

TEORÍA DE LA MODERNIZACIÓN, UNIFICACIÓN Y GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO. REFLEXIONES SOBRE UN PROYECTO EMPÍRICO*

I. INTRODUCCIÓN

Las teorías de la modernización predominan en los discursos sobre la globalización. Las sociedades convergen en el curso de los dramáticos cambios en las estructuras económicas, la comunicación global, la migración, el progreso científico y —si hemos de creerle a Fukuyama— en el curso de los procesos de democratización a escala mundial. Mi propósito no es el de cuestionar en principio estas teorías, pues ofrecen un buen punto de partida, del mismo modo que las teorías de la colonización jurídica de los países no occidentales y de la transición jurídica en los países de Europa central y oriental han demostrado, de manera bastante convincente, el relativo éxito de la globalización a través de la imposición y la asistencia jurídicas. La Compañía de la India Oriental (*East India Company*) promovió la suave adaptación de las tradiciones hindúes a los procesos administrativos y judiciales británicos, mientras que, por el contrario, el Consejo de Indias utilizó una terapia de choque, abrumando a las colonias españolas con reglas y ordenanzas de alta calidad dentro de la tradición jurídica romanista, pero que no fueron implementadas y acabaron siendo responsables de la brecha permanente que existe entre el derecho y la cultura jurídica en América Latina. En la actualidad, Europa oriental es el objetivo de las exportaciones jurídicas de varios países occidentales. Pero, ¿dónde está la evidencia empírica sobre todos estos pro-

* Este texto combina dos ponencias inéditas presentadas en el Centre for Socio-Legal Studies, Wolfson College, Oxford, y en la Universidad de Stanford, California, en 1998.

cesos que ofrecen las teorías de la globalización? En estos estudios encontramos siempre los ejemplos de los mercados financieros, los canales de TV, la Internet, el turismo, como mensajeros de la convergencia global. Pero escuchamos poco sobre cómo calificar los pasos específicos hacia una cultura global común. ¿Es el euro un paso hacia la globalización de los mercados financieros, o lo contrario? ¿El turismo fomenta o más bien impide la comprensión de las culturas extranjeras? Tan pronto les pedimos que nos proporcionen los detalles, estos estudios apuntan hacia la necesidad de investigar más (tarea que, por supuesto, se deja a los otros).

Lo mismo puede decirse de los discursos en torno a la globalización del derecho, en los que las teorías de la modernización podrían explicar algunas tendencias básicas hacia el individualismo, el secularismo, el control judicial de la constitucionalidad, etcétera, pero no pueden concluir que determinadas disposiciones jurídicas sean más o menos avanzadas, como, por ejemplo, las prestaciones de seguridad social, la protección de la propiedad intelectual, las reglas de desahogo de las pruebas en el proceso civil, o la edad mínima para el consumo de alcohol. Aun suponiendo la existencia de una tendencia general hacia la modernización (lo que ciertamente es muy controvertido, en tanto la modernización se entienda como occidentalización), las experiencias de la globalización de los negocios, la comunicación, el turismo o el entretenimiento, no pueden generalizarse para comprender los cambios jurídicos. Los modelos de regulación y los comportamiento de la cultura jurídica en el mundo seguirán estando altamente diversificados, inclusive entre sociedades que en otros sentidos han alcanzado un nivel equivalente de modernización. Solamente deseo apuntar este hecho, sin entrar en la discusión de si estas idiosincrasias pueden ser mejor explicadas por factores estructurales o culturales.

II. GOBERNANZA GLOBAL Y SEGURIDAD JURÍDICA

La persistencia de la diversidad jurídica entre los estados nacionales se percibe como un obstáculo para la gobernanza global, así como para la seguridad jurídica en las transacciones globales. Así, por ejemplo, una cuestión de gobernanza global ha sido la extradición del general Augusto Pinochet a España, mientras que una cuestión de seguridad jurídica lo es el pago de la factura de su hospitalización en Londres. “Gobernanza global” significa derecho público, la organización de las relaciones entre gobierno y ciudadanos (por ejemplo, en materias como el control de las fusiones empresariales, la competencia desleal, el libre comercio, la protección del ambiente, las normas laborales o los derechos humanos), mientras que “seguridad jurídica” significa derecho privado, la organización de las relaciones de los ciudadanos entre sí (en asuntos como los contratos, el cobro de deudas, las sucesiones, el divorcio o el pago de alimentos). Los conflictos de leyes, tanto de derecho público entre los estados nacionales, como de derecho privado en los intercambios económicos globales o las relaciones familiares, significan generalmente que no será fácil alcanzar una solución jurídica. Un libro que lamenta esta situación lleva por título *The Anarchical Society* (“La sociedad anárquica”).¹

Mi primera observación empírica en relación tanto con la gobernanza global como con la seguridad jurídica global, es que las teorías de la globalización del derecho tienden a desatender o a subestimar las capacidades adaptativas de los estados nacionales en la creación de derecho e instituciones jurídicas adecuadas para el nuevo entorno global. Sin duda, la mayor parte del “derecho global” es derecho nacional. ¿Cómo es posible que los estudios sobre la globalización no tomen para nada en cuenta este hecho? Los economistas apenas recientemente han descubierto las “instituciones” como variable económicamente relevante. En la sociología, las instituciones han sido relevantes durante mucho tiempo, pero ya no están de moda. Finalmente desaparece el Es-

¹ Bull (1995).

tado nacional con sus instituciones, que nunca fueron del agrado de la sociología. La sociología jurídica está contaminada por los enfoques según los cuales los actores *construyen* las realidades o los “campos” sociales, o bien, viven en un mosaico (*patchwork*) postmoderno de símbolos que difícilmente ofrecen certidumbre, para no hablar ya de seguridad jurídica. Las reglas convergen como consecuencia de los intercambios interculturales y no de los esfuerzos deliberados del legislador o de la ciencia jurídica. Es el momento, pues, de traer a la sociedad y al Estado de regreso a la discusión sobre la globalización. Más que en cualquier otra parte, el actor global requiere de sus instituciones si desea sobrevivir en el entorno global, generalmente inhóspito, que si bien no se encuentra en el espacio exterior, sí es el entorno de uno o más estados extranjeros en los cuales él o ella desea alcanzar sus objetivos.

Tomemos el ejemplo de un profesor visitante que va a enseñar en otro país. Ambos sistemas educativos tienen que realizar considerables esfuerzos burocráticos para organizar el intercambio. Luego, cada uno de los pasos en la cultura extranjera está regido por el derecho: el transporte de las personas y de los equipajes, el control de aduanas, etcétera. Si la línea aérea es Lufthansa, el vuelo sólo es posible en el marco de la regulación y la supervisión gubernamentales. Los aeropuertos en Alemania requieren una autorización oficial introducida en la Ley de Transportación Aérea de 1922, a la cual se agregó en 1958 el requisito de una investigación pública y un procedimiento de aprobación del plan. Antes de que Lufthansa pueda vender ningún pasaje, se requiere el permiso que se otorga a las compañías de transporte aéreo, la aprobación de las licencias de las aeronaves, los pilotos y sus entrenadores, la autorización de los vuelos y las rutas aéreas, la redacción de los reglamentos de transporte, el control y la supervisión del tráfico aéreo. También es relevante el derecho ambiental en relación al ruido y al uso del suelo en los aeropuertos. El contrato con el agente de viajes, y el de éste con Lufthansa, se basan en el derecho alemán de los contratos y el transporte. Lufthansa

se rige por las normas laborales cuando ofrece al pasajero la asistencia de sobrecargos tan guapas como serviciales y responsables. Ninguno de estos elementos ha sido negociado o creado por el pasajero, sino que simplemente se dan por descontados, aunque son el resultado de esfuerzos jurídicos altamente sofisticados.

Además de lo anterior, el derecho globalizado entra en acción. Durante mucho tiempo, la Comisión Europea, la cual tenía facultades normativas sobre el transporte aéreo, conforme al artículo 84, párrafo segundo, del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), se abstuvo de cualquier actividad reguladora. Solamente como reacción a la desregulación del tráfico aéreo por los Estados Unidos, tres paquetes de medidas, adoptadas en 1987, 1990 y 1992-1993, han establecido un marco de regulación que, por un lado, ha disuelto la estructura y la estricta regulación de los carteles del sector público, mientras que, por el otro, ofrece salvaguardas contra las fallas del mercado. En relación con la asignación de derechos de tráfico en el espacio aéreo nacional, la CEE introdujo plena libertad en las rutas dentro de la Comunidad para las aerolíneas de la UE, siempre que se asignara a éstas los *slots* (espacios) respectivos. La regulación de los *slots* es un campo jurídico en el que el derecho nacional y el comunitario se fusionan y se complementan mutuamente (y los titulares de los *slots* antiguos, como Lufthansa, defienden sus prioridades). Además del derecho comunitario, existen convenios internacionales bilaterales, la Convención de Varsovia que rige las responsabilidades civiles y, en un grado menor, los acuerdos de la IATA (*International Air Transport Association* o Asociación Internacional de Transporte Aéreo) que regulan los vuelos.

¿Qué sucede si hay algún percance con el vuelo? No me refiero a un accidente del tamaño de la caída de un avión de la TWA, en el que obviamente intervinieron miles de expertos, así como también fiscales y abogados particulares vinculados al sistema jurídico de los Estados Unidos. ¿Qué pasa si el vuelo estaba sobrevendido? El derecho alemán ofrece, digamos, soluciones muy específicas para un retraso de cuatro horas, de diez horas, de una noche. En ese caso, tengo derecho a un *sandwich*, a una comida

completa o al alojamiento en un hotel, con *pijama* y cepillo de dientes, respectivamente. Si sigo estando insatisfecho, ni la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ni el Tribunal Europeo de Justicia, atenderán mi demanda. El pasajero global tiene que acudir a un tribunal nacional en el cual el asunto se resuelva de acuerdo con la ley nacional.

El debate sobre la globalización comete un error si desatiende por completo las instituciones jurídicas que tienen el propósito de promover los intercambios internacionales y transfronterizos. Pero de ninguna manera significa esto que los discursos jurídicos ofrezcan un cuadro realista de los cambios y tendencias en la sociedad mundial. Primeramente, las convenciones internacionales dependen de estructuras de implementación muy diversas en todo el mundo. La “brecha” a que se hace referencia en muchos estudios de sociología del derecho es mucho más amplia entre el derecho internacional y la práctica jurídica, de la que existe entre ésta y el derecho nacional. En segundo lugar, los sistemas jurídicos nacionales son casi siempre incapaces de reconocer las especificidades de un asunto transfronterizo, en comparación con uno nacional. Y, finalmente, los actores globales con frecuencia le dan la vuelta a las instituciones jurídicas a través medios legítimos, como los contratos de la *lex mercatoria*, o ilegítimos, como la mafia, el lavado de dinero o el tráfico de armas.

Una teoría evolutiva del derecho, apoyada por la mayoría de los sociólogos del derecho después de Max Weber, predeciría que el mundo globalizado desarrollará reglas universales, una judicatura independiente y una burocracia racional formal por encima del Estado nacional. Pero nada nos autoriza a esperar el surgimiento de un Estado mundial, con una legislatura, tribunales y estructuras administrativas. Además, se ha observado que ya en el nivel del Estado nacional, el derecho en general se ve amenazado por una sociedad crecientemente plural y diferenciada. En el plano global, evidentemente más plural y diferenciado, un derecho universal no solamente podría ser ineficiente, sino contraproducente, y conducir a la inseguridad y la impredecibilidad, debido a las diferencias de intereses, valores y enfoques metodo-

lógicos en la interpretación y aplicación de sus reglas. No obstante estas admoniciones, la teoría evolutiva del derecho orienta a los estados y las organizaciones internacionales en la producción de normas de derecho público y privado a través de convenciones internacionales que pretenden aplicación universal. Pero difícilmente ninguna de estas convenciones logra la meta de la universalidad. Por lo común, se considera un gran éxito que una convención sea ratificada por unos treinta o cuarenta países. Y las diferencias de interpretación se producen regularmente entre los países miembros de una convención. Con sus largas tradiciones codificadoras, Europa tiene particular interés en la unificación del derecho. Como se considera que las diferencias en el derecho público y privado funcionan como barreras no arancelarias que distorsionan la competencia e incrementan los costos de transacción, existe la idea compartida de que deben ponerse en la agenda la unificación y la armonización no sólo del derecho económico público, sino también del derecho privado, en particular el derecho de los contratos y de la responsabilidad civil.

Las limitaciones que enfrentan las convenciones internacionales han conducido a los politólogos y a algunos sociólogos del derecho a buscar formas no jurídicas de creación normativa global, como los regímenes internacionales, las redes entre organismos administrativos y no gubernamentales, las comunidades epistémicas en las humanidades y las ciencias, las instituciones de negocios que crean normas comerciales y códigos de conducta, los mega-despachos internacionales de abogados que redactan contratos complejos o los “clubes” de arbitraje internacionales. Pero dentro de estos enfoques, la referencia al proceso de creación de reglas sigue siendo el mismo. La cuestión de si estas reglas no jurídicas logran una gobernanza jurídica más eficiente o un mayor grado de seguridad jurídica sigue sin respuesta, o la respuesta resulta muy especulativa. Una de estas respuestas especulativas es que tales reglas son consideradas más adecuadas por los actores globales, por ser menos universales y por tomar más en cuenta las características específicas de una rama comercial o de un sector de la producción globalizada o a una empresa multinacional.

El enfoque contrario, que trata de complementar el foco en la creación de reglas, observa el comportamiento de las personas, de las empresas o las instituciones que actúan globalmente. ¿Es posible explicar los negocios internacionales, los viajes, las transacciones financieras o el establecimiento y disolución de relaciones familiares multiculturales por la existencia de reglas jurídicas y no jurídicas? O bien, ¿puede lograrse la gobernanza y la seguridad jurídica a través de otros mecanismos, como la elección racional, el poder económico o las relaciones de confianza, autoridad y dependencia, como sucede particularmente entre la gente de negocios china en todo el mundo (*guanxi*)? Los enfoques económicos tienden a explicar el comportamiento principalmente a través de categorías utilitarias. La economía institucional añade como variables explicativas las instituciones, y recientemente también las reglas, pero hace poco por explicar el comportamiento de manera empírica. Es más probable, entonces, que esta clase de información sea producida por la sociología y la antropología jurídicas.

El resumen de nuestros estudios empíricos no confirma las hipótesis subyacentes al evolucionismo optimista de los legisladores internacionales que pretenden lograr reglas universales, así como tampoco la hipótesis sostenida en el debate sociológico y socio-jurídico actual, en el sentido de que los actores no estatales podrían tener más éxito en cubrir la brecha normativa. Nuestra investigación sugiere que la creación de reglas globales tiene, en general, una relevancia menor en la orientación de las transacciones globales y en la producción de seguridad jurídica global. La mayoría de los actores globales ni siquiera está consciente de esas reglas jurídicas o comerciales. Lo mismo puede decirse de los jueces, abogados y gente de negocios.

Por lo que se refiere al papel del Estado nacional, podemos añadir algunas nuevas ideas al cuadro. Ciertamente, la hipótesis de un Estado débil en los asuntos globales se refiere sobre todo a las cuestiones de la gobernanza global, a las empresas multinacionales y a los magnates financieros, como actores que se encuentran totalmente fuera del alcance del Estado y las admi-

nistraciones internacionales. Sin embargo, hay que hacer notar que en las cuestiones de derecho privado y en los casos en que participan actores menores poderosos, el Estado nacional todavía desempeña un papel determinante.

Es cierto que con frecuencia las instituciones estatales no están bien adaptadas a los cambios orientados a la internacionalización y la globalización, pero esto no parece ser una cuestión de principio, como lo sugiere la teoría del Estado débil.

Desde un punto de vista sociojurídico, parecen particularmente interesantes nuestras observaciones respecto de la orientación normativa de los actores globales. Nosotros señalaríamos que los patrones de orientación jurídica predominantes son diferentes en el nivel del comportamiento global que en los patrones a los que estamos acostumbrados a encontrar en las culturas jurídicas nacionales (“modernas”): las reglas son menos importantes para crear seguridad jurídica que el soporte institucional:

- Las Cámaras de Comercio italianas han creado recientemente una estructura altamente elaborada para el soporte del comercio internacional, pero no participan en la producción de reglas (ni jurídicas ni comerciales). La asesoría jurídica es reducida y —para nuestra sorpresa— prácticamente no se ofrece el arbitraje a la comunidad de negocios.
- El sostenimiento transfronterizo de los hijos sigue siendo altamente precario, a pesar de las numerosas convenciones internacionales que tienen el propósito de asegurar estas reclamaciones. En Alemania, tales reclamaciones (tanto las presentadas como las recibidas) son manejadas exitosamente por una institución semiprivada en Heidelberg, la cual utiliza contactos establecidos en otros países para evaluar, en cada caso, los riesgos jurídicos y económicos de proseguir la reclamación. Sin tal soporte, estas reclamaciones no son llevadas adelante.
- El desahogo de pruebas o la notificación de demandas en el extranjero, la devolución de niños a su país de residencia

cuando uno de los padres los ha llevado sin autorización al extranjero, etcétera, son procedimientos regulados por las convenciones internacionales de La Haya. Sin embargo, estas convenciones están lejos de haber logrado la unificación de la práctica jurídica. Su éxito depende del soporte institucional local, como la existencia de una autoridad central activa, un servidor público experimentado que tenga conocimientos de lenguas extranjeras en el tribunal nacional, un fiscal, un juez o un abogado, que no tengan temor de enfrentar la complejidad adicional de un asunto internacional. Cuando este tipo de soporte no está disponible, el litigio judicial transfronterizo es abandonado rápidamente.

- Las demandas transfronterizas son litigadas preferentemente ante tribunales que han institucionalizado algún grado de conocimiento especializado de los asuntos internacionales, como sucede con el Tribunal Comercial de Londres, las salas para asuntos comerciales en los tribunales alemanes de primera instancia, las salas internacionales en los tribunales de Hamburgo. La disposición a aplicar las convenciones internacionales también es baja entre los jueces experimentados (excepto en los asuntos relativos al transporte y el derecho marítimo), pero ellos parecen entender mejor las peculiaridades de las transacciones internacionales (como los riesgos contractuales, las dilaciones típicas, los problemas derivados del idioma, las fallas en la comunicación). Esto es particularmente cierto en la Corte Suprema de Nueva York, en la que los asuntos internacionales son una realidad cotidiana y donde hay despachos de abogados con experiencia en el derecho extranjero y los negocios internacionales con capacidad para representar a clientes internacionales.

Estas observaciones apoyan las teorías sociológicas que apuntan a las diversas vías por las cuales las sociedades dan soporte a las expectativas normativas: los actores basan sus expectativas en valores compartidos, en roles, o en una persona bien conocida.

Estos cuatro patrones de integración de las expectativas normativas son relevantes tanto a nivel interno como global. La única cuestión abierta es saber en cuál de estos cuatro niveles se ofrece o se solicita el soporte jurídico para asegurar las expectativas normativas. En las culturas jurídicas nacionales de las sociedades modernas, es claramente el nivel de los programas el que generalmente ofrece un grado elevado de seguridad en el comportamiento cotidiano. En las culturas jurídicas globales, la seguridad jurídica parece ubicarse en un nivel de abstracción más bajo: el nivel de los roles. Sin soporte institucional, los intercambios jurídicos resultan irremediabilmente inciertos. Paradójicamente, si bien las culturas jurídicas nacionales son universalistas (es decir, se basan en reglas abstractas y generalizadas), las culturas jurídicas globales son particularistas (esto es, se fundan en estructuras de soporte muy específicas).

La afirmación de que el aseguramiento de las transacciones globales en el nivel de los programas resulta un fracaso puede parecer excesivamente crítica respecto de los esfuerzos encaminados a elaborar un derecho global. El derecho estatal y las convenciones internacionales son relevantes, porque la mayoría de las instituciones nacionales e internacionales que han sido creadas para dar soporte a los tratos transfronterizos y para asegurar las reclamaciones jurídicas gozan de algún fundamento jurídico. Para ser más específicos y correctos, hay que reformular nuestra hipótesis en el sentido de que:

- Los esfuerzos jurídicos tienen el mayor éxito cuando crean instituciones (como las autoridades centrales o una sala especializada en un tribunal).
- Estos esfuerzos tienen un éxito más reducido cuando crean procedimientos (como lo hace la Convención de Bruselas para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Civiles y todas las convenciones de La Haya sobre derecho internacional privado).
- Los menos exitosos son aquellos esfuerzos que crean derecho sustantivo (como la Convención de Naciones Unidas sobre

los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías).

Estas afirmaciones ciertamente plantean una crítica al movimiento de unificación del derecho, que actualmente está muy activo en el discurso académico europeo, pero también en instituciones como Unidroit o Uncitral. Por otro lado, tienden a dar sustento a los enfoques del *common law* respecto de la globalización jurídica. Los tribunales con experiencia internacional podrían crear precedentes con base en el razonamiento del *common law*, los académicos internacionales podrían producir doctrinas globales sustentadas en la jurisprudencia y el derecho internacionales, los despachos podrían redactar los contratos para cualquier propósito global. Tal enfoque es incrementalista, lento, caótico y opaco, por tanto, una pesadilla para los juristas romanistas. Es obvio que también crea enormes problemas para la participación y el control democráticos, pero probablemente es más adecuado para una sociedad mundial pluralista, caótica y altamente compleja.