien elaborada, resulta siendo incorrecta.

En efecto, por una necesidad de reafirmar una superioridad en el ámbito espiritual cuando ésta sólo existe en el económico y en el militar, se considera que el mundo está dividido entre Occidente y el resto; entre locales y modernos; entre una racionalidad anéctica que sólo reconoce a la ganancia como el ideal absoluto a ser alcanzado y al individuo como centro de su propio interés, y una ética que se sustenta en el respeto a las identidades. En otras palabras, a la situación certera de que no somos iguales sobrevienen las siguientes opciones: ¿esas diferencias deben marcar rutas de exclusión o destrucción, o más bien son la razón necesaria que nos debe llevar a plantearnos un itinerario y objetivo comunes? La segunda opción es en gran medida aquello que denominamos cosmopolitismo y que se convierte en la alternativa a la globalización.

Tan enfrentado está el cosmopolitismo con la globalización como también lo está con una ideología que ha regresado con virulencia, precisamente como consecuencia de éste. Se trata del nacionalismo, el cual se sustenta en la afirmación de un estado superior originado en una identidad surgida de un trozo de territorio, un origen étnico común o un conjunto de sucesos históricos. Esta ideología es responsable de algunas de las peores desgracias que haya soportado el hombre en los últimos dos siglos. Los nacionalismos, como sabemos, se expresan en una lealtad absoluta a una porción de la humanidad con abierta exclusión de los demás.

Volviendo al cosmopolitismo, se puede afirmar que es un desafío y también un ideal. Su objetivo es desarrollar en cada quien y concretar como fenómeno universal, el hábito de la coexistencia, es decir, la convivencia solidaria en una comunidad de desiguales.

Derecho y globalización

Lo descrito en torno al enfrentamiento entre globalización y cosmopolitismo, como reacción al objetivo de la primera de presentarse como una concepción monolítica, excluyente y con pretensión de última *ratio*, discurre en el ámbito de la filosofía y de la ciencia políticas propiamente dichas. Ahora resulta pertinente describir cómo se presenta la globalización en el ámbito del Derecho.

La globalización determina, por su propia necesidad de expansión y libertinaje, una crisis del

Derecho. Ésta se manifiesta, inicialmente, en una crisis de credibilidad de una ciencia que se sofisticó pero que socialmente no funciona. Jamás como ahora se ha estudiado tanto el contenido y valor de las constituciones, cartas y declaraciones de derechos. No hay país que no se enorgullezca de lo que tiene escrito en su norma mayor; teóricamente los hombres somos ahora más iguales y libres que nunca. En la práctica, sin embargo, resulta difícil identificar un periodo de la historia en donde hayamos sido más desiguales y prisioneros que ahora. Bobbio llama a esta época “el tiempo de los derechos”, sólo habrá que completar la idea y decir que vivimos también el tiempo de su más clara y sistemática violación y, sin ninguna duda, de la más intolerable desigualdad. Las cifras dadas al inicio de este recuento confirman lo dicho.

Una prevención a tener en cuenta es que los temas referidos a la globalización y al Derecho no pueden ser abordados desde una perspectiva puramente jurídica. Su elevada complejidad así lo exige.

Algunas preguntas sueltas pueden dar cuenta de la intensidad de la afectación que la globalización ha producido en el derecho. Así, atendiendo a que la globalización ha requerido para tener éxito un debilitamiento de la fuerza vinculante de los sistemas normativos y, por otro lado, considerando el hecho de que el Estado-nación ha monopolizado la producción normativa (sobre todo el Ejecutivo), ¿cuál va a ser el futuro del Estado-nación, suponiendo que lo tenga? ¿Cómo debe resolverse la tensión que existe entre globalización y los derechos fundamentales? ¿Cuál es el contenido actual de la soberanía estatal? Y, finalmente, la última pero no la última, ¿la globalización es buena o mala para la democracia y para el Estado constitucional de derecho? Algunos consideran que la globalización ha casi acabado con la soberanía estatal, las opciones son recuperar su importancia o tomar en cuenta lo que dijo Kelsen hace casi un siglo: “[...] el concepto de soberanía debe ser resuelto de forma radical. Ésta es la primera revolución de la conciencia cultural que necesitamos.” ¿Por cuál optamos?

Sin perjuicio de que las preguntas no requieran estar determinadas en su alcance geográfico, es decir, sirven para cualquier latitud, es necesario hacerlas recalar en esta parte de América. Lamentablemente, una primera constatación es que si bien en nuestra área geográfica la influencia ha sido y sigue siendo tan intensa como nefasta, los estudios jurídicos sobre el tema, en contraposición, son tan escasos que demuestran un evidente desinterés, al extremo que autónomamente ya constituye una materia a investigar las razones de la

incapacidad para actualizar y contrastar la información jurídica, a fin de comprometerla con el destino de nuestras sociedades.

Los sistemas jurídicos latinoamericanos han evolucionado tomando como punto de partida el Estado-nación, éste es su origen y desarrollo, su hábitat natural. Pero, nos referimos a un Estado que hasta hace un tiempo todavía podía explicar las razones del monopolio de su producción legislativa o del control excluyente de la solución de los conflictos intersubjetivos de individuos o grupos, como expresión de su soberanía. Sin embargo, la realidad nos muestra que la soberanía del Estado es, a la fecha, un exceso del lenguaje¹⁵.

Entonces, el punto de partida del cambio consiste en generar ámbitos de reflexión desde una perspectiva jurídica. De hecho la globalización tiene un componente jurídico, por tanto, no se puede dejar a nuestra ciencia al margen de la lucha por otro mundo posible. Al contrario, nos parece que cualquier cosa que se intente tendrá solidez sólo si también se sostiene en un fundamento jurídico alternativo, inclusive si, como piensan algunos, la tarea pendiente sólo consistiera en desarrollar una globalización jurídica¹⁶.

Si, como se ha referido, la globalización es un hecho irremediable, entonces hay que concebir una globalización jurídica alternativa a aquélla que sólo viene siendo empleada con el propósito de crear las condiciones de eficacia, control y seguridad para que las ganancias se multipliquen en desmedro de las grandes masas, excluidas no sólo de sus beneficios sino de sus derechos esenciales¹⁷. Esta globalización jurídica alternativa debería ser correspondiente con un cosmopolitismo de los derechos, casi en la misma

medida en que una globalización política alternativa debería estar referida a la expansión de una democracia participativa (por tanto, no formal ni episódica). Por estas razones, a aquello que llamamos globalización jurídica se le denomina también “constitucionalismo global” o cosmopolitismo democrático.

No podemos desconocer la realidad y mucho menos inventarla. Ésta nos muestra que estamos hoy muy lejos de aquello que aspiramos. Las líneas de actuación descritas en el párrafo anterior son ideales normativos que actualmente son recusados por la realidad. En consecuencia, deberían formar parte de la agenda de trabajo de los juristas, especialmente de esta parte de América.

Por lo demás, aparece claro que no hay disciplina jurídica que pueda ser considerada inafecta al fenómeno globalizador, lo que no descarta el hecho de que haya algunas en donde la incidencia sea mayor, al punto que la afectación es directa y frontal. Es el caso del derecho constitucional¹⁸. Esta disciplina no tiene manera de ser neutral, su contenido sustancial siempre deberá estar teñido de discusiones en torno a los valores esenciales de un grupo humano organizado, la búsqueda de líneas constantes en torno a la organización jurídica y política del Estado y, también, a la garantía de los derechos inalienables de la persona, sobre todo, a combatir la escasa vigencia de los llamados derechos sociales¹⁹. Un ejemplo, las teorías y doctrinas en torno a la igualdad formal y la sustancial, ésta última íntimamente ligada a la posibilidad de que se concrete el ejercicio real de las libertades y de los derechos de todos los seres humanos, son temas sensibles pertenecientes a esta disciplina. Lamentablemente, habrá que insistir hasta que

¹⁵ “Llegados a este punto – entramos así en la tercera de mis hipótesis de trabajo – caen todos los presupuestos y los caracteres de la soberanía, tanto interna como externa. La soberanía, que había quedado vacía de contenido hasta disolverse en su dimensión interna con el desarrollo del Estado constitucional de derecho, decae también en su dimensión externa en presencia de un sistema de normas internacionales que pueden ser caracterizadas como *ius cogens*, es decir, como derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos: los primeros, en cuanto titulares frente a sus propios Estados de los derechos humanos que les confieren la *Declaración de 1948* y los Pactos de 1966; los segundos, en cuanto titulares del derecho de autodeterminación reconocido por el artículo I de esos mismos Pactos. Para medir la relevancia teórica de la transformación que ha tenido lugar será suficiente observar hasta qué punto habría sido impensable, antes de la *Carta de la ONU*, el recurso de un ciudadano contra su propio Estado ante una jurisdicción internacional; al igual que hasta el siglo pasado, antes de la creación de una justicia administrativa, habría sido inconcebible el recurso de un ciudadano contra el Estado ante la jurisdicción estatal” (Ferrajoli, 1999, p. 144-145).

¹⁶ “La premessa filosofica del ‘globalismo giuridico’ è l’idea kantiana dell’unità morale del genere umano. Quest’idea giusnaturalistica e illuministica viene articolata da Kelsen in alcune tesi teorico-giuridiche tanto innovative quanto radicali: l’unità e oggettività dell’ordinamento giuridico, il primato del diritto internazionale, il carattere ‘parziale’ degli ordinamenti nazionali e, *last but not least*, la necessità di bandire l’idea stessa di sovranità come principale ostacolo al mantenimento di una pace stabile e universale. Sul piano normativo l’universalismo kantiano viene tradotto nell’istanza della globalizzazione del diritto nella forma di un ordinamento giuridico che abbracci l’intera umanità e assorba in sé ogni altro ordinamento. Il diritto dovrebbe assumere la forma di una legislazione universale – di una sorta di *lex mundialis valida erga omnes* – sulla base di una graduale omologazione delle differenze politiche e culturali, oltre che delle consuetudini e delle tradizioni normative nazionali” (Zolo, 1998, p. 13-14).

¹⁷ “I cuadro dei diritti, di quelli sociali in specie, è continuamente modificato dalle politiche quotidiane. Le difficoltà finanziarie stanno determinando una riduzione della ‘dotazione’ dei diritti, in generale o per determinate categorie di cittadini. Il risultato è il passaggio di una serie di situazioni dall’area dei diritti a quella del mercato” (Rodotà, 1997, p. 131).

¹⁸ “Laski destaca la gran importancia del derecho constitucional. De esta manera lo refiere Monereo: “Así, el derecho constitucional es únicamente inteligible como expresión del funcionamiento de las ciencias sociales, cuyo significado deriva de las disposiciones de las fuerzas económicas” (Monereo Pérez, 2004, p. 19).

¹⁹ Desgraciadamente en sede sudamericana proliferan los estudios dogmáticos y seudo históricos en materia constitucional. Éstos vienen produciendo el “milagro” de constituir investigaciones asépticas y, en consecuencia, neutras. No tenemos razones, pero nos interesa creer que estas elecciones temáticas no son intencionales.

deje de ocurrir, los constitucionalistas de esta parte de América – salvo honrosísimas excepciones – han dicho poco o nada sobre estos temas sensibles adscritos a su disciplina, por lo menos hasta el momento.

Una expresión de esos ideales normativos a los que se aludía antes consiste en pergeñar un tipo de Estado que tutele los derechos fundamentales, pero no sólo el derecho de propiedad (industrial e intelectual); que promueva la igualdad sustancial y, en tal consideración, disponga de medios para integrar a los menos favorecidos, a las minorías étnicas, a los ancianos. Un Estado que ofrezca educación pública de calidad y un buen servicio de impartición de justicia constituyen objetivos a los que se debe aspirar desde una visión integral alternativa a la globalización.

La globalización ha conseguido neutralizar la tutela de los derechos fundamentales colectivos en el plano del derecho público internacional. En ese ámbito, en consecuencia, no existe un sistema de garantías y de instituciones idóneas que limiten o por lo menos definan el ámbito de los nuevos poderes desregulados y salvajes del mercado y la política. Estos son los nuevos problemas a los que el Derecho no sólo no se puede sustraer sino que debe enfrentarlos con imaginación²⁰.

¿Se puede luchar contra los efectos de la globalización desde el derecho?

Lo nuestro, felizmente, es una ciencia y no un sistema de creencias, en consecuencia, lo que no tenemos de fe nos sobra de esperanza. Desde el Derecho no sólo se puede luchar contra los efectos nocivos de la globalización, sino que es imprescindible hacerlo para

darle solidez a una alternativa consistente, capaz de producir reglas e instituciones que estén a la altura de los desafíos que propone un enemigo de proporciones.

Por otro lado, y ésta es una razón para considerarnos afortunados en nuestra desgracia, un proceso histórico de acumulación de riqueza y el uso de técnicas sofisticadas ha permitido a las sociedades “avanzadas” (me refiero a aquellos poquísimos Estados que se benefician con la globalización) una mejor comprensión de los hechos y, con ello, sacar ventaja de sus consecuencias: el uso directo e inmediato de las innovaciones. Sin embargo, y es aquí donde la ventaja se compensa, viven una diferencia brutal entre sus logros tecnológicos y su conciencia valorativa. Hay ejemplos irrefutables de ello, describamos uno: han adquirido un dominio casi absoluto de la fertilización *in vitro* y, posteriormente, la han enfrasado en una discusión inacabada sobre los límites éticos de su práctica.

Por interpretación *contrario sensu* se puede concluir que en las sociedades (como las nuestras) donde el desarrollo científico no es tan avanzado, nuestras limitaciones tecnológicas pueden ser compensadas con la capacidad para convertirnos en modelos en materia de consolidación de una jerarquía universal de valores. Es decir, los países que controlan la globalización pueden, perfectamente, aprender espiritualmente de los pueblos no desarrollados tecnológicamente, como es nuestro caso.

La realidad nos informa de un orden mundial no escrito pero vigente; tampoco consensual, sino impuesto. Su objetivo es exigir a los gobiernos con economías emergentes la más amplia libertad para el movimiento de sus capitales. Por esta razón la nueva *Grundnorm* consiste, paradójicamente, en que no debe haber reglas.

²⁰ A problemas universales, propuestas universales. Nótese la originalidad – en Francisco de Vitoria no estaba la supresión de la soberanía estatal – de las propuestas tanto de Kelsen (1993, p. 460) (“[...] la idea de la igualdad de todos los Estados únicamente puede ser mantenida si basamos nuestra interpretación de los fenómenos jurídicos en la primacía del Derecho Internacional. Los Estados sólo pueden ser considerados como iguales si no se les presupone como soberanos”) como de Laski (1933, p. 257 y ss.). Ambos propusieron, en el primer cuarto del siglo pasado, una suerte de supremacía del derecho público internacional sobre el derecho de todos los Estados. “[...] de manera que la comunidad de Estados como la que se ha llamado una Civitas máxima, dicta leyes supremas sobre todas las otras leyes. Para él [se refiere a Laski] los Estados serían como “provincias” de esta “Civitas máxima”, cuya autoridad se deriva de las normas que sean consideradas precisas para el mantenimiento de la vida internacional común” (Monereo Pérez, 2004, p. 15). Más adelante, en la preciosa síntesis que José Luis Monereo expresa del pensamiento de Laski se puede advertir que la teoría del cosmopolitismo ya estaba presente en el politólogo inglés: “Es necesaria una filosofía política no basada en el Estado nación, sino encaminada a crear un orden cosmopolita en el que dicho Estado nacional sea paulatinamente reducido a la situación política internacional de una ‘provincia’ dentro de dicho orden cosmopolita. La era de Grocio está llegando a su fin. En el futuro será necesario construir las nociones fundamentales del Derecho internacional. Es cierto que en el mundo moderno no será posible que ningún Estado ostente poderes absolutos e inapelables, sino que serán mucho más semejantes a los de la ‘provincia’ de una federación mundial, con autoridad en un ámbito determinado, más allá del cual le sea estrictamente determinada. Para Laski cada vez más el proceso de gobierno de los Estados está escapando a las categorías en que el Estado-nación trataba de encerrarlo. [...] Según Laski la ciencia moderna y la organización económica actual han hecho de este mundo una unidad de interdependencias; y deduce de esta situación ‘el principio de supremacía de las necesidades cosmopolitas sobre las exigencias nacionales’” (Monereo Pérez, 2004, p. 20-21). Adviértase cómo esta anticipación de Laski se va a concretar después de la Segunda Guerra Mundial por medio de la Organización de las Naciones Unidas, lamentablemente no con la importancia con que él y Kelsen habían concebido la idea. Sin embargo, en donde la premonición de Laski sí es exitosa – por lo menos hasta el momento – es en la permanencia del Estado-nación a pesar de las poderosas fuerzas destructivas que la iban a afectar; en el caso actual la referencia es a la globalización. Por otro lado, esta anticipación respecto de lo que ahora estamos soportando también está en Kelsen, tal como lo anota Zolo: “Anche i critici più severi hanno riconosciuto a Kelsen un grande merito storico: il merito di aver impresso agli studi di diritto internazionale una svolta decisiva che li ha indotti a superare l’angusta prospettiva del giuspositivismo statalistico e a porsi il problema dell’ordine mondiale in termini profondamente nuovi. Non c’è dubbio che Kelsen ha anticipato di cinquant’anni buona parte dei problemi giuridici e istituzionali che sarebbero emersi sul piano internazionale nella seconda metà del nostro secolo. Si pensi ai processi di globalizzazione che hanno posto in termini drammatici il tema della crisi degli Stati nazionali e del sistema vestfaliano fondato sulla loro sovranità” (Zolo, 1988, p. 40).

Inclusive es posible pensar que en esa trayectoria de la libertad absoluta²¹ se esté gestando una suerte de ordenamiento jurídico supranacional que limite o anule la capacidad vinculante de las cartas nacionales. Es decir, como lo quisieron Vitoria, Kant, Kelsen o Laski pero con otros fines.

Entonces, una de las tareas pendientes consiste en emplear los avances tecnológicos de la globalización para proponer y alentar un movimiento alternativo que permita vislumbrar que lo que actualmente vivimos no es el único futuro posible, sino que, desde el Derecho, la Política y otras ciencias sociales se puede proponer una organización internacional humanitaria y solidaria. Como ya fue dicho, el tema no es acabar con la globalización, sino lograr que ésta alcance también a los derechos, esto es, que no se quede únicamente en las mercancías, exactamente como viene funcionando en nuestras tierras, tradicionalmente de servicio ajeno.

Los juristas, habrá que admitirlo, solemos estar tendencialmente formados para actuar dentro de una sociedad como manipuladores de los instrumentos de control social y, por tanto, somos naturalmente reactivos al cambio. El Estado, otrora monopolizador de las decisiones que comprometen a las mayorías, ahora sólo especta y únicamente es proactivo para hacer eficiente el poder que las empresas transnacionales extienden por nuestros territorios. Ante semejante desigualdad, los juristas sienten que la brújula tiene alterados sus indicadores y, aunque por inercia todavía siguen defendiendo el “orden”, cada vez son más los que empiezan a descubrir que podrían encontrarse actuando en el lugar equivocado.

Sigue siendo una tarea pendiente en nuestros centros de enseñanza jurídica diseñar una reforma de métodos y contenidos que elimine o, por lo menos, reduzca los efectos nocivos de una enseñanza exegética regularmente positivista y con un alto contenido privatista. Nos referimos a la difusión de un derecho que gira alrededor de garantizarle todos los derechos al hombre alto, blanco, casado, con hijos y propiedades, es decir, a una abstracción en torno al cual gira todo el derecho civil que, por esa vía y parafraseando a Arnaud, se convierte tan sólo en “las reglas de juego de la paz burguesa”.

Resulta impactante apreciar cómo los capitales viajan a velocidades siderales, entran y salen de los países sin que los gobiernos puedan hacer nada para impedirlo o siquiera para registrar su paso e imponer

un tributo. Sin embargo, a contramano de ese libérrimo tránsito, todos los días, nuestros connacionales y vecinos, nativos de países por donde el capital se desplaza raudo recogiendo utilidades, no pueden viajar ni a esa velocidad ni a ninguna otra, especialmente a los países donde residen los propietarios de esos capitales.

Lo grave es que ante una situación como la descrita nuestros juristas guardan discreto silencio. No hay duda que los profesores de derecho constitucional van a seguir escribiendo brillantes páginas sobre la libertad de tránsito como derecho fundamental y su inviolabilidad; lo seguirán enseñando de manera didáctica y hasta emotiva. Mientras tanto, a nuestros compatriotas les colocan anillos magnéticos en los tobillos para saber si ya se fueron o no. Puede ser sólo coincidencia, pero es el mismo instrumento que se usaba en las galeras, aunque ahora tiene un chip.

La extrema punición que expresan las recientes leyes sobre migración y la patética crueldad manifestada en el control de las fronteras y en la expulsión de los inmigrantes es parte de una realidad que colisiona con todas las referencias hechas a las cartas constitucionales y a los inalienables (¿?) derechos fundamentales de todo ser humano. ¿Existe un derecho que permita a los Estados tratar de esa forma a los inmigrantes? Y si por azar existiera, ¿es constitucional? En ambos casos la respuesta es no, aunque penosamente tal negativa no tenga ningún significado en los hechos.

La responsabilidad del jurista consiste en proponer debates que cuestionen aquello pernicioso e inhumano de la globalización (es decir, casi todo); diseñar rutas alternativas que incentiven aquello positivo que del monstruo se pueda obtener (o sea, casi nada). Y para tal efecto la imaginación creadora no conoce límites; busquemos tanto en el futuro como en el pasado. Así, ¿cómo olvidar el Art. 23 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793?: “La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos; esta garantía reposa sobre la soberanía nacional.”

Sin embargo, y éste es un riesgo que va a estar siempre presente. No se debe permitir que con el pretexto de encontrar una salida a un problema mundial que encierra múltiples facetas se acepte la tesis – intencionalmente falaz – de que el problema de la globalización es jurídico por lo que sólo bastará que se modifiquen o se hagan efectivas algunas normas, o se mejore el sistema de impartición de justicia para

²¹ “La libertad absoluta es el derecho del que tiene más fuerza para dominar [...]. La justicia absoluta pasa a través de la eliminación de toda contradicción: éstas destruyen la libertad” (Camus, 1951, p. 345).

que toda la violencia, destrucción y aniquilamiento del futuro de la mayoría de la población de nuestros países quede resuelta.

Mario Vargas Llosa, el más reconocido escritor peruano del siglo XX, nos brinda un ejemplo de las precauciones que se deben tomar. Alguna vez militante de izquierda y a la fecha gonfalonero del neoliberalismo y de sus consecuencias – es una peligrosa especie de los arrepentidos – utiliza la cobertura que le brinda su desconocimiento del Derecho como fenómeno social para usar lo que conoce del Derecho formal como instrumento de manipulación, para proponer una solución “jurídica” a los embates de la globalización²².

Lo poco que queda de la soberanía exterior se viene sosteniendo en una infamia: quien vende armas necesita que los países pobres sigan sospechando que sus vecinos son sus enemigos. Gobiernos e intermediarios corruptos completan la escena del despilfarro “creyendo” y difundiendo esa farsa. Es cierto que las organizaciones internacionales encargadas de solventar la paz, la igualdad, el desarrollo y los derechos universales de los hombres y de los pueblos atraviesan una grave crisis de legitimación. Las “guerras preventivas” jamás impedidas ni sancionadas así lo demuestran. Las soberanías desiguales son el origen de su incompetencia.

Ésta es la razón por la que las tesis de Vitoria, Kant, Kelsen y Laski de una comunidad mundial sometida al derecho, una comunidad a la cual los Estados se adhieran y la hagan eficaz, retorna como el ave fénix, aunque será necesario tener en cuenta algunas variantes.

Los Estados, sometidos a la peor de sus crisis – reemplazados desde fuera por organizaciones que se encargan de las finanzas, de la moneda, de las prestaciones sociales y del comercio; y desde dentro por grupos y pueblos que, cansados del olvido, lo emplazan con tensiones centrífugas que reclaman autonomía – ni siquiera son aptos para mantener la unidad nacional y la paz interna, dos de sus funciones históricas básicas.

Y es aquí donde el derecho juega su rol más importante en la escena contemporánea. Si su fuente formal (el Estado) está en crisis, el derecho tiene que asumir la responsabilidad histórica de trazar – o coadyuvar a ello – los itinerarios por donde debe discurrir una sociedad que renuncie a los paradigmas

tradicionales del Estado burgués y, más bien, sustente su estabilidad interna en raíces históricas sólidas como la autonomía de los pueblos, y su vinculación interna en un constitucionalismo que se conecte dinámicamente con los valores de una organización mundial que no gobierne a todos – no repitamos las utopías de la pre-modernidad y modernidad – sino que limite las soberanías estatales sea contra las violaciones de los derechos humanos en su interior, sea contra las violaciones de la paz exterior.

Lo expresado en el párrafo anterior implica contar con garantías jurisdiccionales que permitan que las instituciones internacionales encargadas de hacer efectivos los fines descritos sean eficaces y oportunas. Y claro, es allí donde se requiere la presencia de nuestra disciplina, la ciencia procesal.

Ahora que no hay ninguna razón para ser optimistas; ahora que se hizo realidad el concepto de “imperio mundial” es precisamente cuando, recuperando la dimensión normativa y axiológica del derecho y del proceso, podemos empezar a gestar la ruta hacia otro futuro posible.

Proceso y globalización

Una primera impresión es que la globalización implica un fenómeno de características lo suficientemente enormes como para renunciar a considerar que una disciplina científica aisladamente va a resolver o evitar los terribles problemas sociales que ella produce. Esta afirmación es tan verdadera como incorrecta en sus consecuencias.

En páginas anteriores se anticipó que lo que haya que hacer para evitar que la globalización se convierta en la única vía al futuro va a surgir de una búsqueda interdisciplinaria de alternativas que, por cierto, surjan de la conciencia de que la situación no se puede mantener más como está. Siendo así, se trata de que cada quien descubra, en su ámbito de investigación, las falencias producidas – directa o indirectamente – por la globalización y, a continuación, las alternativas que ante tal fenómeno se pueden proponer. Entonces sí hay aventura del espíritu por realizar y la cuota que se aporte, cualquiera que ésta sea, también será importante.

²² “Este sistema está basado en la libre empresa y el libre mercado, es decir, en la competencia, un rivalizar constante de los individuos y las empresas entre sí para conquistar mercados y relegar o hacer desaparecer a los competidores. Éste es un sistema frío, amoral, que premia la eficacia y castiga la ineficiencia sin contemplaciones. No es una ideología, no es una religión, no engaña a nadie prometiendo felicidad ni el paraíso en éste ni en el otro mundo. Es una práctica, una manera de organizar la sociedad para crear riqueza. Por sí sólo deshumanizaría a la sociedad y la convertiría en una jungla despiadadamente darwiniana, donde únicamente sobrevivirían los más fuertes. Se humaniza gracias a la democracia, con un Estado de Derecho, donde haya jueces independientes ante los que puedan acudir los ciudadanos cuando son atropellados, leyes que garanticen el respeto de los contratos, la igualdad de oportunidades para todos e impidan los monopolios y privilegios, y unos gobiernos representativos a los que fiscalice la ciudadanía a través de partidos de oposición y una prensa libre” (Tomado de: Stefania, 2000, p. 87-88).

En el área del proceso los problemas originados por la globalización son múltiples, como seguro lo son también en otras disciplinas. Si el listado no se muestra acabado es porque nos encontramos en la fase del descubrimiento, es decir, aun no están claramente establecidas cuáles son las causas y cuáles los estragos.

Siendo así, lo que a continuación se desarrolla es un planteamiento, se destaca el artículo indeterminado para darle énfasis al hecho que no es ni se presume *deba ser* la ruta a seguir. Estando en la etapa de descubrimiento, se justifica que cada quien se acerque al problema con sus propias armas y también limitaciones. Ya el tiempo se encargará de separar la paja del trigo.

Tres rutas por explorar

Una sombra que aún no se despeja en los estudios procesales es aquélla proyectada por una suerte de exageración en el desarrollo de los estudios dogmáticos. El anuncio optimista respecto a que ésta es una tendencia superada desde fines del siglo XX guarda más entusiasmo que verdad. Los anuncios sobre las bondades de la “instrumentalidad” y la “eficacia” muy fácilmente suelen perderse en una maraña de conceptos sin precisar y en complejas clasificaciones que dejan objetos fuera de sus taxonomías.

Sin embargo, el proceso es, finalmente, un fenómeno social de masas (para empezar recordando a Cappelletti), en consecuencia, lo que debamos hacer con la información que conocemos y compartimos debe estar comprometido con el futuro de nuestro sistema social o habremos arado en el mar, así de sencillo.

Por esa razón, nos parece que hay tres rutas que debemos volver a recorrer, sin atajos, para buscar en su itinerario prendas que nos sirvan para coadyuvar a la finalidad antes expresada.

(a) Una de ellas está sugerida por un trabajo de Carnelutti que, en su nombre, lleva implícita la propuesta. *Torniamo al giudizio* es una expresión desesperada de un genio que advierte que los estudios procesales – se

refiere a los italianos pero extender su uso no pervierte el mensaje – están signados por un desarrollo teórico que han determinado que el jurista pierda la perspectiva sobre la dimensión esencial de nuestra materia: el drama expresado en la sucesión de actos por medio de los cuales se pide y se imparte justicia²³.

La propuesta de Carnelutti es la de volver para avanzar (él dice que “La vuelta no es una marcha hacia atrás, sino un giro en derredor de la montaña”). Si bien ya se sabe lo que es un proceso por fuera, se sabe muy poco sobre lo que tiene dentro. Se dice que en él hay un “juicio” pero, ¿qué es un juicio desde el punto de vista procesal, no de la Lógica, de la Teoría del Conocimiento o de la Teoría de la Argumentación²⁴?

Para actualizar la idea, “juicio” es todo aquello que viven el juez, las partes y sus auxiliares, y no sólo el acto por el cual el primero resuelve. Por eso, siguiendo a Carnelutti, es importante que nos preocupemos por la sucesión de escenas que conforman el proceso, esto es, el procedimiento. Así, se trata de observar dónde están los obstáculos que lo hacen moroso e inconfiable. Con una precaución: no anticipemos la solución teórica si no hemos comprendido el problema en su dimensión real. Alterar ese orden importa incurrir en la falacia naturalista²⁵.

Entonces, recorrer la ruta carneluttiana del “retorno al juicio” implica conducir los estudios procesales a observar, descubrir y proponer soluciones a los problemas del procedimiento presentes durante la actividad procesal. Tal vez éstos no sirvan para hacer brillar una teoría sofisticada, aunque su solución permitirá hacer más eficaz y oportuno el proceso y en esa línea el sistema judicial.

No está demás recordar, siguiendo a Denti²⁶, que el concepto “procedimiento”, desarrollado con mucho detalle por la doctrina alemana, quedó marginado del análisis de Chiovenda, quien no advirtió que éste, en su relación con el derecho público, conduce a una preocupación científica por la eficacia de la impartición de justicia como función estatal y a los avatares del

²³ “Después de haber hablado tanto de proceso, hay que hablar de juicio para comprender qué es, no tanto el proceso, cuanto el derecho. Hemos estudiado con gran delicadeza las relaciones jurídicas que median entre los diversos sujetos del proceso, y particularmente entre las partes y el juez; y luego los actos que en el desenvolvimiento de tales relaciones se cumplen. Sabemos, entre otras cosas, que la parte tiene derecho a ser juzgada, y que el juez tiene obligación de juzgar; pero nuestras ideas son menos claras en cuanto a *qué es juzgar*” (Carnelutti, 1961, p. 56).

²⁴ “Lo que ellos nos pueden mostrar, en la mejor hipótesis, es el juicio sobre la mesa de anatomía, mientras que nosotros necesitamos verlo en la vida: nacer, crecer, sufrir, llegar a la madurez, hasta morir. El juicio, en otras palabras, que ellos pueden ofrecernos, es un preparado lógico; el que nosotros tenemos que conocer, es un drama” (Carnelutti, 1961, p. 58).

²⁵ De las distintas dimensiones en que se puede presentar la falacia naturalista, la empleo como una variante del tránsito errado de la propiedad natural a la propiedad ética, en la que se incurre cuando al razonar, *mutatis mutando*, se pasa del mundo del “ser” al del “deber ser”, estando éste último representado por la idea “a priori” del investigador.

²⁶ “In tal modo, restava ignorata proprio la nozione centrale della sistematica germanica, elaborata como teoria generale del processo agli inizi dell’Ottocento sotto la diretta influenza giusnaturalistica, e che è alla base della giustizia moderna. Intendo referirmi alla nozione di ‘procedimento’ che – como ho in altra occasione cercato di dimostrare – è coerente con la trasformazione in senso burocratico dell’amministrazione della giustizia, maturata con il dispotismo illuminato del Settecento e culminata nella grande loi napoleonica del 1810” (Denti, 1999, p. 15-16).

complejo acto (o arte) de juzgar. Precisamente este aspecto, ligado al inicio de la etapa sistemática de los estudios procesales, nos conduce a la segunda ruta.

(b) Chioyenda y Carnelutti son, a no dudarlo, juristas determinantes para el tránsito de los estudios procesales a su ámbito científico, que se denomina etapa sistemática. Tampoco es novedad que la influencia que recibió el primero y por extensión el segundo fue de la doctrina alemana. Sin embargo, lo que no suele decirse es que esta influencia fue, específicamente, de la pandectística alemana, lo cual implicó el uso de categorías del derecho privado. Tal vez por eso Chioyenda marginó al juez del centro de los estudios procesales prefiriendo privilegiar el concepto de acción como derecho potestativo (nótese la esfera privada de la teoría acogida), tanto como Carnelutti para quien la palabra clave de su sistema fue la *lite* (el conflicto de intereses).

En ambos casos, lo que quedó descartado como tema central o gravitante fue el estudio de la jurisdicción, específicamente en lo referido al juez y sus poderes²⁷. Y este divorcio entre proceso y jurisdicción va a atravesar casi todo el siglo XX. Inclusive hoy los procesalistas podemos pergeñar un sistema impugnatorio sin interesarnos mucho sobre cómo se va a concretar en la práctica. También podemos proponer una nueva teoría de la nulidad procesal sin que nos preocupe las implicancias que su puesta en práctica pueda producir. De hecho, los procesalistas, sin expresarlo, mantenemos un cierto desdén respecto del funcionamiento de la maquinaria judicial. Esto, como es obvio, implica una grave responsabilidad que no puede continuar.

Cuando hablamos de privilegiar los estudios sobre la jurisdicción, en realidad, nos estamos refiriendo a poner encima de la mesa las relaciones entre proceso y sociedad. Así, aspectos como las técnicas para la tutela de los intereses difusos y la protección al medio ambiente o del consumidor se están convirtiendo muy rápidamente en anacrónicos, atendiendo al hecho que los asuntos que pretenden remediar son problemas de complejidad creciente, es decir, conflictos que se agravan a una velocidad superior a los remedios para resolverlos. Y esos son temas que más temprano que tarde aterrizan en la mesa del juzgado.

Las distintas modalidades de tutela procesal que se vienen proponiendo – básicamente dentro de lo que se da en llamar Tutela Diferenciada – generan también nuevos problemas que deben ser enfrentados. Puestos en medio de los vientos huracanados que produce la globalización, resulta indispensable contar con formas de tutela procesal que protejan, de manera casi inmediata, derechos (a la imagen, a la identidad personal, a la intimidad, entre otros) que la tutela procesal ordinaria es incapaz de hacerlo. Éste es un compromiso pendiente con el derecho y la sociedad²⁸.

La duración excesiva de los procesos es, como tal, un problema serio y grave de política estatal que debe ser enfrentado desde múltiples frentes, entre ellos el procesal. También es grave, y mucho más afín a nuestro quehacer, que algunas formas de tutela de urgencia previstas para situaciones específicas – donde el tiempo del proceso es el mismo que el tiempo de vida del derecho discutido – están siendo utilizadas de manera irresponsable, genérica e incontrolada, produciendo situaciones más negativas que aquéllas que el instituto creado debía resolver.

Las fracturas sociales y económicas producidas por la globalización son cada vez más inmensas y, como ya se expresó, no sólo no son ajenas al proceso sino que son parte de su tarea pendiente. En tal consideración, “liberalizar” la tutela jurisdiccional en el sentido de alejarla del control estatal – o lo que es dramático, privatizarlas como se propone en algunos sectores – significa permitir que las aduanas económicas presentes en el proceso – en su inicio, durante y aún en su ejecución – dejen sin tutela procesal a la inmensa mayoría de carenciados. Éstos, además del constante adelgazamiento de sus derechos – al cual se refería Rodotà – deben soportar, además, que la tutela de aquellos que aún tienen les sea negada por falta de capacidad económica. Instituciones como el Acceso a la Justicia o las tutelas sumarias de los derechos fundamentales constituyen instrumentos de la mayor importancia para el proceso contemporáneo y sobre las cuales los procesalistas tenemos el deber de incidir para hacerlos más eficaces y oportunos.

²⁷ “Al contrario, la coincidenza tra giurisdizione e processo è precisamente negata da Carnelutti in una significativa pagina del ‘Sistema’, ove si afferma che tra giurisdizione e processo corre soltanto un rapporto di interferenza, nel senso che può darsi un ‘processo non giurisdizionale’, come si deve ammettere una ‘giurisdizione non processuale’, e si perviene ad escludere dalla giurisdizione l’esecuzione forzata. In realtà, il ‘sistema’ carneluttiano, indubbiamente più completo, rigoroso nell’analisi e nella sintesi, lucidamente strutturato nel gioco delle simmetrie, di quanto non fosse quello di Chioyenda, ne condivideva il fondamento privatistico, avendo ignorato i risultati teorici cui era pervenuta l’evoluzione della scienza del diritto pubblico, ed in particolare del diritto amministrativo, nello studio delle modalità di esercizio dei pubblici poteri” (Denti, 1999, p. 19-20).

²⁸ “Volendo semplificare al massimo il problema, e senza cedere tentazione di risolverlo in una prospettiva meramente sociologica dell’ordinamento, direi che una concezione *funzionale* del processo è caratterizzata principalmente dallo studio degli *effetti* della tutela giurisdizionale sui rapporti sociali: in altri termini, dallo studio dei rapporti tra processo e società. Per usare una partizione che dobbiamo a Luhmann, si tratta di affrontare i problemi del condizionamento che la società esercita sul processo, del condizionamento che il processo esercita sulla società, e infine del rapporto tra lo studio del diritto e quello della società” (Denti, 1999, p. 31).

Entonces, en el listado de nuestros compromisos, la sugerencia de Denti es de considerable importancia: los estudios procesales deben comprometerse con la obtención de una jurisdicción que cumpla con eficacia y oportunidad sus funciones y fines en un Estado democrático constitucional. Tal vez no todos los problemas de la impartición de justicia tengan un contenido procesal, sin embargo, no queda duda que resueltos aquellos que sí lo tienen se habrá cumplido satisfactoriamente con el deber de comprometer nuestro saber con uno de los más graves problemas de nuestras organizaciones sociales.

(c) Si el procesalista debe retornar a su preocupación por el procedimiento, que es casi una manera de decir que debe preocuparse por la práctica de aquello que teoriza y, además, dirigir su interés a proveer a su sistema de impartición de justicia de aportes científicos que lo hagan eficaz, estará procurando no sólo que su ciencia sea útil sino que estará creando las condiciones para que se produzca el tránsito hacia un sistema social que mejor solvente los embates del fenómeno globalizador ya descrito.

Sin embargo, la tarea actual del procesalista seguiría pendiente si, además del procedimiento y de la jurisdicción, sus trabajos no estuvieran encaminados a la comprensión de la función del juez. Resulta claro que ésta es apreciada desde múltiples opciones disciplinarias, sin embargo, tampoco es un misterio que todos estos análisis desembocan en desentrañar la manera cómo se establece la relación entre el juez y el expediente, el juez y las partes y, finalmente, el juez, su decisión y los efectos de ésta en la sociedad. A este último propósito los trabajos de Mauro Cappelletti son guías de acción.

Desde avanzada la Edad Moderna suele reconocerse en el Occidente europeo dos tradiciones (antes que técnicas) para resolver los casos. Por un lado está la equidad y por el otro el positivismo jurídico²⁹. Sin embargo, antes de referirnos a la división geojurídica clásica, según la cual, la primera se afincó en Inglaterra y sus colonias (*common law*) y la segunda en el continente

europeo y de allí se expandió también a sus colonias (*civil law*), apreciemos un hecho no muy difundido.

Prácticamente hasta antes de la vigencia del Código de Napoleón (1804), los juristas europeos, cultores de la tradición romano-justiniana, tenían a la equidad como un factor relevante y trascendente³⁰. Expresiones comúnmente empleadas como “La equidad no es otra cosa que el derecho que la ley no ha plasmado por escrito” (*Aequitas nihil aliud est quam ius quam lex scripto praetermisit*); “Aquello que sugiere la equidad aunque faltase el derecho” (*Haec aequitas suggerit, etsi deficiamus iure*) o “Es bueno que, en todas las cosas, se prefiera la razón de la justicia y de la equidad a la del derecho escrito” (*Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*) son la prueba de tal aserto.

Lo que es más, durante la elaboración del Código Civil francés (entre el año VII [1799] cuando se constituyó la comisión nombrada por Napoleón y el año IX [1801] cuando se presentó el trabajo concluido) resulta singular que la tendencia de sus redactores, por lo menos hasta que se elabora el quinto proyecto y es casi inminente su entrega al Gobierno, haya sido privilegiar la equidad³¹. Por eso no llama la atención que en un artículo del proyecto del año IX se diga: “En las materias civiles el juez, en defecto de ley específica, es un ministro de equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural, o a los usos recibidos en el silencio de la ley positiva”. Inclusive hay otro artículo en el mismo proyecto más explícito todavía: “Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; no es más que la razón natural en tanto que gobierna a todos los hombres”.

Como se advierte, la tendencia a la equidad sustentada en un pensamiento iusnaturalista por parte de los redactores del Código a poco tiempo de su promulgación era evidente. Todo hacía pensar que el juez iba a ser el protagonista más importante del derecho en el Código de Napoleón. Inclusive, junto a los artículos antes citados, había otro en el proyecto que decía: “El

²⁹ “El primer modelo que nace con el Código Civil al principio del siglo XIX está íntimamente vinculado al Estado liberal y a la sociedad industrial. Se trata del modelo más próximo de la clásica separación de poderes: el legislador prevé el futuro, el juez es el servidor de la ley. El derecho se concibe como un universo cerrado de normas técnicas que se acerca a la realidad mediante sus propias categorías sin preocuparse por su conformidad con la vida” (Garapon, 1997, p. 235).

³⁰ En la *Gazette d'Utrecht* del 5 de mayo de 1760, Montesquieu escribe: *Se ha incluido una carta del señor Barón de Spon al señor Canciller de Aguesseau, acerca del Código del rey de Prusia, que es ridícula por la bajeza de los halagos. En ella se dice, entre otras tonterías, que el Rey ha querido que no se juzgasen los asuntos por el derecho romano, sino únicamente por su Código y, en el peor de los casos, por la razón y la equidad natural. Qué buen peor de los casos, y que bien vale tanto como el Código, por lo menos* (Montesquieu, 1964, n.º 1907). Inclusive en el siglo XVIII hay un autor que considera como óptima la interpretación directa de los textos romanos: *Se debe juzgar antes según las reglas de la equidad que según el rigor del derecho* (Olivier, s.d., p. 337).

³¹ Portalis, el pensador más importante del proyecto del año IX, dice cosas como: *las leyes positivas no pueden sustituir el uso de la razón natural en los asuntos de la vida* (Portalis, *Discours Préliminaire*). Domat, otro de los hombres determinantes en la elaboración del Código afirmaba: *Los jueces son los depositarios y los dispensadores de la luz y de la autoridad divina, y [...] toman en esta función el lugar de Dios* (Domat, 1922). Y en otra obra afirma: *Si pudiese ocurrir que algunos casos no estuviesen regulados por ninguna ley expresa o escrita, tendría por ley los principios naturales de la equidad, que es la ley universal que a todo se extiende* (Domat, *Lois civiles, Règles du droit*, s. 1, n. 23). En la misma obra dice: *Si la dureza o el rigor del derecho no es una consecuencia esencial de la ley [...] entonces hay que preferir la equidad a este rigor que parece exigir la letra de la ley* (Domat, 1922, s. 2, n. 5).

juez que rehúse o que difiera juzgar so pretexto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, es culpable de abuso de poder o de denegación de justicia”. Artículo comprensible en la lógica de privilegiar la equidad, tanto que estaba redactado inmediatamente después de los anteriores.

Sin embargo, los artículos citados previamente desaparecieron en el documento final, es decir en el Código, por lo que en él sólo permaneció el último. Y esto, como resulta evidente, cambia todo de manera radical³². ¿Qué pasó?

La paradoja de un Código que quienes lo redactan son iusnaturalistas racionalistas pero que acaba siendo positivista legalista es menos insólita de lo que parece. Para la época ambas opciones estaban encima de la mesa de los juristas y lo que ocurrió con el Código es que al final se produjo una vuelta de tuerca pero a la inglesa (*the Turn of the Screw*), es decir, en el sentido negativo de la frase. Prueba de ello es que, a la fecha y en considerable medida producto de la gran influencia del Código de 1804 en el continente europeo y en todo el *civil law*, el juez es todavía un prisionero de la ley.

La tesis reduccionista de la función del juez – propuesta y difundida por el Código Civil francés – fue complementada por el formalismo kelseniano. Así, bien entrado el siglo XX, pasó a ser un valor entendido para el derecho europeo continental (*civil law*) y para todos los países tributarios de éste, que la actividad del juez no estaba relacionada con la realidad existente fuera del proceso que tramitaba, en tanto aquélla sólo se limitaba a hacer efectiva la ley al caso concreto, sin ninguna preocupación por las consecuencias futuras de su decisión³³.

Lo singularmente importante es que los comienzos del nuevo siglo traen consigo, de manera vibrante, una revuelta contra el racionalismo jurídico, esto es, a la concepción de la ley como instrumento del “orden impuesto”. Entonces una vez más, pero en otro escenario político y social – éste es globalizado, no lo olvidemos – se ha reiniciado la lucha por un juez que sea mucho más “que la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Y es aquí, en considerable medida, donde los aportes de Cappelletti son trascendentes para permitir que los estudios procesales reivindiquen la figura del juez.

Cappelletti considera que los derechos de la comunidad – conocidos también como sociales, colectivos y difusos – requieren una participación más activa del juez, en tanto las leyes que provee el Legislativo sólo plantean líneas generales sobre los derechos, necesitándose de un juzgador que les dé eficacia específica respecto del caso concreto³⁴. A lo cual habrá que añadir la necesidad de una judicatura que comprometa su cuota de poder a fin que sus decisiones sean ejecutadas en sus propios términos.

Por otro lado, resulta evidente que aquello que se ha dado en llamar “constitucionalización de los derechos” es, fundamentalmente, la puesta a punto de las garantías que aseguren la vigencia real de los derechos fundamentales, inclusive más allá de los contornos nacionales (se les llama derechos humanos desde una perspectiva internacional). Precisamente la creciente internacionalización de las tutelas sumarias que así lo garantizan le otorga a los tribunales nacionales e internacionales una importancia trascendente para el sistema social, ubicando a su función mucho más allá del lugar al que lo había reducido el positivismo formalista³⁵.

³² “Incluso si declara que no quiso ni regularlo todo ni preverlo todo, Portalis da ya una interpretación viciada de la máxima de Domat, en virtud de la cual ‘sólo pertenece a la prudencia del legislador y sólo a él incumbe el deber de prever los acontecimientos más naturales y más ordinarios’ [Projet de l’an IX, cit. *Livre Préliminaire*, titre V, art. 12]. Se siente cierto pesar, en el autor del ‘Discurso Preliminar’ del proyecto del año IX: el de no poder regularlo todo por la ley. Este legalismo latente no es, sin duda, un intervencionismo estatal en las relaciones que se entablan entre los ciudadanos. Sin embargo, es una puerta abierta al intervencionismo del Estado; y la lectura que de ello hará Bonaparte es, desde este punto de vista, muy elocuente” (Arnaud, 2000, p. 130).

³³ “Mientras antes el juez era llamado sobre todo a decidir con la mirada vuelta hacia el pasado – de modo, como se suele decir, retrospectivo – hoy se le pide con frecuencia que escoja, respecto a las posibles alternativas que explícitamente se le han dejado abiertas, la que se presta mejor para satisfacer los objetivos fijados de antemano. De ese modo se transfiere al juez la responsabilidad de considerar las posibles soluciones alternativas, de imaginar sus consecuencias respectivas, de evaluar y, por último, de tomar una decisión con la mirada puesta constantemente en el futuro. Así pues, una lógica ‘prospectiva’, idéntica a la que se considera propia de los otros actores políticos” (Guarnieri y Pederzoli, 1999, p. 19-20).

³⁴ “Questa legislazione promozionale – che peraltro, como s’è visto, sovente si esprime o si integra con interventi anche normativi della pubblica amministrazione – consiste in precetti spesso redatti in termini assai generali, e di trasformazione da promuovere gradualmente nel futuro. Ond’è che, significativamente, assai spesso i diritti ‘sociali’ e i diritti ‘collettivi’ e ‘diffusi’, tipiche creature della legislazione di *welfare*, per la loro attuazione richiedono un intervento attivo, e sovente protratto nel tempo, da parte dello Stato. [...] Orbene, questo tipo de normazione sociale, che si limita a tratteggiare in linee generali gli scopi e i principi intesi a modellare progressivamente il futuro, inevitabilmente lascia ai giudici che sono chiamati ad applicarlo un ámbito di discrezionalità e quindi un ruolo creativo nella determinazione e concretizzazione di quel futuro. A meno di non voler ignorare e frustrare le finalità della legislazione sociale, come non di rado le corti del nostro e di altri paesi hanno fatto, il giudiziario è chiamato dunque a dare un contributo attivo e creativo alla sua attuazione” (Cappelletti, 1982, p. 776).

³⁵ “Una terza ragione di questa crescita sta nello sviluppo che, specie nell’ultimo dopoguerra, hanno avuto le dichiarazioni dei diritti dell’uomo come documenti non più meramente filosofici o politico-morali, ma propriamente giuridici. A ben vedere, questo sviluppo non è che un altro aspetto della *méfiance* nelle ‘branche politiques’, una sfiducia che si è tradotta non soltanto nella crescita quantitativa, testé esaminata, del giudiziario e delle sue funzioni, ma anche in una trasformazione della qualità di tale funzioni. Un sintomo di tale sfiducia sta proprio nella grande tendenza evolutiva manifestata nell’ultimo dopoguerra dagli ordinamenti occidentali di adottare, a livello nazionale e perfino (specie in Europa) a livello multinazionale o sopranazionale, dichiarazioni vincolanti dei diritti dell’uomo, vincolanti appunto anche per il legislatore e affidate ai giudici, o ad alcuni giudici, per la loro attuazione” (Cappelletti, 1982, p. 779).

Concluyendo

La globalización no es sólo un enemigo, es un estado de la situación a la cual ha sido llevada la humanidad por quienes consideran que su poder político, económico y militar les ha concedido el derecho de elegir su futuro y, asimismo, de negarle el mismo a la inmensa mayoría.

Este imperio es geográficamente más abarcador que cualquier otro que haya habido en el curso de la historia. Sin embargo, en su potencia está su debilidad. En la ruta elegida muy pronto los “ganadores” empezarán a advertir que cada vez está más próximo el día en que ya no tendrán nada que comprar y, simultáneamente, tampoco un mundo en que vivir. Pero no podemos esperar que quienes han llevado a la humanidad a este estado realicen ese tipo de reflexión, casi por la misma razón que las ovejas no deben esperar nada de los lobos. Los procesos de acumulación del capital en marcha jamás generan propósitos de enmienda y mucho menos dolor de corazón.

La responsabilidad del intelectual es, a la manera de Gramsci³⁶, convertirse en “orgánico”, es decir, asumir una posición militante respecto del grupo social del que forma parte. Ello implica realizar un trabajo intelectual correspondiente al estado de la situación.

Si esa responsabilidad aparece clara y así es asumida significa que tenemos el imperativo de pensar, imaginar y persuadir a cuantos podamos que otro mundo es posible. Desde el derecho y el proceso y, sobre todo, desde esta tierra sudamericana tantas veces saqueada pero espiritualmente intacta, con problemas de orientación pero sin síntomas de decadencia, un pueblo – que son muchos pueblos – está esperando que no renunciemos a luchar por el cambio.

Referencias

- ARNAUD, A.-J. 2000. *Entre Modernidad y Globalización*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 290 p.
- BAUMAN, Z. 1999. *La globalización. Consecuencias humanas*. México, Fondo de Cultura Económica, 171 p.
- CAMUS, A. 1951. *L'homme révolté*. París, Gallimard, 368 p.
- CAPPELLETTI, M. 1982. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 36.
- CARNELUTTI, F. 1961. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires, EJEA, 528 p.
- DENTI, V. 1999. *Sistema e Riforme. Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna, Il Mulino, 370 p.
- DOMAT. 1922. *Oeuvres complètes*. París, Carré, 9 Vols.
- FERRAJOLI, L. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 180 p.
- GARAPON, A. 1997. *Juez y Democracia*. Barcelona, Flor del Viento, 288 p.
- GRAMSCI, A. 1984. *Los intelectuales y la organización de la cultura*. Buenos Aires, Nueva Visión, 181 p.
- GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. 1999. *Los Jueces y la Política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid, Taurus, 209 p.
- HOBBS, T. 1999. *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid, Trotta, 256 p.
- HOBBS, T. 2001. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, FCE, 618 p.
- KELSEN, H. 1993. *Teoría Pura del Derecho*. México, Porrúa, 364 p.
- LASKI, H.J. 1933. *Derecho y Política*. Madrid, Edersa, 280 p.
- LASKI, H.J. 1981. *Introducción a la política*. Buenos Aires, Leviatán, 75 p.
- MONEREO PÉREZ, J.L. 2004. *La democracia en crisis: Harold J. Laski*. Madrid, El Viejo Topo, 135 p.
- MONTESQUIEU. 1964. *Pensamientos. Oeuvres complètes*, Du Seuil, 1118 p.
- OLIVIER. [s.d.] *Rèformes des lois civiles*. T.I. [s.l., s.n.]
- RODOTÀ, S. 1997. *Libertà e diritti in Italia*. Roma, Donzelli, 143 p.
- ROY, A. 2002. *El álgebra de la justicia infinita*. Barcelona, Anagrama, 222 p.
- STEFANÍA, J. 2000. *El poder en el mundo*. Barcelona, Ediciones de Bolsillo, 171 p.
- VOLTAIRE. 1959. *Ensayo sobre las costumbres y el espíritu de las naciones*. Buenos Aires, Hachette, 1218 p.
- ZOLO, D. 1998. *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*. Roma, Carocci, 157 p.

³⁶ “Todos los hombres son intelectuales, podríamos decir, pero no todos los hombres tienen en la sociedad la función de intelectuales. [...] El punto central de la cuestión es la distinción entre los intelectuales como categoría orgánica de cada grupo social fundamental y los intelectuales como categoría tradicional; distinción de la que surge toda una serie de problemas y posibles investigaciones históricas. [...] El modo de ser del nuevo intelectual [se refiere al orgánico] ya no puede consistir en la elocuencia motora exterior y momentánea de los afectos y de las pasiones, sino en su participación activa en la vida práctica, como constructor, organizador; ‘persuasivo permanentemente’, no como simple orador, y sin embargo superior al espíritu matemático abstracto; a partir de la técnica-trabajo llega a la técnica-ciencia y a la concepción humanista histórica, sin la cual se es ‘especialista’ pero no se llega a ser ‘dirigente’ (especialista + político)” (Gramsci, 1984, p. 13-14, 19).