

Globalización y pluralismo jurídico

Aura Esther Vilalta

PID_00189081

Índice

1. El fenómeno de la globalización: la relación y los efectos entre los procesos de desarrollo social y el derecho; la globalización y el derecho	5
1.1. La relación y los efectos entre los procesos de desarrollo social y el derecho	5
1.2. La globalización y el derecho	7
2. El pluralismo jurídico. Noción y orígenes	10
3. Efectos en el derecho: <i>Hard Law</i> y <i>Soft Law</i>. El derecho consuetudinario y la <i>Lex mercatoria</i>. El denominado <i>Cyberlaw</i>. Crisis de la clásica distinción entre derecho público y derecho privado	14
3.1. <i>Hard Law</i> y <i>Soft Law</i>	14
3.2. El derecho consuetudinario y la <i>Lex mercatoria</i>	15
3.3. El <i>Cyberlaw</i>	17
3.4. Crisis de la clásica distinción entre derecho público y privado	17
Bibliografía	19

1. El fenómeno de la globalización: la relación y los efectos entre los procesos de desarrollo social y el derecho; la globalización y el derecho

1.1. La relación y los efectos entre los procesos de desarrollo social y el derecho

El estudio del fenómeno de la globalización invita a una aproximación multidisciplinar porque es la perspectiva plural la que permite conocer cómo la gente, las comunidades y las organizaciones, más allá de las fronteras geográficas y los sistemas nacionales, construyen y desarrollan normas para la organización de sus propios intereses. Se obtiene, de este modo, una idea de su impacto en las estructuras, en la organización y en el derecho, en su complejidad.

Los términos *globalización* y *pluralismo jurídico* despiertan no pocos recelos en algunos estudiosos. Paolo Grossi (2000) llega a describir la globalización en términos de situación de cierto dominio político, económico y social a nivel mundial de las grandes empresas multinacionales y como vocablo que, derivado de la traducción inglesa *globalization* de origen norteamericano, se corresponde con la primacía de su poder económico sobre el mercado, razón por la cual, sostiene, ha despertado muchas susceptibilidades. Voces críticas como las de Ugo Mattei o Laura Nader nos advierten asimismo de los peligros del neoliberalismo expansivo y del capitalismo de mercado, que impondría sus propias reglas y abandonaría los principios democráticos. Sin embargo, *globalización* es un término que nos ayuda a describir una realidad y nos suministra una perspectiva útil en el análisis de la pluralidad de vías a través de las cuales los comportamientos y las normas tienden a expandirse en nuestro siglo XXI (Berman, 2007). En este sentido, puede afirmarse que la globalización, en su vertiente de fenómeno económico, se dirigiría al sujeto principalmente no en su condición de ciudadano de un país, sino particularmente en su calidad de *homo economicus* (Grossi), y al tráfico socioeconómico que genera en el ámbito transnacional, teniendo en cuenta la movilidad de los flujos económicos.

Esta perspectiva de la globalización no es, sin embargo, nueva, sino que se conoce desde la propia expansión romana y, con particular intensidad, en la época medieval con la apertura de los mercados a otros continentes. Las exigencias de la economía y del propio mercado han tendido a confluir y devienen un vector único que preconfigura una especie de “aldea global”, donde todas las empresas, incluso las pequeñas y de mediana dimensión, buscan el modo de extender su propia actividad. En la actualidad, sin embargo, el fenómeno de globalización brevemente apuntado presenta perfiles nuevos que no debieran pasar inadvertidos. Su impulso ya no se debe única y exclusivamente a una economía expansiva, aunque sin duda este último aspecto coadyuve



Globalización

decididamente. Se trata de un factor relativamente reciente que ha dado un nuevo y renovado impulso a esta tendencia: nos estamos refiriendo, efectivamente, a las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), Internet, la Web y la sociedad de la información o sociedad en red (Berners Lee, 2000; Castells, 2006). En esta nueva realidad, globalización es un proceso que construye un sistema social con capacidad de trabajar e interactuar como una unidad a escala planetaria (Castells, 2008). En esta “era digital” las redes de comunicación, Internet y los medios han generado y extendido la esfera pública, lo que ha dado lugar a una sociedad civil “global” y a nuevas formas de gobierno que superan los límites territoriales de los estados nacionales.

La actual revolución tecnológica centrada en el procesamiento de la información y en las tecnologías de la información ha modificado asimismo las condiciones de generación de conocimiento. Internet deviene un “instrumento de comunicación horizontal, global, libre y no controlable” que crece, entre otros factores, gracias al fenómeno *hacker*, a la iniciativa empresarial y a formas culturales alternativas, a escala mundial. De modo que hoy “no se puede entender el movimiento antiglobalización sin entender las formas de organización comunitarias y de difusión de ideas y de debates a escala global: de lo global a lo local y de lo local a lo global” (Castells). Es también la revolución tecnológica la que está propiciando que los individuos accedan a espacios abiertos, de encuentro, a fuentes de información variada que facilitan la libertad de expresión y de información y el desarrollo de una opinión pública diversa, plural y más democrática. La sociedad del conocimiento constituye por ello un nuevo paradigma tecnológico que tiene una expresión fundamental en Internet (Castells), con una dimensión cultural sin precedentes.

Invitamos por ello a abordar esta temática desde una perspectiva sociológica y jurídica, a partir de la lectura de algunos artículos de referencia en la literatura científica que describen esta realidad compleja.

Lecturas recomendadas

P. S. Berman (2007), con su idea de hibridación defendida en su trabajo “Global Legal Pluralism”. *Southern California Review* (vol. 80, pág. 1155); *Princeton Law and Public Affairs Working Paper* (núm. 08-001). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985340&rec=1&srcabs=1010105. El autor aboga por entender el pluralismo legal como una “hibridación” más que como adopción de un criterio excluyente; y sostiene que la armonización universal no es realizable completamente, el criterio soberanista no atiende a la múltiple realidad existente. Propone, en consecuencia, configurar un marco global que permita gestionar la hibridación, a través de mecanismos, instituciones y prácticas en cuyo ámbito impere el criterio de tolerancia y de diálogo.

B. T. Tamanaha (2007), a través de su ensayo “Understanding Legal Pluralism: past to present, local to global”. *Sydney Law Review* (vol. 29). *St. John's Legal Studies Research Paper* (núm. 07-0080). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105. Lleva a cabo una contextualización histórica del pluralismo legal y subraya luego la dificultad de que la noción de “pluralismo legal” gane popularidad y pueda consolidarse, debido a la imposibilidad conceptual de consensuar qué es derecho desde una perspectiva pluridisciplinar.



Comunidad global

1.2. La globalización y el derecho

La globalización no ha despertado todavía, a pesar de lo expresado, la merecida atención de los juristas. La aproximación a este fenómeno por parte de los estudiosos ha sido llevada a cabo, hasta el momento, principalmente desde la sociología jurídica, con el análisis y la descripción de la realidad, de las instituciones y de las prácticas.

El término *globalización* es identificado, de este modo, con la idea de libertad, pero también con la desterritorialización, la primacía de la economía en detrimento de la política y el eclipse del estado y de su soberanía (Grossi, De Martino). Sus efectos en instituciones, cultura y mentalidad jurídica son en cualquier caso significativos. Ha aumentado la importancia de los entes internacionales que gestionan el comercio y disciplinan la economía y las finanzas, al propio tiempo que está poniendo en entredicho algunas funciones de los estados. Para Patti (2008), ha supuesto un debilitamiento paralelo de los estados nacionales, al escapar de su control la economía y las fuerzas del mercado, a la vez que se han incrementado los flujos. En este ámbito, son muchas las decisiones que se adoptan a nivel supranacional, lo que ha llevado a muchos estudiosos a poner en tela de juicio la soberanía de los estados. El eclipse de la producción de derecho de origen estatal en favor de otros órganos supranacionales que disponen de sus propios canales de producción es una manifestación de ello. Las fuentes de derecho se amplían; de esta manera, al lado de las fuentes que son resultado de la voluntad política soberana de un país emergen otras, resultado de fuerzas económicas, sociales o culturales.

Paralelamente, la globalización de las relaciones jurídicas obliga al derecho a fijar en muchos aspectos las reglas de juego del mercado y de los comportamientos en la Red. Se podría afirmar, en este sentido, que el fenómeno de la globalización cuenta con dos motores de naturaleza distinta: económico y social. Las diferencias y la diversidad existente en el mercado y en la Red tienden sin embargo a atenuarse en este nuevo contexto en favor del intercambio y de la comunicación, y el derecho asiste al fenómeno y está llamado a ofrecer soluciones, e incluso a disciplinarlo.

Debe decirse que la globalización en el ámbito del derecho es, en primer lugar, un fenómeno histórico. De ahí que haya sido abordada por juristas de derecho histórico y por la comparatística a través de sus análisis horizontales y verticales. En opinión de muchos autores, la globalización se expande a partir de la experiencia jurídica del *Common Law*: un derecho que no surge de un poder legislativo, sino de la producción diaria de los jueces en su interpretación y creación de precedentes. No obstante, debe señalarse que en el orden medieval ya existía una estructura pluralista. Y hoy, nuevamente, la actual y progresiva descomposición del “orden” estatal, de naturaleza piramidal, formalmente hermético, sin lagunas y coherente, se produce en favor de un orden pluralista y no estatalista (Grossi, 2000). El modelo de la globalización, la cultura y la

mentalidad se exportan luego a todo el mundo para convertirse en el nuevo canon de la legalidad. Así, podemos dibujar a grandes trazos, aun a riesgo de simplificar excesivamente, **dos grandes momentos históricos**:

- **Monismo jurídico.** Constituiría un primer momento histórico, que se prolongaría hasta el mismo siglo XX. La cúspide de este periodo corresponde a la época del positivismo jurídico, con el monopolio absoluto de la producción jurídica por parte del estado moderno y una teoría que identificaba el derecho con la producción del legislador. El iluminismo jurídico del siglo XVIII abogó por la primacía de la ley y por el principio de legalidad, que implicaba control jurídico. Ello supuso un proceso de codificación en muchos estados (*Civil Law*). De este modo se fija el derecho y se atribuye certeza jurídica al sistema. El positivismo identifica lo jurídico con lo normativo, y este último con lo legislativo. En este periodo la normativa emanaba de entidades estatales porque la función legislativa correspondía en exclusiva a la soberanía de los estados. Ello no ha obstado a que se reconociera también el derecho emanado de entes no estatales, el desarrollo del *ius gentium*, o el reconocimiento de principios generales de derecho. De este modo, el derecho internacional se ha ido conformando paulatinamente con la normativa promulgada por las distintas naciones estado, los tratados bilaterales y multilaterales, la actividad de Naciones Unidas y los pronunciamientos de algunos tribunales internacionales.
- **Pluralismo jurídico.** Constituiría un segundo momento cuyo florecimiento podríamos situarlo tras la Segunda Guerra Mundial. Como recuerda Mattei, la elaboración del “Estado de Derecho” o el “*rule of law*” constituye uno de los aspectos fundamentales de la tradición jurídica occidental. Tras la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, esta tradición cede a los modelos americanos que empezaron a circular, lo que favoreció una globalización en el modo de analizar el derecho. En ese momento también, el reconocimiento de la Carta de Derechos del Hombre permitió que los sujetos pudieran hacer valer sus derechos inviolables, frente incluso a los propios estados nacionales. Aparecen también en el panorama internacional nuevos actores, entidades no estatales, organizaciones no gubernamentales (ONG) que operan a nivel internacional y que, a falta de un marco legal adecuado a sus necesidades, han procedido a emanar estándares y normativa muy heterogénea.

Este importante desarrollo de la normativa internacional y del derecho internacional no puede ser abordado ni comprendido sin el análisis previo de la nueva realidad a la que responde, más allá del estudio de los sistemas normativos nacionales y la normativa emanada de los organismos intergubernamentales. En este sentido, puede afirmarse que la irrupción de nuevos actores y operadores al margen de los estados nacionales ha sido determinante en esta inflexión.

La ley continúa siendo fuente de derecho, investida de la soberanía. Sin embargo, la existencia de otras fuentes relativiza su importancia. Mientras que el derecho que emana de los estados es un derecho sometido al control de legitimidad y validez, el que emana de organismos no gubernamentales parece regirse por criterios de eficacia y escapa, al menos aparentemente, a dicho control constitucional.

En este nuevo contexto, los estados han procedido, progresivamente, a integrar en sus propios ordenamientos jurídicos muchos de estos principios y previsiones de carácter normativo que tienen un origen transnacional. De la misma manera, los operadores jurídicos, cada vez con mayor intensidad, recurren a este complejo legal para informar a su propio sistema jurídico. Este mutuo contacto ha contribuido en algunos ámbitos a la armonización y uniformización de prácticas y procesos.

También la tecnología de la información ha dejado su impronta: el mercado y las transacciones a nivel transnacional se han visto incrementadas. Internet y la Web semántica, como se verá, son dos factores clave en el citado desarrollo.

Como consecuencia de ello, las fuentes del derecho en los distintos sistemas jurídicos se han visto afectadas. A las tradicionales de origen puramente estatal se añaden otras de filiación muy diversa. El resultado ha sido una apertura de los sistemas constitucionales y algunos problemas de encaje.

Este nuevo panorama internacional ha sido poco analizado todavía por parte de los cultores del derecho. La aproximación a este nuevo espacio ha sido llevada a cabo con mayor intensidad por pensadores de otros ámbitos: sociólogos, politólogos, antropólogos, economistas, etc. Y, si bien la resistencia a abordar el fenómeno de la globalización desde una perspectiva jurídica responde a razones diversas, el déficit democrático del nivel normativo supranacional es, sin duda alguna, uno de los principales problemas apuntados por la doctrina científica y constituye el mayor de los retos que debe ser afrontado por los estudiosos del derecho.

Por ello se propone, para finalizar, la observación del fenómeno de la globalización desde el prisma jurídico sin perder de vista la perspectiva de la internacionalización.

Lectura recomendada

P. De Miguel Asensio (2003). "Algunas tendencias jurídicas de la globalización". En: *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad* (pág. 47 a 84). Madrid: BOE/AEPDIRI. Colección Escuela diplomática, núm. 7.

2. El pluralismo jurídico. Noción y orígenes

Desde una perspectiva jurídica, el derecho podría describirse como el conjunto de normas vinculantes que regulan las actividades y conductas humanas. Desde un punto de vista más sociológico, el derecho es el instrumento del que se dota toda organización social para el logro de sus dos objetivos o inclinaciones naturales más básicas (de conservación y perfeccionamiento) mediante la articulación de ciertas reglas o pautas de comportamiento, habitualmente decididas y aceptadas por los individuos que la conforman. El derecho sería, por tanto, el medio a través del cual las sociedades persiguen garantizar su perpetuación –paz social– y su progreso. Y se materializa por medio de la calificación de determinados actos y comportamientos (segmentos determinados de la vida) y de la disposición de reglas de convivencia válidas y aceptadas.

La dificultad de fijar un concepto o descripción de “derecho” que resulte válida para todas las perspectivas posibles en el ámbito del conocimiento constituye un serio obstáculo para su desarrollo y para la concepción de una idea de pluralismo jurídico como construcción práctica y no simplemente teórica o descriptiva. Cada país, cada sociedad y cada tiempo adopta pautas o reglas distintas, por cuanto todo fenómeno normativo, como fenómeno social, es, en definitiva, un producto cultural.

El pluralismo jurídico, en el contexto de la globalización, ha sido abordado por los estudiosos de modo esencialmente descriptivo y desde múltiples ángulos –antropológico, sociológico, jurídico–, generando una extensa literatura que ha venido a denominarse como *legal pluralism* (Hooker, 1975; Gilissen, 1971; Vanderlinden, 1971; Griffiths, 1986, por citar algunos). Las corrientes sociológicas gozaron de un importante desarrollo entre los años setenta y ochenta y mantuvieron un posicionamiento muy crítico hacia los postulados tradicionales de centralismo jurídico. Vanderlinden, en el año 1971, subrayó la necesidad de distinguir entre pluralismo jurídico –entendido como coexistencia de manifestaciones jurídicas diversas, estatales y no estatales, en un mismo territorio–, pluralidad del derecho –como existencia de distintos derechos oficiales internos– y pluralidad de derechos –propio de la Edad Media, con diversidad de jurisdicciones–. Pospisil (1978) defendió la idea de la existencia de diferentes “niveles jurídicos” de tipo vertical o jerárquico, mientras que Sally Falk Moore (1986), tras llevar a cabo un importante trabajo de taxonomía y recopilación de la literatura existente en torno a los sistemas legales en el mundo, presentó su teoría acerca de los “campos sociales semiautónomos” de tipo horizontal. Griffiths, ese mismo año, en una obra de síntesis y revisión crítica de las diferentes posturas, se posiciona afirmando que el pluralismo legal es un atributo perteneciente al ámbito social y no al derecho. Una teoría descriptiva del pluralismo legal guarda relación con el hecho de que en un determinado espacio existen varias fuentes de derecho –no varios sistemas jurídicos– de distinta

proveniencia que resultarían aplicables. El pluralismo legal está referido a la pluralidad y heterogeneidad que atiende al hecho de que la actividad humana tiene lugar en un contexto de múltiples ámbitos sociales semiautónomos que se sobrepone. Una situación de pluralismo legal, que es la situación normal y omnipresente, es aquella en la cual el derecho y las instituciones jurídicas no son todas subsumibles en un solo sistema, sino que obtienen sus fuentes de otros ámbitos sociales presentes y sus actividades de autorregulación.

Desde las tesis “realistas”, la crítica hacia estos postulados se asentaría en el hecho de que no cualquier conjunto de normas es necesariamente derecho y este, como producto social, viene necesariamente producido por actores sociales cuyo reconocimiento de su autoridad ha resultado esencial desde los primeros tiempos. Desde esta perspectiva, no correspondería a los sociólogos ni a los antropólogos jurídicos el designar qué actores sociales tienen autoridad para producir derecho, ya que su cometido es esencialmente descriptivo.

También el derecho supranacional despierta susceptibilidades y es observado con mirada crítica cuando es apreciado como producto de la globalización. Para una corriente autorizada (por todos, Mattei & Nader), tras la caída del muro de Berlín se habría instaurado en todos los ambientes un pensamiento único. Más allá de las reflexiones que suscita esta cuestión, lo cierto es que el factor que hace del pluralismo jurídico algo relevante es el hecho de que, en la actualidad, numerosos y muy distintos cuerpos de derecho conviven y son guiados por principios y valores no siempre fácilmente conciliables. Esta situación genera incertidumbre entre los individuos y los grupos en la sociedad y, por lo tanto, comporta un conflicto potencial y significativo (Tamanaha, 2008). Los sistemas jurídicos de ámbito nacional estatal siguen desempeñando un papel importante en este contexto porque son el fruto genuino de la voluntad de sus nacionales y garantizan la protección de su identidad. Cada ordenamiento jurídico constituye un sistema complejo de previsiones normativas que responde a principios y valores generalmente fijados y garantizados. En los ordenamientos jurídicos democráticos, además, se halla controlado el ejercicio del poder y está garantizada la evitación del abuso mediante la separación de los tres poderes. El equilibrio y control recíproco entre estos impide la prevaricación y son las cartas constitucionales, situadas en la cúspide de los sistemas jurídicos, las garantes de su respeto. En los sistemas democráticos y sociales de derecho, además, el principio de legalidad es de rango constitucional, es decir, no se reduce al control de legalidad de la norma, sino de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que muchos preceptos constitucionales, con sus principios y valores, adquieren valor normativo y todo el complejo normativo emanado de la pluralidad de fuentes debe “pasar” el filtro de constitucionalidad. En el contexto de la globalización, qué duda cabe, estos ordenamientos jurídicos deben abrirse para conciliar la pluralidad y diversidad de fuentes con la idea de unidad del ordenamiento jurídico porque el pluralismo jurídico se caracteriza, siguiendo en esto a Grossi, por tres fenó-

menos relevantes: la descentralización, la fragmentación y la privatización. El control de legitimación constitucional será, en este estadio, un ejercicio continuo y necesario por parte del intérprete.

El estudio del derecho en este nuevo contexto global obligaría a tener en consideración algunos importantes aspectos:

- Replantear qué debemos entender por derecho, en sentido amplio.
- Considerar seriamente la importancia del contexto temporal, de lugar, de fronteras y distancia en las relaciones jurídicas y, por ello, contemplar el estudio y conocimiento interdisciplinario en el análisis del derecho.
- “Revisitar” el papel de las constituciones y de la soberanía nacional, con el objeto de alcanzar un justo equilibrio entre la autonomía privada y la heteronomía normativa en el marco de una sociedad democrática.

Veremos a lo largo de este estudio cómo en estas trascendentales cuestiones las posiciones que sustentan sociólogos y juristas son, en ocasiones, diferentes, lo que no significa que resulten necesariamente irreconciliables. La distinta filiación condiciona, mas no determina, la perspectiva adoptada y el modo de abordar el estudio del derecho. El objeto de observación es, sin embargo, el mismo y las aportaciones de unos y otros contribuyen, sin duda, a su mejor conocimiento.

Lecturas recomendadas

M. Galanter (1985). “The legal Malaise, or justice observed”. *Presidential address. Law and society review* (núm. 19:4, pág. 537). Expone las bases para la tesis del conocimiento contextual y explica cómo la multiplicidad de actores, de fórum y de normas permiten aseverar que la actividad legislativa ya no es objeto de monopolio oficial. El punto de vista centralista, de sistema legal monolítico, ya no resultaría suficiente para describir el derecho moderno.

P. Casanovas (2002). “Dimensiones del pluralismo jurídico”. *Actas del IX Congreso de Antropología FAAEE, Cultura y política. El recurso a la reciprocidad. Barcelona*. www.ub.edu/reciprocitat/GER_WEB.../Ponencia-Casanovas.pdf. Aporta una noción de pluralismo jurídico resultado de la “descripción” de una pluralidad de fuentes de producción jurídica, lo que presupone la aceptación de un pluralismo cognitivo, consistente en la descripción de la pluralidad de formas de producción. Alineándose con las posiciones de Roderick Macdonald y Franz Von Beckman, sostiene que el pluralismo jurídico implica asimismo una posición de construcción práctica y no simplemente teórica.

Trabajo de Paul Shiff Berman señalado anteriormente que, en su propuesta de comprensión holística del derecho en un mundo interconectado, habla de posible orden normativo transnacional. Para ello, sugiere el estudio de algunos aspectos teóricos por parte del mundo académico. En opinión de Berman, la globalización puede contribuir al conocimiento –por parte de los estudiosos del derecho– de un mundo de crecientes redes transnacionales no gubernamental, de jurisdicciones extraterritoriales y de fronteras permeables. Para este autor, si partimos de que en el contexto descrito, el conflicto normativo entre sistemas legales que se sobrepone es inevitable (e incluso, en opinión de Berman, hasta deseable, como fuente de nuevas ideas que amplía el discurso), esta situación nueva puede ser abordada de distintas maneras: bien mediante la imposición de criterios soberanistas y territoriales con el uso de normas de conflicto; bien por medio de la armonización y universalización de esquemas, procesos, instituciones, o bien mediante la gestión conjunta, en su complejidad.

P. S. Berman. "From International Law to Law and Globalization". *Columbia Journal of transnational law* (núm. 43, pág. 485 a 556). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700668

A. Sánchez Castanyeda (2006). "Los orígenes del pluralismo jurídico". *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* (tomo I: *Derecho romano. Historia del derecho*). <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf>. Se trata de un breve capítulo sobre los orígenes de la noción de pluralismo jurídico.

R. Michaels (2009). "Global Legal Pluralism". *Annual Review Law & Social Science* (vol. 5). *Theory Research Paper* (núm. 259). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1430395>.

3. Efectos en el derecho: *Hard Law* y *Soft Law*. El derecho consuetudinario y la *Lex mercatoria*. El denominado *Cyberlaw*. Crisis de la clásica distinción entre derecho público y derecho privado

3.1. *Hard Law* y *Soft Law*

La distinción entre *Hard Law* y *Soft Law* puede residir, a riesgo de simplificación, en el carácter vinculante de la normativa del primer grupo, frente al resto. El *Soft Law* comprendería la extensa variedad de leyes modelos y recomendaciones cuyo común denominador sería no resultar vinculantes, no obligar a su observancia, ni a particulares ni a organismos o estados; comprende el conjunto de reglas de conducta, estándares y prácticas que, aun cuando no resulten preceptivas, gozan de cierta implantación y provocan ciertos efectos prácticos.

Según Snyder, el denominado *Soft Law* resulta particularmente adecuado para promover la cooperación, al tiempo que se preserva la soberanía y permite a los estados adaptar los compromisos que contienen sus preceptos a las peculiaridades y necesidades del territorio, y no a la inversa. También la flexibilidad es una característica significativa del *Soft Law*, dado que consiente la renegociación o modificación de los acuerdos, si las circunstancias lo exigen, de un modo sencillo y rápido. Este aspecto es hoy particularmente importante en una sociedad cambiante, animada por la tecnología y la globalización. Otra característica del *Soft Law* es la simplicidad y la velocidad con la que se conforma porque no requiere ni procedimientos formales complejos ni la ratificación por parte de los estados. Su carácter abierto y su proceso de formación habitualmente participativo permiten integrar el interés de partes muy diversas y favorecen la transparencia. Finalmente, cabría también señalar que el *Soft Law* constituye, en muchas ocasiones, la antesala de un instrumento legal vinculante o *Hard Law*.

La actual exaltación de la diversidad cultural y política de la comunidad internacional dificulta la generación de convenciones internacionales (*Hard Law*) de derecho material uniforme. A mayor abundamiento, las influencias centrífugas entre los estados generan interpretaciones divergentes acerca del contenido de tales instrumentos vinculantes, lo que provoca la desintegración de la uniformidad perseguida, en fase aplicativa, de modo que las fórmulas de *Soft Law* manifiestan gran atractivo en este contexto. Esta proliferación de instrumentos regulatorios no vinculantes muta la concepción iuspositivista tradicional, sustituyendo un sistema de fuentes jerárquicamente organizado en sentido piramidal por un sistema horizontal, abierto, subsidiario, flexible y tendencialmente compatible con los ordenamientos nacionales. Tales reglas

son fruto de una *communis opinio doctorum* que filtra y elimina diferencias en los distintos ordenamientos jurídicos, con independencia de su filiación. Se trata de un mecanismo de “uniformidad persuasiva”, modelo para los legisladores nacionales, que predispone a que la normativa interna se adecue a sus principios. No son texto normativo impuesto por un poder legislativo, pero tienen natural tendencia persuasiva y acaban siendo recogidos en instrumentos de *Hard Law* (Sbordone, 2008).

3.2. El derecho consuetudinario y la *Lex mercatoria*

La denominada *Lex mercatoria*, entendida de modo amplio como el derecho del comercio internacional, está constituida por el conjunto de reglas de tipo consuetudinario que emergen de manera espontánea en el comercio internacional por los sujetos que operan en él, con objeto de regular las relaciones contractuales y extracontractuales que se derivan de este, de evitar los conflictos o, incluso, de solucionarlos.

Históricamente podemos situar el momento de su mayor florecimiento en el Bajo Medioevo, con la expansión del comercio transoceánico y de las relaciones comerciales, que requerían soluciones más ágiles que las propuestas por el *ius civile*. A partir de entonces, ha sufrido varias fluctuaciones, ciclos de expansión y receso, derivados principalmente de las políticas adoptadas por los estados para la salvaguarda de sus mercados. Con la Revolución industrial adquiere renovado impulso, gracias a la producción en masa, al desarrollo de los medios de transporte terrestre y marítimo, así como a la necesidad de ampliar los mercados. Y ya en el siglo XX hace irrupción también el derecho internacional privado, se disciplina el régimen de las normas de conflicto y se extiende el uso del arbitraje internacional para la resolución de sus disputas.

La *Lex mercatoria* no es fuente de derecho, pero resulta aplicable cuando las partes contrayentes insieren en sus contratos cláusulas explícitas que la contemplan. Como si de una costumbre se tratara, son la repetición de su uso (*diuturnitas*) y la opinión o creencia de su efecto vinculante entre las partes (*opinio iuris ac necessitatis*) los dos aspectos que la identifican.

La existencia de tal diversidad de ordenamientos jurídicos y el desconocimiento acerca de las consecuencias que puede suponer en una relación jurídica o negocio jurídico provocan un problema de inseguridad en los operadores en su actividad transnacional. Los convenios o convenciones internacionales han desempeñado en este ámbito un importante papel, ya que han favorecido la creación de un marco normativo homogéneo que, al tiempo que permite superar los problemas derivados de la diversidad de soluciones que ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos, los dota de una disciplina equilibrada que tiene en cuenta los distintos intereses en juego. Estos instrumentos legales supranacionales, una vez ratificados por los distintos estados, entran a formar parte de su sistema de fuentes, de modo que su respeto deviene imperativo.

Aun en los casos en los que no se ha adoptado un instrumento vinculante para los estados, la existencia y circulación de modelos jurídicos, de leyes uniformes, de recomendaciones, de códigos de conducta, prácticas comerciales y otros usos han favorecido en muchas ocasiones la mutación de los criterios adoptados por los operadores jurídicos y los tribunales en la interpretación de su propio derecho. Constituyen *Lex mercatoria*, como botón de muestra, los reglamentos de los distintos tribunales arbitrales internacionales (por ejemplo, ICC), las cláusulas contractuales CIF o FOB, los INCOTERMS para la ventas internacionales o la regulación que lleva a cabo un sector específico de la economía (por ejemplo, IATA respecto al transporte aéreo).

La *Lex mercatoria* goza de luces, pero también de algunas sombras. En el ámbito contractual y societario, la producción y comercialización de bienes se llevan a cabo, en la práctica, en países donde las condiciones resultan más ventajosas para los empresarios, de modo que la realidad atestigua que se produce una inclinación a concertar acuerdos comerciales con países diversos, pero en condiciones tendencialmente iguales, y estas son las que impone la empresa productora o comercializadora. De modo que, finalmente, viene a implantarse un modelo que supera los controles internos de los estados gracias a los instrumentos económicos que, *de facto*, consiguen que se respeten los términos del contrato. Estas prácticas uniformizan los contratos (por ejemplo de venta, de distribución) en todo el mundo, sin perjuicio de la diversidad de derechos nacionales existente (Patti, 2008).

Es un fenómeno que produce, asimismo, sensibles efectos constitucionales. Para algunos autores implica una cierta desarticulación del sistema, el derecho constitucional pierde su “techo nacional”. De modo que se hace necesario repensar el fenómeno desde una perspectiva constitucionalista. El derecho constitucional, abierto, debe extenderse y adaptarse para conservar su propia razón de ser en un marco donde la globalización tiende también a expandirse. El constitucionalismo contemporáneo debe afrontar esta nueva pluralidad de espacios y la relación del derecho internacional con el derecho interno (Di Martino, 2010).

Sbordone (2008) explicita otros problemas de encaje de la *Lex mercatoria* en el contexto de los ordenamientos jurídicos. Carecerían de fundamento algunas opiniones tendentes a situar los contratos internacionales en un espacio “vacío” de derecho en el cual la autonomía privada de las partes no encontraría límites normativos ni tendría necesidad de reconocimiento alguno por parte de los estados. De ahí la sugerente reflexión acerca del necesario respeto de la autonomía privada de carácter internacional en justo equilibrio con la heteronomía normativa, sin la cual los individuos se verían privados de toda forma de tutela jurídica.

3.3. El *Cyberlaw*

Del mismo modo que el derecho afecta al desarrollo de la realidad, esta y su concreta manifestación con el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación están afectando de manera significativa al derecho. Se entiende por *Cyberlaw* el conjunto de cuestiones de carácter legal relacionadas con las tecnologías de la información en la Red, su comunicación y su distribución. Más que una especialidad dentro del derecho contractual o patrimonial, constituye un nuevo dominio que abarca áreas del derecho tales como propiedad intelectual, privacidad, libertad de expresión y jurisdicción.

Una de las cuestiones más problemáticas que se plantean en el ámbito del *Cyberlaw* es la jurisdicción y la soberanía de los estados. Dado que Internet no tiene límites territoriales geográficos, tampoco está sometida a una concreta jurisdicción. De modo que cada operación concreta que se realiza a través de este medio puede afectar a múltiples jurisdicciones, por razón de la nacionalidad de sus actores, de la presencia de Internet en un determinado país, del lugar donde efectivamente se llevará a cabo la prestación, etc. Esta circunstancia deviene en ocasiones compleja porque cada estado tiende a considerarse competente dado que la jurisdicción es una manifestación, junto con el poder legislativo y ejecutivo, de la soberanía de los países. Debido a la inexistencia de leyes internacionales uniformes relativas a la jurisdicción que resulten de aplicación universal, estas cuestiones tienden a solucionarse mediante la aplicación del derecho internacional privado y sus reglas.

Como, a mayor abundamiento, la estructura de Internet no se halla en un lugar geográfico concreto y los terminales de ordenador se encuentran diseminados por todo el globo, algunos teóricos se han planteado, como solución, considerar Internet como una entidad desligada de todo límite territorial, soberana y con gobierno propio (Johnson, Post, 1996, pág. 1402), regulada por sus propias entidades electrónicas, como, por ejemplo, los proveedores de servicios.

3.4. Crisis de la clásica distinción entre derecho público y privado

A riesgo de simplificar excesivamente, podría afirmarse que la actividad de los estados ha estado dirigida, tradicionalmente, a regular las relaciones de derecho público, coactivamente, con técnicas de *command & control* y con el monopolio de la violencia legítima. Paralelamente, los particulares han dispuesto de un instrumento básico para la regulación de sus relaciones jurídico-privadas, el contrato, y de un marco legal que correspondería al derecho privado (Salvador Coderch, 2004). En dicho contexto, el estado ha desempeñado sin embargo un papel importante al fijar las prácticas o modularlas –allá donde resulta necesario– para equilibrar intereses, para tutelar derechos indisponibles o dignos de protección y para prevenir y resolver las diferencias. El derecho privado ha contenido, de este modo, reglas imperativas y prohibitivas para

sujetar la libertad de configuración propia de la autonomía de la voluntad privada a los principios y valores que el ordenamiento jurídico garantiza. La distinción entre derecho público y privado es, en consecuencia, una clásica construcción doctrinal que ha servido durante un tiempo, aun con importantes limitaciones, a la explicación de por qué los principios que informan las relaciones entre los particulares y entre estos y la Administración Pública y el estado resultan distintos.

El proceso de globalización ha desplazado el debate del ámbito nacional al global y ha introducido nuevos componentes que evidencian, cada vez con mayor claridad, la poca utilidad de esta clasificación. Entre los estados y la sociedad emerge hoy una esfera pública mucho más compleja y abierta, asentada en redes de comunicación, capaz de influenciar en la toma de decisiones de los estados (Stewart, 2001). La distancia entre el espacio donde los temas y las cuestiones se producen (global) y el espacio donde estas cuestiones son administradas o gestionadas (estatal) es la razón de algunas crisis de los sistemas tradicionales: crisis de eficiencia (porque los problemas no pueden ser gestionados de manera adecuada), crisis de legitimidad, crisis de identidad y crisis de equidad por efecto de las fuerzas del mercado global (Castells, 2009, pág. 82).

Lecturas recomendadas

M. Castells (2009). "The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2008, 616: 78). También en Daya Kishan Thussu (ed.). *International Communication: a Reader*. Nueva York: Routledge. <http://ann.sagepub.com/content/616/1/78.full.pdf+html>

D. Johnson; D. Post (1996). "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace". *Stanford Law Review* (monográfico en línea, vol. 48, pág. 1367) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=535

Bibliografía

- Berman, P. S.** (2007). "Global Legal Pluralism". [Monográfico en línea]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985340&rec=1&srcabs=1010105
- Berman, P. S.** (2005). "From International Law to Law and Globalization". *Columbia Journal of transnational law* (núm. 43, pág. 485-556).
- Berman, P. S.** (2005). "Choice of Law and jurisdiction on the Internet". *University of Pennsylvania Law Review* (vol. 153, núm. 6, pág. 1819).
- Bortolotti, F.** (1997). "Diritto dei contratti internazionali". Padova: CEDAM.
- Casanovas, P.** (2002). "Dimensiones del pluralismo jurídico". *Actas del IX Congreso de Antropología FAAEE, Cultura y política. El recurso a la reciprocidad*. Barcelona.
- Castells, M.** (1994). "Flujos, redes e identidades: una teoría crítica de la sociedad informacional". En: Manuel Castells y otros. *Nuevas perspectivas críticas en educación*. Barcelona: Paidós.
- Castells, M.** (1998). "La estructura social de la era de la información: la sociedad red". En: José Félix Tezanos; Rosario Sánchez Morales (eds). *Tecnología y sociedad en el nuevo siglo: segundo foro sobre tendencias sociales*. Madrid: Sistema, DL.
- Castells, M.** (2002). "Información, redes e identidades". En: Manuel Castells; Joël de Rosnay. *Claves para el siglo XXI*. París/Barcelona: UNESCO/Crítica.
- Castells, M.** (2006). *La sociedad red*. Madrid: Alianza.
- Castells, M.** (2009). "The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance". En: Daya Kishan Thussu (ed.). *International Communication: a Reader*. Nueva York: Routledge.
- Chon, M.** (1997). Radical Plural Democracy and the Internet. 33 Cal. West. L. Rev. 143, Spring.
- Cunha, P. F.** (1990). "Mito e Constitucionalismo (perspectiva conceptual e histórica) (Separata del vol. XXXIII del Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990) y Pensar o Direito. Vol. I. Do realismo clássico à análise mítica (Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pp. 343 y ss.)
- Draetta, U.** (1984). "Diritto dei contratti internazionali". Padova: CEDAM.
- Falk Moore, S.** (1986). "Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographical Resources". En: Leon Lipson; Stanton Wheeler (eds.). *Law and the Social Sciences* (11, 15).
- Ferrarese, M.** (1992). *Diritto e mercato-Il caso degli Stati Uniti*. Turín: Giappichelli, Presentazione.
- Ferrarese, M. R.** (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bolonia: Il Mulino.
- Frignani, A.** (1987). "Il contratto internazionale". En: *Trattato di diritto commerciale dell'economia diretto da Francesco Galgano* (vol. XII). Padova: CEDAM.
- Galanter, M.** (1985). "The legal Malaise, or justice observed. Presidential address". *Law and society review* (núm. 19:4, pág. 537).
- Galgano, F.** (1993). *Lex Mercatoria*. Bolonia: Il Mulino.
- Galgano, F.** (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bolonia: Il Mulino.
- Grossi, P.** (2000). "Globalizzazione e pluralismo giuridico". *Quaderni Fiorentini* (núm. 29, pág. 551-558).
- Grossi, P.** (2000). Globalizzazione e pluralismo giuridico (a proposito di: Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione-Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bolonia: Il Mulino).
- Grossi, P.** (2001). *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza.

- Habermas, J.** (2001). "Una nueva conciencia de comunidad" (So, Why Does Europe Need a Constitution?, trad. M. Everson, European University Institute-Robert Schuman Centre of Advanced Studies, Florence, 2001, p. 23. Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700668
- Irti, N.** (1998). "L'ordine giuridico del mercato". *Sociologia del diritto* (XXV, pág. 174).
- Johnson, D.; Post, D.** "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace". [Monográfico en línea]. <http://www.cyberspacelaw.org/kesan/index.html>
- Marrella, F.** (1986). "La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale". En: *Trattato di diritto commerciale dell'economia diretto da Francesco Galgano* (vol. XXX). Padova: CEDAM.
- Mattei, U.; Nader, L.** (2010). *Il Saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*. Milán: Bruno Mondadori.
- Patti, S.** (2009). "La globalizzazione del diritto e il contratto". *Il commento, Obbligazioni e contratti* (núm. 6, pág. 495 y sig.).
- Perlingieri, P.** (2008). *El Derecho civil en la legalidad constitucional*. Madrid: Dykinson.
- Salvador Coderch, P.** (2004). "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos". *Indret*. Working paper 229, julio. [Monográfico en línea]. http://www.indret.com/pdf/229_es.pdf
- Sánchez Castanyeda, A.** "Los orígenes del pluralismo jurídico". [Monográfico en línea]. www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf
- Santos, Boaventura de Sousa** (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales ALternativos-ILSA.
- Sbordone, F.** (2008). *Contratti internazionali e lex mercatoria*. Nápoles: ESI.
- Tamanaha, B.** (2007). "Sobre pluralisme jurídic "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105
- Weiler, J. H.** (2001). "Human Rights, Constitutionalism and Integration: Iconography and Fetishism". *International Law Forum du droit international*. (núm. 3, pág. 232). [Monográfico en línea]. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf>