

## DERECHO EN «DESORDEN» GLOBAL. SOBRE LOS EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN

Por ERHARD DENNINGER\*

1. Hasta hoy he podido evitar hablar o escribir sobre la palabra globalización. Porque esta nueva «palabra enigmática y amenazante» es, como señala Ulrich Beck, una «niebla conceptual», pero no un concepto<sup>1</sup>. Como jurista se trabaja mejor con conceptos (claros) que hurgando en la niebla. Por otra parte, estoy agradecido por el reto que me plantea el tema, porque esta niebla designa ciertamente una realidad en la que todos nosotros, como científicos y como ciudadanos, debemos aprender en todo caso a orientarnos.

Es útil que espíritus tan diferentes como Sabino Cassese<sup>2</sup> y Jürgen Habermas<sup>3</sup> conciban a la globalización de un modo totalmente semejante, como definición de una problemática y descripción de un proceso no concluido que se caracteriza por una «accentuazione della velocità di trasmissione, per cui eventi locali vengono influenzati da eventi lontani» o «el alcance cada vez mayor y la intensificación de las relaciones de tráfico, comunicación y de intercambio más allá de las fronteras nacionales» (Habermas).

Anthony Giddens, que trata de comprender teóricamente el fenómeno de la globalización desde el punto de vista del «aumento de la distancia temporal y espacial» (y no ya desde la idea, errada según su interpretación, de un concepto sistemático de «sociedad»), define a la globalización como «intensificación de las relaciones sociales a lo largo y ancho del mundo a través de la cual lugares lejanos se vinculan de tal modo unos con otros

---

\* Catedrático de Derecho público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Frankfurt am Main (1967). Rector de esta Universidad entre 1970 y 1971. *Fellow* del Colegio de Ciencias de Berlín (1993-1994). Medalla Wilhelm Leuschner del *Land* de Hesse. Autor de numerosas publicaciones no sólo en lengua alemana, sino también en italiano y español.

<sup>1</sup> ULRICH BECK, «Wie wird Demokratie im Zeitalter der Globalisierung möglich? – Eine Einleitung», en: ídem, *Politik der Globalisierung*, Frankfurt del Meno, 1998, p. 7.

<sup>2</sup> SABINO CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma/Bari, 2002, p. 44.

<sup>3</sup> JÜRGEN HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt del Meno, 1998, p. 101.

<sup>4</sup> ANTHONY GIDDENS, *Konsequenzen der Moderne*, Frankfurt del Meno, 1995, p. 85.

que hechos sucedidos en un lugar están marcados por eventos que han tenido en otro lugar lejano muchos kilómetros y a la inversa»<sup>4</sup>.

Este planteamiento lleva a la cuestión de si una teoría de la globalización, de la cual no disponemos todavía, no debe proceder de un modo análogo a la física del caos de los meteorólogos a la vista del descubrimiento del famoso efecto mariposa. ¿Puede el movimiento del ala de una mariposa en Brasil dar lugar a un tornado en Texas, como preguntaba Edward Lorenz en 1979 sobre la base de sus observaciones?<sup>5</sup>

Necesitábamos una teoría del caos de lo social, que aclare que los movimientos de capital y las migraciones son parecidamente «sensibles» a las corrientes de viento y a las fluctuaciones de temperatura. Giddens describe la situación actual, que por lo demás conceptúa como «moderna» y no como «postmoderna» y tampoco como «posthistoria», con la sugestiva imagen del carro indio de *Dschagannath*, aquella máquina enormemente potente del Dios *Krishna*, cuyo viaje, velocidad y meta los hombres tratan en vano de tener bajo control, y que aplasta a todo el que se resiste<sup>6</sup>. Los sentimientos de seguridad ontológica y miedo existencial dominan al mismo tiempo a los participantes en el viaje.

En la mayor parte de las descripciones de la globalización se expresa su carácter procesal, su carácter de movimiento, en parte incluso como aceleración, y la transgresión y ruptura de límites en una perspectiva temporal y espacial. La «mobilitazione globale» es la designación apropiada para todo el proceso de globalización, opina Carlo Galli<sup>7</sup>, mientras que Zygmunt Bauman confirma esta opinión *ex negativo* al presentar la prisión de Bahía Pelicano como una institución de custodia llevada a la perfección demasiado técnica de total exclusión y total inmovilización<sup>8</sup>.

Menor unidad hay que observar con relación a los efectos de la «compressione dello spazio e del tempo»<sup>9</sup> sobre la autoconciencia y sobre la posibilidad de desarrollo del individuo así como en atención a las consecuencias jurídico-políticas. Y tanto más vale ello, como no podía ser de otro modo, para las valoraciones valorativas morales. Si mis observaciones, que naturalmente también sólo pueden ser las de un viajero preocupado e incluso quizás temeroso en el rápido carro de *Dschagannath*, son acertadas, entonces la mayoría de los observadores son conscientes de la ambivalencia del fenómeno: por un lado, aparece el «Uomo nuovo», también como «Uomo artificiale», en títulos de libro y titula-

<sup>5</sup> EDWARD LORENZ, «Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil Set Off a Tornado in Texas?», Conferencia del 29.12.1979, citado según: JAMES GLEICK, *Chaos – die Ordnung des Universums*, Múnich, 1988, pp. 35, 52.

<sup>6</sup> GIDDENS (cit. en n. 4), p. 173.

<sup>7</sup> CARLO GALLI, *Spazi politici*, Bolonia, 2001, pp. 148 ss.

<sup>8</sup> ZYGMUNT BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, Bari, 2001, 2002, p. 124.

<sup>9</sup> ÍDEM (cit. en n. 8), p. 116.

res<sup>10</sup>, y Richard Sennett retrata, no sin admiración irónica, al nuevo *homo davosiensis*, esto es, al que tiene éxito en su asistencia al foro económico mundial de Suiza\*, al vencedor<sup>11</sup>. El título alemán del libro de Sennett, «El hombre flexible» («Der flexible Mensch») no expresa tanto la perspectiva crítica del autor como el título del original americano: «The Corrosion of Character». Porque de otro lado surge precisamente la necesidad de un «nosotros» protector, salvador como defensa frente a la confusión, el desarraigo y la «descomposición del carácter». Una de las consecuencias imprevistas del capitalismo global es el fortalecimiento del lugar delimitado, el anhelo de la persona de raigambre en una comunidad<sup>12</sup>. La malla, apenas desenredable, de delimitaciones (*sconfinamenti, Galli*) o transgresiones de límites, por un lado, el redescubrimiento de valores, tradiciones y estructuras locales y particulares, así como el surgimiento de nuevos actores político-culturales, por otro lado, debe ser abarcado por el término «glocalization»<sup>13</sup>. La conciencia mundial de la amenaza por «riesgos» indeterminados coexiste con una nueva voluntad de variedad, inimaginable en la «sociedad burguesa» abierta de golpe a la idea niveladora de igualdad de 1789<sup>14</sup>.

A mediados de los años ochenta (1984), Jürgen Habermas ya había constatado el fracaso del proyecto de Estado social fundamentado sólo en la utopía de la sociedad trabajadora en el marco de una Constitución del Estado nacional y había descrito la «crisis del Estado asistencial» como «nueva confusión»<sup>15</sup>. Entonces no se hablaba todavía de globalización.

Poco después, Ulrich Beck desarrolla, también bajo el influjo de catástrofes ecológicas como Seveso, Bhopal y Chernóbil, su concepto de la sociedad de riesgos, cuya ampliación a la «sociedad mundial de riesgo» (1997) vincula al mismo tiempo con el claro rechazo a la extendida tesis del «fin de la política»<sup>16</sup>. Al carácter de riesgo de las relaciones «objeti-

<sup>10</sup> Por ejemplo, KARL OTTO HONDRICH, *Der Neue Mensch*, Frankfurt, 2001; VITTORIO FROSINI, *L'Uomo artificiale*, Milán, 1986, allí p. 7, también: «L'avvento dell'uomo nuovo».

\* Con ello se hace referencia a Davos, como ciudad suiza en que se celebra anualmente el Foro Económico Mundial. De ahí lo de «homo davosiensis» (*Nota del Traductor*).

<sup>11</sup> RICHARD SENNETT, *Der flexible Mensch*, 2.ª ed., Berlín, 1998, p. 77. Sin embargo, el título de la edición original americana: *The Corrosion of Character*, Nueva York, 1998.

<sup>12</sup> SENNETT (cit. en n. 11), p. 189.

<sup>13</sup> ROLAND ROBERTSON, *Globalization, Social Theory and Global Culture*, Londres, 1993.

<sup>14</sup> ERHARD DENNINGER, *Diritti dell'Uomo e Legge Fondamentale*, editado por C. Amirante, Turín, 1998, p. 28: «nuova voglia di differenza». En alemán: *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, pp. 38: «nuevo gusto por la pluralidad».

<sup>15</sup> JÜRGEN HABERMAS, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt del Meno, 1985, pp. 141 ss.

<sup>16</sup> ULRICH BECK, *Was ist Globalisierung*, Frankfurt del Meno, 1997, pp. 73 ss., 168 ss.; sobre la crítica a la tesis del «fin de la política», cfr. también J. HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt del Meno, 1998, pp. 133 ss. Sobre la «sociedad de riesgo» desde la perspectiva del «Estado constitucional», cfr. RUDOLF STEINBERG, *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt del Meno, 1998, pp. 11 ss., 23 ss.

vas», económico-ecológicas, corresponde la «inseguridad inventada» del sujeto que trabaja su «biografía de riesgo», cuyo «horizonte de la ignorancia» crece general e individualmente más rápido que el horizonte de conocimiento. Más conocimiento no significa simplemente más y mejor control, sino menos control<sup>17</sup>.

Ya en 1979 Jean-François Lyotard había descrito de forma impresionantemente la progresiva autodeslegitimación del conocimiento científico<sup>18</sup>. Ese proceso está caracterizado y ha sido acelerado por medio de la digitalización global, y con ello con la transnacionalización, pero también por la especialización sectorial de la *scientific community*.

Las consecuencias de este desarrollo, de la *globalización científica* —que va por delante junto a la globalización económico-capitalista, la tecnológica y la ecológica— para una redefinición de la relación entre ciencia y política (más exactamente: del asesoramiento científico en la política y una adopción de decisiones democrática, vinculada a un «concepto de bien común» y que por tanto se manifiesta con pretensiones de justicia) ni han sido hasta ahora tratadas teóricamente lo suficiente ni siquiera se han institucionalizado en la práctica todavía. Planteamientos como la «theory of societal constitutionalism» desarrollada por David Sciulli y recepcionada por Gunther Teubner son así pues, útiles como descripción en principio libre de mitos de los indicadores, pero hacen patente a la mirada normativa interrogativa sólo una serie de puntos de interrogación balanceantes.

La «fragmentación de lógica de la acción» con la consecuencia de un «aislamiento recíproco de esferas lógicas separadas», «cálculo instrumental» como única racionalidad con la oportunidad de reconocimiento más allá de un ámbito y organización burocrática jerárquica en lugar de coordinación informal o incluso de comunicación orientada al acuerdo<sup>19</sup>: en esta tabla de criterios se excepcionan conceptos como «justicia social», «bien común», incluso «progreso» en la realidad como vocablos propios de la vieja Europa. Pero, para decirlo con Habermas: «Si los oasis utópicos se secan, se extiende un desierto de banalidad y de incapacidad»<sup>20</sup>.

La República Federal de Alemania se encuentra al momento actual en medio de este desierto; basta simplemente con tener ante los ojos las persistentes discusiones sobre los grandes temas «de reforma»: impuestos, salud, educación, inmigración. Por no decir nada de los círculos de problemas,

<sup>17</sup> ULRICH BECK, «Neonationalismus oder das Europa der Individuen», en: U. BECK/E. BECK-GERNSHEIM (Hrg.), *Riskante Freiheiten*, Frankfurt del Meno, 1994, pp. 466 ss., 469 ss.

<sup>18</sup> JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, *Das postmoderne Wissen*, Graz, Wien 1986, Paris, 1979.

<sup>19</sup> Cfr. GUNTHER TEUBNER, «Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie», en: *ZaöRV, HJIL* 2003, tomo 63 núm. 1, pp. 1 ss., 8 ss. Allí también DAVID SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, 1992, Cambridge University Press.

<sup>20</sup> HABERMAS, *loc. cit.* (cit. en n. 15), p. 161.

como la medicina reproductiva y la tecnología genética, con una fuerte carga ideológica, que provocan conflictos colectivos de identidad y a los que por ello no hay ya que enfrentarse con meros conceptos de redistribución.

Ulrich Beck contrapone, no menos categóricamente, a la tesis apodícticamente proclamada por J.M. Ghéhenno de que «el fin de la Nación lleva consigo la muerte de la política»<sup>21</sup>: ¡al contrario! «nos deslizamos hacia tiempos de mucha política»<sup>22</sup>. Con estas agudizaciones poco se saca en limpio. También las declaraciones, ahora de nuevo tan populares, de la muerte, de la despedida o el fin<sup>23</sup> se revelan con frecuencia tan precipitadas, así como cuestionables, como en otro momento las proclamaciones de un «hombre nuevo» o incluso una «nueva sociedad».

Me contento aquí con dos constataciones negativas, que no deben cerrar la discusión, sino, por el contrario, darle espacio: en efecto, se puede perfectamente hablar del «fin de la soberanía del Estado nacional en Europa»<sup>24</sup> —tengo delante el Proyecto de Constitución de la Unión Europea de Tesalónica del 20 de junio de 2003 con el lema de la democracia de Tucídides—, pero ello ni significa el fin de la política del Estado nacional en su conjunto ni menos el fin de la estatalidad y la política. Y en segundo lugar, la construcción de una «Constitución global de la ciencia», de la cual habla Teubner como de una realización mundial de una diferenciación funcional<sup>25</sup>, no lleva, ya a la vista de la legitimación de la investigación por la *performance* y (ya) no por la verdad, en modo alguno a la realización del sueño marxista de la «administración de cosas» en lugar del ejercicio de la soberanía. «El Estado y/o la empresa renuncian a la historia de la legitimación idealista o humanista para justificar el único esfuerzo: en el discurso del socio anónimo de hoy, el poder (*puissance*\*) es el único esfuerzo digno de crédito. No se compran letrados, técnicos y aparatos para averiguar la verdad, sino para ampliar el poder»<sup>26</sup>.

El carácter convincente de esta observación se puede ilustrar a través de las tendencias de desarrollo del asesoramiento científico en la política, como también al contrario: el «asesoramiento» de la investigación (universitaria) por representantes externos de la Política y la Economía en las últimas décadas. Apoyándose en una confianza en la objetividad y en la neu-

<sup>21</sup> JEAN-MARIE GUÉHENNO, *Das Ende der Demokratie*, Múnich, 1994, p. 39.

<sup>22</sup> BECK, *loc. cit.* (cit. en n. 17), p. 468.

<sup>23</sup> Opina GUÉHENNO (cit. en n. 21) v. RÜDIGER VOIGT, *Abschied vom Recht?*, 1983; PETER SALADIN, *Wozu noch Staaten?*, Berna, Múnich, Viena, 1995 (en resultado: afirmativo); MICHAEL ZÜRN, *Regieren jenseits des Nationalstaates*, Frankfurt del Meno, 1998 (igualmente afirmativo); MARTIN ALBROW, *Abschied vom Nationalstaat*, 1998.

<sup>24</sup> Así, DENNINGER, 2000 en: *Juristenzeitung*, 55, cuaderno 23, pp. 1121 ss.

<sup>25</sup> TEUBNER, *loc. cit.* (cit. en n. 19), pp. 12, 17.

\* En francés en el original (*puissance* significa poder) (*Nota del Traductor*).

<sup>26</sup> LYOTARD, *loc. cit.* (cit. en n. 18), p. 135.

tralidad, consolidada también por la jurisprudencia constitucional<sup>27</sup>, con relación al papel de la ciencia, el legislador ha llevado a la práctica en los años sesenta y sucesivos la institucionalización con pluralidad de grupos de Consejos de expertos profesionales, Comités y Comisiones de investigación en la convicción, ingenua desde la perspectiva actual, de que basta con organizar instituciones y procesos con pluralidad de grupos, para poner en marcha un proceso también de rendimiento optimizado de formación de la voluntad común. Sin embargo, en el modelo central de la Comisión parlamentaria de investigación el elemento democrático representativo del Parlamento estaba todavía fortalecido con una composición paritaria de políticos y expertos profesionales. Entretanto, no sólo cada Ministro del ramo tiene sus Consejos científicos que a él le agradan, sino que el Canciller Federal elige Consejos y Comisiones de expertos (Consejo Nacional de Ética, Comisión Hartz, Comisión Rürup), que en ocasiones entran en competencia con Comisiones constituidas y controladas parlamentariamente. Así, el desarrollo de la relación de la ciencia con la política contribuye a un fortalecimiento de lo gubernamental y a un debilitamiento del elemento democrático-parlamentario en el proceso de formación de la voluntad común.

Si, al concluir ese primer inventario incompleto del fenómeno<sup>28</sup>, nos preguntamos por las posibles consecuencias metodológicas, sobre todo opciones normativas, salta a la vista en principio una notable convergencia en distintas disciplinas; hablaría preferiblemente y mejor, con Richard Rorty, de «vocabularios» totalmente diferentes<sup>29</sup>: en primer lugar, el intento de superar ideas eurocéntricas, y en segundo lugar, el abandono de especulaciones histórico-teleológicas y de divisiones por épocas. Ni la «escala de zonas centrales crecientes», desarrollada por Carl Schmitt en 1932, siguiendo a Vico y a Comte, con la inserción en la «época de las neutralizaciones y las despolitizaciones»<sup>30</sup> ni la «historia», sesenta años después, del fin de la historia de Francis Fukuyama<sup>31</sup> dan hoy el diapasón normal para el concierto europeo de las Ciencias Sociales.

<sup>27</sup> BVerfGE 83,130, 149 ss. («Josefine Mutzenbacher»); WDR-Urteil, BVerfGE 83, 238, 332 ss.

<sup>28</sup> Quien emprende el elevado intento de un inventario de posiciones importantes «según diagnosis y propuestas», desembocando en el intento de una ordenación de las concepciones sobre el progreso del Derecho internacional, es ARMIN v. BOGDANDY in «Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme», *ZaöRV* 63 (2003), 853 ss.

<sup>29</sup> RICHARD RORTY, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, Frankfurt del Meno, 1989.

<sup>30</sup> CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitizierungen*, Múnich y Leipzig 1932, pp. 66 ss. También habría que mencionar aquí al discípulo de Schmitt, ERNST FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, 1971, con su descripción de la «realización técnica». Además, ERNST JÜNGER, *Der Arbeiter, Herrschaft und Gestalt*, 3.ª edición, Hamburgo, 1932.

<sup>31</sup> FRANCIS FUKUYAMA, *Das Ende der Geschichte*, Múnich, 1992.

Por el contrario, hay acuerdos no declarados en la demanda de abandonar el «hegelianismo secreto» cada vez más dominante en las Ciencias Sociales. Mientras el sociólogo Ulrich Beck considera por tal la tarea de la llamada «teoría *container* de la sociedad», por tanto, de la hegemonía del Estado, caracterizado por la territorialidad y la soberanía indivisa, sobre la sociedad<sup>32</sup>, el teórico del Derecho Gunther Teubner ve el presupuesto decisivo de una teoría de la «Constitución civil global» en la separación de toda la teoría constitucional de su hasta ahora estadocentrismo. Sólo entonces se puede construir gradualmente una «Constitución de la sociedad mundial» «en la constitucionalización de una pluralidad de sistemas parciales autónomos en la sociedad mundial», cuyos contornos, añadiría yo, hoy todavía no se avistan<sup>33</sup>. Y María Rosaria Ferrarese define un punto de partida muy parecido, y a mi modo de ver digno de aprobación, cuando manifiesta «che la globalizzazione sta sensibilmente scardinando quell'ordine eurocentrico basato sul controllo territoriale da parte degli stati, e sta rimescolando profondamente le carte della sovranità, sia nazionale sia internazionale, rendendola un terreno aperto a sempre nuove sfide e non più una riserva esclusiva degli stati...»<sup>34</sup>.

El desvío de este «ordine eurocentrico» no se demanda ya aquí sólo como principio metodológico, sino que se describe como tendencia real. Ferrarese, así como el internacionalista Frowein, el politólogo McGrew y muchos otros<sup>35</sup> entienden el desarrollo actual con la expresión abreviada del «orden post Westfalia». Ello puede ser útil si con ello se aspira a destacar la importancia de la paz de Westfalia como inicio de la época del «Derecho internacional clásico», basado en la «soberanía», «impermeabilidad» e integridad territoriales. Al respecto, no debe pasarse por alto que hoy, por tanto en la época «post Westfalia», a la libertad de credo y conciencia, con-

<sup>32</sup> ULRICH BECK (Hrsg.), *Politik der Globalisierung*, loc. cit. (cit. en n. 1), pp. 13 ss.

<sup>33</sup> TEUBNER, loc. cit. (cit. en n. 19), pp. 5 ss. Ha perseguido con énfasis la idea de la disolución del concepto de Constitución de su fijación al Estado, con relación a Europa: GIACOMO MARRAMAO, «L'Europa dopo il Leviatano. Tecnica, politica, costituzione», en: G. BÓNACCHI (Hrsg.), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, p.139: «Costituzione senza Stato». Reeditado en MARRAMAO, *Passaggio a Occidente*, Turín, 2003, pp. 219 ss., 239. El concepto de Constitución civil en el sentido de Teubner no hay que confundirlo con el concepto de la «Constitución de la sociedad civil», como lo describe GÜNTER FRANKENBERG, *Die Verfassung der Republik*, Frankfurt del Meno, 1996, especialmente pp. 41 ss.

<sup>34</sup> MARIA ROSARIA FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, p. 104.

<sup>35</sup> FERRARESE (cit. en n. 32), p. 103; JOCHEN A. FROWEIN, «Ist das Völkerrecht tot?», en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 168, del 23 de julio de 2003, p. 6; ANTHONY MCGREW, «Demokratie ohne Grenzen? Globalisierung und die demokratische Theorie und Politik», en: BECK (Hrsg.), *Politik der Globalisierung* (cit. en n. 1), pp. 374 ss., 379: «Establecimiento de un orden post Westfalia». Según FROWEIN «no debería discutirse que hemos dejado atrás la época llamada «de Westfalia» hace mucho». Sobre la importancia en la historia constitucional y del Derecho internacional de la Paz de Westfalia de 1648, cfr. BARDO FASSBENDER, en: I. ERBERICH u.a. (Hrsg.), *Frieden und Recht*, Stuttgart u.a. 1998, pp. 9 ss.

cedida en aquel entonces rudimentariamente como derecho a la *devotio domestica simplex* (la simple devoción privada en casa sin ejercicio de sacerdocio) o como *beneficium emigrationis*, esto es, como derecho a emigrar para ejercitar la propia religión, no se le contrapone en absoluto algo así como un *beneficium immigrationis*, debiendo quedar aquí fuera de consideración la comunitarización supranacional de la Unión Europea.

Si en la época del mercantilismo —tanto más en una Alemania despojada por la Guerra de los Treinta Años por el hambre y las epidemias, con retroceso de la población de unos veinte millones a menos de diez<sup>36</sup>— los «súbditos» eran considerados como «capital humano» valioso de los príncipes territoriales y su emigración se gravaba con un impuesto de partida, hoy los Estados europeos, pese al envejecimiento demográfico de su población, luchan con poco éxito contra la presión de una inmigración pobre por mano de obra poco cualificada. Pero, por otro lado, hay paralelos claramente entre la política de inmigración y de población de los príncipes y el Rey de Prusia, que llamaban con grandes privilegios fiscales a holandeses reformados, protestantes de Salzburgo, hugonotes franceses y judíos austríacos a su tierra escasamente poblada y las modernas políticas de «green card», con las que se trata de hacer frente a la falta de mano de obra específica en algunas profesiones<sup>37</sup>.

El orden «posterior a Westfalia», con sus ideas de los ingredientes de la soberanía en parte anulados, en parte reelaborados supranacionalmente y en parte conservados a escala nacional, no se presenta en absoluto en Europa como un bloque monolítico, sino como una estructura de sincronía de diacronías, de la que Samuel Pufendorf (alias Severinus de Monzambano) presumiblemente habría dicho «Europam esse irregulare aliquod corpus et monstro simile»<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Vgl. OTTO KIMMINICH, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Frankfurt del Meno, 1970, p. 211.

<sup>37</sup> Sobre la política de inmigración prusa, es ilustrativo: W. MICHAEL BLUMENTHAL, *Die unsichtbare Mauer*, Múnich/Viena 1999, especialmente pp.85 ss. para el Edicto del Gran Príncipe del 21 de mayo de 1671, que permitió la emigración de familias judías de Viena. Sobre la situación poblacional de Prusia, cfr. KURT HINZE, «Die Bevölkerung Preußens im 17. und 18. Jahrhundert nach Quantität und Qualität», en BÜSCH/NEUGEBAUER (Hrsg.), *Moderne Preußische Geschichte 1648-1947*, tomo 1, Berlín/Nueva York 1981, pp. 282 ss. Sobre la problemática de inmigración e integración de entonces, la siguiente cita —que se encuentra en el *Lexico del Estado (Staatslexicon)*, en la palabra «Prusia (estadística)» (firmado por «R.»), editado por CARL VON ROTTECK und CARL WELCKER, 1.ª edición, tomo 13, Altona, 1842, p. 108— de Berghaus (*Allgemeine Länder- und Völkerkunde, Tomo IV, pp.563*) parece muy informativa: «Berlín debe su prosperidad industrial básicamente a los refugiados franceses que tras la revocación del Edicto de Nante (1685) encontraron en los brandenburgueses un asilo y una segunda madre patria; 5000 de estos *Refugiés* se establecieron en Berlín, más de la mitad de la población de entonces de la capital del Kurstaat».

<sup>38</sup> SAMUEL VON PUFENDORF, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, editado por Horst Denzer, Frankfurt del Meno/Leipzig, 1994, capítulo 6, § 9, p. 198.



Los Estados de la Europa del Este posteriores al socialismo, cuyo ingreso en la Unión Europea en gran parte ya se ha decidido, reflejan en sus nuevas Constituciones democráticas las «clásicas» ideas de soberanía del «orden de Westfalia». Obviamente, deben «recuperar» por lo menos elementos esenciales del «Estado nacional» en tiempo récord, para superarlos entonces a escala europea. De qué otra manera es posible atar cabos si el tan querido «Proyecto de un Tratado sobre una Constitución para Europa» (versión de Tesalónica) proclama la certeza de «que los pueblos de Europa, aunque orgullosos de su identidad e historia nacionales, han decidido superar las viejas divisiones y conformar en común su destino unidos de una forma cada vez más estrecha»<sup>39</sup>, mientras que, por otro lado, la Constitución de la República de Estonia del 28 de junio de 1992 proclama en su artículo 1: «Estonian independence and sovereignty is interminable and inalienable»<sup>40</sup>.

2. No hay ningún don profético para constatar que esta sincronía de la diacronía, esta contigüidad, confrontación y contraste de sujetos jurídicos estatales, no-estatales y transnacionales, y por ello también un pluralismo jurídico, como quizás ha conocido, por última vez, la Edad Media europea determinará en el futuro inmediato el desarrollo jurídico de nuestra civilización globalizada. La transnacionalización del Derecho en muchos ámbitos, desde la *lex mercatoria* hasta un «Derecho de seguridad transnacional», se intensificará<sup>41</sup> sin que nos podamos cerrar con seguridad a un desarrollo coherente del «Estado mundial» o también sólo a una «hegemonía mundial». Ernst Jünger ya soñaba y esperaba en 1960<sup>42</sup> el surgimiento de un Estado mundial global —antes se decía planetario— cuando declaró, en el clímax del conflicto Este-Occidente<sup>43</sup>, a las dos superpotencias Estados Unidos de América y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas como «las dos mitades del molde para la creación del Estado mundial».

Hoy aumentan las voces, tanto a un lado como a otro del Atlántico, que, con diferentes motivaciones de teoría del poder, sociomorales o político-

<sup>39</sup> *Vertrags-Entwurf für eine Verfassung für Europa*, 20.6.2003, Preámbulo, 4.ª frase. Texto en *EuGRZ*, 2003, pp. 358 ss.

<sup>40</sup> Texto de la Constitución en: P. HÄBERLE (editor), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, tomo 43, Tubinga, 1995, p. 306.

<sup>41</sup> Para este desarrollo, véase KLAUS GÜNTHER, «Rechtsppluralismus und universal Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem», en: WINGERT/GÜNTHER (editores), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Festschrift für Jürgen Habermas*, Frankfurt del Meno, 2001, pp. 539 ss. Además, KLAUS GÜNTHER/SHALINI RANDEIRA, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Werner Reimers Stiftung, Bad Homburg, 2001, especialmente capítulo IV, pp. 82 ss.

<sup>42</sup> ERNST JÜNGER, *Der Weltstaat, Organismus und Organisation*, Stuttgart, 1960.

<sup>43</sup> Clímax del mismo: 13 de agosto de 1961, construcción del muro en Berlín; octubre de 1962, crisis de Cuba.

lógicas<sup>44</sup>, consideran deseable, incluso necesario, un papel hegemónico mundial de los Estados Unidos. El hablar de fundamento «unilateral» o «multilateral» del ordenamiento internacional de la paz quita importancia o encubre las concepciones jurídicas básicas que aquí están en conflicto.

Frente al «grito» legitimador de un «orden *de fuerza* mundial» (no algo así como «orden *jurídico* mundial»)<sup>45</sup> emitido por Karl Otto Hondrich con ocasión de la explosión de la guerra de Irak, quería yo observar con Immanuel Kant dos cosas: por un lado, que, como el problema del «establecimiento del Estado», también el problema del establecimiento y el mantenimiento de un orden internacional de paz como un ordenamiento jurídico es solucionable, «incluso para un pueblo [o una humanidad] de demonios» (si tienen entendimiento simplemente); y en segundo lugar, que la pluralidad de Estados independientes, quizás también federados, «según la idea de razón» es mejor que su «fusión» a través de un único poder que se transforma «en una monarquía universal», porque un «despotismo desalmado» que actúa de modo tan global, «después de que ha eliminado los brotes del bien, cae finalmente en efecto en la anarquía».

Kant opina que es «la exigencia de todo Estado (o de su cabeza suprema) colocarse en la situación duradera de paz de manera que probablemente domine todo el mundo. Pero la naturaleza lo quiere de otro modo»<sup>46</sup>. Una mirada a la «National Security Strategy (NSS)», concepto del Gobierno de Bush del 20 de septiembre de 2002, confirma la actualidad alarmante de la valoración de Kant<sup>47</sup>. También observamos, sin caer en especula-

<sup>44</sup> «Teoría de la fuerza» se usa aquí sin connotaciones, como concepto construido en contraposición a «teoría del derecho». El «teórico del Derecho» puede decir: *ex inuria ius non oritur*. Por el contrario, el teórico de la fuerza hace que todo el Derecho surja de una fuerza superior. «Cada vez más Estados, bandas, grupos terroristas crean las más modernas armas para entremezclarse en la ordenación de la fuerza ... y acrecen el desorden de la fuerza. Ello pide a gritos una ordenación mundial del uso de la fuerza», escribe KARL OTTO HONDRICH el 22 de marzo de 2003 en la *Neue Zürcher Zeitung*. Para su fundamentación socio-antropológica, cfr. DENSELBE, «homo sociologicus – heute», en: ELSNER/SCHREIBER (eds.), *Was ist der Mensch?*, Wallstein Verlag, 2002, pp. 185 ss., 190 ss.: «fuerzas primitivas de la socialidad». Además, ÍDEM, «Weltmoral, Weltgewalt», *Frankfurter Allg. Zeitung* del 23 de junio de 2004, núm. 142, p. 7; ÍDEM, «Die ordnende Gewalt», en: *Der Spiegel*, 25/2003, pp. 58 ss.

<sup>45</sup> Véanse notas anteriores.

<sup>46</sup> KANTT, *Zum ewigen Frieden*, Primer suplemento: «Von der Garantie des ewigen Friedens», edición de las obras de W. Weischedel, tomo VI, Darmstadt, 1964, pp. 224 ss.

<sup>47</sup> Texto consultable en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>. La literatura de Derecho internacional sobre la legitimación de la Guerra de Irak llena ya bibliotecas y no puede ser aquí valorada críticamente. Sobre las opiniones críticas con razón: GEORG NOLTE, «Weg in eine andere Rechtsordnung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 10.01.03, núm. 8, p. 8; en detalle: ALDO BERMARDINI, «ONU non deviat o NATO: diritto o forza» (parte I), en: *Teoria del diritto e dello stato*, 2002, n. 1, pp. 26 ss. (Turín). Una crítica iusinternacionalista convincente al concepto americano de «autodefensa preventiva», actualmente en OSKAR MATTHIAS Frhr. VON LEPEL, «Die präemptive Selbstverteidigung im Lichte des Völkerrechts», in: *Humanitäres Völkerrecht, Informationsschriften* 2/2003, ed. de la Cruz Roja Alemana, Berlín, 2003, pp. 77 ss.

ciones escatológicas, el desorden<sup>48</sup> característico que durará todavía muchos años, que quizás hay que mantener abierto como *desorden mundial* frente a «cierres» nacionalistas o fundamentalistas que aniquilen la libertad<sup>49</sup>. En atención a la importancia creciente, si bien amenazada por permanentes reveses, de los derechos humanos, Brun-Otto Bryde ha descrito no hace mucho de manera impresionante las tendencias, cruzadas con relación al cambio, hacia la «constitucionalización del Derecho internacional» en la simultánea «internacionalización del Derecho constitucional»<sup>50</sup>. Me gustaría completarlo finalmente con dos ejemplos de la jurisprudencia que iluminan las dificultades de los modos de reaccionar del Estado nacional, del Estado de Derecho, a las exigencias de la globalización.

El primer encuentro brusco del Juez constitucional federal con los efectos de la globalización tuvo lugar, por así decirlo, en alta mar. Lo que lo motivó fue la reducción drástica en los años sesenta y setenta de la flota comercial alemana (artículo 27 de la Ley Fundamental de Bonn), esto es, los barcos comerciales de alta mar que navegaban bajo bandera alemana. Desde 1987, creció el tonelaje de los barcos que operaban bajo banderas extranjeras pero con armadores alemanes respecto de los que lo hacían bajo la bandera federal.

La simple causa de ello era el intento desesperado de los armadores alemanes de poder mantenerse en la competencia internacional con las llamadas «banderas baratas». Quien cambiaba la bandera de su barco, no sólo escapaba a los estrictos preceptos técnicos alemanes de seguridad, por ello con grandes costos, sino que sobre todo escapaba también al Derecho convencional salarial alemán y a los convenios salariales alemanes con los salarios mucho más altos en comparación con el resto del mundo.

El armador podía ocupar su barco con la bandera cambiada, por ejemplo, con un capitán griego, oficiales polacos y marineros filipinos, a los que contrataba con «contratos de su patria», así pues, por ejemplo, los contrataba según el estándar filipino, que suponía una décima parte del nivel salarial alemán. También podía evitar el efecto de los sindicatos alemanes si los contratos se llevaban a cabo, por ejemplo en Manila, con agencias de allí, con cláusulas *closed shop* de modo tal que el filipino que acariciaba la idea de inscribirse en los sindicatos alemanes perdía de inmediato su puesto de trabajo y el armador se obligaba a emplear exclusivamente a miembros de un sindicato extranjero.

El final de la profesión de los marineros alemanes de barcos comerciales, incluyendo los altos niveles hasta capitán, parecía inevitable a la vista

<sup>48</sup> R. HIGGINS, citando aprobatoriamente a M. R. FERRARESE (cit. en n. 33 ), p. 105: ...«che l'ordine internazionale oggi consista nel disordine».

<sup>49</sup> Cfr. BECK, *Was ist Globalisierung?* (cit. en n. 16), p. 72.

<sup>50</sup> BRUN-OTTO BRYDE, in: *Der Staat*, 42. Jg. (2003), cuaderno 1, pp. 61 ss.

del retroceso del número de personas dedicadas al mar en barcos alemanes de unas 55.000 en 1971 hasta 19.000 en el año 1988.

El legislador reaccionó ante esta situación en 1989 con la introducción de un «registro internacional de la navegación» (ISR), o dicho en pocas palabras: «doble registro», que posibilitaba que un barco operase bajo bandera alemana, y por ello también según los estándares alemanes de seguridad y los preceptos alemanes sobre la seguridad social de los trabajadores en una simultánea apertura transnacional al Derecho de los convenios laborales. Desde un punto de vista jurídico técnico, bastaba para ello con una reforma del Derecho privado internacional aplicable, en concreto, una apertura del Derecho de conflictos respecto del estatus del contrato de trabajo. Mientras que hasta ahora el contrato de trabajo seguía generalmente al «Derecho de la bandera», esto es, preveía que a todos los empleados a bordo de un barco «que navegara» bajo bandera alemana se les aplicara unitariamente el Derecho laboral alemán y el Derecho alemán de los convenios salariales, la coordinación preferente al Derecho de la bandera debía ahora ceder el paso a una pluralidad de posibles conexiones, por ejemplo, también al Derecho del Estado de origen de los marineros extranjeros o al sindicato extranjero. La protección del Derecho convencional salarial alemán sólo debía producirse respecto de los convenios salariales con sindicatos extranjeros si ello, así como la competencia de los tribunales alemanes, era acordado expresamente. Ello apenas podía aplicarse, así que en resultado en una y misma nave alemana «con doble registro» el mismo trabajo era ejecutado por marineros de distinta nacionalidad con salarios totalmente diferentes. Y el sindicato alemán (entonces ÖTV) no tiene la posibilidad ni fáctica ni jurídica de acoger ni de representar correspondientemente a marineros extranjeros. Por otro lado, se calcula el ahorro en costes de personal a través del acuerdo de contratos baratos en hasta un 70%.

El legislador<sup>51</sup> y el Tribunal Constitucional Federal<sup>52</sup> alemanes se han plegado a esta presión de las condiciones del mercado globalizado. El legislador, dice el Tribunal, podría, pese a la afectación notable del derecho fundamental de la libertad sindical (artículo 9.3 de la Ley Fundamental de Bonn), «tomar en consideración las condiciones marco del mercado internacional». Entonces se encontraba el legislador en el dilema de «o mantener intacto el estándar alemán de derechos fundamentales pero reduciendo en la práctica el campo de aplicación en el ámbito de la navegación en alta mar, o mantener el campo de aplicación, pero entonces asumiendo una reducción del estándar del derecho fundamental» (p. 42). Su decisión a favor de esta última posibilidad no sería inconstitucional.

<sup>51</sup> Ley del 23 de marzo de 1989, *BGBI.* I, pp. 550.

<sup>52</sup> BVerfGE 92, 26, 38 ss., Sentencia del 10 de junio de 1995.

El segundo ejemplo no afecta al «espíritu comercial» del que ya habla Kant<sup>53</sup>, sino a la «religión» y a los límites del Estado constitucional a su ejercicio. Como reacción directa al atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001, la Ley alemana relativa al derecho de asociación se reformó de modo que actualmente también las «comunidades religiosas» se someten a los límites jurídico-constitucionales del derecho fundamental de la libertad de asociación (artículo 9.2 de la Ley Fundamental de Bonn). La propia Constitución prohíbe directamente las asociaciones cuyo fin o actividad contradigan las leyes penales, o que se dirijan contra el orden constitucional o contra la idea de entendimiento entre los pueblos. El Ministerio del Interior puede aplicar esta prohibición, disolver la asociación y privarle de su patrimonio.

Así sucedió en diciembre de 2001 con el «califato» islámico militante, una asociación constituida ante todo por nacionales turcos. El Tribunal Federal administrativo<sup>54</sup>, con invocación de los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional Federal en la Sentencia sobre el estatus corporativo de los «Testigos de Jehová», ha resuelto el conflicto entre la libertad religiosa y de asociación, por un lado, y los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana, a la democracia y al Estado de Derecho, por otro lado, a favor de los últimos. La República Federal de Alemania no puede tolerar en su territorio una asociación que niega reconocimiento a los principios constitucionales elementales, que incluso están sustraídos de cualquier reforma legal constitucional (artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn), que pretende un poder estatal autónomo fundado sólo en el Corán y en la voluntad de Alá, que por ello niega el monopolio de poder al Estado de Derecho democráticamente fundado y cuyas leyes rechaza obedecer en caso de conflicto<sup>55</sup>. A ello se añadía un antisemitismo, que se expresaba en la revista de la asociación, que sólo se puede calificar como «intolerancia que desprecia a la persona» y que lesionaba por ello el respeto a la dignidad de la persona.

Con esta jurisprudencia, que se acompaña de otras muchas, bien que menos dramáticas, decisiones, desde la de la autorización de sacrificios de animales según las propias normas religiosas hasta la del pañuelo islámico de la profesora que trabaja para el Estado, los tribunales superiores han marcado los límites absolutos de la tolerancia religiosa e ideológica, que el Estado constitucional debe mantener también en la «constelación post-

<sup>53</sup> KANT, *Zum ewigen Frieden*, Primer suplemento *in fine*.

<sup>54</sup> BVerwG, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, *Deutsches Verwaltungsblatt* 118. Jg. (2003), pp. 873 ss.; BVerfGE 102, 370, 392 ss. (19.12.2000, Testigos de Jehová).

<sup>55</sup> La irrenunciabilidad de los recursos del Estado moderno: el monopolio del poder y fiscal también en la constelación postnacional lo acentúan recientemente: BERNHARD ZANGL y MICHAEL ZÜRN, *Frieden und Krieg, Sicherheit in der nationalen und postnationalen Konstellation*, Frankfurt del Meno, 2003, p. 165.

nacional» si no se quiere destruir a sí mismo. En el fondo, se trata en este campo problemático de la separación básica de la religión y el Estado, una conquista de la civilización por cuya realización han luchado los pueblos europeos cruentamente a lo largo de los siglos.

(Traducción de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO\*).

---

\* Doctor Europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid.