

BUSSANI, Mauro (2018): *El Derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales* (Traducción María Elena Sánchez Jordán, Madrid, Marcial Pons) 286 pp.

La traducción al castellano del libro del profesor Mauro Bussani es particularmente bienvenida, porque tal como se anuncia en el prefacio, esta vez no ha escrito un libro *de* derecho, sino que un libro *sobre* el derecho, en especial cómo se elabora y se “exporta” a nivel global desde Occidente.

Desde el principio, el lector puede darse cuenta de que el libro que tiene en sus manos (o en su pantalla) no sigue la estructura tradicional de un texto jurídico. Apoyándose hábilmente en fenómenos políticos, económicos, e históricos, permite al lector adentrarse en complejos temas de derecho comparado, nacional, transnacional e internacional. El libro también funciona en un segundo nivel puramente académico, en las notas a pie de página. Cualquier lector interesado en profundizar los temas mencionados encontrará ahí una rica cantera desde donde extraer numerosas referencias.

En su primera parte, el autor nos recuerda una idea profundamente arraigada en nuestra cultura popular: que los juristas mienten. Lejos de negar esa afirmación, Bussani entrega elementos para justificarla, explicando que los operadores jurídicos pretenden “encontrar” el Derecho, cuando en realidad lo elaboran. Si bien existen importantes diferencias en la manera en que éste se elabora en los sistemas de Derecho Civil o de *Common Law*, los segundos son más transparentes que los primeros en asumir sus perspectivas políticas y culturales, y la concepción de justicia que condiciona dicha “búsqueda”. Pero estas preferencias no son estáticas y dependen de la cultura en que se hace el análisis. Ello no ocurre de la misma manera en Oriente que en Occidente.

En contraste, cuando las teorías de justicia se expresan se hacen generalmente en discursos atemporales y generales. Esta es una primera consideración para tener en cuenta cuando se trata de “exportar” o “importar” derecho, lo que sucede (al menos hasta ahora) fundamentalmente desde ciertos países de Occidente hacia el resto del mundo (p. 55).

Sin ambages, Bussani nos dice que resulta “tonto” pensar que el Derecho pueda funcionar en todos lados como en su lugar de origen. La estructura del Derecho, como un fenómeno no solamente jurídico, sino también social y cultural juega en contra de esa idea. No todas las sociedades responden a la pregunta de qué es el Derecho de la misma manera, o con la misma distancia de concepciones religiosas. Por ejemplo, en las sociedades islámicas la religión ocupa un lugar en la cultura jurídica, muy distinto a la pretendida exclusión que se hace de la misma en Occidente.

El Derecho tiene diversas capas, siendo solo una de ellas el “derecho oficial”. Otra capa está regida por normas e instrumentos extraños a ese derecho, enraizadas en las tradiciones locales. Aunque no todas las diferencias jurídicas deben ser celebradas, ello explica por ejemplo, las dificultades que ha enfrentado en algunos países africanos la codificación de Derecho Privado, la utilización del suelo como garantía inmobiliaria, o la prohibición de la poligamia.

En la segunda parte, Bussani expone que las normas circulan o se imponen por factores como el prestigio o la colonización (y aquí uno podría distinguir entre la colonización histórica y la mental). Sin embargo, su eficacia cambia en función del sector del derecho de

que se trata y del área geográfica donde se aplica. La exportación o imposición de un modelo en otras latitudes no tendrá los mismos efectos si el sustrato cultural en que se importa o trasplanta es sustancialmente diferente. Asimismo, la reducción del número de modelos en circulación restringe futuros desarrollos o adaptaciones, e impide extraer los frutos de la competencia natural entre ellos.

El primer ejemplo que se nos ofrece en esta materia, es la exportación de la noción de *rule of law*. Este modelo, en el que el poder decisorio sobre los conflictos que surgen en una sociedad se atribuye principalmente a un jurista laico (p. 69), se ha exportado despojando de su contexto histórico como una noción vaga y esponjosa. El libro dedica varias páginas a la forma como Estados Unidos lo ha transformado en una manifestación más de su poderío, exportando no solo la idea de *rule of law*, sino también sus elementos relacionados: el uso del *common law* como paradigma de la práctica internacional de los negocios, la educación jurídica en inglés y el derecho constitucional como un arma estratégica de la política exterior.

Bussani lamenta que ante el implacable avance e influencia del estilo del *common law* como vehículo de democracia, de justicia universal, o de prosperidad, se reduzca a los sistemas de derecho civil europeo al papel de “*rule-takers*” (p. 86), quedando su influencia virtualmente limitada sobre infraestructuras jurídicas que tienen como base experiencias coloniales.

Creo que no hay que minimizar la capacidad de adaptación que puede tener el *rule-taker* respecto de las normas que acepta, o se le imponen. La historia del llamado Derecho Indiano en Latinoamérica, puede servir de un buen ejemplo de esa flexibilidad. Bajo la figura de la suplicación de la ley podía suspenderse la aplicación de las normas emanadas del rey, así como de las autoridades locales, si, por ejemplo, se habían dictado sin la completa información (“La Ley se obedece, pero no se cumple”).

El segundo ejemplo de creación de normas globales se enfoca en el derecho financiero y el derecho transnacional de los negocios, donde sus reglas y mecanismos de resolución de conflictos son frecuentemente el resultado de tradiciones e instrumentos autoelaborados, incluyendo organismos de naturaleza privada o híbrida. En ambos casos se carece de mecanismos jerárquicos de control y de sanción que estén colocados por sobre esos actores (p. 120).

En el ámbito financiero, la exportación del modelo de derecho de los Estados Unidos incluye la exportación de la desregulación, confiando en la capacidad de autorregulación del mercado. Ello no equivale a ausencia de derecho, el que proviene de las reglas que esa misma comunidad ha construido para su operación.

En el ámbito de los negocios, el autor toma como ejemplo el derecho de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en materia de *dumping* social y contratación pública, como ejemplo de órdenes globales forjando decisiones de actores estatales bajo un perfil económico. Bussani agrega que en materia de *enforcement* del derecho ante los órganos cuasi-jurisdiccionales de la OMC, el Estado más débil carece, por lo general, de medios para reaccionar al incumplimiento de los sujetos económica (y políticamente) más fuertes (p. 134).

Compartiendo las aprehensiones del autor, creo que hay otros ejemplos más representativos, y que las consideraciones sobre la solución de diferencias requieren de contextualización. Una revisión de los estándares del *Codex Alimentarius* permite observar una politización en materia de estándares alimentarios, en gran medida en manos de países de-

sarrollados. Cualquier otro Estado que desee establecer un nivel de protección más elevado, debe justificarlo científicamente. Con respecto a la posibilidad de adoptar medidas de represalia, la práctica tiene diferencias con la teoría. Los Estados cumplen mayoritariamente con las decisiones adoptadas por el órgano de solución de diferencias de la OMC, independiente de su nivel de desarrollo.

La constatación de que *otro* creó las reglas es un dato importante, pero no necesariamente un signo de fatalidad o predestinación. Un ejemplo puede también encontrarse en la OMC, y es el caso de China. Desde su adhesión hace casi 20 años, ese país ha sabido indudablemente utilizar las reglas del comercio internacional de una manera beneficiosa, lo que ha generado críticas de países como Estados Unidos.

Al final de la segunda parte, Bussani se concentra en la jurisdicción penal internacional, tanto en tribunales *ad hoc* creados luego de genocidios (Núremberg, Yugoslavia, Ruanda) y de la Corte Penal Internacional, como otro ejemplo de exportación de normas a nivel global. En su opinión, hasta ahora la operación del derecho penal internacional se ha revelado ineficaz. El autor se pregunta cuál es la utilidad de tribunales que han juzgado tan poco y fundamentalmente a víctimas de un solo lado del conflicto, aparte de tranquilizar las conciencias occidentales (pp. 150-154). Criticando el uso de procedimientos ajenos a las partes en conflicto, el libro manifiesta una preferencia por una alternativa que no se imponga desde arriba y que incluya reglas locales o adaptadas a la tradición jurídica del lugar donde los tribunales actúan, como la Corte Especial para Sierra Leona, o los tribunales *Gacaca* en Ruanda.

En la tercera parte, el autor se enfoca en el espinudo tema de los derechos humanos y el afán de Occidente de exportar este concepto a lo largo del Globo. Bussani no duda en calificarlos como “derechos sobre el papel” (p. 170), al carecer largamente de un *enforcement* adecuado, con las notables excepciones del sistema europeo de derechos humanos y, en menor medida, del sistema americano y del sistema africano. A su juicio, una de las razones principales de que ello suceda es la naturaleza de su titular: Un sujeto independiente, libre y propietario, es una particularidad occidental, no siempre replicable en otras latitudes. Las identidades individuales están entremezcladas con afiliaciones sobre las cuales tenemos limitado albedrío (familiares, religiosas, lingüísticas, nacionales o transnacionales), así como las elecciones profesionales y económicas que cada uno efectúa (cuando ello es posible). Ello puede generar fricciones con el derecho oficial, o condicionar su cumplimiento. El contenido preciso del sistema de la *shari'a* en la cultura islámica es un ejemplo de esa tensión (pp. 184-186).

Bussani analiza con detalle los efectos perniciosos de la contumaz falta de *enforcement* en los derechos humanos, como permitir interpretaciones aberrantes de la prohibición de la tortura en Estados Unidos, en particular si se ejercen al margen de control jurisdiccional (pp. 189-193), la diferente valoración de la mutilación o la circuncisión genital femenina y masculina (pp. 197-201), y la asimilación forzada de pueblos indígenas (pp. 202-204) —que recientemente ha vuelto a ponerse en primera plana, luego de los macabros descubrimientos de tumbas de menores indígenas en Canadá—. Sin duda, la retórica de los derechos humanos presenta un hiato muy amplio entre sus argumentos y la realidad (p. 197).

El autor no vislumbra soluciones fáciles a este clivaje. La opción globalista propaga una noción universal de derechos humanos, escondiendo su naturaleza y técnica de matriz

occidental, sobrevalorando su capacidad de imponerse en otros ordenamientos. La opción “localista” predica un tratamiento diferenciado de otras culturas en el terreno jurídico, obviando su dinamismo a lo largo del tiempo. Otra opción es asumir estos derechos como retórica o derechos programáticos, que no tienen la misma categoría de otros derechos. Bussani –inspirado en Cassese– se inclina por una cuarta opción, e invita a concentrarse en un núcleo restringido de derechos “esenciales”, que constituyen los valores fundamentales de la dignidad humana, que puedan convertirse en autónoma y materialmente reivindicables (pp. 209-222). A su juicio, ellos incluyen promover reglas de igualdad, acceso y mantenimiento de ciertos recursos básicos (agua, educación, energía), el acceso al crédito y la protección de los contratos (pp. 250-256).

La cuarta parte, se enfoca en la democracia como objeto de trasplante jurídico. El autor nos recuerda que el derecho como artefacto independiente de la religión y la política es una invención puramente occidental, luego de un largo proceso (el que tampoco está garantizado y puede verse afectado por comunitarismos identitarios y religiosos). ¿Cómo, entonces, puede pretenderse una democracia donde no existe esa separación, ni esa técnica jurídica laica?

El autor asume como natural que en Occidente, hoy la democracia sea considerada un bien en sí misma (o el mal menor entre las formas de gobierno) y que el etnocentrismo expansionista haga inevitable que nuestra sociedad se convierta en promotor de esa visión del mundo. Bussani presenta algunas consideraciones para tener en cuenta para evitar el rechazo de este trasplante, como evitar el *copy/paste* de reglas e instituciones sin considerar sus “costos de mantenimiento” que pueden resultar muy elevados para los receptores (por falta de preparación, de recursos, o de tutela efectiva de ciertos derechos), como las consecuencias de la “primavera árabe” dejaron en evidencia (p. 244).

El autor evita una conclusión formal, pero en su sección final propone la creación de un tribunal global para valorar el nivel de cumplimiento de compromisos internacionales adoptados por Estados. Dicha Corte, creada idealmente en el seno de Naciones Unidas, con secciones especializadas por temas y regiones, participación mixta (gobiernos, agencias, ONGs), podría imponer condenas resarcitorias en dinero o especie (pp. 247-248). La idea parece loable, pero es inevitable preguntarse por su viabilidad. Los escasos tribunales internacionales que hoy existen tienen una competencia bastante más limitada que la que aquí se pretende. Pero aun si existiera la voluntad, su implementación sería compleja. ¿Cómo se elegirían sus jueces? ¿Cómo se financiaría? ¿Qué derecho se aplicaría? ¿Quién tendría legitimación activa? ¿Cómo evitar que surjan los mismos problemas que el autor describe en el sistema de solución de controversias de la OMC? ¿Cómo se relacionaría con los demás tribunales existentes? (partiendo por la Corte Internacional de Justicia).

Mauro Bussani ha escrito un libro desafiante y altamente recomendable, sobre el Derecho de Occidente y su ideario expansionista, pero que a la vez deja muchas preguntas abiertas (probablemente de manera intencional). Es un texto a la vez simple y complejo, que a mi juicio funciona mejor en la deconstrucción crítica que en algunos de sus pasajes propositivos.

RODRIGO POLANCO LAZO
Instituto Suizo de Derecho Comparado