

## INTRODUCCIÓN.

### El nuevo orden de la sociedad mundial a la luz del otro derecho comparado

#### I. EL “OTRO” DERECHO COMPARADO

Por lo común, el derecho comparado establece comparaciones entre los órdenes jurídicos de los estados nacionales. El interés de la investigación es de tipo doctrinal o está orientado a las políticas. Una alternativa a este enfoque radica en la comparación del derecho de los estados nacionales con las normas sociales (no jurídicas), o en términos más ambiciosos, en la comparación del derecho de los estados nacionales, y sus normas sociales complementarias, con el derecho de otros estados nacionales y sus normas sociales complementarias. En este caso, el objeto de la investigación es teórico, más que doctrinal, aunque también puede estar orientado a las políticas. Las referencias teóricas se toman de las ciencias sociales, y el desarrollo de la teoría en las ciencias sociales avanza gracias a la investigación empírica.

Los ensayos reunidos en este libro siguen este acercamiento alternativo al derecho comparado. Nos pareció que la mejor manera de introducir y ilustrar este enfoque alternativo es nuestra contribución al debate de la globalización del derecho —un nuevo desafío intelectual— lo mismo para las ciencias jurídicas que para las ciencias sociales. Las posturas teóricas son confrontadas reiteradamente con las observaciones empíricas, a fin de lograr una mejor comprensión y un cuadro más realista del derecho, tanto en el entorno nacional como en el global.

Las prácticas comerciales globales están sujetas a la regulación jurídica, cuentan con el soporte de las instituciones jurídicas que

hacen cumplir los contratos, están garantizadas por los derechos de propiedad y son coordinadas por despachos internacionales de abogados que redactan contratos, crean nuevos instrumentos jurídicos y hacen cabildeo a nivel nacional y global a favor de un entorno jurídico positivo para los negocios. En el ámbito internacional, las reglas jurídicas son desarrolladas en áreas de la política pública como el comercio, el medio ambiente, el trabajo, el lavado de dinero, la propiedad intelectual, así como en la ejecución contractual. Un sinnúmero de convenciones internacionales, leyes uniformes, códigos y reglas de conducta intentan regular, a través de normas y decisiones uniformes, los aspectos más variados de las operaciones globales. Los campos de negocios regionales desarrollan una densa red institucional, similar a las creadas en los estados nacionales. Una búsqueda en el catálogo Melvyn arroja 2 mil 500 volúmenes jurídicos sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 600 sobre el Mercosur y 26 mil 500 sobre la Unión Europea. El derecho comercial global es una asignatura obligatoria en todas las escuelas de derecho alrededor del mundo. Un manual reciente sobre el derecho del comercio internacional despliega, en 33 páginas, una lista de no menos de mil 300 casos internacionales, solamente ante las jurisdicciones inglesas.<sup>1</sup> En un análisis empírico de expedientes judiciales en materia de comercio en Alemania resultó que el 10 por ciento de los asuntos tenían carácter internacional.<sup>2</sup>

Este cuadro da sustento a la idea de que los procesos de modernización conducen, de manera natural, a la creación de estructuras jurídicas similares a las que pueden observarse en las sociedades occidentales y de que también las estructuras globales habrán de surgir conforme al mismo modelo. Junto con la teoría de la modernización, otra teoría prominente a la que con frecuencia se hace alusión para explicar la juridificación es la nueva economía institucionalista, para la cual las reglas y las instituciones son mecanismos que contribuyen de manera efectiva a la

<sup>1</sup> Chuah (2005).

<sup>2</sup> Gessner (1996a).

reducción de los costos de transacción. Una tercera teoría es el concepto de racionalización jurídica de Max Weber, que consiste en un proceso evolutivo que conduce de las formas irracionales tradicionales a las manifestaciones formales y burocráticas de la dominación legal. La idea de Weber de que la racionalización jurídica es nuestro “destino” y de que las reglas e instituciones informales están necesariamente caducas será reconsiderada desde una perspectiva histórica y confrontada con datos empíricos obtenidos en el ámbito de la gobernanza de las transacciones globales de negocios. Si bien el influyente enfoque de Weber ayuda todavía a explicar mucho de lo que ocurre en los modelos nacionales del capitalismo, no parece capturar las crecientes complejidades del capitalismo global.

## II. EL TRASFONDO JURÍDICO DE MAX WEBER: EL ORDEN JURÍDICO SIN LAGUNAS

Max Weber (1864-1920) era jurista de formación. Su padre era abogado y un político prominente que fue integrante del *Reichstag* (Parlamento) alemán. El padre académico de Weber fue Theodor Mommsen, el decano de los romanistas, en una época en que el derecho se encontraba en la cima de la jerarquía académica. En sus estudios académicos, Weber se ocupó del derecho de las corporaciones comerciales medievales, así como del derecho romano de la tenencia de la tierra, hasta que se convirtió en profesor de derecho romano, alemán y comercial.<sup>3</sup> Solamente más tarde fue que Weber se interesó en la economía y la sociología, que eran disciplinas “jóvenes” en comparación con el derecho. Pero aún así, eran las ciencias jurídicas las que proveían el marco y el trasfondo ideológico de la versión de la sociología elaborada por Weber. Este marco y esta ideología lo llevaron a poner la racionalidad jurídica en la cima de la escala de factores determinantes de la acción social (escala en la cual los determinantes de la racionalidad con arreglo a valores, los afectivos y los tradicionales se

<sup>3</sup> Turner/Factor (1994, 3-7).

acomodan en grados descendentes de racionalidad) y a observar que la evolución se dirigía hacia el derecho formal racional. Debido al *Zeitgeist* de su tiempo, su trasfondo era más bien nacional, antes que cosmopolita. El derecho era derecho nacional (en su caso, el derecho alemán), el monopolio de la violencia lo reivindicaba el Estado (en su caso, el Estado alemán). La economía se enseñaba como *Nationalökonomie*.

Una teoría construida frente a este trasfondo podría seguir siendo válida en el contexto europeo. Su valor explicativo es más reducido en otras culturas jurídicas y aún más en el contexto de la cultura jurídica global de la sociedad mundial emergente. Esto último será examinado poniendo énfasis en dos elementos de la teoría de Weber que tienen nulo o escaso valor empírico en la economía global del siglo XXI: la ausencia de lagunas en el orden jurídico y la importancia del derecho para la calculabilidad de la acción económica.

Con independencia de su posición en la teoría de Weber como tipo ideal, enunciado normativo u observación empírica,<sup>4</sup> la ausencia de lagunas es descrita en los siguientes términos:

1) Toda decisión jurídica concreta representa la “aplicación” de un precepto abstracto a un “hecho” concreto; 2) que sea posible encontrar, en relación con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en los preceptos abstractos en vigor; 3) el derecho objetivo vigente es un sistema

<sup>4</sup> La versión original en alemán es ambivalente: “Die heutige juristische Arbeit... geht von den Postulaten aus,... dass also das geltende objektive Recht ein ‘lückenloses’ System von Rechtssätzen darstellen oder latent in sich enthalten oder doch als solches für die Zwecke der Rechtsanwendung behandelt werden müsse” (Weber 1956, 507-508). (“La actual investigación jurídica tiene como punto de partida... los postulados siguientes: ...el derecho objetivo vigente es un sistema ‘sin lagunas’ de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a casos singulares”) (Weber, 1964, 511). El significado es que la ausencia de lagunas es tanto una realidad como un programa normativo de la ciencia jurídica y la práctica judicial.

“sin lagunas” de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal...<sup>5</sup>

De acuerdo con Weber, un sistema jurídico representa la integración de todos los enunciados jurídicos derivados analíticamente, de tal manera que constituyan un sistema de reglas lógicamente claro, internamente consistente y sin lagunas, bajo el cual sea posible subsumir en lógica todas las situaciones de hecho concebibles, so pena de que tal orden carezca de garantía efectiva.<sup>6</sup>

Por controvertido que esto pueda ser hoy en día, no hay duda de que Weber entiende perfectamente bien y acepta la ideología jurídica de su tiempo y su país. Igualmente observable es que esta ideología no ha perdido su fuerza hasta la época presente. Ciertamente, las complejidades de un sistema jurídico moderno origina contradicciones entre los ámbitos de la regulación jurídica, entre las estructuras judiciales y entre las burocráticas.<sup>7</sup> Pero la ciencia jurídica en los países de tradición romanista (*civil law*) está preocupada permanentemente por la sistematización de enunciados jurídicos abstractos y por el llenado de lagunas mediante la formulación de nuevos enunciados jurídicos abstractos (llamados “teorías”). El objetivo de la consistencia domina todas las demás consideraciones, lo que conduce a que los jueces presenten aún sus soluciones más creativas como aplicación de normas jurídicas existentes o de nuevas reglas que están conformes con las vigentes.<sup>8</sup> A fin de poder tomar en cuenta las normas no jurí-

<sup>5</sup> Weber (1964, 511).

<sup>6</sup> “De acuerdo con nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, en principio, de lagunas, exigencia que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, éste carecería de su garantía esencial” (Weber 1964, 510).

<sup>7</sup> Macdonald (1998), Würtenberger (1995).

<sup>8</sup> Los estudiantes de derecho en los países de tradición romanista resuelven miles de casos ficticios y sin excepción se espera que encuentren

dicas, son necesarios “mecanismos de vinculación que ‘autoricen’ la ‘inclusión’ de las normas relevantes en las reglas ‘oficiales’”.<sup>9</sup>

El autor de estas líneas trabajó un tiempo como juez de primera instancia en Alemania. Esta experiencia resultó fascinante, pero también frustrante, porque no podía hacer uso de su conocimiento como sociólogo del derecho. Claramente, el autor estuvo trabajando en un sistema jurídico “sin lagunas”, casi sin “mecanismos de vinculación” que permitieran la aplicación de reglas sociales informales. Semejante sistema se logra a través de tribunales accesibles, múltiples medios de impugnación contra las resoluciones jurídicas, varios años de educación jurídica, el uso de comentarios comprensivos, que existen en todas las ramas del derecho, la obligación de actualizar el conocimiento jurídico de jueces y abogados una vez por semana (mediante la lectura de una revista especializada),<sup>10</sup> el fácil acceso a la jurisprudencia y la doctrina jurídica en bases de datos electrónicos que son actualizadas diariamente, y la supervisión permanente por la ciencia jurídica, que ejerce un control de consistencia y de llenado de lagunas. En consecuencia, una persona con formación jurídica está en condiciones de resolver la mayoría de los casos de la vida cotidiana en unos cuantos minutos de su tiempo. Por tanto, la racionalización jurídica de la que habla Weber es una realidad en los sistemas jurídicos altamente sofisticados, e incluso el derecho estatal en países con sistemas jurídicos menos elaborados puede ser superior a cualquier otro de sus órdenes normativos (incluyendo los religiosos). Ninguna de las cualidades arriba enunciadas existe respecto de las normas informales: no hay acceso a los

una solución jurídica. La identificación de una laguna o la propuesta de una solución no jurídica necesariamente tiene por consecuencia una calificación reprobatoria. Por supuesto, nadie se atreve nunca a proponer semejante respuesta y, en cambio, intenta forzar la solución del caso conforme a las reglas abstractas vigentes, sin importar el resultado.

<sup>9</sup> Schanze (2007, 170).

<sup>10</sup> El autor hace referencia a la *Neue Juristische Wochenschrift* o *NJW*, semanario jurídico alemán de amplia difusión (N. del T.).

tribunales (solamente al costoso arbitraje privado), no hay medios de impugnación, no hay una bibliografía o una educación especializadas, no hay transparencia en las decisiones, no hay supervisión académica, etcétera. El derecho del Estado se encuentra más avanzado que cualesquiera otros sistemas normativos en términos de elaboración y desempeño institucionales. Por tanto, resulta engañoso el uso inflacionario de los términos “derecho” y “juridificación” para referirse, en los debates sobre pluralismo jurídico y “gobernanza sin gobierno”, a cualquier tipo de control social.

Una rápida mirada a la sociolingüística puede aclarar esta postura. La sociología del lenguaje rechaza también el uso indiferenciado del término “lenguaje” como descripción significativa de la realidad social. Los diferentes lenguajes en las comunidades de habla (separadas por barreras de clase, regionales, étnicas y funcionales) muestran distintos grados de complejidad. Las distinciones más famosas son los códigos elaborados y restringidos de Bernstein: por un lado, se atribuye al lenguaje cotidiano un bajo nivel de complejidad, mientras que, por el otro, el lenguaje estándar y clásico posee un nivel elevado. Al igual que el derecho estatal, el lenguaje estándar y clásico es elaborado, monitoreado por academias de expertos, en ocasiones definido en diccionarios oficiales, y es materia tanto de la instrucción escolar básica como de la educación universitaria. Del mismo modo que el derecho racional de Weber, el lenguaje estándar/clásico carece, como tipo ideal, de lagunas. Otros tipos de lenguaje en las sociedades no reciben mucho soporte institucional —si es que lo obtienen en absoluto— y llevan siempre una existencia precaria. Pueden ser importantes en términos de identidad e integración de ciertas comunidades de habla, pero ofrecen menores oportunidades de expresión y diferenciación.

La sociolingüística no parece haber empleado todavía este conocimiento respecto de situaciones en las que —como sucede en la comunicación transnacional— los hablantes no comparten un código único y elaborado. Para los hablantes no nativos del inglés, este idioma definitivamente no resulta una herramienta ade-

cuada para la expresión diferenciada. El nivel de complejidad y elaboración se reduce dramáticamente casi siempre. Traducido a nuestro discurso del pluralismo jurídico global, los actores transnacionales no comparten un solo orden normativo elaborado y tienen que arreglárselas con una orientación normativa más rudimentaria.

Weber describe largos periodos en la historia europea en los cuales las normas locales y consuetudinarias se consideraban legítimas, dejando poco espacio al derecho legislado y al derecho romano de creación intelectual. El proceso de formación de los estados europeos, que culminó con el Tratado de Westfalia (1648), inició un largo periodo en el que el derecho estatal asumió un papel central entre las normas y las reglas en las sociedades. Las reglas no jurídicas se hicieron semi-autónomas debido al hecho de que estaban imbricadas en un sistema jurídico que, o bien las toleraba, o intentaba suprimirlas. El pluralismo jurídico dentro de los estados nacionales se volvió precario y prácticamente irrelevante en la mayoría de las áreas de regulación. Bajo la ideología dominante (y la práctica) del centralismo jurídico, los enfoques basados en el pluralismo jurídico tenían muy escaso poder explicativo y tendían a sobreestimar la importancia de la creación autóctona de reglas. La globalización ha cambiado nuevamente la situación y estos enfoques vuelven a ser muy demandados en la sociología del derecho global, para la cual resulta extraña la idea de un sistema jurídico *global* sin lagunas, plenamente sistematizado y coherente. El surgimiento de normas y reglas por encima del nivel del Estado nacional no es sistemático, lo que fuerza a las normas jurídicas a competir en pie de igualdad con otras normas societales que, por tanto, carecen de consistencia y racionalidad.

Si bien el centralismo jurídico se encuentra en retirada, la unificación (o solamente la armonización) del derecho sigue ocupando a las organizaciones internacionales y a los académicos del derecho internacional. En la mayoría de los casos, las ONG son invitadas a participar y aportar elementos que pare-



cen extraños a las consideraciones de la legalidad formal y que reducen la coherencia de los productos jurídicos. Sin embargo, un campo que parece abierto al debate jurídico sobre las normas no jurídicas es propiamente un ejemplo de la bien conservada ideología de la ausencia de lagunas: la famosa *lex mercatoria*. Al sentir la necesidad de reconocer las normas creadas dentro de las comunidades de los comerciantes globales y que son utilizadas en las transacciones internacionales, algunos juristas internacionales promueven su aplicación en asuntos de arbitraje e incluso por los tribunales nacionales. Los pluralistas del derecho simplemente tomarían en cuenta y aplicarían estas normas en las decisiones jurídicas, mientras que los centralistas del derecho requieren un paso intermedio: dichas normas autónomas de los negocios tienen que ser definidas primero como derecho. Y, por supuesto, este proceso de definición es altamente selectivo, puesto que toma en cuenta solamente una parte pequeña de las normas de negocios como dignas de ser aplicadas por jueces y árbitros. Más que hacer finalmente las paces con el pluralismo jurídico, estos juristas promueven, en la tradición clásica, la ausencia de lagunas del derecho global.<sup>11</sup>

A nivel global es posible observar por todas partes la competencia entre normas.<sup>12</sup> Las normas compiten porque los estados compiten entre sí. El derecho estatal compete también con el derecho internacional unificado (por ejemplo, el derecho contractual del Estado compete con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) y con las reglas definidas por las asociaciones comerciales internacionales. Las empresas regulan sus relaciones a través de contratos complejos que tratan de limitar la relevancia del derecho contractual estatal. Existen conglomerados de nor-

<sup>11</sup> La postura de que la *lex mercatoria* es solamente un elemento en un discurso jurídico ha sido desarrollada por Gessner (2007), pero difiere de mis publicaciones previas, en las que concordaba con Teubner (1997a), y con una vasta bibliografía, siguiendo su enfoque del “derecho global sin Estado”.

<sup>12</sup> Berman (2007), Gessner (2002; 2010).

mas en la economía política internacional, llamados frecuentemente regímenes, y definidos como “instituciones sociales que consisten en principios, normas, reglas, procedimientos y programas acordados, que gobiernan las interacciones de actores en áreas temáticas específicas”.<sup>13</sup>

Todo lo anterior se multiplica por las variedades del capitalismo, con sus idiosincrasias específicas provenientes de las mafias, las redes étnicas asiáticas, las redes financieras mundiales, el comercio ético (“comercio justo” o *fair trade*, etcétera), y la mezcla de *soft law*, códigos de conducta, estándares y normas (de la ISO o de la OIT), las cláusulas contractuales y las normas jurídicas que se manifiestan de modo distinto en todas y cada una de las ramas del comercio mundial.<sup>14</sup>

Si bien la competencia entre numerosos actores creadores de normas también es una observación común en las culturas jurídicas nacionales, estos actores tienen mayor influencia y más autoridad en un contexto global, en el que el monopolio estatal del poder está ausente o es débil. Algunos regímenes, y en particular la Unión Europea, se adaptan bien a esta heterogeneidad de normas y actores, sin lograr —cuando mucho la afirman— la constitución de un orden jurídico sin lagunas en sentido weberiano.<sup>15</sup> Regulación no equivale a juridificación.

Un comentario final sobre la ausencia de lagunas. Aún dando por sentado que algunos sistemas jurídicos estatales carezcan de lagunas, ello no conduce a la conclusión de que sean eficientes. Y, por el contrario, el pluralismo de órdenes normativos en la sociedad mundial no significa caos y delincuencia. La teoría de Weber se refiere solamente a la disponibilidad de una norma jurídica para orientar cualquier acción social,<sup>16</sup> más que a su imple-

<sup>13</sup> Levy/Young/Zürn (1995, 274).

<sup>14</sup> Appelbaum *et al.* (2001).

<sup>15</sup> Joerges /Vos (1999).

<sup>16</sup> Para citar nuevamente a Weber: en un verdadero sistema jurídico, “la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como ‘aplicación’ o ‘ejecución’ o, por el con-

mentación eficiente. Por tanto, un sistema jurídico nacional sin lagunas puede ser aplicado de modo deficiente, mientras que un régimen global, aunque sea internamente inconsistente, puede producir el orden deseado.<sup>17</sup>

### III. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN DE MAX WEBER: LA RACIONALIDAD CON ARREGLO A FINES

Un segundo elemento de la teoría de Max Weber que también parece inadecuado para la comprensión de las culturas jurídicas globales es la racionalidad con arreglo a fines (*Zweckrationalität*). Al situarla en el centro de su teoría de la acción social y en el vértice de la evolución hacia la libertad humana, Weber circunscribe la relevancia social de su enfoque a su época y a su ambiente geográfico y cultural.<sup>18</sup> Él mismo lo admite al señalar que sus tipologías de la acción humana no eran inherentes a la naturaleza de tales fenómenos, sino que habían sido construidas de acuerdo con el interés del investigador. Cuando tales intereses cambian —“cuando la luz de los grandes problemas culturales avanza”—, entonces las ciencias humanas cambian su punto de vista y su aparato analítico.<sup>19</sup> Lo que ha cambiado desde los tiempos de Weber es el aparato analítico, así como la relevancia de los tipos de acción racional que no proceden con arreglo a fines.

trario, como ‘infracción’ de preceptos jurídicos... pues consecuencia de la ‘ausencia de lagunas del sistema jurídico’ es la ordenación jurídica efectiva del acontecer social” (Weber 1964, 512).

<sup>17</sup> Los países de tradición jurídica romanista, que comparten todos la ideología de la ausencia de lagunas, muestran diferencias notables en la implementación del derecho. Sorprendentemente, aún tomando en cuenta esta implementación, el desempeño económico no está ligado a las cualidades del sistema jurídico. En un estudio empírico, Trebilcock y Leng (2006) concluyeron que no había una correlación fuerte entre el crecimiento económico de un país y la ejecución jurídica (en contraste con la no jurídica) de los contratos en la práctica de negocios.

<sup>18</sup> Sobre las fuentes intelectuales de Weber, véase Turner/Factor (1994), Roth (2005) y Levine (2005).

<sup>19</sup> Levine (2005, 108-109).

La tipología de la acción de Weber se organiza a lo largo de una escala descendente de racionalidad: la acción social puede ser racional de modo instrumental (con arreglo a fines), racional con arreglo a valores, afectiva o tradicional.<sup>20</sup> La racionalidad instrumental está condicionada por las expectativas de otros seres humanos, las cuales son condiciones o medios para el logro de los fines propios del actor, perseguidos y calculados de modo racional. Esta abstracción está basada en el tipo occidental moderno del ser humano y su comportamiento económico.<sup>21</sup> Las expectativas pueden ser entendidas y calculadas de mejor manera si están conformes con las normas jurídicas. La racionalidad formal y calculatoria presupone un mercado con una estructura jurídica específica, un mercado basado en un sistema particular de derechos de propiedad. Los mercados poseen distintas estructuras jurídicas, pero solamente las estructuras formales, de tipo occidental, permiten la plena racionalización de la acción económica.<sup>22</sup> Y la calculabilidad es crucial para la empresa capitalista:

La empresa capitalista moderna descansa principalmente en el cálculo y presupone un sistema jurídico y administrativo cuyo funcionamiento pueda predecirse racionalmente, al menos en prin-

<sup>20</sup> Weber (1964, 20-21). Emirbayer (2005, 186) ofrece definiciones concisas de la tipología de Weber: “La acción social, como toda acción, puede ser:

- (1) *Racional instrumentalmente*, es decir, determinada por expectativas en cuanto al comportamiento de objetivos en el entorno y de otros seres humanos; estas expectativas son utilizadas como ‘condiciones’ o ‘medios’ para el logro de los fines propios del actor, que éste persigue y calcula de modo racional;
- (2) *Racional con arreglo a valores*, es decir, determinada por una creencia consciente en el valor en sí mismo de alguna conducta ética, estética, religiosa o de otro tipo, con independencia de sus perspectivas de éxito;
- (3) *Afectiva* (especialmente de tipo emocional), esto es, determinada por los afectos específicos y los estados anímicos del actor;
- (4) *Tradicional* es decir, determinada por hábitos arraigados”.

<sup>21</sup> Levine (2005, 109).

<sup>22</sup> Kronman (1983, 135).

cipio, en virtud de sus normas generales fijas, del mismo modo como se espera el desempeño de una máquina.<sup>23</sup>

Si bien este modelo de la acción económica fue construido en un periodo en el que la investigación empírica era escasa y estaba poco desarrollada, Weber estaba consciente de la existencia de estructuras de gobernanza no jurídicas en todas las variedades de culturas económicas, así como en las economías occidentales. Su énfasis en el derecho —que resulta excesivo a la luz de la actual investigación socio-jurídica— como soporte determinante de la racionalidad con arreglo a fines se debe esencialmente a su formación jurídica, pero también a la coincidencia de que las economías occidentales estaban prosperando enormemente en la época de las grandes codificaciones del derecho civil (fines del siglo XIX y comienzos del XX). Por supuesto que no había vínculo causal entre estos dos fenómenos, pero desde esa época los juristas académicos siguen insistiendo en su papel crucial como constructores de las instituciones del capitalismo. La evidencia empírica a favor de esta hipótesis está circunscrita a unos cuantos países del norte de Europa, de modo que no hay respaldo suficiente para la hipótesis de una evolución general hacia la racionalidad jurídica formal que sostienen Weber y los juristas académicos. Los enfoques que ponen énfasis en las llamadas “variedades del capitalismo”<sup>24</sup> apuntan hacia otras estructuras de soporte, no jurídicas, que promueven la calculabilidad de la acción económica.<sup>25</sup>

Ciertamente, la economía global no está basada en un solo tipo de orientación de la acción. Puesto que la globalización ha alcanzado prácticamente a todas las culturas alrededor del globo, y en vista de que casi todas participan en alguna medida en el mercado global, los cuatro tipos ideales de acción en el modelo de Weber, así como muchos otros desarrollados en distintas cla-

<sup>23</sup> Weber (1968, 1394).

<sup>24</sup> Hollingsworth/Boyer (1997b).

<sup>25</sup> Gessner (2007).

sificaciones, están representados en el intercambio económico a nivel global. A pesar de esta complejidad, que ha sido descrita con frecuencia, parece justificado enfocar la atención solamente en la orientación más racional de la acción, a saber, en el tipo de acción racional instrumental de Weber. El éxito en el mercado global requiere el grado más elevado de racionalidad y no puede alcanzarse mediante orientaciones de la acción de carácter ético, estético, religioso, emocional o tradicional. No obstante, la aceptación de la racionalidad instrumental como condición para hacer negocios con éxito en la economía global no significa seguir a Weber, en la medida en que éste considera que el derecho es la única herramienta.

Existen numerosos argumentos en la economía, las ciencias políticas y en la sociología del derecho que cuestionan el vínculo exagerado entre acción racional y derecho. El derecho puede ser un obstáculo para la racionalidad, impedir tratos de negocios eficientes, expresar relaciones de poder antes que la racionalidad, etcétera. Pero aún aceptando el concepto idealizado de Weber del derecho como garantía de la libertad y la transparencia (la cual promueve, en general, la calculabilidad de las expectativas y, en particular, las expectativas internas en las relaciones de mercado), uno debe considerar un paso intermedio en la teoría de Weber que cuestiona gravemente su supuesta relevancia universal.

El actor toma en cuenta las expectativas de otros actores, “utilizando esas expectativas como ‘condiciones’ o ‘medios’ para el logro de *fin*es propios racionalmente sopesados y perseguidos”.<sup>26</sup> Pero lo que queda por explicar es la anticipación, por el actor, de las expectativas de otros actores. La racionalidad instrumental es predecible porque el actor orienta sus acciones hacia el comportamiento *apegado a derecho* de otros actores. Esta es una hipótesis ambiciosa. ¿Cómo puede el actor suponer, con una certeza razonable, que otros actores obedecerán el derecho? La respuesta de Weber es la legitimidad, la cual es concebida como un hecho relativo a las creencias de los gobernados, su reconocimiento de

<sup>26</sup> Weber (1964, 20).

que el Estado y sus cuadros administrativos ejercen el monopolio de la violencia.<sup>27</sup>

La evidencia empírica sobre una creencia generalizada de este tipo en la población de cualquier país ya es dudosa. La aceptación de la ley, los tribunales, los cuadros administrativos, la policía, los abogados, varía enormemente entre las culturas jurídicas y es relativamente reducida en todas partes. Las iniciativas a favor del Estado de Derecho y el movimiento de Derecho y Desarrollo promueven una agenda para su mejoramiento. La teoría de Max Weber sobre la acción (económica) es la que da sustento explícito a estas estrategias. Por lo que se refiere a la cultura de los negocios globales —ya sea que ésta se defina como una mezcla de culturas jurídicas nacionales o como una nueva cultura jurídica emergente—, resultaría inverosímil cualquier hipótesis generalizada sobre un orden jurídico legítimo. Solamente en el nivel de los regímenes globales (ya definidos) podemos encontrar un orden jurídico legítimo en el sentido de Weber, así como la predictibilidad fundada en el comportamiento apegado a derecho. Como hipótesis teórica y como tipo ideal, el vínculo entre la racionalidad instrumental y el derecho parece ser engañoso en un contexto de acción social que está lejano de una cultura nacional, o escasamente imbricado (*embedded*) en ella.

Una alternativa radical para vincular la racionalidad instrumental con el derecho es la desarrollada por Niklas Luhmann a través de la distinción entre expectativas cognitivas y expectativas normativas.<sup>28</sup> Las expectativas sostenidas a pesar de que los actores no cumplan con ellas tienen carácter *normativo*, mientras que si tales expectativas son adaptadas a la nueva e “inesperada” situación, hablaremos de expectativas de naturaleza *cognitiva*. Esta adaptación consiste en un proceso de aprendizaje que se logra principalmente a través de la comunicación racional. En todas las sociedades la organización social se apoya en tanto en las expectativas normativas como en las cognitivas, aunque en grados

<sup>27</sup> Kronman (1983, 100-118).

<sup>28</sup> Luhmann (1971).

variables. En las décadas recientes, las sociedades occidentales han desarrollado un número mayor de estructuras cognitivas (en contraste con las estructuras jurídicas formales) para resolver los problemas del orden y el cambio. El complejo entorno global, en particular, despliega también numerosos elementos cognitivos. Por tanto, el énfasis excesivo en las expectativas normativas de los discursos sobre la globalización del derecho desatiende la capacidad de aprendizaje del actor global. En un entorno de pluralismo global, la adaptación cognitiva a una situación inesperada puede ser más fácilmente calculable que mantener una expectativa normativa. Si resulta permisible alguna generalización sobre la cultura jurídica en el entorno global, tal generalización tendría que sostener que son las actitudes cognitivas, más que las normativas, las que son y seguirán siendo predominantes.<sup>29</sup>

De lo anterior se deduce que no es posible suponer que la racionalidad instrumental, que es una condición para realizar negocios de manera exitosa en el mercado global, se orienta principalmente hacia las expectativas jurídicas. Algunos regímenes bien institucionalizados son la excepción. La economía institucionalista, la sociología del derecho y la sociología económica, han empezado a estudiar las diversas vías que siguen los comerciantes globales para lograr la necesaria predictibilidad de las interacciones económicas. En la misma línea, la ciencia política descubre alternativas regulatorias al derecho. Ejemplos de lo primero son los contratos complejos, los métodos de la gestión de

<sup>29</sup> En relación con las expectativas normativas, Luhmann (1972) distingue también entre diferentes niveles de abstracción: las expectativas pueden ser integradas (permanecer coherentes entre sí) ya sea en el nivel de las personas, o bien, en los niveles más abstractos de los roles, los programas y los valores. La orientación jurídica puede lograrse principalmente en los niveles de los roles y los programas, los cuales pueden estabilizarse a través de la creación de instituciones. Pero este modelo para la institucionalización de las expectativas normativas tiene prerequisites culturales y estructurales que no se encuentran en cualquier sociedad. Cuanto más diferenciados —y globalizados— están los procesos sociales, tanto menos pueden éstos integrarse en los niveles de los roles y los programas. Entonces los mecanismos cognitivos prevalecen sobre la seguridad jurídica (Gessner, 1996d; 1998).



relaciones, la estricta vigilancia de las obligaciones contractuales. Ejemplos de lo segundo son los certificados de CO<sub>2</sub>, los acuerdos negociados o las gratificaciones monetarias, aunque estas prácticas dejan muchos espacios abiertos, como podemos observar en nuestras experiencias cotidianas con los fraudes por Internet, las guerras cibernéticas, el tráfico de drogas, la especulación financiera, etcétera.

#### IV. CONCLUSIONES

La muy visible presencia del derecho en la economía global sigue siendo un desafío teórico. ¿Están alcanzando los procesos de modernización un nivel de institucionalización más allá del Estado nacional? ¿Es la reducción de costos de transacción la mejor explicación? Esta introducción a un libro sobre los aspectos comparados del derecho tenía solamente el propósito de ilustrar el modo de razonamiento que resulta de abandonar el camino tradicional de la disciplina. Nuestro breve debate ejemplar ha girado en torno a Max Weber y su teoría de la racionalización jurídica. Hemos concluido que en la sociedad mundial no surgirá un orden jurídico racional y sin lagunas, así como tampoco la acción racional instrumental puede ser vinculada, de modo exclusivo o principal, con las normas jurídicas en la economía global. El derecho será utilizado de modo progresivo, pero esto también es aplicable a todas las demás herramientas racionales que está descubriendo constantemente la investigación empírica en el marco de la sociología económica y la sociología del derecho.

La controversia entre los enfoques weberianos y los pluralistas continuará y llevará a soluciones creativas en la economía global. En este libro se aporta mucha evidencia de lo anterior. Los enunciados teóricos —como lo exigen los estándares de la ciencia social— son sometidos a prueba una y otra vez en los diversos ensayos, a fin de confirmar, o cuestionar, su valor en una estructura de gobernanza pluralista, poco sistemática y frecuentemente contradictoria, que ha surgido más allá de los confines del Estado

nacional y que produce una o varias formas específicas entre las muchas variedades del capitalismo. Los ensayos también ofrecen evidencia de la creciente —y, esperamos, mejor— comprensión del papel del derecho en la sociedad mundial en las últimas dos décadas.