

## EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA INTERACCIÓN TRANSFRONTERIZA\*

### I. SELECCIÓN DE ENFOQUE TEÓRICO

Nuestro interés en el marco institucional de la interacción jurídica transfronteriza exige algunos matices en lo referente a nuestro enfoque sobre la sociedad mundial y su estructura regulatoria.

#### 1. *La sociedad mundial como punto de referencia*

La regulación jurídica de los intercambios internacionales y transfronterizos, y el comportamiento jurídico correspondiente, son parte de lo que se llama sociedad mundial<sup>1</sup> —el único punto de referencia concebible para tratar de explicar los procesos regulatorios globales y para criticar sus resultados—. En un enfoque teórico sistémico, el sistema jurídico internacional es un prerrequisito funcional de la interacción global al proveer patrones de comportamiento y modelos para la toma de decisiones. Aunque ya es un hecho social, todavía es pobre su conceptualización por la sociología.<sup>2</sup> Mientras la mayoría de los científicos sociales piensan todavía de los asuntos extrasociales en términos de relaciones internacionales, un paso decisivo adelante fue concebir la sociedad mundial como un escenario en el que no solamente los estados desempeñan sus roles, sino también los migrantes, las iglesias, los medios de comunicación, los comerciantes, los grupos de interés y hasta los mafiosos.<sup>3</sup> Lo que sigue siendo desconocido

\* Este ensayo se publicó con el título “The Institutional Framework of Cross-Border Interaction” como capítulo I en Gessner (ed.) (1996a, 15-41).

<sup>1</sup> Burton (1972), Hollist/Rosenau (1981).

<sup>2</sup> Tudyka (1989).

<sup>3</sup> Sklair (1991).

es su interrelación, su posición en una estructura global, y sus orientaciones culturales. De acuerdo con Luhmann, estos actores se comunican en sistemas diferenciados a nivel mundial, lo que hace a la sociedad mundial la única sociedad posible, porque los procesos de comunicación han hecho obsoletas a las “sociedades” y a las culturas compartidas.<sup>4</sup> Esta postura no es aceptada por Wallerstein, quien reduce el sistema-mundo a las preferencias utilitarias de los actores económicos, a los contratos y a la división del trabajo como sus formas u objetivos más prominentes.<sup>5</sup> Dos décadas de discusión sobre el “reduccionismo económico” de Wallerstein han conducido a enfoques sociológicos cada vez más complejos,<sup>6</sup> y en particular, al creciente uso de las variables políticas y culturales y al examen de los actores no económicos en el proceso de “estructuración” del orden mundial.<sup>7</sup> Claramente, es esta sociología posterior a Wallerstein la que permite a los sociólogos del derecho construir un marco global de referencia para sus observaciones empíricas. Los actores jurídicos globales en todos los niveles crean estructuras sociales globales, pero al mismo tiempo están siguiendo patrones económicos (utilitarios), políticos (ideológicos) y culturales que siguen siendo, a pesar de Luhmann, de origen básicamente intrasocietal.

## 2. *Análisis institucional*

El proceso de “estructuración” del orden mundial puede convertirse en objeto único de análisis, y principalmente en la ciencia política, en la investigación sobre relaciones internacionales y la paz, se han llevado a cabo estudios empíricos importantes en esta dirección. En la sociología jurídica existe un interés reciente en la contribución de la profesión jurídica a la construcción y defi-

<sup>4</sup> Luhmann (1982, 8).

<sup>5</sup> Wallerstein (1974).

<sup>6</sup> *Cfr.* por ejemplo Robertson (1992) y Bergesen (1990).

<sup>7</sup> Giddens (1990).

nición de una arena regulatoria internacional.<sup>8</sup> En particular el “campo jurídico” del arbitraje internacional ha sido objeto de investigación por Dezalay y Garth, quienes entrevistaron a no menos de 250 árbitros de todo el mundo, a fin de describir la competencia para obtener negocios y legitimidad entre los juristas del *common law* y los derechos romanistas, entre los académicos y los profesionistas, entre los “*grand old men*” y los “tecnócratas”.<sup>9</sup>

La herramienta analítica del “campo jurídico” (Bourdieu) empleada por Dezalay y Garth parece bien escogida para este particular objeto de estudio, que es muy reciente (se dice que los comienzos del arbitraje internacional como método importante para la resolución de controversias comerciales se encuentran en la crisis del petróleo en los años setenta), extremadamente personalizado (los autores refieren los nombres y biografías de la mayoría de los actores en el campo), y en una etapa temprana de institucionalización. El enfoque antropológico de Bourdieu, en el que todas las estructuras son simbólicas y están sujetas a definiciones y recreaciones individuales, y en el que las estrategias de los jugadores para la obtención de “capital simbólico” prevalecen sobre las restricciones objetivas, puede explicar características de la sociedad mundial que son de naturaleza tribal, por ejemplo, la mafia, el *Opus Dei*, la comunidad científica o, como sucede aquí, el club del arbitraje.

Pero, en conjunto, la sociedad mundial posee más aspectos institucionales que tribales y la generalización de conceptos antropológicos al comportamiento (comercial) del individuo, o del Estado, constituiría una concepción errónea. Los intercambios globales exigen instrumentos cada vez más complejos, como los que los sociólogos describen en el nivel de las sociedades (nacionales) como “instituciones sociales”, es decir, patrones de acción relativamente estables que reducen las incertidumbres en relación con el comportamiento de los demás individuos en el proceso de la interacción humana. Las instituciones sociales

<sup>8</sup> Dezalay (1992; 1993), Bancaud/Dezalay (1994).

<sup>9</sup> Dezalay/Garth (1995; 1996).

ayudan al actor a elegir y, al mismo tiempo, actúan como constreñimientos, al ejecutar sanciones formales e informales contra el comportamiento desviado. Incluso los enfoques más críticos de la sociología consideran que son mecanismos indispensables de coordinación.

Una sociología de la sociedad mundial, y particularmente una sociología jurídica de la sociedad mundial, tendrán que abordar primariamente las instituciones sociales en el sentido arriba mencionado. En la medida que los intercambios globales sean intercambios económicos —y esto es cierto de la mayoría de las interacciones transfronterizas— este énfasis en las instituciones es apoyado por la obra reciente de Douglass C. North, el cual hace uso del conocimiento sociológico establecido a favor de la teoría económica clásica.<sup>10</sup> La explicación que ésta ofrece del éxito económico a través de la elección racional es criticada mediante el señalamiento de la información incompleta que posee el actor: “El costo de la información es la clave de los costos de transacción, los cuales consisten en los costos de medición de los atributos valiosos de lo que es intercambiado y los costos de proteger los derechos y vigilar y hacer cumplir los acuerdos”.<sup>11</sup> Estos costos de transacción son una función del marco institucional de reglas jurídicas, formas organizacionales, ejecución, y patrones informales de comportamiento. En nuestro contexto, resulta importante tomar en cuenta cuánta importancia atribuye North a la ejecución efectiva por un tercero en la forma históricamente más avanzada de intercambio, el intercambio impersonal. Los tribunales reducen los costos de transacción y, por tanto, contribuyen al crecimiento económico.

Este fuerte apoyo de la teoría sociológica, así como de la nueva economía institucional, justifica nuestro foco en las instituciones en la arena global. Mientras que este ensayo se concentra en las restricciones formales (normas jurídicas y tribunales), una publicación posterior se ocupará de los constreñimientos informales

<sup>10</sup> North (1990).

<sup>11</sup> North (1990, 27).

creados por los actores de los sistemas sociales transnacionales, los que son principal pero no exclusivamente económicos.

## II. LA COORDINACIÓN DE INTERACCIONES JURÍDICAS TRANSFRONTERIZAS

Un repaso de la bibliografía jurídica y social sobre la arena jurídica internacional permite la formulación de tres hipótesis (no necesariamente excluyentes) sobre el problema del orden en la sociedad mundial: (1) la sociedad mundial está estructurada por la regulación estatal y las convenciones internacionales; (2) la sociedad mundial está estructurada por instituciones y regulaciones semiautónomas; y (3) la sociedad mundial se encuentra desestructurada en buena medida, lo que tiene por consecuencia situaciones anómicas. Nosotros trataremos de combinar estas perspectivas divergentes en un cuadro de patrones de acción diferenciados y desarrollar hipótesis sobre el rol de los tribunales nacionales en ellos.

### 1. *El ordenamiento estatal de las relaciones privadas transfronterizas*

El comercio internacional se caracteriza por una inseguridad constitutiva.<sup>12</sup> No existe un Estado mundial que asegure el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La inseguridad de los intercambios genera costos de transacción y conduce a la pérdida de bienestar.

Pero las interacciones transfronterizas son frecuentes y —a pesar de la ausencia de un orden central— están reguladas por una variedad de mecanismos. La exportación transporta bienes valiosos a través de los océanos, millones de personas viajan cada año a otros países, y algunas de ellas celebran matrimonios con extranjeros. En lenguaje jurídico, los contratos y la responsabilidad civil, las deudas del consumo, las sucesiones, los alimentos y las demandas de propiedad a través de las fronteras nacionales,

<sup>12</sup> Schmidt-Trenz (1990).

son abundantes en una situación de inseguridad jurídica, inestabilidad política y diversidad cultural. Puede suponerse fácilmente que las teorías sociológicas del comportamiento jurídico y de las funciones de las instituciones jurídicas son de escasa utilidad a nivel global y que las categorías cognitivas, como las de ordenamiento privado y de confianza personal, por un lado, y las categorías de poder y de explotación, como el fraude, el abuso, la toma de rehenes y el secuestro, por la otra, se convierten en variables explicativas dominantes.

Un paso dado por los estados para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos transfronterizos es la formulación del *derecho internacional privado*. Esta rama del derecho se aplica a las transacciones que cubren más de un sistema jurídico y determina, en los casos individuales, el derecho aplicable a una controversia entre las partes, así como la competencia de los tribunales que tienen que resolverla. Estas dos cuestiones no coinciden: puede concebirse que, de acuerdo con las normas del derecho internacional privado, tengan que conocer de la controversia los tribunales nacionales, pero que éstos tengan que aplicar derecho extranjero (o viceversa).

Los profesionistas aceptan generalmente que el derecho internacional privado contribuye poco a la solución del dilema de la inseguridad en los contratos internacionales. Primero, las disposiciones de derecho internacional privado de los respectivos países de los actores pueden ser contradictorias entre sí. Segundo, aun cuando se defina claramente el derecho aplicable y el foro competente entre los respectivos sistemas jurídicos, una de las partes tiene que someter su asunto a un orden jurídico extranjero que por lo común será desconocido para ella. Las normas desconocidas pueden crear más inseguridad que la ausencia de reglas, en la que el actor es remitido simplemente a su potencial de poder.

Solamente el primero de estos problemas puede ser resuelto por las actuales actividades de armonización del derecho internacional privado, tales como el Convenio de la Comunidad Económica Europea sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Con-

tractuales (adoptada en 1980) y la Convención, también de la CEE, sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias en Materias Civiles y Comerciales (adoptada en 1968). Los actores internacionales que pertenecen a los países parte obtienen alguna seguridad respecto de la elección de ley aplicable y foro. Sin embargo, solamente el actor cuyos ley y foro nacionales serán aplicados puede calcular cuál será la resolución que se dicte en su caso. Su contraparte tendrá escasa oportunidad de defender su posición. Para ello, tendrá que obtener acceso a alguno de los escasos despachos internacionales de abogados capaces de dar asesoría jurídica sobre el derecho extranjero. Luego tendrá que contratar a un abogado local en el otro país que esté dispuesto a aceptar la carga adicional de un asunto internacional. Tendrá también que actuar en un procedimiento judicial completamente desconocido para ella. Se trata de barreras que muy escasas partes en un conflicto jurídico podrán superar.

El derecho internacional privado conduce también a situaciones muy problemáticas para los jueces cuando tienen que aplicar derecho extranjero. Si dicha aplicación no puede evitarse, es algo que tiene que ser probado (en Alemania de oficio, en los Estados Unidos a petición de parte), con frecuencia con dificultades y costos considerables.

La Convención Europea preparada por el Consejo de Europa y firmada el 7 de junio de 1968 debía facilitar el acceso a la información sobre el derecho extranjero. Pero las experiencias con este servicio informativo (ofrecido por los ministerios de Justicia) demuestra su propia relevancia marginal: en 1980, el Ministerio alemán de Justicia recibió tres peticiones de información sobre el derecho alemán, siete en 1981 y once en 1982. Las solicitudes de los tribunales alemanes respecto del derecho extranjero se transmitieron en 19 casos en 1980, en 35 en 1982 y en 30 en 1983.<sup>13</sup> Si los tribunales son asesorados por un experto o expertos en la materia, su conocimiento, sus habilidades y experiencia pueden ser

<sup>13</sup> Ott (1985).

muy variables. El punto de derecho puede ser dudoso en el derecho extranjero, puede haber diversas opiniones sobre él, o puede no ser objeto de discusión en lo absoluto. Sin embargo, el tribunal del foro tiene que obtener de ahí su regla de decisión. Lo más probable es que el juez examine un sistema jurídico extranjero a través y bajo la influencia de su propio sistema, y así no logrará entender los diferentes métodos utilizados por los tribunales y los abogados extranjeros.<sup>14</sup>

Así, el derecho internacional privado puede entenderse como un intento de la ciencia jurídica para evitar las lagunas sistémicas en la regulación jurídica, pero en la práctica es escasa su contribución a la solución de los problemas de inseguridad de las relaciones jurídicas transfronterizas. Este derecho remite a las partes ya sea a uno o al otro sistema jurídico en cuestión, sin tomar en cuenta el carácter específico de las relaciones jurídicas internacionales. El comercio internacional se opone fuertemente al derecho internacional privado, y prefiere, en cambio, sus propios métodos y objetivos para el litigio de las controversias, “elaboradas caso por caso y legislación por legislación, en vez de los productos intelectuales de los constructores de sistemas en la ciencia jurídica”.<sup>15</sup>

Otro paso, más prometedor, para reducir la inseguridad en las relaciones internacionales privadas es la elaboración del *derecho uniforme internacional*. De acuerdo con Bonell,<sup>16</sup> ya no es posible llevar la cuenta del número de convenciones, leyes uniformes, códigos y reglas de conducta internacionales que pretenden reemplazar a la respectiva ley nacional a través de los procedimientos de ratificación apropiados o a través de su aplicación inmediata, o que ofrecen sólo reglas modelo, cuya introducción se deja a la discreción de los legisladores nacionales. *The Digest of Legal Activities of International Organizations and Other Organizations*, que UNIDROIT publica de manera regular, menciona 38 organizaciones

<sup>14</sup> Baxter (1987).

<sup>15</sup> Baxter (1987, 113).

<sup>16</sup> Bonell (1990).

internacionales activas en el proceso de unificación. El derecho uniforme tiene especial importancia en las siguientes áreas del derecho privado:

- Cartas de crédito y cheques
- Responsabilidad por el producto
- Transporte internacional por aire, mar y tierra
- Patentes y derechos y autor

Algunas de estas convenciones han alcanzado aplicación universal; otras han sido por lo menos firmadas y ratificadas por la mayoría de los países industrializados. De particular importancia es la unificación del derecho dentro de la Comunidad Económica Europea, la cual afecta ya a la mayoría de los sectores del derecho privado, el derecho económico y el derecho procesal.

Parte del derecho unificado ha sido creado especialmente para la situación transfronteriza,<sup>17</sup> por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), ratificada hasta la fecha por 34 parlamentos nacionales que representan a la mayoría de los países altamente industrializados.

Algunos críticos afirman que la unificación del derecho así alcanzada se aplica más bien a las áreas marginales;<sup>18</sup> que solamente ha creado pequeñas islas de derecho unificado en un mar de legislación nacional;<sup>19</sup> que está fragmentado y aislado; que carece de cualquier concepción general sistemática, y que resulta arbitrario y es indebidamente utilizado.<sup>20</sup> Pero estos problemas pueden ser transitorios, y la Comunidad Europea, cuando menos, emplea enormes energías en alcanzar la homogeneidad de las estructuras jurídicas dentro de los estados miembros. Los proble-

<sup>17</sup> En su crítica del litigio internacional de negocios, Baxter (1987) no advierte esta tendencia que satisface sus demandas.

<sup>18</sup> Schlechtriem (1987).

<sup>19</sup> Kötz (1986).

<sup>20</sup> Müller-Graff (1987).

mas radican, más bien, en el plano sociojurídico, es decir, en el comportamiento de los jueces y los actores particulares.

Primero, a pesar de las disposiciones de las convenciones internacionales o las leyes uniformes que exigen al juez nacional o al árbitro privado tomar en cuenta su carácter internacional, existe el riesgo de que el derecho uniforme sea interpretado de diversa manera en cada estado. La educación jurídica y los antecedentes sociales de los jueces, su *estatus* socioeconómico, su rol político y sus actitudes muestran tal varianza dentro del ámbito de toda ley uniforme, que la uniformidad de su interpretación y aplicación será la excepción más que la regla. Los jueces de los tribunales inferiores no tienen acceso a la información sobre las resoluciones de los tribunales extranjeros e incluso los integrantes de los tribunales supremos no toman en cuenta la práctica foránea. La interpretación del derecho uniforme sigue los patrones del razonamiento jurídico nacional. Para evitar este dilema, se puede recurrir al Tribunal Europeo de Justicia, de acuerdo con el artículo 177 del Tratado de Roma, como un órgano supranacional que garantiza la interpretación uniforme de los reglamentos y directivas de la CEE. Hasta ahora, sin embargo, sólo se han presentado unos cuantos cientos de estos procedimientos, y algunos estados miembros virtualmente nunca hacen uso de él. Por tanto, se puede suponer fácilmente que el derecho europeo es interpretado de manera distinta por los tribunales en el Comunidad Europea.

Segundo, la mayor parte del derecho uniforme es derecho privado y, por tanto, de carácter dispositivo. Se trata de una oferta a los actores particulares y, en especial, a los círculos de negocios, de sujetar sus relaciones a un solo ordenamiento normativo. Pero, sorprendentemente, con frecuencia la oferta no es aceptada:

Generaciones enteras de especialistas han dedicado sus energías a elaborar reglas uniformes, tratando de encontrar, en cada caso, las soluciones que mejor satisfagan las necesidades prácticas de la época. Pero una vez que una convención ha sido finalmente aprobada, existe el grave riesgo de que permanezca como letra muerta, puesto que aquellos a quienes se dirige principalmente

(y para cuyo beneficio se elaboró), es decir, los operadores económicos realmente involucrados en los sectores comerciales en cuestión, no toman conocimiento de ella, o bien, cuando se presenta a su atención, hacen todo lo que está en su poder para escapar a su aplicación.<sup>21</sup>

Esta frustrante experiencia ha conducido a diversas especulaciones sobre las razones de que los actores internacionales eviten el derecho uniforme. Las empresas en los países en desarrollo parecen temer la desigual distribución de poder, o más bien, sienten la necesidad de contar con normas más favorables para compensar su desigual capacidad de negociación en los contratos con las industrias de los países del norte. Pero las partes en una relación norte-norte parecen evitar también el derecho uniforme en sus contratos. Su queja es que las asociaciones comerciales no han tenido suficiente oportunidad de participar en la elaboración de las respectivas normas uniformes.<sup>22</sup> Estos autores suponen que el contenido del derecho uniforme es insatisfactorio y, por tanto, no atractivo para los círculos de negocios. Sin embargo, esto es sólo parte de la verdad. Más bien, la razón por la que el derecho uniforme no desempeña el rol al que aspiran los respectivos legisladores y comparatistas del derecho se encuentra en el desarrollo de una cultura jurídica independiente de las transacciones internacionales, con reglas autónomas y su propia infraestructura de asesoría y toma de decisiones. A pesar de los alegatos de los estados y la ciencia jurídica de que el derecho debe tener siempre la última palabra en la resolución de conflictos, los actores estatales tienen, de hecho, poco que decir en el sistema social del comercio global. Esto nos conduce a los aspectos del ordenamiento privado para resolver el problema de inseguridad como alternativa a las actividades gubernamentales.

<sup>21</sup> Bonell (1990, 868).

<sup>22</sup> Farnsworth (ed.)(1988).

## 2. *Ordenamiento privado de las relaciones transfronterizas*

En situaciones de inseguridad, los actores racionales hacen un esfuerzo particular para evitar los riesgos. Este objetivo estructura el comportamiento de toda persona o empresa que ingresa en la tierra de nadie de la interacción transfronteriza. Las personas se abstienen de casarse con un extranjero, de invertir dinero o de comprar bienes valiosos en el extranjero, excepto en los casos en que se han establecido mecanismos especiales de confianza. Estos mecanismos merecen el interés de los sociólogos del derecho, porque son el resultado de un ordenamiento privado imaginativo. Nuestro ejercicio de mapeo de este campo comprende a los actores principales y a las organizaciones relevantes que toman parte en este orden semiautónomo.

La ciencia jurídica ha puesto un nombre a este orden privado —*lex mercatoria*—<sup>23</sup> pero es escéptica en relación con la idea de su plena autonomía frente a la regulación y el poder coercitivo del Estado.<sup>24</sup> El análisis económico del derecho la toma más en serio y aplica su potencial matemático a calcular sus costos y beneficios.<sup>25</sup> A diferencia de la ciencia jurídica, este enfoque considera que es suficiente la protección privada de las transacciones internacionales, pero, al mismo tiempo le parece también demasiado costosa, y recomienda una mezcla de autorregulación y protección jurídica de las transacciones comerciales transfronterizas.<sup>26</sup>

El dominio estructural de las grandes empresas resulta casi evidente por sí mismo. Por lo común, estas empresas han establecido desde hace tiempo relaciones estables con otras grandes empresas en el extranjero. Una mezcla de confianza e interdependencia ofrece suficiente seguridad autoproducida para solucionar los problemas sin que surjan conflictos. Las transacciones son planeadas y fijadas en contratos elaborados, pero el objetivo

<sup>23</sup> Schmitthoff (1964), Goldstajn (1973), Berman/Kaufmann (1978).

<sup>24</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Sandrock (1988), Triebel/Petzold (1988).

<sup>25</sup> Schmidt-Trenz (1990).

<sup>26</sup> Schmidt-Trenz (1990, 313 y siguientes).

de este esfuerzo de redacción es más bien organizacional que jurídico, porque rara vez es necesaria la ejecución judicial o incluso el arbitraje. El uso de la asesoría jurídica es más frecuente que en los tiempos en los que Stewart Macaulay hizo su estudio sobre las “relaciones no contractuales en los negocios”. Los departamentos jurídicos internos de las empresas han crecido rápidamente, pero los problemas son transferidos también a los grandes despachos de abogados. El resto de la infraestructura autónoma o jurídica de la arena internacional no tiene ningún papel en la relación entre las grandes empresas.

Un caso especial de estrecha colaboración entre las grandes empresas es la compañía multinacional, un conglomerado de empresas registradas conforme a varias leyes nacionales, a las que deben su identidad, vinculadas entre sí por relaciones de propiedad en común y que operan de acuerdo con una estrategia de gestión común. La construcción jurídica de las empresas multinacionales puede variar de modo considerable: la subsidiaria de dicha compañía puede verse como extensión de la nacionalidad de la empresa matriz, como un enclave extranjero en la economía del país receptor; alternatively, sus vínculos con la empresa matriz pueden ser casi invisibles, y la filial no ser considerada como distinta de las empresas nacionales que operan en la economía receptora.<sup>27</sup>

Sin embargo, los vínculos económicos se benefician lo más posible de las ventajas de una economía de escala, desde la explotación de los menores costos de capital y mano de obra hasta el acceso a los mercados nacionales y a las fuentes de materias primas. Además —y este aspecto es de especial interés en nuestro contexto— la red de compañías bajo propiedad común es un sistema de seguridad contra los riesgos del comercio internacional, un orden privado de confianza y honestidad. Si la masa de las transacciones comerciales se realiza “dentro de la familia”, la ausencia de coercibilidad jurídica de las obligaciones contractuales resulta irrelevante. Los contratos se cumplen debido al interés

<sup>27</sup> Hodges (1975).

común. Las inevitables fricciones son resueltas suavemente sin tener que recurrir a las demandas judiciales ni la asesoría de un despacho de abogados.

Los despachos de abogados han adquirido una importancia creciente y decisiva en la arena internacional. Los principales despachos transnacionales, integrados por abogados que conocen los distintos sistemas jurídicos y los campos especializados del derecho, ofrecen sus capacidades de negociación y acuerdo, sus técnicas de redacción, y su creatividad en el desarrollo de nuevas formas de inversión y nuevos instrumentos financieros. Junto con los contadores corporativos, asesores financieros y consultores en gerencia, ocupan una posición estratégica e intermediaria en el campo del poder económico en el mercado mundial. Debido a que este mercado está dominado por el idioma inglés, el capital norteamericano y el razonamiento del *common law*, los despachos de abogados estadounidenses desempeñan la parte más influyente.<sup>28</sup> Estos despachos adquirieron considerable experiencia en los años cincuenta y sesenta, cuando las corporaciones estadounidenses gozaban de un virtual monopolio en los negocios internacionales. Además, ofrecen un estilo único de servicios jurídicos creativos y orientados al comercio que resulta particularmente adecuado para facilitar los acuerdos transnacionales de comercio. De acuerdo con Crabb, en 1982, 50 de los 200 despachos estadounidenses de mayor tamaño poseían una o más oficinas en el extranjero (en su mayoría en Inglaterra y Francia, aunque también algunas en Hong Kong, Bélgica, Japón, Arabia Saudita y otros países).<sup>29</sup> Los “seis grandes” despachos estadounidenses de contadores han creado redes de despachos nacionales, vinculados entre sí por diferentes grados de cohesión.<sup>30</sup> Con la creación de la Comunidad Económica Europea, Europa se convierte en una arena muy atractiva para los despachos internacionales de abogados. Whelan y McBarnet mencionan en particular al

<sup>28</sup> Dezalay (1990), Goebel (1989).

<sup>29</sup> Crabb (1983, 1767).

<sup>30</sup> Whelan/McBarnet (1992).

Eurolink para Abogados, una red internacional jurídica que ha cubierto catorce países europeos (cincuenta ciudades) y los Estados Unidos, apenas a un año de haber empezado a operar. Incluye noventa despachos, un tercio de los cuales es británico, que emplean a dos mil abogados. Los miembros tienen acceso a una base de datos para encontrar asociados en otro país. A través de estas redes, los despachos pequeños pueden obtener los beneficios de los grandes sin necesidad de la integración formal en una elaborada organización interna.<sup>31</sup>

Los bancos adquirieron un rol central en los negocios internacionales con el desarrollo de instrumentos como el crédito documentario. Esta creativa invención, descrita por los jueces ingleses como “la savia del comercio internacional”,<sup>32</sup> garantiza el pago en las ventas transfronterizas:

- El comprador (el solicitante del crédito) llena un formulario que solicita a su banco la expedición de un crédito irrevocable en favor del vendedor extranjero (el beneficiario).
- El banco del comprador expide el crédito documentario de acuerdo con las instrucciones del solicitante. Esto constituye una obligación independiente del banco, la cual es ejecutable en su contra, incluso si el comprador no puede reembolsar la suma.
- El banco de expedición usualmente solicita a un banco en el país del vendedor con el cual tiene correspondencia (el banco asesor) notificar el crédito al beneficiario.
- El crédito puede hacerse pagadero en las cajas del banco en el país del comprador (el banco nominado) o, en casos más raros, en el banco de expedición. En algunos casos, el banco nominado agrega su propia obligación de pago al confirmar el crédito. Esto otorga al beneficiario un derecho directo contra el banco en su propio país.

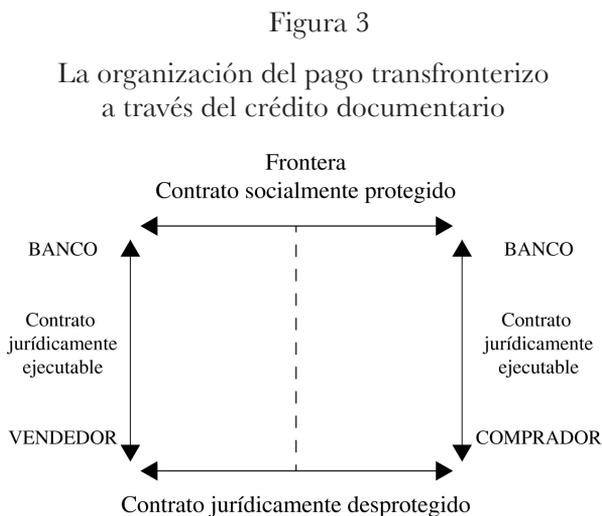
<sup>31</sup> Whelan/McBarnet (1992, 53).

<sup>32</sup> Según cita de Schmitthoff (1986, 336).

- El vendedor envía los bienes y presenta sus documentos al banco para el pago. El crédito puede prever el pago inmediato o en fecha posterior. También puede exigir al beneficiario la presentación de una carta de crédito, así como los documentos comerciales.
- El banco de pago envía los documentos al banco de expedición y obtiene el reembolso. Con frecuencia tiene derecho a un reembolso inmediato por un tercer banco designado en el crédito.
- El comprador recibe los documentos del banco de expedición y toma posesión de los bienes. Es posible que se le exija hacer un depósito anticipado en efectivo en el banco antes de recibir los documentos. Alternativamente, su banco puede ampliar el plazo para el pago.

Los dos bancos que normalmente están implicados en cada transacción están vinculados contractualmente con el importador y el exportador. Estos contratos están protegidos por los sistemas jurídicos nacionales. La relación contractual desprotegida entre el comprador y el vendedor que residen en órdenes jurídicos diferentes y que es la parte altamente insegura —el intercambio de bienes a cambio de una suma de dinero a través de las fronteras—, es reemplazada por la relación entre los bancos, que está igualmente desprotegida por el derecho pero protegida socialmente. Esta protección social se deriva del número relativamente reducido de instituciones bancarias en el mercado mundial y de las relaciones estables de negocios entre ellos.<sup>33</sup> Esta situación es mostrada por la figura 3:

<sup>33</sup> Schmidt-Trenz (1990, 264).



El establecimiento de relaciones de negocios estables entre los bancos participantes en este procedimiento de pago exige enormes esfuerzos de negociación, redacción de contratos, creación de estructuras organizativas, y un control permanente de riesgos (que van de la evaluación del riesgo individual a la evaluación, altamente sofisticada, del riesgo-país). Después de las recientes quiebras de importantes bancos internacionales, la cautela se ha vuelto crucial en la selección del banco asociado en el sector bancario extranjero.

Las empresas medianas se encuentran en el centro de la atención de la comunidad internacional de negocios, porque su poder comercial, capacidad organizacional, experiencia e información no son suficientes para compensar, por sus propios medios, la inseguridad transaccional a través de las fronteras. Como ya se ha mostrado, los bancos ofrecen un servicio muy valioso. Además, otras instituciones ofrecen asesoría e información:

- Las asociaciones comerciales emplean a un equipo especializado para estudiar el comercio de exportación de todos los productos importantes de la rama y elaborar condiciones

generales de compraventa, las cuales regulan de manera detallada aquellos aspectos que asumen particular importancia para el tipo particular de venta de que se trate.

- Las cámaras nacionales y las binacionales de comercio (estas últimas representan los intereses del comercio nacional en otro país) publican hojas de información sobre las leyes de importación y exportación y ofrecen asesoría general e individual sobre cuestiones jurídicas o remiten a los abogados competentes. También contestan preguntas sobre las reglas informales y los usos comerciales, lo que fortalece el ordenamiento privado de los actores comerciales.
- Los servicios nacionales de información sobre el comercio de exportación e importación complementan el servicio de información ofrecido por las cámaras de comercio. En contraste con las instituciones arriba mencionadas, estos servicios son establecidos por el Estado (por ejemplo, la *Bundesstelle für Außenhandelsinformation* —Oficina Federal de Información de Comercio Exterior— alemana y la Misión Comercial Mexicana, ambas situadas en la ciudad de Colonia).
- La Cámara de Comercio Internacional en París va más allá de la asesoría y la información y debe ser vista como uno de los actores más importantes en la arena comercial internacional. Entre sus actividades más relevantes está la elaboración de los INCOTERMS (*International Rules for the Interpretation of Trade Terms*) como CIF (*cost, insurance, freight*) y FOB (*free on board*), evitando así las diferencias de interpretación de las cláusulas contractuales en culturas y sistemas jurídicos diferentes. Los esfuerzos de estandarización han sido especialmente exitosos en los campos del crédito documentario (*Uniform Customs and Practices for Documentary Credit*), el cobro de créditos (*Uniform Rules for Collections*), garantías contractuales (*Uniform Rules for Contract Guarantees*), la adaptación de los contratos, la fuerza mayor y las cláusulas de dificultades, etcétera. La Cámara ofrece un tribunal de ar-

bitraje y otras medidas para la resolución de controversias. A través de congresos y seminarios se discuten, se adaptan y modifican permanentemente las reglas del comercio internacional.

- De especial importancia es, como cuasilegisador internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), cuyo objetivo es promover la armonización y unificación progresivas del derecho comercial internacional. Después de haber preparado algunos textos exitosos como las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, elaboró la mencionada Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en 1980, la cual rige todos los contratos de exportación, salvo que las partes decidan no aplicarla.

Finalmente, también las instituciones de seguros ofrecen una reducción de los riesgos del comercio internacional. Primero, como incentivo para la exportación, muchos países industrializados ofrecen un seguro estatal o cuasiestatal contra los riesgos “políticos” (HERMES, en Alemania, por ejemplo, o las garantías que ofrece el *British Export Credits Guarantee Department*). Segundo, los riesgos del comercio y el transporte están asegurados por aseguradoras comerciales. Tercero, algunas comunidades de negocios han creado su propio mecanismo “privado” de seguro. Los ejemplos más prominentes son las *Protection and Indemnity Associations* or *P&I Clubs*, organizados autónomamente por los navieros “con el fin de protegerse mutuamente ... contra las pérdidas, reclamaciones y demandas... que no puedan ser cubiertas por un seguro ordinario”.<sup>34</sup> Los conflictos son raros, pero si surgen, la situación es similar a la del crédito documentario: el caso internacional es nacionalizado, lo que permite su ejecución.

Este cuadro de la infraestructura del comercio internacional, que de ningún modo es completo, describe el ambiente jurídico,

<sup>34</sup> Citado por Freyhold (1990).

cuasijurídico y consuetudinario de las interacciones transfronterizas entre las empresas medianas. Estas instituciones, reglas y medidas de resolución de controversias se han hecho cruciales para el intercambio comercial global. Las pequeñas empresas, por supuesto, pueden también aprovecharse de la infraestructura autónoma de la comunidad empresarial y así lo hacen hasta cierto punto.

Los individuos son mejor descritos por la imagen de los nómadas aislados, sin infraestructura autónoma que pueda asistirlos en los contactos transfronterizos. Los cónyuges en un matrimonio binacional pueden obtener alguna asesoría de asociaciones privadas, pero su potencial de solución de conflictos es cercano a cero. Los problemas “normales” como la custodia de los hijos, sus alimentos, el divorcio y las sucesiones se han complicado extraordinariamente en la situación transfronteriza y ningún abogado —en vista de los montos generalmente reducidos en disputa— tiene disposición o capacidad de manejarlos correctamente. En situaciones especiales, las convenciones internacionales a nivel estatal tratan de compensar la debilidad de los actores individuales no comerciales, por ejemplo, en casos de secuestro de menores (“secuestro legal”), en las que una autoridad central en cada Estado signatario asume las pretensiones del padre o madre cuyo derecho a la custodia fue violado por el excónyuge. De acuerdo con un reciente estudio encargado por las Comunidades Europeas,<sup>35</sup> los consumidores están completamente desorientados en casos de reclamación transfronteriza y, en la mayoría de los casos, probablemente renunciarán a sus pretensiones. Las organizaciones nacionales que tratan de abordar estas reclamaciones informan sobre:

- Dificultades en establecer contacto con el proveedor extranjero, problemas para encontrarlo inicialmente y subsecuente negativa a responder a la correspondencia.
- Falta de conocimiento de la ley aplicable, problemas de derecho internacional privado.

<sup>35</sup> Final Report (1990).

- Cuando es aplicable la ley extranjera, falta de conocimiento de sus disposiciones, así como del sistema jurídico al que pertenecen y de los precedentes judiciales.
- Escasas probabilidades de ejecución, debido al bajo nivel de colaboración con las organizaciones extranjeras equivalentes.
- No disponibilidad de asesoría jurídica gratuita. Los esquemas de asesoría jurídica gratuita (*legal aid*) son generalmente inaplicables para los consumidores no residentes y para las demandas en tribunales extranjeros.
- Incapacidad de comunicarse debido a deficiencias en el conocimiento del idioma extranjero. Este problema surge respecto de la comunicación con proveedores o fabricantes extranjeros, de organizaciones extranjeras de consumidores y la comprensión del derecho del consumo extranjero.<sup>36</sup>

Esta completa ausencia de ordenamiento privado de estas reclamaciones esporádicas que surgen de los problemas familiares, del consumo, las sucesiones, los daños ambientales, etcétera, no causan ninguna sorpresa en quienes conocen la “teoría de la acción colectiva” de Mancur Olson.<sup>37</sup> Los individuos que rara vez confrontan las relaciones transfronterizas no tienen incentivos para crear instancias de protección. Si las reclamaciones ocurren más frecuentemente en un país extranjero, la infraestructura necesaria se crea rápidamente: es el caso de los accidentes de automóvil, en los que las compañías de seguros hacen los arreglos adecuados.

### 3. *Principales características estructurales de la arena internacional de actores privados*

En nuestra descripción de la arena internacional de actores privados, los sociólogos del derecho pueden describir algo así

<sup>36</sup> Final Report (1990, 185).

<sup>37</sup> Olson (1965).

como un sistema autopoiético o una organización societal post-moderna. Hasta que contemos con evidencia empírica de la eficiencia de la autorregulación y de la ineficiencia de la intervención del Estado, estas teorías no parecen contribuir demasiado a nuestra comprensión de los procesos sociales en el área de los contratos y la resolución de controversias globales. Hasta ahora, sólo podemos observar una mezcla específica del ordenamiento estatal y el privado, que no puede hallarse con características similares en ningún sistema jurídico nacional. El impacto directo de las reglas estatales parece ser débil, pero tiene que tomarse en cuenta que la mayor parte de la infraestructura privada está regida por disposiciones nacionales, como los abogados por las leyes nacionales sobre el ejercicio profesional, las cámaras de comercio por el derecho público, o las compañías de seguros por el derecho estatal de los seguros.

Debido al hecho, anteriormente mencionado, de que el ordenamiento privado no alcanza a todos los actores internacionales, a saber, las pequeñas empresas y los actores no comerciales, existe obviamente un cierto sabor elitista en la famosa *lex mercatoria*. Si la arena internacional es concebida como sistema autorregulado, ello se refiere sólo a un círculo relativamente pequeño de actores económicamente importantes —y su comportamiento ha estado autorregulado por muchos siglos—. Lo verdaderamente novedoso no es la autorregulación, sino la mezcla típica de ordenamiento estatal y privado, así como la aparición de más y más actores en la arena internacional que no pertenecen a la elite internacional.

Si el foco se pone en los nuevos actores en la arena internacional, una versión revisada de la teoría de la anomia parece ofrecer el conjunto más adecuado de hipótesis.<sup>38</sup> Una concepción moderna de la anomia se refiere a las situaciones de baja integración social, en las que existe escaso conocimiento compartido en común o en las que hay escasas tipificaciones institucionalizadas del comportamiento. En la arena internacional, estas situaciones pueden conducir al retiro (evasión de los contactos transfronteri-

<sup>38</sup> Para una mayor elaboración de esta parte, *cf.* Gessner/Schade (1990).

zos), a la escenificación de conflictos (uso inescrupuloso del poder y la influencia) o, como respuesta cognitiva a la anomia, al ordenamiento privado. Este último aspecto ha atraído el interés de los abogados y los sociólogos del derecho, pero las formas desviadas de reacción a la anomia parecen predominar todavía y no deben desatenderse. La sociedad mundial ofrece al actor una gran variedad de áreas estructuradas y no estructuradas y, como se mostrará en el siguiente apartado, la diversidad cultural puede ser el contrapeso a la integración estructural.

#### *4. Elementos culturales en las relaciones transfronterizas*

El paradigma funcionalista de la integración internacional, que supone un soporte creciente para la coordinación y la construcción comunitaria después de haber tomado los primeros pasos hacia las redes globales, ha dejado escaso margen a las discusiones sobre cómo se desarrollaría la lealtad a un nuevo orden mundial común. La racionalidad económica, se suponía, crea automáticamente convergencia e integración.

Durante la década de los setenta se debilitó la creencia en la convergencia de las sociedades industriales. Quedó en claro que las similitudes estructurales no son necesariamente acompañadas de la aproximación cultural y que las culturas cambian lentamente. Las organizaciones internacionales e incluso la Comunidad Europea, la cual se fundó sobre la hipótesis de la convergencia, tuvieron que reconocer la terquedad de las diferencias nacionales. Incluso cuando se iguala a las instituciones formales, los modos informales de su utilización divergen. Por ejemplo, el derecho formal en Francia protege el derecho del individuo frente al Estado mucho mejor de lo que lo hace el derecho formal en la Gran Bretaña o los Países Bajos. Sin embargo, pocos ciudadanos franceses han logrado ganar una demanda judicial contra el Estado francés, mientras que esto sucede regularmente en los Países Bajos y la Gran Bretaña. Estas realidades de la cultura

jurídica son bastante resistentes al cambio.<sup>39</sup> El aspecto dominante de la arena internacional, por tanto, es la heterogeneidad cultural, la cual puede conducir al malentendido y el conflicto en toda clase de relaciones jurídicas.

Sin embargo, no puede descartarse del todo la convergencia. Dentro de la inmensa pluralidad cultural de la arena internacional se puede detectar fácilmente la existencia de comunidades integradas que comparten no sólo un arreglo institucional sino también valores y actitudes. Aplicada a nuestro contexto de las relaciones jurídicas transfronterizas, y siguiendo la imagen de Kötzt,<sup>40</sup> no solamente existen islas de estructuras jurídicas unificadas, sino también islas de culturas jurídicas comunes. Algunos sociólogos las han denominado “terceras culturas”:

Mientras continúan asociándose a través de las sociedades al comprometerse en empresas comunes, los seres humanos incorporan en los esfuerzos de su grupo los estándares de comportamiento interpersonal, las normas laborales, los códigos de reciprocidad, los estilos de vida, las redes de comunicación, los arreglos institucionales, las perspectivas del mundo, y, en el plano individual, los nuevos tipos de identidad (*selves*). Estos patrones compuestos diferencian a una tercera cultura de la cultura a la cual trascienden.<sup>41</sup>

Las fronteras nacionales se hacen casi insignificantes para estas comunidades. Una descripción detallada de los mecanismos de resolución de conflictos en el comercio de diamantes ejemplifica la institucionalización más efectiva que pueda alcanzar una “tercera cultura”.<sup>42</sup>

Finalmente, aun cuando la diversidad cultural sea la característica dominante, es posible encontrar algunas orientaciones comunes, regionales o incluso globales, hacia la interacción transfron-

<sup>39</sup> Hofstede (1983).

<sup>40</sup> Kötzt (1986).

<sup>41</sup> Useem *et al.* (1963).

<sup>42</sup> Bernstein (1992).

teriza, o al menos algunas tendencias hacia dichas orientaciones. Las especulaciones varían entre una mayor agresividad de los actores en la arena internacional y el predominio de actitudes más flexibles o, dicho en términos sociológicos, entre los temores de la anomia y la esperanza en la empatía.

Estos tres aspectos —el conflicto de culturas, la tercera cultura, y la cultura universal— se examinarán brevemente en relación con nuestra hipótesis de que las formas de institucionalización, tanto formales como informales, tanto autónomas como jurídicas, prevalecen en la arena internacional.

La bibliografía jurídica es reticente a admitir los conflictos culturales en las relaciones jurídicas transfronterizas, con la única excepción de los estudios sobre el derecho japonés.<sup>43</sup> Sin duda, Japón puede ser de particular interés para demostrar cómo una sociedad moderna industrializada puede prosperar con una cultura jurídica no individualista y orientada a la comunidad. Pero la discusión de cómo los valores jurídicos japoneses influyen en el comportamiento de los hombres de negocios japoneses en la arena internacional puede generalizarse fácilmente a otras culturas jurídicas, como hace notar von Mehren:

Para operar efectivamente en transacciones que impliquen a más de un sistema jurídico se exige una especie de comprensión y sentimiento que quizá pocos abogados posean... Las partes pueden tener distintas concepciones del “contrato”, aunque ambas comprendan los términos del acuerdo.<sup>44</sup>

Estas cuestiones sobre malentendidos mutuos son tratadas de manera extensa por los autores en los campos de la gerencia y el mercadeo internacionales,<sup>45</sup> quizá porque el choque cultural se considera un factor de costo importante en las transacciones de negocios internacionales. Entre las dimensiones de la diversidad

<sup>43</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Rahn (1990), Zhang/Kuroda (1989).

<sup>44</sup> Mehren (1969).

<sup>45</sup> Terpstra (1978), Cateora/Hess (1979), Kanungo/Wight (1983), Adler (1983).

cultural elaboradas por esta clase de investigación, la “evasión de la incertidumbre” parece de especial relevancia para los intereses sociológicos.<sup>46</sup> En las culturas de “evasión débil de la incertidumbre”, los riesgos son aceptados con bastante facilidad y la planeación del futuro no se toma con gran seriedad. Las “sociedades de evasión fuerte de la incertidumbre”, por el otro lado, tratan de crear seguridad por todos los medios posibles; entre los más importantes están las reglas y las instituciones formales. Si, por ejemplo, la India pertenece al primer grupo y Alemania al segundo, la redacción de contratos entre las empresas provenientes de cada uno de estos países tendrá un trasfondo cultural diferente. La empresa alemana insistirá probablemente en una regulación detallada de la relación de negocios y también en el cumplimiento pleno, mientras que la empresa de la India mostrará una actitud más relajada y flexible hacia la redacción y el cumplimiento. Lo mismo puede decirse sobre la regulación pública de la seguridad jurídica (seguridad de los productos, riesgos ambientales, seguridad del transporte) en ambos países.

Las orientaciones y actitudes jurídicas de los actores internacionales que pertenecen a una tercera cultura parecen ser demasiado específicas para permitir una generalización. La mafia internacional de la cocaína o los traficantes de armas tienen normas en común que obviamente son muy diferentes de las de las empresas que son miembros de la Bolsa del Algodón o el Café o de la COTIF (*Convention relative aux transports internationaux ferroviaires*). Todas ellas probablemente comparten la idea de que los conflictos sean resueltos por procedimientos autónomos y que la intervención estatal debe ser evitada. También cabe esperar que la independencia de las terceras culturas respecto de las culturas jurídicas nacionales sea solamente relativa y que con frecuencia exista incluso la influencia dominante de una de las culturas jurídicas. Los enfoques de sistemas o incluso las teorías autopoieticas ciertamente exagerarían la autonomía de estas comunidades de negocios, pero su objetivo de superar las diferencias culturales

<sup>46</sup> Hofstede (1980; 1983b).

mediante la creación de un mínimo necesario de orientaciones comunes se habría alcanzado sin duda.

Por lo que se refiere a las actitudes universales hacia la interacción transfronteriza, la suposición dominante en la bibliografía parece ser que los actores, liberados del control social interno, se comportan de manera agresiva e inescrupulosa. Esta es la hipótesis anómica, la cual se ve confirmada, sin duda, por muchos datos empíricos.<sup>47</sup> Con su idea de una “sociedad mundial” cognitivamente orientada, Luhmann apoya la perspectiva contraria.<sup>48</sup> Empíricamente, esta hipótesis se ve apoyada solamente respecto de las relaciones de largo plazo y las terceras culturas, en las que la renegociación de las obligaciones contractuales es más frecuente que las sanciones normativas. Pero esto es cierto también del comportamiento jurídico dentro de un país. La tendencia hacia la racionalidad cognitiva es observada también por los investigadores en el campo de las relaciones internacionales, quienes creen que la creación de redes conduce a la comprensión mutua y la reducción del riesgo de guerra. Pero resulta más bien dudoso que se pueda aplicar estas hipótesis también al comportamiento jurídico privado en la arena internacional.

No es casualidad que algunos autores vinculen estrechamente el desarrollo de una cultura jurídica universal con los estándares éticos de la profesión jurídica. Es el abogado transnacional el que elabora contratos sofisticados y nuevos instrumentos financieros, el que participa en negociaciones y procedimientos arbitrales, y quien representa a sus clientes ante los tribunales nacionales y extranjeros. Este abogado impone su propia cultura jurídica, o, más bien, intenta comprender la mente jurídica extranjera, a fin de “superar la brecha cultural”.<sup>49</sup> La educación jurídica, al menos en los Estados Unidos, parece promover la segunda alternativa mediante la enseñanza del derecho extranjero y la facilitación del ejercicio profesional en el extranjero. Pero existe también una

<sup>47</sup> Gessner/Schade (1990, 269).

<sup>48</sup> Luhmann (1982).

<sup>49</sup> Goebel (1989).

tendencia a diluir la concepción del profesionalismo y a eliminar las incompatibilidades, las cuales justifican, en el nivel nacional, la existencia y los privilegios de este grupo de individuos.<sup>50</sup> Dezalay observa la desaparición del “abogado caballero” en el ejercicio internacional y al surgimiento de una nueva generación de “abogados yuppie”, hombres de negocios altamente competentes que venden el derecho como un *know-how* técnico a cualquiera y para cualquier propósito.<sup>51</sup> Se han hecho esfuerzos para desarrollar una forma de gobernanza profesional transnacional que satisfaga las necesidades del ejercicio transnacional; así, por ejemplo, el Código Deontológico de los Abogados de la Comunidad Europea, adoptado en Estrasburgo en 1988.

Una segunda arena donde se define la cultura jurídica transnacional es la operación de las corporaciones transnacionales. Como consecuencia de las revelaciones difundidas en los años setenta sobre los pagos hechos por Lockheed y otras compañías a funcionarios de gobierno, los Estados Unidos propusieron la elaboración de un acuerdo para reprimir las prácticas corruptas de las corporaciones transnacionales. En 1976, la OCDE adoptó una Declaración sobre la Inversión Internacional y las Empresas Multinacionales. Esta declaración detallaba las obligaciones de las corporaciones transnacionales en ocho ámbitos: políticas generales, revelación de información, competencia, financiamiento, impuestos, empleo, relaciones industriales, y ciencia y tecnología. El poder regulatorio de estos códigos de conducta o declaraciones modelo está por verse todavía.

Hasta ahora, los comparatistas abordan la integración jurídica exclusivamente dentro de sus límites disciplinarios, desde un punto de vista normativo en relación con los objetivos, y descriptivo por lo que se refiere a los métodos. La elaboración de teorías nunca ha sido el dominio del derecho comparado. Por tanto, a pesar de los considerables recursos empleados en la investigación de los problemas de la integración jurídica, casi no sabemos

<sup>50</sup> Glenn (1990).

<sup>51</sup> Dezalay (1990).

nada sobre los procesos sociales en la arena de las interacciones privadas transfronterizas y sobre los fenómenos culturales, como los valores y los patrones de comportamiento. La elaboración de teorías debe abstenerse, de entrada, de las ideas románticas sobre un orden no estatal de la sociedad mundial, y enfocarse, en cambio, en las nuevas formas de interacción jurídica, en los factores que influyen en el comportamiento y la resolución de conflictos, y observar en todos los casos tanto la regulación privada como la estatal.<sup>52</sup> En lo particular, la elaboración de teorías debe tomar en cuenta la gran variedad de arenas en las que tienen lugar las interacciones transfronterizas.

### III. MARCO INSTITUCIONAL DEL LITIGIO INTERNACIONAL

Históricamente, hay que remontarse muy atrás para encontrar tribunales especiales para asuntos internacionales. En el Imperio Romano, el *praetor* tenía competencia sólo en asuntos a los que daba origen un ciudadano romano. Un funcionario judicial adicional se creó para conocer de las demandas extranjeras: el *praetor peregrinus*. Este juez tenía que aplicar el *jus gentium*, no el *jus civile*, si una de las partes en una demanda no era ciudadano romano. Este *jus gentium* “universal” (aunque de origen romano y no producto de las convenciones internacionales) fue un precursor del derecho uniforme moderno y tuvo éxito en evitar las situaciones de conflicto de leyes. Cuando en el año 212 d. C. se extendió la ciudadanía romana a todos los hombres libres del Imperio, este juez desapareció (y el *Corpus Juris Civilis* tampoco tuvo que ocuparse de los conflictos de leyes).

La Europa medieval estaba fragmentada en un gran número de jurisdicciones, en las cuales se aplicaba únicamente el derecho local (*lex fori*). Con el inicio del comercio a grandes distancias hacia el siglo X, se crearon más y más instituciones que, en el lenguaje moderno, podrían denominarse tribunales comerciales

<sup>52</sup> Thomas W. Wälde ofrece más ejemplos de la interrelación del Estado y la economía en las relaciones internacionales. *Cfr.* Wälde (1982).

internacionales. Los comerciantes a larga distancia ofrecían sus productos en las ferias y mercados y desarrollaron sus propios usos y normas, los cuales eran aplicados en el mismo sitio por los jueces mercantiles.

El “derecho mercantil” era un sistema de derecho judicial aplicado tanto en el continente como en Inglaterra, en donde sustituyó al *common law* en los tribunales comerciales (*staple* y *pie-powder courts*).<sup>53</sup> Además, el comercio marítimo creó reglas especiales, las cuales se aplicaban en los tribunales marítimos (*admiralty courts*) en Inglaterra y por instituciones similares en las ciudades de la Hansa en Alemania del norte, así como en Italia, España y Francia. Una característica singular de estos tribunales era su composición “internacional” o, más bien, multicultural: los jueces que integraban los colegios frecuentemente procedían de ciudades, regiones y países diferentes (y con probabilidad sabían algo de latín como lengua común, porque utilizaban también el término de *lex mercatoria* para referirse al derecho que creaban y aplicaban). Esta jurisdicción internacional parece haber sido competente, expedita y muy reconocida.

Esta institucionalización del litigio comercial internacional decayó a fines de la época medieval, cuando Europa se dividió en estados nacionales. En la Europa moderna, estos tribunales comerciales desaparecieron o se transformaron en tribunales estatales. La *lex mercatoria* se convirtió en derecho estatal, y los jueces tenían que adquirir la formación jurídica de su país, perdiendo por completo su perspectiva universal. El derecho internacional privado tenía que llevar la carga de la nacionalización de los asuntos internacionales, mediante la definición de la ley aplicable (nacional) y la jurisdicción competente (nacional) para cada una de las situaciones jurídicas.

Los pasos dados en el siglo XX para abordar los asuntos internacionales ante los procedimientos judiciales consistieron principalmente en convenciones bilaterales y luego multilaterales para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en asun-

<sup>53</sup> Baker (1979).

tos civiles y comerciales (las cuales culminaron con la Convención de Bruselas de 1968 y la Convención de Lugano de 1988, de la que forman parte ahora casi todos los países europeos). Otras convenciones tratan de facilitar las notificaciones y el desahogo de pruebas en el extranjero, la legalización de documentos, la custodia de los menores, etcétera. Pero el patrón básico de que los tribunales son instituciones nacionales, virtualmente sin conocimiento de otros sistemas jurídicos y otras culturas jurídicas, permanece sin cambios y se fortalece inclusive por el creciente número de leyes producidas por los cuerpos legislativos en todos los órdenes jurídicos modernos.

De acuerdo con North, las instituciones disminuyen los costos de transacción mediante la reducción de las incertidumbres del intercambio económico, pero pueden resultar ineficaces e incluso incrementar los costos de transacción. Tal es quizá el caso de los tribunales nacionales respecto de los asuntos internacionales, ya que pueden carecer de la experiencia, la adecuada organización para este tipo de asunto, o incluso ser parciales en perjuicio de las partes extranjeras. Pueden estar, o no, en condiciones de examinar los elementos extranjeros de los asuntos, entender otros sistemas y culturas jurídicas, o tener conocimiento del impresionante número de leyes uniformes y convenciones internacionales que se ha descrito brevemente más arriba.