

COMPARACIÓN JURÍDICA Y PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL*

I. INTRODUCCIÓN

La coexistencia de diversos y numerosos órdenes normativos en sociedades organizadas como estados es, desde hace tiempo, tema de investigación de la antropología jurídica.¹ En un principio, esta disciplina se ocupó de la supervivencia del derecho tradicional en las sociedades coloniales; más tarde, de similares tradiciones normativas, tanto locales como sectoriales, en los estados industriales occidentales. En estos casos quedó también de manifiesto que el derecho estatal era plural, ya que dentro del territorio del Estado no existía uniformidad, ni se pretendía que existiera, entre las instancias o las ramas judiciales, entre las autoridades administrativas o en la misma ciencia jurídica.² Sin embargo, las tensiones y conflictos que de ello derivaban continuamente se podían resolver, porque rara vez se reclamaba una autonomía normativa plena y porque se toleraba, o incluso se fomentaba, la existencia de sectores parcialmente autónomos.

Mientras tanto, a los procesos de formación del derecho por debajo del plano del Estado se han agregado aquellos que se desarrollan por encima de él, con lo cual se ha producido un incremento adicional y dramático de órdenes normativos.

El siguiente texto pretende ofrecer un breve panorama sobre la coexistencia de órdenes normativos jurídicos por encima del plano del Estado (II, *infra*) y sobre el desarrollo de órdenes normativos “híbridos”, es decir, constituidos de forma autónoma,

* Este ensayo es una versión ligeramente modificada de Gessner (2010).

¹ Griffiths (1986), Merry (1988), Petersen/Zahle (1995).

² Macdonald (1998), Würtenberger (1995).

pero reconocidos o promovidos por el Estado (III, *infra*). En un tercer apartado (IV, *infra*) se examina brevemente la diversidad de regulaciones no jurídicas (así llamadas *autónomas*), tal como se han formado en el proceso de la globalización. Enseguida (V, *infra*) se ofrece la descripción y el análisis del papel de los movimientos sociales en la formación de estructuras jurídicas pluralistas (es decir, transfronterizas). En el siguiente apartado (VI, *infra*) se discute la importancia de las culturas jurídicas en comparación con el derecho global, con vistas a los problemas metodológicos y la identificación de los principales actores. Por último (VII, *infra*), se abordan dos variables que son especialmente significativas para la comparación jurídica. Por un lado, se trata de los sistemas sociales de producción y de mercado, que a nivel mundial son muy diversos y que, por tanto, conducen a distintas formas jurídicas. Por el otro, de las formas, también diversas, de creación de seguridad jurídica en las operaciones de negocios.

II. PLURALISMO DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA SOCIEDAD MUNDIAL

Hay tanto derecho estatal en la sociedad mundial como estados existen, e incluso más, en vista de que en los estados federales se ejercen competencias legislativas y judiciales independientes. Pero esta diversidad de normas estatales no constituye todavía un pluralismo jurídico, pues su ámbito territorial de validez está claramente delimitado. La población está sometida a un solo derecho estatal y, eventualmente, a varios derechos subestatales, pero no al derecho de otros estados. Esto es válido también para las personas que realizan una estancia breve en el país (como turistas, por ejemplo) o para los migrantes, aunque los estados hacen algunas concesiones, por ejemplo, en el derecho de familia o en el sucesorio y aplican entonces su derecho nacional en los términos dispuestos por las normas del derecho internacional privado. Sin embargo, el derecho internacional privado (o también el penal) no coinciden, en general, con la conciencia jurídica de las perso-

nas que provienen del extranjero para residir transitoria o permanentemente en un país, de modo que así se obedece en él también un derecho extranjero.³ El tráfico jurídico internacional determina, la mayoría de las veces a través de una cláusula específica, el derecho estatal que resulta aplicable a los contratos. Cuando esto no sucede, corresponde al derecho internacional privado evitar la concurrencia de derechos, por ejemplo, al sujetar un contrato al derecho de quien realiza la prestación contractualmente típica. Nuevamente, es posible que la conciencia jurídica de las partes contratantes difiera de la atribución abstracta por las normas de conflicto, de modo que surgen controversias por la referencia a un derecho diverso.

Las profesiones jurídicas se ven afectadas en grado diverso por la concurrencia de los derechos estatales. Los jueces están sujetos a reglas claras, de las cuales divergen en todo caso a favor del derecho en que han sido entrenados.⁴ La situación de los abogados es distinta, pues tratándose de asuntos de carácter transnacional, como la redacción de contratos internacionales o la selección de un foro apropiado, con frecuencia tienen que escoger entre diversos órdenes jurídicos.⁵

Estas situaciones pertenecen al canon tradicional del derecho estatal, el cual ofrece soluciones más o menos practicables. Sin embargo, con frecuencia se observa que la internacionalización y la globalización han elevado enormemente la presión que plantea el problema. Por un lado, las reglas de conflicto ya no satisfacen las exigencias de una sociedad que se ha hecho móvil y de una economía que se ha mundializado, de modo que, por ejemplo, las operaciones a través de la Internet (*e-commerce*) difícilmente pueden ser sometidas a un solo orden jurídico. Por el otro, las situaciones mismas adquieren cada vez más un carácter transfronterizo, con lo que se generan las ya mencionadas condiciones de concurrencia normativa pluralista.

³ Bierbrauer (1994).

⁴ Gessner (1996b, 149, 179 y siguientes).

⁵ Véase, por ejemplo, Lorenz (1987), Westphalen (1994).

El pluralismo jurídico puede surgir también a través del derecho internacional, supranacional o transnacional. En ese caso entran en concurrencia las normas creadas por encima del plano estatal con las normas estatales (por ejemplo, el derecho de la Unión Europea con el derecho de los estados miembros, o las convenciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos con el derecho de los estados) o las primeras concurren entre sí (así las reglas de libre comercio del GATT/OMC con las reglas proteccionistas de las zonas económicas regionales como las de la Unión Europea (UE) o las del Tratado de Libre Comercio de América del Norte). Desde un punto de vista teórico, tales concurrencias no tienen por qué producirse, ya que existen reglas de delimitación (el derecho internacional es superior al derecho nacional, el derecho comunitario de la UE anula al derecho contrario de los estados miembros, las zonas económicas regionales poseen un estatus especial dentro del régimen de la Organización Mundial de Comercio). No obstante, muchas normas del derecho internacional concurren entre sí, por ejemplo, las del libre comercio con las que protegen el ambiente. Pero sobre todo, la práctica puede describirse mejor a través de conceptos como “pluralismo jurídico”, “policentrismo” o “interlegalidad”⁶ y a través de una tendencia general, en caso de conflicto, de dar preeminencia al derecho particular frente al universal. A diferencia de lo que sucede con los supuestos regulados por el derecho internacional privado, los jueces enfrentan con frecuencia problemas de selección del derecho “correcto” o “más próximo al asunto”, o bien, resuelven —así, por ejemplo, en el derecho económico internacional— con fundamento en una ponderación particular de intereses. También las diferencias valorativas, por ejemplo, en temas de derechos humanos o de protección ambiental, generan conflictos dentro del inventario pluralista de normas internacionales.

Numerosos observadores de la evolución de los últimos decenios constatan una reducción del pluralismo mundial a través de

⁶ Sobre el concepto de “policentrismo” en el derecho véase Petersen/Zahle (1995). El concepto de “interlegalidad” ha sido utilizado por Boaventura de Sousa Santos (véase Santos 1987).

una convergencia hacia un derecho moderno y racional; a través de los esfuerzos de construcción de un Estado de derecho en los estados en desarrollo o en proceso de reforma; a través de la promulgación de derecho supranacional obligatorio y, finalmente, a través de la celebración de convenios internacionales de unificación y armonización jurídicas. Si bien tales afirmaciones son discutibles en lo particular,⁷ o aguardan todavía confirmación empírica, es posible asentir de manera general. Los diversos órdenes jurídicos del mundo parecen aproximarse. La tesis de la “globalización del derecho” es entendida la mayoría de las veces en este sentido.⁸

III. NORMAS HÍBRIDAS

Las normas híbridas constituyen una categoría poco tomada en cuenta que se sitúa entre el orden jurídico estatal/internacional y el derecho no estatal/autónomo. Estas normas se encuentran tanto en el nivel nacional como en el internacional y el transnacional. Puesto que se trata de un orden normativo que complementa y fortalece al derecho estatal, no parece tener cabida en la contraposición, habitual en la discusión sobre el pluralismo jurídico, entre derecho estatal y derecho autónomo. No se trata de normas alternativas ni de órdenes paralelos. No obstante, el cuadro no quedaría completo si no se incluyera este fenómeno en la observación del pluralismo jurídico.

Al lado de la creación autónoma del derecho privado, es decir, a través del margen de libertad que otorgan a los particulares el derecho contractual, el derecho laboral, así como el derecho de las asociaciones y sociedades, existen sistemas de regulación internos de los estados, así como órdenes normativos con carácter regulador por encima de las fronteras estatales, que no surgen mediante acto de autoridad. El concepto de normas híbridas

⁷ Gessner *et al.* (2001), Nelken/Feest (2001).

⁸ Sobre los distintos sentidos de la “globalización del derecho”, véase Shapiro (1993).

será utilizado aquí solamente en relación con estas normas, cuyo modo de funcionamiento es el de normas de derecho público. Ejemplos de ellas son las normas técnicas, las autoobligaciones y los códigos de conducta.

La normalización es “la uniformación, planeada y realizada de manera colectiva por los círculos interesados, de objetos materiales e inmateriales para beneficio de la colectividad... Contribuye a la seguridad de las personas y las cosas, así como al mejoramiento de la calidad en todos los ámbitos de la existencia” (contrato de normalización del Instituto Alemán de Normalización). De acuerdo con el derecho alemán, las normas DIN son recomendaciones que carecen de carácter jurídico, pero cuya importancia fáctica es elevada. El respeto de las normas DIN es una regla con escasas excepciones.⁹ La labor normalizadora de los “círculos interesados” es impresionante también desde un punto de vista cuantitativo, pues en la actualidad hay unas 25 mil normas DIN. Apenas menos importante es la normalización internacional, la cual llevan a cabo, fundamentalmente, además de algunos institutos especializados, la Organización Internacional de Normalización (ISO), con unas 15 mil normas, y el Comité Europeo de Normalización (CEN), con unas 8 mil normas.

Además de las formas habituales de la regulación mediante mandatos y prohibiciones de la autoridad, así como a través de formas cooperativas como las negociaciones, los acuerdos y la tolerancia, recientemente ha surgido la “autoobligación” como estilo de regulación que se ha impuesto sobre todo (pero no exclusivamente) en el ámbito de la protección ambiental como alternativa razonable a la regulación por autoridad. En la actualidad existen en Alemania unas 100 autoobligaciones de la industria en el campo ambiental, las cuales se refieren a la cesación de la producción de determinados productos o la utilización de ciertas sustancias (clorofluorocarbonos, asbesto), a la etiquetación de sustancias dañinas, la eliminación de baterías, empaques, automóviles viejos, papel, cascajo, el consumo de materias primas, la

⁹ Falke (2000, 116).

reducción de emisiones (CO₂), el consumo de energía (consumo de combustibles por automóviles), la reducción de desperdicios. Su estructura es diversa. Existen formas relativamente simples: un texto breve contiene un compromiso de la rama industrial respectiva. Sin embargo, la mayoría de las autoobligaciones contienen requisitos detallados de información y control y prevén la creación de cuerpos de vigilancia y asesoría, en los que también están representadas las autoridades y la ciencia.

Las declaraciones de compromiso son dirigidas al ministerio competente y son regular y frecuentemente “reconocidas” de manera informal (por ejemplo, a través de un boletín de prensa o de correspondencia). El ministerio vigila el cumplimiento de los objetivos. Encontramos una participación especialmente intensa del Estado en la autoobligación sobre el aprovechamiento de autos viejos. Un reglamento impone a los fabricantes el deber de recibir nuevamente, y a los dueños el deber de regresar sus automóviles viejos, pero deja el aprovechamiento y la recolección a la industria. Una participación estatal igualmente fuerte se encuentra en la recolección de material de empaque (Reglamento de empaques). Los gobiernos escogen este instrumento, a pesar de la crítica de que los compromisos se celebran a costa de terceros no participantes, ya que a través de estos acuerdos logran algo que políticamente no podría lograrse (resistencia de la industria a la coacción y las sanciones, coordinación con otros ministerios, con los *Länder*, con la Unión Europea). La forma regulatoria de la autoobligación se corresponde, por otro lado, con las tradiciones corporativas en Alemania. Con frecuencia su eficacia es dudosa, pero se incrementa cuando el Estado cuenta con la amenaza creíble de regular a través de las normas de orden público (*Ordnungsrecht*) o del derecho fiscal. Problemas hay por lo regular con la posición de los proveedores extranjeros, que no asumen la autoobligación, pero se benefician de ella. También es posible que los extraños evadan el arreglo (*free rider*), cuando las agrupaciones de la industria no son capaces de ejercer presión social. La Comisión de las Comunidades Europeas

informa, en una comunicación al Consejo y el Parlamento Europeo, que las autoobligaciones están bastante difundidas en algunos países miembros y que no son claramente inferiores en eficacia a las soluciones de orden público.

Emparentados con las autoobligaciones se encuentran los códigos de conducta internos, es decir, normas de comportamiento autoimpuestas a una rama económica, una empresa o —como sucede con el derecho de las profesiones— a un grupo profesional. De ellos hay que distinguir los códigos de conducta externos que son dictados, como *soft law*, por las organizaciones internacionales, la Cámara de Comercio Internacional (ICC), algunos estados en lo individual o las organizaciones no gubernamentales (ONG). Además de ellos, los códigos de conducta internos corresponden al modelo de regulación autónoma, sin que entren en conflicto con el derecho estatal. Surgieron a fines de los años ochenta como respuesta a la presión ejercida por organizaciones de consumidores, sindicatos, organizaciones ambientales, así como de los medios de comunicación y la ciencia, los cuales señalaron las deficiencias del modelo de mercado desregulado y, en especial, las violaciones a los derechos humanos, condiciones de trabajo inaceptables y los daños al ambiente en los países en desarrollo. Casi todas las grandes empresas parecen tener hoy, de una forma u otra, estos lineamientos de conducta para sus actividades económicas y eventualmente también para sus proveedores.¹⁰

IV. PLURALISMO DE LAS NORMAS AUTÓNOMAS EN LA SOCIEDAD MUNDIAL

Con el fin de delimitar el pluralismo jurídico de la diversidad prácticamente infinita de las normas en la sociedad, la antropología jurídica introdujo como elemento adicional la *opinio juris*, una característica que, en el marco de la ciencia jurídica tradicional, tiene el propósito de distinguir el derecho consuetudinario de otras normas.

¹⁰ Hepple (1999), Herrnstadt (2001).

Por tanto, no tenemos que incluir en el concepto de pluralismo jurídico el orden interno de las bandas de delincuentes (traficantes de armas o de personas, narcotraficantes, mafia), pero sí tener en cuenta los sistemas normativos que representan, de manera consciente, nociones de justicia que difieren de las del derecho estatal o del supraestatal. La divergencia (que no tiene por qué ser grande) es un criterio necesario en nuestra definición de las normas autónomas. Además, se ha demostrado que muchos sistemas de normas no estatales no sólo cumplen con las nociones de justicia del Estado, sino que lo hacen en exceso, y precisamente de allí derivan la justificación de su existencia. Por ello las hemos incluido en los sistemas de normas híbridas.

Pero aún habiendo excluido las organizaciones del crimen internacional, quedan muchos órdenes normativos que son independientes del Estado, que gozan de una cierta autonomía y que, con la pretensión de ser reconocidos como derecho, regulan, o intentan regular, sectores de la sociedad mundial que se pueden delimitar de manera concreta. Enseguida es posible distinguirlos según el grado en que en que hayan institucionalizado la producción e implementación de sus normas. Un indicio de un grado elevado de institucionalización es la formalización (procesalización) de la creación de las normas, el conocimiento judicial de las controversias, así como los controles del cumplimiento de las normas.

I. *Órdenes normativos institucionalizados*

Las religiones —en primer lugar quizá la Iglesia católica y en un grado un poco menor las Iglesias protestantes, el judaísmo y el islam— son ejemplos de órdenes normativos institucionalizados que divergen, por lo regular, del derecho del Estado y que, tanto en el pasado como en el presente, han desencadenado, y desencadenan, múltiples conflictos con otros órdenes normativos, tanto jurídicos como sociales. Las persecuciones de judíos (*pogromos*), las cruzadas, la guerra santa islámica (*jihad*), las inquisiciones, son

testimonios no sólo del pasado, sino que todavía provocan atrocidades en la actualidad, en la antigua Yugoslavia, en Sudán, la India, Pakistán, Afganistán. También en Alemania hay conflictos en torno a los crucifijos en los salones escolares, la dispensa a las niñas musulmanas de la clase de deporte, la aceptación del aborto, la contratación de maestras musulmanas que utilizan el velo islámico, o el reconocimiento de las fiestas islámicas o judías. Las sectas con actividades a nivel mundial, como la cienciología, los testigos de Jehová, los adventistas, los menonitas, los mormones, están menos organizadas, pero sus divergencias respecto de valores y mandamientos de conducta son mucho mayores. Mientras que las normas sobre derechos humanos garantizan la libertad y la igualdad, la mayoría de las religiones enseñan autoridad y jerarquía. Mientras que esas normas garantizan el pluralismo y la diferencia, las religiones exigen ortodoxia y uniformidad. Mientras que los derechos humanos garantizan libertad de acción y de opinión, las religiones reclaman silencio y sometimiento.¹¹ El alcance sociológico de estos ordenamientos paralelos es inmenso y crece todavía más de la mano de los movimientos fundamentalistas dentro de las religiones.

En el campo del deporte, se considera como “gobierno mundial” el Comité Olímpico Internacional (COI), el cual decide de manera autónoma sobre la concesión de los Juegos Olímpicos o bien, excluye de la participación a los países.¹² Como casos de conflicto con el derecho internacional debe mencionarse la admisión de los comités olímpicos nacionales de la antigua República Democrática Alemana y de Taiwán, la expulsión del comité de Sudáfrica o el boicot de los Juegos en Moscú en 1980. Las reglas que se aplican a los juegos tienen carácter cuasi-jurídico. El Tribunal Internacional del Deporte conoce de algunas controversias (sobre todo de carácter financiero), las que resuelve, la mayoría de las veces, mediante un dictamen jurídico que no es obligatorio.¹³

¹¹ Witte Jr. (2001).

¹² Rittberger/Böckle (1996), Vedder (1984), Nelson (1993).

¹³ Simma (1998).

Muchas otras instituciones del deporte nacional e internacional, organizado en asociaciones internacionales deportivas, siguen este modelo de regulación y cumplen con las funciones legislativas de creación de normas y las ejecutivas de la organización y comercialización de las competencias deportivas.

En relación con estas controversias, los tribunales nacionales se comportan de manera reservada en la aplicación del derecho estatal, pero no permanecen inactivos. Así, por ejemplo, un tribunal alemán anuló la expulsión de la corredora alemana Katrin Krabbe por cuatro años de las competencias por uso de sustancias prohibidas (*doping*); un tribunal norteamericano obligó a la Asociación Mundial de Boxeo a desconocer el título que un boxeador sudafricano había obtenido con ayuda de sustancias anabólicas; un tribunal belga solicitó al Tribunal de Justicia Europeo revisar la compatibilidad de las transferencias en el fútbol con el derecho comunitario, y el Tribunal dictaminó (sentencia del 15 de diciembre de 1995) que la afectación de la actividad del futbolista profesional Bosman constituía una violación del Tratado de la Comunidad Europea.¹⁴ Las soluciones que han encontrado los tribunales nacionales dejan una sensación de incomodidad, ya que las situaciones internacionales no son adecuadamente cubiertas por las normas cuyo ámbito de validez se circunscribe a los ordenamientos jurídicos nacionales y están destinadas a regular situaciones nacionales. Por tanto, las tendencias, hasta ahora sólo débiles, de reconocimiento de un derecho del deporte de carácter no nacional con un foro arbitral propio se reforzarán en los próximos años.

También la economía ha creado, a través de la autonomía que le otorga la libertad contractual, ordenamientos normativos que divergen, en mayor o menor grado, del derecho estatal. Los ejemplos de actualidad derivan del ámbito del comercio electrónico, en el cual se han desarrollado y sometido a prueba normas y procedimientos propios de solución de conflictos que se apartan en buena medida de los modelos estatales.

¹⁴ Reuter (1996), Hobe/Tietje (1996).

El ejemplo empírico más convincente hasta ahora de una rama comercial que genera seguridad jurídica a través de una regulación autónoma es el comercio mundial de diamantes.¹⁵ En el mercado de diamantes en bruto, el cartel de De Beers controla el 80 a 85 por ciento de la producción mundial, para cuya distribución se ajusta a instituciones y reglas fijas. Cuatro corredores venden durante 10 sesiones anuales de bolsa (las así llamadas vistas), que se realizan en Londres, surtidos de diamantes a unos 150 a 200 comerciantes al mayoreo. Éstos no pueden escoger piedras individuales, sino que en las cajas ofrecidas se mezclan diamantes de calidad diversa. De este modo, la organización logra introducir en el mercado piedras que de otro modo no se podrían vender debido a su calidad menor. Los productores, los corredores y los comerciantes son miembros de unos 20 clubes de comerciantes en diamantes, los cuales monopolizan los negocios y discriminan a los que no son miembros. Las modalidades de venta están fijadas hasta en sus detalles en las disposiciones contractuales; las desviaciones o violaciones son dadas a conocer a través de “listas negras” que se distribuyen mundialmente. La pérdida de la reputación de alguno de los comerciantes significa, de hecho, la terminación de sus actividades de negocios. De este modo queda excluido el derecho estatal de la competencia, el penal y el contractual; los tribunales del Estado son sustituidos por tribunales arbitrales o por decisiones del rabino (la mayoría de los comerciantes son de credo judío).

2. *Órdenes normativos no institucionalizados*

Este ámbito está todavía poco investigado. Hay hipótesis de que en el plano superior al Estado se encuentran tantos órdenes normativos independientes y débilmente institucionalizados como en los estados y sus sociedades. Pero los ejemplos frecuentemente citados en la discusión como las empresas multinacionales,

¹⁵ Bernstein (1992).

los despachos internacionales de abogados o el “club” de los árbitros internacionales, no ofrecen mucho a nuestro interés sobre el pluralismo jurídico global.

Las empresas multinacionales poseen, como todas las empresas, un ordenamiento interno tolerado, e incluso promovido, por el derecho laboral estatal (reglamentos internos, planes sociales), cuya autonomía¹⁶ no significa todavía que en este caso se esté imponiendo un orden jurídico plural que entre en colisión con el derecho estatal. Por un lado, la autonomía está garantizada por el propio derecho del Estado; por el otro lado, se considera más eficiente en la reducción de los costos de transacción. Sin embargo, existen múltiples indicios de que las normas internas de las empresas entran en colisión con las normas jurídicas estatales, por ejemplo, cuando se desaplican las garantías o regulaciones constitucionales del mercado de trabajo nacional, o cuando las empresas encubren las prácticas ilegales de sus directivos (sobre todo, sobornos para promover ventas, violaciones de los niveles ambientales internos, daños conscientes a los consumidores, por ejemplo, por el tabaco) y son compensadas cuando son objeto de persecución penal. Con frecuencia se observa también que las empresas multinacionales imponen en los países en desarrollo normas propias (no sólo intereses, ni únicamente ventajas competitivas ni su posición dominante en el mercado), violando el derecho estatal.

La coordinación de las normas de empresa con otros órdenes normativos se trata de lograr a través de códigos de conducta externos. Todos los esfuerzos de regulación internacional por parte de la comunidad de estados han fracasado hasta ahora debido a que si bien las empresas multinacionales son sujetos de derecho internacional en un sentido limitado (garantía procesal, derecho de propiedad, libertad de opinión), no pueden ser sujetos de deberes de derecho internacional.¹⁷

¹⁶ Robé (1997).

¹⁷ Schmalenbach (2001).

Los despachos internacionales de abogados son, sin duda, actores importantes en el proceso de surgimiento del derecho global. En consonancia con la tradición del *creative lawyering* de los abogados norteamericanos, los despachos actúan no sólo como parte integrante de un sistema de instituciones jurídicas (legislación, tribunales, administración, ciencia jurídica), sino como actores independientes en el proceso de formación de estructuras globales en campos tales como la economía y las finanzas.¹⁸ No sólo elaboran contratos, sino que inventan nuevas formas societarias y nuevas transacciones financieras fuera del control estatal.¹⁹ Los nuevos instrumentos financieros se imponen exitosamente en el mercado, ya sea de modo autónomo o en cooperación con los legisladores estatales. A fin de no exagerar el cuadro, es necesario indicar que sólo unos 50 a 70 despachos gigantes norteamericanos y británicos actúan a nivel global de esta forma creativa, mientras que el resto de los abogados tienen dificultades, en los casos internacionales, para manejar de manera experta el derecho nacional o extranjero, la práctica judicial y administrativa y las culturas jurídicas extranjeras.²⁰ Las lagunas en el derecho se cubren mediante cláusulas contractuales, frecuentemente ligadas con la propuesta de soluciones modelo por una organización de abogados. Pero aún una eventual cooperación transfronteriza de los abogados no equivale todavía al surgimiento de normas de vigencia global. En la mayoría de los casos el *private ordering* no es más que una solución imperfecta en una situación anárquica que los participantes consideran como precaria.

El “club” de los árbitros internacionales, que cuenta con unos 250 a 300 miembros designados de manera regular en las controversias comerciales internacionales,²¹ permitiría esperar el surgimiento de un orden normativo independiente para los casos llevados al arbitraje. Sin embargo, los rasgos comunes de sus miembros se limitan a los de masculino, occidental y con estudios

¹⁸ Trubek *et al.* (1994), Silver (2000).

¹⁹ Flood (1996).

²⁰ Roorda (1993), Mears (1993), Mazzini (1997), Baraban (1998).

²¹ Dezalay / Garth (1996).

jurídicos, pues por lo demás se ha observado la formación de grupos y de tensiones, por ejemplo, entre los profesores de derecho europeos y los abogados norteamericanos, que definen y ejercen la función de árbitro de un modo diferente. Sobre todo, a través de los laudos arbitrales ha surgido escaso derecho autónomo, porque los árbitros aplican por lo regular derecho estatal.

Entre los órdenes normativos informales que mejor han sido descritos en la economía mundial se encuentran los clanes familiares chinos.²² La relación de *guanxi*, por la cual se logra un nivel muy elevado de cumplimiento contractual a través de una dependencia (vitalicia), confianza mutua y favores recíprocos en estructuras familiares o de clan, es el caso extremo de una regulación exenta de intervención estatal. La antropología jurídica tendrá que observar, por un lado, la posible transformación de estas estructuras como consecuencia de la introducción del derecho occidental a China,²³ y por el otro, discutir si las relaciones familiares (aunque sean extendidas) todavía son económicamente racionales y eficientes en un mercado mundial anónimo.

V. EL PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES (ONG) EN EL SURGIMIENTO DE LA PLURALIDAD NORMATIVA GLOBAL

En la actualidad, las ONG se encuentran activas en casi todos los ámbitos de formación de normas globales, sobre todo en los de la garantía de la paz, la prohibición de sistemas de armamento, la construcción de las estructuras del Estado de derecho, los derechos humanos, la protección del ambiente y el clima, la defensa de los derechos de los trabajadores, de las mujeres y la protección de los niños, los problemas del desarrollo del Tercer Mundo, y la concepción de un nuevo orden económico mundial. Las estimaciones sobre el número de tales grupos a nivel inter-

²² Yang (1994), Appelbaum (1998), Ruskola (2000), Chung/Hamilton (2001). Véase también Landa (1981; 1994).

²³ Guthrie (1998).

nacional son muy diversas y oscilan entre 5 y 30 mil. Además de los numerosos grupos europeos para el salvamento de las selvas tropicales del Amazonas se supone que existe también un grupo brasileño para el salvamento del Mar del Norte.

A la búsqueda del pluralismo jurídico global a través del surgimiento de normas paralelas nos encontramos, por lo pronto, con muchas de las actividades de las ONG que consisten en la participación en los procesos de formación del derecho global y en el control del cumplimiento de este derecho. La labor de la mayoría de las ONG queda descrita por estas actividades.²⁴ En el marco de la estructura organizativa de las Naciones Unidas las ONG poseen frecuentemente estatus consultivo (por ejemplo, en el Consejo Económico y Social, Ecosoc; ante el cual están acreditadas formalmente 500 ONG) o participan oficialmente en la preparación de convenios internacionales (sobre cambio climático, protección de la diversidad biológica, para la prohibición de la tortura, sobre los derechos de los niños, acuerdo de Río, etcétera). La mayoría de las demás organizaciones internacionales permiten que las ONG participen de una u otra forma en la formulación de proyectos de tratados y convenios y en parte también en la decisión sobre estos proyectos. La creación de “*tribunals*” propios imita los procesos de formación jurídica en los estados.²⁵ Esta estrategia tiene, en primer término, un efecto ante la opinión pública, pero puede llevar, junto con otras medidas, al surgimiento de derecho consuetudinario internacional.

Muchas veces se caracterizan estas actividades como labor de cabildeo. Al compilar información, realizar labor de convencimiento, despertar la presión pública y establecer contactos personales, se logra con frecuencia ejercer influencia en dirección de los objetivos del respectivo movimiento social. Pero el resultado de estos esfuerzos es entonces la promulgación de una norma jurídica, o la crítica a la falta de cumplimiento de una, pero no la entrada en vigor de una norma paralela. Desde esta perspectiva,

²⁴ Ekins (1992), Hobe (1997), Keck/Sikkink (1998), Nowrot (1999).

²⁵ Schoener (1997).

el vistazo a las ONG activas a nivel mundial no ofrece mucho sobre la tesis²⁶ de un pluralismo jurídico que se desarrolle de manera global.

A favor de la tesis de la autonomía habla el hecho de que existen también normas alternativas que son creadas y aplicadas por las ONG transnacionales con independencia del derecho. Algunas de estas normas, que más que apartarse del derecho lo cumplen en exceso, son conocidas de la vida cotidiana. Las llamadas organizaciones del *fair trade* (comercio justo) piden algo más por los granos de café y transfieren el sobreprecio a los productores en el Tercer Mundo. La etiqueta “*dolphin safe*” en la lata de atún debe impedir la compra de atún que haya sido capturado dañando a los delfines. Incluso en la compra de un tapete se le informa al cliente si han sido niños los que lo han tejido, y en la compra de muebles de jardín habría que seguir la opinión de las ONG ecológicas, que recomiendan no comprar maderas tropicales. Por tanto, las ONG participan de múltiples maneras en la creación de normas “híbridas”.

¿Logran las ONG también establecer normas globales divergentes? Si regresamos a los inicios de las investigaciones sobre el pluralismo jurídico, entonces existe una norma paralela al derecho estatal cuando dicha norma defiende otra concepción de la justicia, representa otros valores y ordena una conducta que diverge de lo dispuesto por el derecho estatal. Las expectativas de conducta de los grupos criminales no caen en esta categoría a falta de *opinio iuris*, pero sí las concepciones y las acciones antioccidentales de los movimientos fundamentalistas no occidentales, el boicot de un producto determinado que es contrario al libre comercio mundial y los acuerdos del GATT, o el derecho de inmigración que reclaman los migrantes. Los movimientos fundamentalistas tienen, de modo característico, concepciones de la justicia que son divergentes del derecho y de las doctrinas dominantes en sus religiones, pero cabe dudar de que sean capaces de desarrollar órdenes normativos alternativos más allá de

²⁶ Santos (1995).

sus acciones individuales (como al ataque a las torres gemelas de Nueva York). Las acciones de boicot se han llevado a cabo por ejemplo contra empresas cuyas plantas de producción en Sudáfrica se aprovecharon del *apartheid*, contra el hundimiento de la plataforma petrolera Brent Spar en mar abierto por la compañía petrolera Shell, contra los productores franceses de vino (*Beaujolais Nouveau*), para tratar de impedir que Francia continuara con sus pruebas atómicas. En estos casos es posible reconocer efectos normativos de largo plazo.

Mientras que la comunicación mundial, el comercio global, la cooperación científica internacional, las relaciones familiares multiculturales, pueden ser tratados sin más como estadios tempranos en el surgimiento de una sociedad mundial, la regulación, el ordenamiento y el control de tales relaciones de intercambio en la perspectiva tradicional es todavía una tarea del Estado. Al hacerlo, los estados actúan conforme a su poder militar o económico y sus posibilidades de influencia, o bien, se coordinan a través del derecho internacional, ya sea de modo bilateral o con ayuda de las organizaciones internacionales. En forma no contraria sino complementaria a este análisis, existen observaciones sobre la democratización en el gobierno de la sociedad mundial, en el sentido de una participación de actores no estatales; sobre la transformación de las posibilidades de acción de los estados por los fenómenos de la privatización de la política mundial y, sobre todo, a través de las nuevas formas de cooperación entre Estado y sociedad en el régimen global. Estas observaciones dan cuenta de la importancia (creciente) de las ONG en los procesos de formación de normas globales.

La participación de actores no estatales no sólo se ha logrado por las luchas democráticas, sino que también ha sido promovida “desde arriba” gracias a la privatización de la política mundial, es decir, por los sujetos establecidos del derecho internacional. Tanto a nivel nacional como global se habla de una retirada del Estado. La liberalización, la desestatización, la privatización, son programas del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y de las demás instituciones que gobiernan la política mun-

dial. Los actores privados participan en la normalización o en la distribución de los dominios de Internet; organizan el comercio con licencias de emisión, o forman comisiones de ética para actividades científicas o económicas precarias. A los foros de discusión privada como el Foro Económico Mundial de Davos, Suiza, se les permite formular objetivos políticos y llevarlos a cabo de manera informal. También se confiere a las ONG transnacionales tareas de peso desigual: asumen así buena parte de la responsabilidad, por ejemplo, en el marco de la ayuda al desarrollo, en la intervención en catástrofes y en el campo de la protección de los derechos humanos.

La producción normativa de las ONG es, por regla general, divergente del derecho o es de nueva especie. Desde la perspectiva de los intereses afectados (por ejemplo, los derechos de propiedad de las empresas transnacionales, la soberanía de los estados nacionales, los derechos otorgados por la *shari'a* al esposo y padre musulmán) no sólo es divergente, sino frecuentemente ilícito. Es de nueva especie cuando no existe todavía ninguna regulación, como por ejemplo la prohibición de la eliminación de desechos débilmente radiactivos o de plataformas petroleras en alta mar. La tarea de las organizaciones y grupos de intereses respectivos consiste en llevar a un denominador común la pluralidad de las normas promovidas.

VI. SIGNIFICADO DE LAS CULTURAS JURÍDICAS EN LA COMPARACIÓN DEL DERECHO GLOBAL: PROBLEMAS METODOLÓGICOS

1. *Culturas jurídicas nacionales*

No hay duda de que el conocimiento de las reglas (jurídicas y no jurídicas) no es suficiente para poder comprender el orden social de una sociedad. El derecho puede ser descrito mejor como “derecho viviente” cuando se toma en cuenta de qué modo es interpretado, violado o utilizado estratégicamente en la sociedad,

o bien, modificado por los modelos de la conducta social. El concepto de “cultura jurídica” se ha desarrollado en función de este conocimiento necesario adicional. Dicho concepto ha conducido a realizar investigaciones sobre el pluralismo jurídico, sobre la implementación de las normas intervencionistas del Estado, sobre las tasas de litigios, la corrupción, la influencia sobre los procesos legislativos, el corporativismo, la exportación del derecho y otros muchos conjuntos de temas que también podemos explorar de manera precisa a través de la investigación empírica. Cada vez se controlan variables distintas y es posible pensar en resumirlas entonces en una teoría de la cultura jurídica de Alemania o de Austria o de Europa o de los modernos estados industriales.

Pero esto ya no tiene mucho sentido en una época en la que los derechos y las culturas jurídicas nacionales se encuentran en un creciente proceso de intercambio y que, por tanto, se confrontan entre sí de manera cada vez menos aislada. Entonces se vuelve interesante el proceso del intercambio mismo. Al respecto podemos encontrar un primer punto de partida para la fantasía científica en el concepto, vago en principio, de “globalización”, por ejemplo, en dirección hacia la “transformación del Estado”, de una convergencia en dirección a un derecho “moderno”, de un imperialismo jurídico (occidental), de un derecho autónomo sin Estado, de nuevas formas de regulación y de nuevos productores de regulaciones. Cada cultura jurídica nacional puede ser concebida a la vez como actor en el proceso de formación de la cultura jurídica global o como objeto de influencia del exterior. La bibliografía sobre este tema ya no es posible abarcarla. Lo que llama la atención es que participan en ella múltiples disciplinas y que, a diferencia del contexto nacional, no se ha desarrollado un monopolio de las ciencias jurídicas. La comparación jurídica y las investigaciones sobre el derecho internacional privado no están ya en condiciones de hacer una contribución sensata a la discusión de la globalización. Por tanto, cabe esperar que la reducción del ángulo de la visión que implica la dogmática jurídica, la cual ha impedido con frecuencia el conocimiento de la realidad del

derecho nacional, se pueda evitar en la investigación del derecho que se encuentra por encima y por debajo del Estado nacional.

2. *Desarrollo del derecho global: normas y actores*

Para el examen de fenómenos particulares (por ejemplo, solución de conflictos, protección del ambiente, aseguramiento de la vejez) dentro de las culturas jurídicas nacionales se pueden distinguir, según la complejidad del enfoque, cuatro planos:²⁷

1. Normas jurídicas
2. Normas jurídicas y sentencias de los tribunales supremos
3. Normas jurídicas, sentencias de los tribunales supremos y práctica de los tribunales y la administración
4. Normas jurídicas, sentencias de los tribunales supremos, práctica de los tribunales y la administración, y aceptación de la población, así como el cumplimiento en la práctica y la utilización del derecho

El enfoque más complejo contiene todos los planos que presenta el fenómeno respectivo dentro de la cultura jurídica nacional. Solamente este cuarto plano —que comprende las normas jurídicas y las sentencias de los tribunales supremos, la práctica de los tribunales y la administración, así como la aceptación de la población, el cumplimiento en la práctica y la utilización del derecho— es capaz de describir sociológicamente el fenómeno de manera adecuada. Las investigaciones de menor complejidad hacen contribuciones parciales y no se puede considerar que aporten una descripción sociológica adecuada del tema.

Desafortunadamente, la complejidad aumenta en todos los planos cuando se pretende observar la evolución global del derecho. Además, se incrementa el número de planos en los que es preciso moverse. Si bien rara vez se logrará comprender todos estos planos en un solo proyecto de investigación, siempre hay que evitar las afirmaciones que se generalizan a toda la cultura

²⁷ Véase Gessner/Höland/Varga (1996, 245-269).

jurídica cuando se apoyan solamente en la observación de alguno o algunos de estos planos.

Los elementos de la cultura jurídica por encima y por debajo del Estado nacional son los siguientes:

1. El derecho internacional, el derecho regional (por ejemplo, UE), el derecho nacional (aplicado conforme al derecho internacional privado)
2. Las reglas de los regímenes, las redes, el *soft law*, la *lex mercatoria*, los usos comerciales
3. Las normas internacionales (por ejemplo, de la ISO), las normas de la OIT
4. Las autoobligaciones de las empresas para la realización de objetivos de regulación global
5. Las sentencias de tribunales internacionales: Corte Internacional de Justicia, Tribunal de Justicia Europeo, OMC
6. Los laudos de tribunales arbitrales internacionales en asuntos de derecho internacional o derecho privado
7. La práctica resolutoria de órganos ejecutivos internacionales, regionales (UE, TLCAN, etcétera), en el marco de actividades administrativas transfronterizas
8. La práctica jurídica de empresas, despachos de abogados, asociaciones, ONG, en relación con el derecho global
9. La práctica, conciencia, aceptación del derecho por la sociedad civil en relación con el derecho global

En lo particular hay que poner de relevancia las siguientes diferencias entre las culturas jurídicas nacionales y las globales:

a) Pluralismo jurídico en lugar de monopolio del derecho

Siempre que se enfatiza que en las sociedades constituidas en estados se desarrolla una pluralidad de normas y modelos de conducta autónomos que compiten con el derecho estatal, esto es verdad en la medida en que dicho pluralismo es tolerado por el mismo Estado, pues bajo la vigencia del monopolio de éste sobre la violencia legítima, todas las reglas e instrumentos de sanción autónomos son precarios por necesidad. En el contexto global la

situación es diferente. Para empezar, puede ocurrir que varios ordenamientos jurídicos estatales pretendan regular una misma situación jurídicamente relevante. Pero las soluciones no siempre se encuentran en las reglas de conflicto. Además de lo anterior, hay posibles conflictos con los regímenes internacionales y sus conjuntos normativos, con los órdenes normativos regionales, con las normas de ramas comerciales y las normas autónomas de las comunidades globales (religiosas, económicas, científicas, etcétera). La supremacía del derecho internacional resulta ficticia ya por el simple hecho de que no presenta, por mucho, la misma densidad reguladora que las reglas producidas por los actores no estatales. Pero además de ello, el derecho internacional no lograría hacerse cumplir. Si la elaboración de reglas universales (por ejemplo, a través de una codificación) ya es riesgosa a nivel de las sociedades nacionales (diferenciación, cambio acelerado), la pretensión de una codificación global seguramente está destinada al fracaso. La consecuencia es una multiplicidad de normas globales “en vigencia” que no pueden mantenerse consistentes. No tienen que contradecirse necesariamente, sino que con frecuencia se complementan. Lo típico del contexto global son las normas híbridas que regulan algo que no se puede regular a través del derecho internacional. Las Naciones Unidas producen una cantidad de normas no obligatorias (*soft law*) y recomiendan a las empresas en el *global compact* a conducirse de manera favorable a los derechos humanos y el ambiente. Lo mismo puede decirse ahora de la Unión Europea cuando exige *social responsibility* a las empresas.

b) Nuevos actores en la producción de normas
y en el cumplimiento de las reglas

En el derecho global extrañamos la falta de algunas profesiones jurídicas conocidas, como los diputados, los jueces, los funcionarios, los notarios. Los diplomáticos, los funcionarios de las organizaciones internacionales o de la UE, no tienen ningún rasgo común con estas profesiones. Tampoco el abogado tradicional desempeña casi ningún papel en el tráfico jurídico internacional

y es desplazado por las *mega-law firms* o megadespachos jurídicos que están al servicio de una clientela reducida, pero económicamente importante.

Al fenómeno del pluralismo jurídico global le corresponde un número mayor de actores que en el contexto nacional. Se trata, sobre todo, de empresas transnacionales (ETN), grandes bancos y ONG, los cuales contribuyen a formar esencialmente, y bajo nuevas formas, el derecho global. Estos actores tienen sus propios procedimientos de discusión y decisión (palabras clave en este sentido son Davos, Basilea, Río de Janeiro, Viena, Seattle, Génova) y son tan productivos, normativamente, como los *lobbies* y las iniciativas ciudadanas nacionales. Lo mismo puede decirse del cumplimiento del derecho. Las ETN no se dejan obligar por las administraciones, pero con frecuencia aceptan autolimitaciones efectivas. Las ONG adoptan la función de vigilancia de muchos convenios sobre derechos humanos o sobre el ambiente, e incluso se les delegan actividades de ejecución. La interacción entre estos nuevos actores es específica de cada régimen. Algunos regímenes corresponden al modelo del derecho internacional según el cual, la elaboración de las normas corresponde al plano internacional y la ejecución se atribuye a las autoridades estatales. Otros regímenes son más pluralistas.

También en la aplicación de tratados en el tráfico jurídico transfronterizo hay nuevos actores sobre el escenario. Son los árbitros, las cámaras de comercio internacional, las garantías crediticias, los “*P and I Clubs*”²⁸ de los intermediarios (los *middle-men* de los negocios en Asia), hasta llegar a los diplomáticos y políticos de alto nivel en viaje por el extranjero que apoyan los negocios de las empresas privadas.

²⁸ Los “*Protection and Indemnity Clubs*” son una especie de asociaciones mutualistas de seguros, constituidas por los operadores de empresas marítimas para cubrir casos de responsabilidad civil en este sector (N. del T.).

c) Redes

No es necesario compartir la opinión muy amplia del análisis económico del derecho, en el sentido de que las culturas jurídicas no son otra cosa sino redes que reducen costos de transacción a través de sus elementos comunes (idioma, símbolos, instrumentos). Pero la idea de que los contactos estables ayudan a superar situaciones anárquicas es la que unifica las discusiones sobre las redes en la economía, la sociología, la antropología y la ciencia política. También han influido en las observaciones de las culturas jurídicas nacionales (corporativismo, articulación entre Estado y economía, reciprocidad, redes empresariales). Sin embargo, este enfoque adquiere mucho mayor prominencia en las teorías sobre la globalización, empezando por lo que la ciencia política denomina régimen, luego por las reuniones regulares de algunos jefes de Estado (G 7), pasando por los encuentros de los jefes de los bancos centrales (Comité de Basilea), la colaboración de los funcionarios nacionales por encima de las fronteras, hasta llegar a las redes empresariales transfronterizas, que de este modo logran reducir las incertidumbres del mercado global.

Quizá ya se pueda contar como parte de este fenómeno a las comunidades (políticas, económicas o de cualquier objetivo) que están surgiendo en Internet, pues las listas de direcciones permiten relaciones de intercambio frecuentes, aunque no estables. La sociología del derecho se ha ocupado desde hace tiempo de este fenómeno bajo el concepto de “terceras culturas”, es decir, culturas jurídicas que se establecen entre los estados y las sociedades de que se trate.²⁹ El argumento desemboca siempre en la idea de que la soberanía se ve limitada, los procedimientos de decisión del Estado se hacen obsoletos, y se reducen las pretensiones de regulación estatal a favor de mayor autonomía para los participantes en la red. Cuando la opinión pública, los mercados o las estructuras de las empresas se globalizan, así como los intentos de

²⁹ Véase mi capítulo introductorio en Gessner (1996c).

influir en ellos, la política se fragmenta. De este modo surge un nuevo mapa para la ciencia política que presenta líneas fronterizas muy diferentes a las conocidas entre los estados. El derecho enfrenta problemas en relación con sus pretensiones de universalidad e igualdad, así como de legitimidad.

VII. VARIABLES DE LAS CULTURAS JURÍDICAS GLOBALES

Si se parte de la idea de que por encima de las culturas jurídicas nacionales, o entre ellas, surge algo nuevo, será necesario buscar desde el inicio las varianzas. Si ya era riesgoso, a causa de la complejidad de las sociedades, aunque no imposible gracias a la unidad del derecho estatal, hablar de la cultura jurídica de un solo país, no es posible hacerlo sobre la uniformidad de un modelo jurídico global y de comportamiento, ya que a nivel global varían fuertemente las sociedades lo mismo que los órdenes normativos. Hasta ahora se han observado empíricamente tanto las condiciones de producción y de mercado (determinadas a nivel nacional por los órdenes normativos del derecho público) y la variable seguridad jurídica (producida a nivel nacional por los órdenes normativos del derecho privado).

1. *Sistemas sociales de las condiciones de producción y mercado*

Las culturas jurídicas globalizadas se refieren, en primer término, a las empresas. Por ello resultan de interés las variables que la sociología económica, en la tradición intelectual de Polanyi,³⁰ cuenta entre las condiciones del entorno de la acción económica y que se resumen en el concepto de *embeddedness*:³¹

³⁰ Polanyi (1944).

³¹ El concepto de “*embeddedness*” es de difícil traducción al español, no sólo por la variación en sus sentidos lingüísticos habituales, sino por el significado, también variable, que ha adquirido en la literatura especializada, particularmente en la denominada “sociología económica”. Por ello es frecuente que se deje en su lengua original (N. del T.).

[I]a economía humana... está incrustada (*embedded*) e imbricada (*enmeshed*) en las instituciones, tanto económicas como no económicas. La inclusión de lo no económico es vital, pues la religión o el gobierno pueden ser tan importantes para la estructura y el funcionamiento de la economía como las instituciones monetarias o la disponibilidad de las herramientas y las máquinas mismas que aligeran el peso del trabajo.³²

En lo particular se debate cómo hay que concebir las relaciones de causalidad entre la economía y el entorno social. En la medida que no se conciba exclusivamente a la economía como variable independiente,³³ y se reconozcan influencias sociológicas/culturales sobre ella, hay distintos enfoques. Si bien la teoría económica clásica desatiende los factores de influencia social, es decir, parte de la autonomía del mercado, el neoinstitucionalismo económico crítica este supuesto de la autonomía, en particular, la subestimación del papel de las instituciones y reglas sociales, a las que se les asigna también una función económica (reducción de los costos de transacción).³⁴ La teoría de sistemas enfatiza la autorregulación de la economía (como también de todos los demás sistemas sociales). Muchos estudios de la sociología y la antropología de la economía parten, por el contrario, de una estrecha articulación entre economía y sociedad, y ven a la primera como dependiente de la segunda. Ejemplo de ello es el enfoque de la sociología del desarrollo, que explica el rezago del Tercer

³² “[t]he human economy... is embedded and enmeshed in institutions, economic and non-economic. The inclusion of the non-economic is vital. For religion or government may be as important for the structure and functioning of the economy as monetary institutions or the availability of tools and machines themselves that lighten the toil of labor” (Polanyi (1957, 243).

³³ Karl Marx destacaba los factores de influencia de la economía sobre el entorno social, del mismo modo que los representantes de las teorías de la modernización y la globalización, quienes observan en la actualidad una adaptación de todas las sociedades a las necesidades de la economía mundial.

³⁴ North (1990).

Mundo a partir de factores sociológicos o culturales, o la línea de investigación que explica el fracaso de la transferencia del derecho occidental a las culturas jurídicas no occidentales y los estados en transformación por diferencias de interpretación cultural profundamente enraizadas. La bibliografía de la *embeddedness* de la economía busca expresamente una vía intermedia entre la desatención y la exageración de los factores de influencia sociológica sobre la acción económica.³⁵

Casi todo lo que cae bajo el concepto de *embeddedness* es de interés para la observación de las culturas jurídicas y, en particular, para las culturas jurídicas globales. En especial resulta útil distinguir tres planos de la integración social: transacciones individuales; relaciones entre organizaciones, y relaciones entre la economía y otros campos/sistemas sociales.

Elementos tales como

- Configuración de las relaciones industriales (trabajo/capital)
- Articulación entre Estado y economía
- Protección de los derechos de propiedad (*property rights*)
- Formas empresariales y formas de propiedad
- Protección de la competencia
- Grado de juridificación de los intercambios económicos
- Control y limitación de la libertad contractual

se encuentran relacionados de distinta manera en las culturas jurídicas nacionales, dependiendo de que la coordinación de las relaciones económicas se produzca de manera predominante a través del mercado, de las comunidades, redes, asociaciones, jerarquías privadas (empresas), o el Estado. Para el intercambio económico mundial se reconstituyen de manera diversa de acuerdo con esas formas de coordinación. Otras variables son la rama económica, la región o el dominio de una cultura jurídica (por ejemplo, la

³⁵ Granovetter (1985).

angloamericana o la japonesa) sobre las demás culturas jurídicas de que se trate. No es difícil operacionalizar estos elementos, en primer lugar, porque en todas partes existen buenas estadísticas económicas, y en segundo, porque existen numerosos estudios empíricos.

2. *Formas de creación de seguridad jurídica*

La ciencia jurídica se apoya en Max Weber para fundamentar su hipótesis de que el derecho es indispensable para la creación de seguridad jurídica en las sociedades modernas:

Desde un punto de vista puramente “conceptual”, el “estado” en ninguna parte es necesario... para la economía. Con todo, un orden económico de estilo moderno no se puede llevar a cabo sin un orden jurídico de características muy particulares, tales como las que prácticamente hacen posible un orden “estatal”. La economía moderna descansa sobre probabilidades obtenidas por contratos. Por muy lejos que lleguen el *interés* particular por la “legalidad contractual” y los intereses comunes de los propietarios por la defensa mutua de su propiedad, y por mucho que la convención y la costumbre determinen actualmente en el mismo sentido a los particulares, sin embargo, el influjo de estos poderes ha perdido extraordinariamente en importancia a causa de la sacudida de la tradición —de un lado por la conmoción de las relaciones establecidas por ella, y por otro por la pérdida de fe en su santidad—... la economía moderna ha destruido por su peculiaridad las demás asociaciones que eran portadoras de derecho y, por tanto, garantía del mismo. Ésta es la obra del desarrollo del mercado. El poderío universal de la sociedad que constituye el *mercado* demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho *calculable* según reglas racionales. Y por otra, la extensión del mercado... favorece, en virtud de sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva “legítima” por medio de *un* instituto coactivo universal, destruyendo todas las estructuras coactivas particulares, que descansan, las

más de las veces, en monopolios económicos, estamentales o de otra clase.³⁶

Estas afirmaciones sobre la disolución de todas las estructuras coactivas particulares probablemente ya no eran válidas en tiempos de Max Weber. Hay suficientes estudios empíricos que demuestran que esto no ofrece una imagen adecuada ni para las culturas jurídicas nacionales ni para las globales. Además de los observadores de la sociología económica, los representantes del neoinstitucionalismo también aportan elementos de cultura jurídica a este tema. De acuerdo con ellos, a fin de reducir los costos de transacción, los participantes en el mercado requieren estructuras de apoyo para la celebración y ejecución de contratos. Estas estructuras y elementos son las leyes, los abogados, los actuarios judiciales, los comentarios legislativos, pero también reglas e instituciones no jurídicas. Tales ofertas públicas hacen innecesario preocuparse, en cada caso particular, de que se cumplan las expectativas y se respeten los contratos. No obstante, estas estructuras de apoyo son raras en los negocios transfronterizos y son construidas poco a poco bajo la forma de derecho uniforme o normas de una rama comercial, tribunales arbitrales y otras formas de solución alternativa de controversias. Funcionalmente equivalentes son también los elementos relacionales en las relaciones de negocios, los que evitan las decepciones de expectativas a través de mecanismos para la formación de confianza. Las violaciones contractuales son compensadas por el comportamiento futuro conforme (así llamadas relaciones crediticias). También estas formas de creación de seguridad jurídica son precarias en las culturas jurídicas globales, ya que la proximidad social que requieren es cada vez más difícil de lograr y de sostener en las grandes distancias. La vía que siguen los negociantes asiáticos de lograr globalmente proximidad social a través de lazos étnicos o familiares no está abierta a otras culturas (y además es contraria a la lógica del mercado).

³⁶ Weber (1964, 272).

De estas observaciones se sigue que al tratar el tema de la seguridad jurídica en el tráfico internacional es necesario tomar en cuenta bastantes variables más que en el derecho contractual o el procesal. Si se amplía la perspectiva todavía muy centrada en lo jurídico de las obras de Max Weber, entonces la identificación y medición empíricas de los mecanismos sociales de garantía de los contratos no presentan ya problemas especiales. Tales análisis empíricos ponen cada vez de manifiesto que las variaciones culturales existen también en relación con la necesidad de aseguramiento de los contratos. Algunas culturas (como la occidental) son más sensibles a los riesgos y desean asegurar todo. Otras culturas son más tolerantes y parten de la idea de que el futuro no se puede planear. En relación con el tráfico global existen también tales estimaciones escépticas, lo cual lleva a la planeación más bien de corto plazo en los negocios globales. Los instrumentos de garantía no se utilizan y se toleran las violaciones a las reglas nacionales o globales.

VIII. OBSERVACIÓN FINAL

Esta discusión sobre el método jurídico comparativo no va más allá de unas reflexiones preliminares. Muchas variables de la cultura jurídica global son debatidas, otras todavía no se discuten. Incluso, la mensurabilidad (operacionalización) que aquí se promete no llega muy lejos, ya sea porque no se conocen sus manifestaciones o bien porque no se tiene acceso a los datos. Tanto más importante es entonces acercarse de manera empírica a los fenómenos de la cultura jurídica global, para poder estar al nivel de la investigación económica y jurídica sobre la globalización. Cuando esto no se logra, surgen así estructuras igualmente ficticias como “el derecho” del Estado o “el mercado” de la economía. Al igual que como ha sucedido con estas figuras, se necesita entonces un siglo para enderezar la imagen creada por estos conceptos idealizados, y para reducir el daño causado.