

GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA*

I. INFRAESTRUCTURAS TRANSNACIONALES EN LA INTERACCIÓN JURÍDICA TRANSFRONTERIZA

Cuando la sociología jurídica empezó a interesarse en los procesos de la globalización, otras disciplinas ya habían acumulado un conocimiento importante sobre lo que en ocasiones se denomina la “sociedad mundial”. Esto es cierto tanto para los aspectos culturales como los estructurales, para la dimensión micro lo mismo que para la macro. La bibliografía que es relevante también para el derecho —en el nivel microcultural— es el debate sobre la comunicación intercultural y —en el nivel macroestructural— las contribuciones a la economía institucional y a la economía política del “cambiante orden global”. Los conocimientos socio-jurídicos pueden complementar fructíferamente lo que se ha producido hasta ahora en estas disciplinas, porque los enfoques de la sociología jurídica apuntan a elementos estructurales sin los cuales no pueden realizarse efectivamente ni la comunicación intercultural ni los intercambios económicos. A semejanza de otros contextos sociales, los patrones de acción de la sociedad mundial desarrollan instituciones sociales que proporcionan orientación y seguridad.

Nuestra investigación empírica ha puesto al descubierto un colorido tejido de estructuras que ayudan a las personas en sus tratos a través de las fronteras. Los acreedores en demandas comerciales utilizan también el sistema judicial como agencia privada de cobros para la ejecución de deudas extranjeras. Emplean las agencias de calificación crediticia y las garantías crediticias, pero también pueden recibir alguna asistencia jurídica e información

* Este capítulo se publicó con el título “Globalization and Legal Certainty” en Gessner/Budak (eds.) (1998, 417-450).

práctica de los consulados en países extranjeros. Los acreedores de demandas de alimentos no tienen esta elección y dependen del soporte estatal, que está organizado de manera compleja y costosa, para superar la brecha institucional entre las culturas jurídicas. Solamente en Alemania está disponible una institución semiprivada que complementa y, en general, reemplaza los procedimientos burocráticos. Los migrantes son altamente dependientes de las estructuras estatales para obtener prestaciones de seguridad social de sus antiguos países huésped y ellos ven cómo su caso individual se reduce a un formulario que es llenado del mismo modo en toda Europa. Las empresas italianas lograron convertir las cámaras de comercio en agencias multifuncionales de soporte en los mercados europeos y globales, compensando la administración, débil y clientelista, del gobierno. Las instituciones bancarias han creado sus propias estructuras multinacionales y hacen todo lo posible para evitar la interferencia del Estado. Las compañías de seguros y reaseguros, por otra parte, están en proceso de abandonar su autonomía tradicional y arreglar sus tratos de reaseguro global y sus controversias cada vez más frecuentes en los despachos de abogados y el Tribunal Comercial de Londres.

Nuestras discusiones teóricas se enfocaron principalmente en el rol del Estado y el derecho estatal en la organización de los asuntos transfronterizos. Reconocimos un rol cambiante del Estado, pero no podemos compartir la opinión de los autores que tienden a desatender las estructuras de creación estatal en el rápido desarrollo del nuevo ambiente global. Independientemente de que el nuevo orden mundial está organizado por los estados nacionales u otros actores globales, se plantearon más preguntas sobre la legitimación de las reglas y las instituciones de resolución de controversias y también en relación con la eficiencia de la provisión de orientación y seguridad al comportamiento. En el caso del comportamiento jurídicamente relevante, hablamos de seguridad jurídica.

II. ENFOQUES TEÓRICOS EN LA EXPLICACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

El término “seguridad jurídica” requiere alguna explicación antes de examinar lo que los enfoques psicológico y económico aportan a nuestra comprensión del dilema de la (in)seguridad jurídica en el contexto de la interacción jurídica global.

Primero, parece útil distinguir entre la eficiencia del derecho y la seguridad jurídica, a fin de separar los campos de las relaciones jurídicas verticales y horizontales. Las interacciones entre las instituciones estatales y los ciudadanos se definen (en las democracias occidentales) por los principios del Estado de derecho y hasta cierto punto son independientes de las características en los niveles de los actores. El derecho intenta definir la situación con mayor o menor éxito; es decir, es más o menos eficiente. Las relaciones horizontales entre los ciudadanos (o entre empresas y corporaciones), por el otro, lado son definidas más bien por los actores. Ellos mismos crean, eventualmente con ayuda de estructuras de soporte, el grado necesario de seguridad jurídica. En la discusión subsiguiente nos enfocamos principalmente en esta última situación.¹

Si bien el enfoque de Theodor Geiger ejerció influencia durante mucho tiempo al enfatizar el poder sancionador del derecho para la realización de la seguridad jurídica (*Realisierungssicherheit*),² Niklas Luhmann apunta a los procesos mentales que crean seguridad jurídica mediante el establecimiento de estructuras estables de expectativas, o más bien, de expectativas de expectativas.³ La

¹ Por tanto, no tratamos con los problemas de gobernanza (por los estados nacionales, los regímenes internacionales o las instituciones internacionales), sino más bien con las estructuras de soporte ofrecidas por el Estado y las instituciones no estatales. Sin embargo, hay que admitir algún traslape entre las relaciones jurídicas verticales y las horizontales.

² Geiger (1964, 102-103). La seguridad jurídica se basa en el conocimiento del derecho (*Orientierungssicherheit*) y la probabilidad de la sanción a la conducta desviada (*Realisierungssicherheit*).

³ Luhman (1972, 38, 54). La distinción de cuatro niveles de expectativas que hace Luhmann es una elaboración de las variables de patrones,

efectividad del derecho no radica primariamente en la coerción, sino en la orientación de los seres humanos.⁴ En términos generales, la orientación normativa se logra en diferentes niveles de abstracción: las expectativas pueden integrarse (mantener su coherencia) ya sea en el nivel de las personas o en los niveles más abstractos de los roles, los programas y los valores. La orientación de tipo jurídico se produce principalmente en los niveles de los roles y los programas, es decir, los niveles intermedios de abstracción, los cuales permiten tanto una generalización suficiente como una adecuada diferenciación de las expectativas, las cuales pueden ser estabilizadas mediante la creación de instituciones. Pero este modelo de institucionalización de las expectativas normativas posee prerequisites culturales y estructurales que no se encuentran en cualquier sociedad. Se ha dicho incluso que los procesos de modernización, en lugar de promover el fortalecimiento de las instituciones jurídicas, conducen más bien a lo que se ha llamado *erosión de las normas*.⁵ Cuanto más se diferencian, y se globalizan, los procesos societales, tanto menos pueden lograr su integración en los niveles de los roles y los programas. Entonces los mecanismos cognitivos (las negociaciones y renegociaciones, los discursos científicos del derecho y la política jurídica, los contratos flexibles, la mediación) prevalecen sobre la seguridad jurídica.

Esta perspectiva, que es la más reciente en la sociología jurídica, parece excesivamente enfatizada en la investigación sobre comunicación intercultural e insuficientemente destacada en la economía institucional. La primera concibe solamente la incertidumbre como un problema cognitivo, mientras que la segunda la percibe únicamente como falla institucional.

universalismo y particularismo de Parsons y Shils. *Cfr.* Parsons/Shils (1962, 45-243) y Parsons (1968b, 101-112, *passim*).

⁴ Parsons (1968b, 100). La filosofía alemana del derecho adopta generalmente un enfoque más estrecho, pues trata principalmente de las orientaciones normativas de los jueces. En este enfoque, la seguridad jurídica consiste en la predictibilidad de las resoluciones judiciales. *Cfr.* Kaufmann/Hassemer (1977, 73-77).

⁵ Gessner (1996d).

La teoría de la comunicación intercultural concibe a la incertidumbre como una de sus principales hipótesis: “La interacción con extraños se caracteriza por la ansiedad y la incertidumbre... La incertidumbre es un fenómeno cognitivo... Un aumento en nuestra capacidad para reunir información adecuada sobre los extraños producirá un incremento en nuestra posibilidad de predecir correctamente su comportamiento”.⁶ En los términos de Luhmann, este enfoque explica las expectativas sólo en el nivel más bajo de abstracción, es decir, en el de la persona (el extraño) y descuida los otros tres niveles en los cuales pueden ser definidas las expectativas (roles, programas y valores). La teoría de la comunicación intercultural es un enfoque psicológico y, por tanto, tiende a desatender las variables estructurales. Esto es cierto también, en primera instancia, de una muy sugerente distinción entre culturas de “baja” y de “alta” evasión de la incertidumbre.⁷ Nuevamente, la concentración en los valores culturales, los cuales toleran o evitan la ambigüedad en la interacción interpersonal, aísla uno de los cuatros niveles en los cuales se puede definir las expectativas, y se basa en la problemática suposición de que los valores culturales determinan los cambios estructurales de una sociedad. La sociedad de la India, en cuanto cultura de “baja evasión de la incertidumbre”, obviamente posee elementos estructurales como las castas (nivel de los roles), en las cuales se elimina en grado extremo la incertidumbre. La tolerancia a las incertidumbres en la India se confina a aquellas cuantas áreas que no están directamente definidas por los roles y programas. Independientemente de estas limitaciones, la teoría de la comunicación intercultural contribuye a nuestra discusión sobre la (in) seguridad jurídica en la comunicación jurídica global apuntando a aspectos cognitivos y culturales importantes que son desatendidos en los discursos jurídicos.

El proceso de “estructuración” del orden mundial es objeto de análisis por importantes estudios empíricos, principalmente en

⁶ Gudykunst (1995, 10, 41).

⁷ Hofstede (1980; 1983b).

las ciencias políticas, en las relaciones internacionales y en la investigación sobre la paz. De particular interés en nuestro contexto es el concepto de regímenes internacionales, porque apunta a los elementos estructurales que, en la mayoría de los casos, tienen carácter jurídico: los regímenes son “principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en una determinada área temática”.⁸ Este concepto se utiliza principalmente para explicar la cooperación entre los estados nacionales; en la ciencia política reemplaza cada vez más el foco en las organizaciones internacionales y describe las redes que se han establecido en algunas áreas en la arena internacional. La misma idea para conceptualizar las redes transfronterizas podría ser adoptada también por la sociología jurídica, la cual se ocupa del comportamiento de los individuos, más que de los actores estatales. A fin de distinguir entre dos niveles de acción —los niveles del individuo y del Estado— preferimos utilizar un término más tradicional, esto es, el de “terceras culturas”, aprendidas por los seres humanos que están en proceso de relacionar mutuamente sus sociedades, o partes de las mismas.⁹

En la medida en que los intercambios globales son de naturaleza económica, y esto es cierto de la mayoría de las interacciones transfronterizas, existe un fuerte énfasis en las instituciones en la obra reciente de Douglass C. North, cuyo mérito radica en el uso que hace del conocimiento sociológico establecido en la teoría económica clásica.¹⁰ North critica la explicación del éxito económico sólo a partir de la elección racional en la teoría económica clásica, al apuntar que el actor posee información incompleta: “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 protección de los derechos y la vigilancia y ejecución de

⁸ Krasner, S. D. (ed.), *International Regimes*, citado por Vogler (1992, 122).

⁹ Useem *et al.* (1963).

¹⁰ North (1990).

los acuerdos”.¹¹ Estos costos de transacción son una función del marco institucional conformado por las reglas jurídicas, las estructuras de soporte, la ejecución judicial y los patrones informales de comportamiento. En nuestro contexto, resulta importante hacer notar la relevancia que North atribuye a la ejecución por un tercero en la forma históricamente más avanzada de intercambio, el intercambio impersonal. La ejecución a cargo de un tercero reduce los costos de transacción y, por tanto, contribuye al crecimiento económico.

El problema de los costos de transacción en los intercambios económicos transfronterizos se ha convertido en una cuestión principal en las discusiones de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Europea (UE). Los debates se han hecho cada vez más conscientes de que la seguridad jurídica es un factor clave en la reducción de los costos de transacción, así como de que es débil el marco institucional creado hasta ahora para el comercio mundial, el consumo en países extranjeros y los tratos financieros globales. Entre los estudios empíricos que intentan describir e incluso cuantificar los efectos negativos de las incertidumbres jurídicas causadas por la debilidad de las instituciones jurídicas se encuentra el realizado, por encargo de la Comisión de la Unión Europea, por el grupo de investigación sobre “Interacción jurídica global” en Bremen. El estudio considera que las instituciones internas en Europa están, en su mayor parte, mal adaptadas a los asuntos jurídicos internacionales, y estima la pérdida anual en bienestar económico en el Mercado Único, causada por las incertidumbres jurídicas que enfrentan los consumidores europeos, en una suma que oscila entre 7 mil y 73 mil millones de ECUs.¹²

La ciencia política y la economía institucional complementan las concepciones cognitiva y cultural de las incertidumbres globales que se desarrollan en las teorías sobre comunicación inter-

¹¹ North (1990, 27).

¹² Freyhold *et al.* (1995).

cultural, pero, por su parte, enfatizan en exceso los prerequisites estructurales de la sociedad mundial. Estas concepciones tienen que ser leídas frente al trasfondo de sus disciplinas, en las que los enfoques utilitarios han prevalecido por más de dos siglos y todavía dominan los análisis del comportamiento político y económico. En el enfoque de los costos de transacción, las instituciones deben entenderse sólo como complementarias a los elementos de mercado (cognitivos) en la elección económica.

Los intercambios globales requieren mecanismos cada vez más complejos, los cuales la sociología describe en el nivel de las sociedades (nacionales) como “instituciones sociales”, es decir, patrones de acción relativamente estables que reducen las incertidumbres respecto del comportamiento de otros individuos en el proceso de la interacción humana. Las instituciones sociales apoyan al actor en las elecciones que hace, sin aplicar necesariamente sanciones formales e informales al comportamiento desviado. Las instituciones son consideradas como mecanismos indispensables de coordinación incluso por aquellos enfoques en la sociología que son críticos de los enfoques sistémicos y funcionalistas.

Las instituciones sociales son patrones relativamente estables de expectativas de comportamiento en los niveles de los roles y los programas. Las instituciones no poseen necesariamente una estructura organizacional, pero su estabilidad relativa puede derivar también de las costumbres y —como lo demuestra la *lex mercatoria*— de la práctica comercial.

Una sociología de la sociedad mundial, y particularmente una sociología jurídica de la sociedad mundial, tiene que ocuparse primariamente de las instituciones sociales en el sentido arriba mencionado. Estas instituciones tienen el doble rostro de tano; son parte de la estructura social, pero desarrolla su propia cultura en la implementación de las reglas y programas. En la subsiguiente discusión sobre las instituciones globales como estructuras de soporte para las interacciones transfronterizas intento relacionar algunas de nuestras observaciones empíricas con el problema de la (in)seguridad jurídica en la arena global.

III. INSTITUCIONES QUE PROVEEN SEGURIDAD JURÍDICA

Las instituciones sociales que proveen, o no, patrones de acción estables en situaciones jurídicamente relevantes (en el nivel horizontal) son las normas, los tribunales, las profesiones jurídicas y las estructuras de soporte. De las instituciones creadas con el propósito de promover la seguridad jurídica en la interacción transfronteriza puede hacerse la distinción entre las ubicadas en el nivel de los programas y las situadas en el nivel de los roles (véase la tabla 4 en la página siguiente).

Tabla 4

Instituciones sociales en la interacción jurídica transfronteriza

	Programas	Roles
Estatales	Derecho internacional privado Convenciones internacionales	Jueces en los casos internacionales Autoridades centrales en los campos de la asistencia jurídica internacional Consulados
No estatales	<i>Lex mercatoria</i> Reglas de las terceras culturas	Instituciones de las terceras culturas Cámaras de comercio Asociaciones comerciales Instituciones no comerciales Despachos de abogados Árbitros Corredores Despachos de cobros crediticios

1. Normas jurídicas

En nuestro estudio anterior examinamos el rol del derecho estatal (derecho internacional privado y convenciones internacionales), así como de los tribunales estatales, en la reducción de la

inseguridad en los intercambios transfronterizos, abordando de manera empírica el tratamiento de los asuntos internacionales por los tribunales nacionales.¹³ El estudio reveló la debilidad del sistema de convenciones interestatales en la orientación de las interacciones jurídicas globales, a causa de su carencia de universalidad y la frecuente falta de atención a ellas en la práctica jurídica. Se concluyó que los tribunales nacionales tratan los asuntos internacionales del mismo modo que los asuntos nacionales, mostrando su falta de capacidad para dar atención a sus elementos internacionales y su desinformación respecto del derecho extranjero. Se provee entonces seguridad jurídica sólo a las partes cuyo derecho es aplicado. Debido al hecho de que los tribunales nacionales no toman en cuenta las resoluciones judiciales en otros países, no pudimos observar prácticamente ningún cambio iniciado por el derecho judicial. La globalización del derecho es todavía un ejercicio de la ciencia jurídica y las organizaciones internacionales que no ha penetrado mucho en la práctica judicial.

Lo mismo puede decirse de la *lex mercatoria*. De la *lex mercatoria* se habla bajo diversas denominaciones, incluyendo las de derecho comercial internacional, transnacional o supranacional; usos y costumbres internacionales; principios generales del derecho comercial internacional, etcétera. Con independencia de la etiqueta, se describe el mismo fenómeno, es decir, el conjunto de normas que comprenden las prácticas de la comunidad internacional de comerciantes. El ámbito de la *lex mercatoria* está determinado por el objeto de los elementos constituyentes, pero también por su origen y su naturaleza consuetudinaria y, por tanto, espontánea.¹⁴ Son elementos de este orden jurídico los siguientes:

- Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones comerciales.
- Las normas universales, como los Usos y Prácticas Uniformes para los Créditos Documentarios.

¹³ Gessner (1996a).

¹⁴ Medwig (1993).

- Las cláusulas de uso universal como los INCOTERMS.
- Los formularios contractuales de uso universal.
- Los códigos de conducta.
- Los laudos arbitrales.

Este orden normativo está lejos de ser comprehensivo y, por ello, en muchos casos puede conducir a la inseguridad y la incertidumbre sobre la situación jurídica. Con frecuencia hay que buscar orientación en fuentes distintas a la *lex mercatoria*, particularmente en el derecho estatal, o bien, inventar una nueva solución. Además, la mayoría de los tribunales nacionales se niega a aplicar la *lex mercatoria* e incluso a ejecutar los laudos arbitrales fundados en estas normas autónomas. Por tanto, también los árbitros están renuentes a hacer referencia a este conjunto de normas.

De estas discusiones parece deducirse que la seguridad jurídica no puede lograrse globalmente en el nivel de los programas. Los programas son una forma relativamente abstracta de integración de las expectativas que requiere un mínimo de homogeneidad en su contenido jurídico. Debido a las diferencias en su posición económica, las sociedades altamente industrializadas y las sociedades en desarrollo no logran integrar sus expectativas fácilmente. Son abundantes los ejemplos negativos de las convenciones de derecho (civil) unificado, firmadas y ratificadas por sólo unos cuantos países. Las excepciones positivas, con numerosas ratificaciones, se encuentran principalmente en el derecho procesal (tal como las convenciones sobre arbitraje de UNCITRAL y las convenciones de La Haya) y —por lo que se refiere al derecho sustantivo— en el derecho del transporte. Ole Lando percibe numerosas situaciones en las cuales la aplicación de la *lex mercatoria* ofrece seguridad jurídica. Esto es cierto en relación con algunas normas de la *lex mercatoria* que son de reconocimiento universal y de aplicación en la práctica jurídica, como los Usos y Prácticas Uniformes para el Crédito Documentario y los INCOTERMS. Igualmente, un buen número de normas y condiciones estándar pueden contribuir a asegurar las transacciones comerciales transfronterizas. La exportación sería inimaginable sin estos ins-

trumentos jurídicos de creación autónoma. Pero inclusive estas normas de la *lex mercatoria* son universales sólo en parte, porque algunas áreas de la actividad comercial están lejos de ser globalmente homogéneas. En particular, los actores jurídicos del Tercer Mundo se quejan de un sesgo a favor de los intereses de las naciones industrializadas.

Otras fallas de la integración en el nivel de los programas se basan en las diferencias culturales, las cuales obstaculizan la ratificación de muchas convenciones internacionales y que ciertamente influyen en la implementación de los programas jurídicos globales. A diferencia de la Unión Europea, en la que el Tribunal Europeo de Justicia orienta efectivamente la aplicación e interpretación del derecho europeo, no existe un tribunal semejante que tenga jurisdicción global. La implementación de las convenciones internacionales se deja a los estilos judiciales de los tribunales y a la conciencia litigiosa de las partes de diferentes culturas jurídicas en el mundo. Finalmente, los aspectos geográficos son responsables de algunas diferencias insuperables. Por ejemplo, los estándares de protección ambiental son más relevantes para algunas partes del mundo, debido a su ubicación geográfica y bienestar económico relativo y, por ello, no conducen a la integración internacional de expectativas.

Nuestros estudios empíricos observaron las debilidades de los programas como la Convención (de Bruselas) sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras, la Convención (de Viena) sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, las Convenciones (de La Haya) sobre Asistencia Judicial, y el derecho internacional privado interno respecto de los programas estatales. No se encontró prácticamente normas de la *lex mercatoria* en los ámbitos de la práctica jurídica observada en el curso de nuestra investigación empírica y comparada.

La ciencia jurídica y las instituciones internacionales que están activas en la producción de derecho globalizado están muy conscientes de la debilidad de sus programas, pero, en términos generales, no cuestionan el nivel de los programas en la regulación global como tal. No obstante este optimismo sobre los programas,

también han estado activas en el nivel de los roles, creando y promoviendo la creación autónoma de instituciones jurídicas globales.

2. *Profesiones*

Las expectativas que se integran a través de roles se ubican en un nivel más bajo de abstracción y, por tanto, pueden ser más adecuadas al tipo de la interacción global. Estas expectativas son más específicas en algunas áreas de la acción, como las del funcionario de aduanas, el sobrecargo de aviación o el recepcionista de hotel. Los viajeros conocen sus expectativas y esperan verlas realizadas en forma muy similar en cualquier parte del mundo. Algunos roles jurídicos, como los de los abogados, corredores, notarios, árbitros y profesores de derecho, también están relativamente bien definidos globalmente y tienen capacidad de crear y soportar orientaciones jurídicas universales. Estas orientaciones son jurídicas no porque tengan su soporte en el derecho (que se encuentra en el nivel de los programas), sino por los roles jurídicos. Por lo que se refiere a los árbitros, esto quedó bien demostrado por Dezalay y Garth: los miembros del “club” internacional del arbitraje tienen un entendimiento común de los principios y los procedimientos del derecho. Las partes que escogen el arbitraje conocen perfectamente bien los principios (del comercio internacional) en que se basan las resoluciones, así como las ideas básicas de los árbitros. El círculo de árbitros internacionales consiste de unas doscientas a trescientas personas, entre las cuales las partes escogen a aquellas que conocen de procedimientos arbitrales anteriores o de los laudos publicados o de la práctica jurídica.¹⁵ En esta situación altamente personalizada, sus expectativas respecto del resultado de la controversia parecen ser más seguras que cuando un tribunal anónimo del Estado resuelve los casos.

Ole Lando sostiene enfáticamente esta misma idea cuando afirma que “los árbitros de diferentes nacionalidades que han

¹⁵ Dezalay/Garth (1996).

aplicado la *lex mercatoria* en tribunales arbitrales colegiados no han experimentado grandes dificultades para lograr un consenso... La mayoría de los árbitros posee una ética común y nociones comunes de cómo deben conducirse los negocios, las cuales los llevan en la misma dirección”.¹⁶

Por lo que se refiere a las profesiones jurídicas alrededor del mundo, primero hay que señalar, en general, que los abogados no reciben ninguna formación, o ésta es muy escasa, sobre los aspectos internacionales o extranjeros del derecho y, en buena medida, son incapaces de manejar asuntos transfronterizos. Por ello, los particulares no reciben asesoría sobre los asuntos internacionales con los que se ven confrontados cada vez más: en asuntos de familia, de consumo y turismo.¹⁷ Sólo los grandes actores de negocios encuentran asesoría jurídica en los despachos internacionales de abogados (en su mayoría de origen estadounidense), los cuales redactan sus contratos de tal modo que se vean protegidos de la influencia de cualquier ley estatal. Estos contratos complejos son, de hecho, capaces de ofrecer un elevado nivel de seguridad jurídica. El rol del abogado radica en ofrecer información sobre el derecho nacional y extranjero, en desarrollar instrumentos financieros y técnicas sofisticadas de redacción, negociación y arreglo, en resolver controversias fuera de los tribunales,¹⁸ y en superar la brecha entre culturas jurídicas.¹⁹ En esa medida, su situación es comparable a la del “club del arbitraje”: debido a que el número de jugadores es limitado, su rol está definido por un conjunto de patrones globales de comportamiento que se mantienen muchas veces por los frecuentes contactos (solamente existen unos cuantos centros en el mundo donde se ubica la mayoría de estos despachos de abogados) e intercambios en redes, revistas y

¹⁶ Lando (1985).

¹⁷ Freyhold *et al.* (1995).

¹⁸ Nuestro análisis de expedientes judiciales en Bremen, Milán y Nueva York apoya la hipótesis de que las controversias relacionadas con contratos complejos nunca se llevan a tribunales. *Cfr.* Gessner (1996d).

¹⁹ Goebel (1989).

buzones de Internet. Es posible que los abogados internacionales no hayan formado todavía una comunidad autónoma comparable al “club del arbitraje”, pero en cuanto representantes jurídicos en negociaciones, como litigantes o asesores internos, poseen considerable influencia económica y jurídica, y hasta cierto punto tienen el poder de crear seguridad jurídica simplemente por el hecho de que monopolizan las interacciones jurídicas de todos los actores globales importantes. Parece ser una situación común que las empresas chinas, egipcias, alemanas y malayas sean representadas internacionalmente en sus negociaciones contractuales por despachos estadounidenses, lo mismo que sus socios comerciales de los Estados Unidos. No existe una “tercera cultura” de los despachos de abogados alrededor del mundo, pero los despachos de los Estados Unidos han logrado definir los roles que tiene que desempeñar un abogado internacional si desea tener éxito en el mercado global de los servicios jurídicos.

Es cierto que incluso los despachos estadounidenses experimentados informan sobre frecuentes problemas de interacción en sus tratos globales, en la negociación de contratos y en la resolución de controversias.²⁰ Pero se encuentran en proceso de creación de una sorprendente variedad de redes, centros y cursos de formación, bibliotecas y asociaciones internacionales que les permitirán, en corto tiempo, sentirse casi como en casa en el mercado jurídico global, al menos mientras persista el dominio del derecho angloamericano.

En lugar de enfocarnos en los árbitros y los despachos internacionales de abogados (un ámbito en el que no hemos realizado mucha investigación empírica), procederemos ahora a una discusión de la posible contribución que pueden hacer a la seguridad jurídica otros tipos de estructuras de soporte que se puede observar en la sociedad mundial: instituciones del derecho comercial, en particular las instituciones de las “terceras culturas” globales, así como otras estructuras de soporte, ya se hayan creado por iniciativa del Estado o por actores no estatales.

²⁰ Sunwolf (1998).

3. *Terceras culturas*

Estas estructuras, como las comunidades profesionales arriba mencionadas, poseen un conjunto de reglas comunes a todos los miembros, pero en general integran las expectativas en un nivel mucho más bajo que el de los programas; en cambio, desarrollan roles bien definidos y esperan que sus “clientes” observen también patrones de comportamiento muy específicos. La diferenciación global de los campos sociales, más que crear situaciones anómicas, configuran estructuras de expectativas seguras, y el único problema que subsiste es el de ingresar en el subsistema.

Las terceras culturas, concebidas en los términos anteriores, son fenómenos regulares de la *lex mercatoria*, así como de las comunidades globales no empresariales. Se desarrollan en la sociedad mundial del mismo modo como los campos semiautónomos se desarrollan en las sociedades nacionales; se definen por un número limitado de actores que comparten intereses (económicos o idealistas), poseen una ética común y siguen los mismos patrones y costumbres. Las terceras culturas de alcance mundial son las comunidades científicas, las mafias, las comunidades religiosas, pero, sobre todo, todas esas ramas comerciales que han sido capaces, en buena medida, de monopolizar el campo de sus actividades. El ejemplo de la industria del diamante, así como los estudios elaborados en el curso de nuestro propio proyecto (el sector bancario y el mercado de reaseguros en Londres), pueden ilustrar su modo característico de crear patrones autónomos de comportamiento y el elevado nivel de seguridad “jurídica” en que pueden apoyarse todos sus miembros.

La industria del diamante, esa rama de los negocios importante en lo económico y activa internacionalmente, ha sido cuidadosamente estudiada por Lisa Bernstein.²¹ En el mercado de los diamantes en bruto, del 80 al 85 por ciento de la oferta mundial es controlada por el cartel de De Beers, el cual distribuye los dia-

²¹ Bernstein (1992).

mantes en bruto a través de cuatro corredores. Los corredores venden cajas preseleccionadas de diamantes a unos 150 a 200 vendedores, conocidos como “*sight-holders*”, durante 10 sesiones de vista, realizadas en Londres cada año. Los *sight-holders*, junto con los fabricantes, vendedores mayoristas y los corredores, son miembros de los veinte clubes mundiales del diamante, los cuales garantizan la oferta constante de la mercancía. Aunque es posible comprar piedras en el “mercado abierto”, un vendedor que no tenga acceso a los clubes comerciales —que son vínculos esenciales con la red mundial de distribución de diamantes, la “World Federation of Diamond Bourses”— se encontrará en desventaja competitiva. Los clubes o bolsas, por tanto, pueden ejercer un control estricto sobre sus miembros locales o extranjeros e imponer sus propias reglas y mecanismos de solución de controversias. El incumplimiento significa pérdida de reputación (el nombre del infractor es circulado a todas las bolsas en la federación mundial) y, en la práctica, la exclusión del negocio de los diamantes. El sistema se mantiene separado por completo del derecho penal, el contractual y el concursal del Estado, y los tribunales estatales son reemplazados por el arbitraje y, en ocasiones, por un procedimiento ante un tribunal rabínico judío.

El cartel del diamante no se encuentra integrado en el nivel de los programas, sino que ha desarrollado roles específicos como los de los *sight-holders*, los corredores, los miembros de los clubs, los árbitros y el rabino, entre los cuales se definen e implementan las expectativas. Así, la pertenencia cultural de los actores parece irrelevante, porque la cultura jurídica de los vendedores de diamantes es una cultura global independiente de las influencias del derecho o las culturas jurídicas nacionales.

Informes recientes en los medios de comunicación parecen indicar que el cartel de De Beers enfrentará la presión de los productores de diamantes que todavía no están activos en el cartel (como los países que formaban parte de la antigua Unión Soviética). Nuevos actores globales pueden destruir los patrones culturales de la interacción global y reducir rápidamente las estructuras exitosas de la seguridad jurídica.

En el proyecto de investigación de Klaus Frick,²² las actividades internacionales de los bancos son descritas en forma similar a una “tercera cultura”, en la que los actores se han “excluido del sistema jurídico”. Como sucede en el comercio de los diamantes, existe sólo un número limitado de actores y un fuerte control sobre el cumplimiento con los usos, los contratos, los acuerdos verbales y los formularios. A pesar del enorme número de transacciones y las gigantescas sumas de dinero que se transfieren mundialmente, rara vez surge una controversia. Algunos pocos casos van al arbitraje y casi ninguno a los tribunales estatales. El sistema ha sido racionalizado desde hace siglos y recientemente se ha computarizado, a fin de evitar los errores y los malentendidos. El personal tiene roles bien definidos y es capacitado cuidadosamente para cumplir con los estándares de conducta globales. No existe ningún programa elaborado que integre las expectativas mutuas en todo el mundo, pero los roles están claramente definidos, hasta el traje a rayas de los ejecutivos de alto nivel. Y estas instituciones hacen todo lo posible por negociar los problemas que surgen y están dispuestas a acumular pérdidas, antes que acudir a la resolución de controversias a cargo de un tercero, para no hablar ya del litigio judicial.

En la medida que existe el derecho estatal (cartas de crédito, crédito documentario, cheques), éste ha sido elaborado con la fuerte participación del sector bancario. Los recientes intentos de la Unión Europea para adquirir algún control (por ejemplo, sobre los costos de las transferencias de dinero en la Unión o sobre el lavado de dinero) han sido hasta ahora exitosamente contenidos, a fin de permitir la solución autónoma de los problemas. Las intervenciones regulatorias podrían tener éxito en este caso específico en el nivel de los programas, debido a la estructura homogénea del sector bancario europeo. Pero esto es válido sólo para la Unión Europea, en donde el nivel de los programas es usado frecuentemente y con probabilidades no irreales de imple-

²² Frick (1998).

mentación. Universalmente, el sector bancario está integrado en el nivel de los roles, más que en el de los programas.

El proyecto de investigación de Christine Stammel se refiere a la “tercera cultura” del negocio del reaseguro.²³ Este negocio está dominado, en un nivel elevado, por actores internacionales que participan en el intercambio global. Una plaza principal es la *City* o distrito financiero de Londres, donde un número de corredores reúne a los reaseguradores y sus clientes, las oficinas cedentes (los aseguradores de primer nivel que buscan cobertura de seguro). Las prácticas contractuales son extremadamente informales. El corredor redacta una “nota”, que no es otra cosa que un papel que documenta de manera abreviada las condiciones del contrato. El corredor también se encargará de cobrar la prima de la oficina cedente y de deducir su parte antes de transferir el dinero al reasegurador. También es su tarea la de cobrar las indemnizaciones que se otorgan conforme al contrato de reaseguro y mantendrá la comunicación entre el reasegurador y la oficina cedente. Este cuadro de contratos y relaciones informales basados en la confianza más que en el derecho es muy cercano a la descripción que hace Stanley del código de ética en la subcultura de la *City* de Londres.²⁴ Hasta tiempos recientes, las controversias se resolvían sólo mediante arbitraje. En los últimos años, una serie de catástrofes ha golpeado fuertemente al mercado. El hecho de que la documentación de los contratos de reaseguro haya sido tratada como una “hijastra” en el pasado ha sido una invitación para intentar al menos evitar los pagos dispuestos por la póliza. Bajo presión económica y ante un número creciente de actores, parece desmoronarse la autonomía de esta “tercera cultura”. Las controversias conducen con mayor frecuencia al litigio ante el Tribunal Comercial de Londres, en el que jueces altamente especializados (quizá con experiencia en el negocio del reaseguro, gracias a su anterior rol como “*barristers*”) parecen haber ganado la confianza de las compañías de reaseguro. Esto quizá no significa un des-

²³ Stammel (1998a y b).

²⁴ Stanley (1992).

plazamiento hacia el nivel de los programas, sino más bien un cambio en el nivel de los roles: los internos son reemplazados por expertos externos que son capaces de tratar con la creciente complejidad de las cuestiones del reaseguro. La comunidad de expertos implicada en estas cuestiones sigue siendo pequeña, pues consiste de unos treinta despachos de abogados de la *City* de Londres y de un puñado de jueces del Tribunal Comercial.

4. *Estructuras de soporte*

La mayoría de las estructuras estatales de soporte para la interacción jurídica transfronteriza actúan sobre la base de un programa, una ley nacional o una convención internacional. Los consulados aplican el derecho consular, las autoridades centrales aplican principalmente la convención de asistencia judicial, los jueces nacionales se guían por el derecho internacional privado o alguna ley unificada. Pero existe alguna evidencia empírica de que si estas estructuras ofrecen en absoluto seguridad jurídica, esto se debe a roles específicos: el juez que se especializa en asuntos comerciales o el miembro de una sala para asuntos internacionales,²⁵ un funcionario con experiencia en asuntos transfronterizos, como la seguridad social de los migrantes,²⁶ un cónsul con antecedentes jurídicos que es capaz de entender el derecho y la cultura jurídica del país huésped.²⁷ Si los programas determinaran la práctica de estas estructuras de soporte, éstas mostrarían patrones de comportamiento similares. Esto no sucede así, ni en la comparación internacional (por ejemplo, de los

²⁵ *Cfr.* Stammel (1998a) en relación con los jueces en el Tribunal Comercial de Londres, y Gessner (1998b, 181-185) respecto de los jueces en la sala internacional de Hamburgo.

²⁶ *Cfr.* Guibentif (1998).

²⁷ *Cfr.* Petzold (1998). El cuadro general de la calidad de la asesoría jurídica dada por los consulados es uno donde hay pocas respuestas creativas y bien pensadas y unas cuantas respuestas de supina ignorancia e inutilidad. La gran mayoría ofrece alguna información que es requerida y obtenible, pero permanecen por debajo de lo que permiten las fuentes accesibles.

jueces alemanes, neoyorquinos y españoles), ni incluso en una comparación nacional (de los cónsules alemanes en los Países Bajos y en Kuala Lumpur).

El foco en los roles se justifica igualmente respecto de las estructuras de soporte no estatales. Ya se ha mencionado a los abogados y los árbitros en su negocio internacional bien definido, para grupos bien definidos de actores globales. Mientras que la mayoría de los abogados y los árbitros no está familiarizada con los asuntos internacionales, un número reducido de estos profesionistas tiene gran experiencia en ellos, pero son accesibles sólo para grandes empresas que actúan esencialmente fuera de los patrones establecidos por el Estado. Ni las instituciones comerciales (como las cámaras nacionales y extranjeras de comercio, o la Cámara de Comercio Internacional de París), ni las oficinas centrales de las ramas o los servicios comerciales (como las agencias de cobros de créditos²⁸ o los corredores en el negocio de reaseguros),²⁹ ni las instituciones no comerciales (como las que dan soporte a las reclamaciones de pensiones alimenticias para los hijos)³⁰ aplican programas universales o en alguna forma generales. Estas instituciones ofrecen (o no) seguridad jurídica a clientes muy específicos, satisfaciendo (o no) expectativas muy

²⁸ Budak (1998).

²⁹ Stammel (1998a). Los corredores manejan los contratos de reaseguro en una forma sorprendentemente informal y con frecuencia solamente registran en una “nota” (*slip*) lo que parecen ser los elementos esenciales de la cobertura del reaseguro. Ni las normas del derecho estatal ni las del derecho comercial definen la situación. Recientemente, cada vez más abogados intervienen en la redacción de los contratos y la resolución de conflictos, lo cual puede llevar a elaborar un derecho contractual del reaseguro, es decir, al desarrollo de expectativas en el nivel de los programas.

³⁰ *Cfr.* Grotheer (1998a y b). Este estudio ofrece la impresión de un “*overkill*” de convenciones de asistencia judicial y ejecución, lo que conduce a esfuerzos burocráticos, costos y dilaciones extraordinarios. Algunas pequeñas instituciones, con un presupuesto modesto, parecen manejar estas reclamaciones transfronterizas de alimentos de mejor manera. Como Grotheer señala, ofrecen, sobre la base de la experiencia y los contactos, una sensación de seguridad jurídica en una situación por lo demás anómica.

específicas, haciendo uso de mecanismos complejos de los cuales podría ser parte una convención internacional. Un buen ejemplo es la Cámara de Comercio de Milán,³¹ la cual colabora con la industria local proveyendo asistencia en tratos nacionales e internacionales sin hacer referencia a los programas o normas del Estado e incluso sin utilizar las reglas de arbitraje de la *lex mercatoria*.

IV. GANADORES Y PERDEDORES DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA GLOBAL

La seguridad jurídica es un fenómeno complejo que consiste en expectativas normativas compartidas y en la confianza en su cumplimiento. Los estudios en derecho comparado muestran los distintos modos en que este objetivo puede alcanzarse en los sistemas jurídicos nacionales. La comparación sociológica demuestra, además, que no sólo las estructuras jurídicas logran ofrecer seguridad jurídica, sino que también lo hacen las estructuras sociales con normas y mecanismos de sanción autónomos. Globalmente, las estructuras jurídicas y las sociales compiten para ofrecer las mejores soluciones. Nuestro breve panorama ha comparado las contribuciones del derecho estatal (incluyendo las convenciones internacionales), el derecho de los comerciantes y las terceras culturas, para asegurar expectativas estables y un comportamiento predecible. En conjunto, el cuadro que hemos ofrecido indica que es escasa la seguridad jurídica que puede lograrse en el nivel de los programas. La seguridad jurídica va en aumento, desde las transacciones regidas por el derecho del Estado a las transacciones regidas por el derecho de los comerciantes a las transacciones regidas por los mecanismos de las terceras

³¹ *Cfr.* Olgiati (1998), quien señala que esta institución se basa en el corporativismo fascista de la era de Mussolini. Durante ese periodo, las cámaras de comercio en Italia se concebían, en términos jurídicos, como una especie de prefectura económica. Desde 1993, han constituido un sistema de instituciones autónomas que desempeñan funciones de interés general, así como de soporte privado, asistencia y asesoría.

culturas. Los mecanismos no estatales, a pesar de la relativa seguridad que ofrecen a sus “clientes”, parecen frágiles y pueden desintegrarse cuando aumenta el número de actores (esto puede ser ya el caso en algunas transacciones internacionales, como las del consumo), cuando los costos de transacción de la toma de decisiones por un tercero supera los costos de transacción que evita la intervención de un tercero (este puede ser el caso del arbitraje) y cuando los intereses económicos prevalecen por encima de la solidaridad de grupo (esta es la situación en el mercado del reaseguro). A pesar de las interesantes tendencias globales a favor del aseguramiento de los intercambios económicos, la seguridad jurídica no se logra exitosamente, ni de manera estable, ni por los mecanismos jurídicos estatales ni por la *lex mercatoria*, ni por las normas o patrones de comportamiento creados de manera autónoma por las terceras culturas. Algunos roles específicos crean seguridad jurídica para algunos grupos particulares, pero la mayoría de los actores globales, como las empresas medianas y pequeñas, los consumidores, los miembros de familias binacionales, los migrantes y las víctimas de accidentes en países extranjeros, no logran acceso a estos grupos y no pueden hacer uso de las estructuras de soporte calificadas.

Esto nos conduce a un paso a través de las fronteras de nuestra propia disciplina, el cual nos gustaría discutir brevemente. Si los intercambios globales permanecen por ahora inciertos en buena medida, sería interesante observar si los elementos culturales, además de los estructurales, contribuyen a definir las probabilidades de la seguridad jurídica. La teoría de la comunicación intercultural nos dice que algunas sociedades socializan a sus miembros en la aceptación de la incertidumbre del futuro y en no preocuparse por ella. Las personas en tales “sociedades de baja evasión de la incertidumbre” están dispuestas a asumir riesgos y a no desarrollar estructuras de soporte para evitar los riesgos. Otras sociedades socializan a las personas en tratar de “ganarle” al futuro. Porque el futuro permanece esencialmente impredecible, en dichas sociedades las personas mostrarán un nivel más

elevado de ansiedad. Estas “sociedades de alta evasión de la incertidumbre” poseen instituciones que tratan de crear seguridad y evitar el riesgo; entre otras instituciones jurídicas se encuentran el derecho público y los contratos privados.³² De ahí se deduce que los actores socializados en las sociedades de evasión de la incertidumbre sufrirán más de la incertidumbre en los intercambios globales que sus contrapartes, quienes están familiarizados con la incertidumbre y tienen experiencia en el manejo de situaciones no estructuradas.

De acuerdo con Hofstede, Alemania se encuentra entre las sociedades de evasión de la incertidumbre. Esto explica por qué Alemania no sólo ha desarrollado estructuras internas altamente eficientes que organizan y aseguran la vida diaria, sino que está particularmente activa en la juridificación y la institucionalización de los intercambios transfronterizos. Pero si estas instituciones no cumplen sus objetivos, los actores alemanes pueden perderse fácilmente en la arena global, porque no están acostumbrados a verse confrontados con situaciones ambiguas o anómicas, las cuales experimentan entonces como caos, desorden y fraude. Otras culturas pueden sentirse casi en casa en la sociedad mundial. Esto podría ser cierto de los italianos, que tienen experiencia con estructuras estatales ineficientes y débiles en casa, pero que se han acostumbrado a manejar las fallas institucionales al integrar, en términos de Luhmann, las expectativas en el nivel de la persona. Por tanto pueden ser capaces de manejar igualmente bien las situaciones transfronterizas desestructuradas. El quinto lugar que ocupa Italia en el comercio mundial, que sólo es un país altamente industrializado en su parte norte, parecería apoyar esta hipótesis. Los mejores ejemplos de éxito con un enfoque particularista en el mercado global son, ciertamente y sin duda, las culturas jurídicas asiáticas, las cuales prefieren basar sus relaciones contractuales en lealtades interpersonales. Existe la extendida opinión de que la cultura empresarial china se apoya en

³² Hofstede (1983a) y Gessner (1994).

valores que denigran el derecho formal a favor de las relaciones y las redes personales, denominadas *guanxi*, redes que vinculan la China continental con las etnias chinas en todo el mundo y que aseguran plenamente los intercambios en las operaciones globales.³³ Por lo general, se recomienda a los hombres de negocios occidentales tomar en cuenta este enfoque informal en sus tratos con Asia. Quizá tendrán que renunciar por completo a sus enfoques legalistas si es cierto que el próximo siglo será configurado en buena medida por la expansión asiática y, en particular, por el crecimiento económico de China.

Otra distinción, que podría agregarse a la anterior, es la que puede hacerse entre los actores *jurídicos* globales en particular. Los actores formados en la tradición jurídica romanista están habituados a tratar con programas (y no con roles o personas), y necesitan leyes escritas para tener una sensación de seguridad. Los casos internacionales tienen que ser subsumidos bajo la ley escrita —si es posible, con ayuda de enormes comentarios—. En la fase de redacción de los contratos, requieren un soporte institucional que les provea de información y asesoría jurídica. Como hemos visto, esta no es, en definitiva, la situación en los asuntos jurídicos globales. Los juristas angloamericanos podrían estar mucho mejor equipados para manejar esta extraña mezcla de convenciones internacionales ineficientes, *soft law* y precedentes judiciales que es típica de la arena jurídica global, pues están habituados a apoyarse mucho más en su propia investigación, en la redacción creativa de los contratos y en las redes globales establecidas autónomamente. Son más “profesionales”, lo que significa, nuevamente, que están orientados hacia los roles, no los programas. Si esta distinción es cierta, la educación jurídica continental produce sistemáticamente perdedores globales.

La pregunta subsiste: ¿qué se deduce de nuestra observación de que la sociedad mundial ofrece tal diferencia en las formas de seguridad del comportamiento (y seguridad jurídica)? Las socie-

³³ Appelbaum (1998).

dades nacionales integran las expectativas en los niveles de los programas y los roles, mientras que la sociedad mundial parece integrarlas en niveles más bajos, los de los roles y las personas. Obviamente, una consecuencia es la ausencia —en comparación con el campo político nacional— de participación democrática (la cual se enfoca principalmente en el proceso legislativo, es decir, el nivel de los programas). Otro aspecto es la creciente diferenciación de las estructuras societales en una miríada de subsistemas globales.³⁴ No sólo la ciencia política,³⁵ sino también la sociología jurídica enfrenta el desafío de desarrollar nuevos paradigmas del “orden social”. Las expectativas normativas pueden ser sostenidas solamente con respecto a “mundos de la vida” muy específicos: una empresa o una rama comercial, pero no el consumidor o el Estado extranjero; un despacho de abogados, pero no un tribunal extranjero. Esto significa, para la sociología del derecho global, que es necesario redefinir los conceptos establecidos, como los de norma, conciencia jurídica, acceso al derecho y legitimidad. Este último aspecto de la construcción global de la legitimidad ha sido elaborado por Reza Banakar en el contexto del arbitraje comercial internacional,³⁶ pero podría generalizarse en áreas como las del derecho europeo y las convenciones internacionales. Hay que tomar en cuenta los nuevos mecanismos estructurales para la creación de seguridad jurídica. Por lo que se refiere al derecho contractual, los procesos cognitivos de redacción, negociación o adaptación contractual, tienen que tomarse mucho más en serio en el derecho y la educación jurídica de lo que sucede en realidad al final de una era dominada por el derecho del Estado y las culturas jurídicas nacionales.

³⁴ Luhmann (1982).

³⁵ *Cfr.* McGrew (1998) y Neyer (1998).

³⁶ Banakar (1998).