

Globalització i pluralisme jurídic

Aura Esther Vilalta

PID_00189067

Índex

1. El fenomen de la globalització: la relació i els efectes entre els processos de desenvolupament social i el dret; la globalització i el dret.....	5
1.1. La relació i els efectes entre els processos de desenvolupament social i el dret	5
1.2. La globalització i el dret	7
2. El pluralisme jurídic. Noció i orígens.....	10
3. Efectes en el dret: <i>hard law</i> i <i>soft law</i>. El dret consuetudinari i la <i>lex mercatoria</i>. El denominat <i>cyberlaw</i>. Crisi de la clàssica distinció entre dret públic i dret privat.....	14
3.1. <i>Hard law</i> i <i>soft law</i>	14
3.2. El dret consuetudinari i la <i>lex mercatoria</i>	15
3.3. La <i>cyberlaw</i>	16
3.4. Crisi de la clàssica distinció entre dret públic i privat	17
Bibliografia.....	19

1. El fenomen de la globalització: la relació i els efectes entre els processos de desenvolupament social i el dret; la globalització i el dret

1.1. La relació i els efectes entre els processos de desenvolupament social i el dret

L'estudi del fenomen de la globalització convida a una aproximació multidisciplinària, perquè és la perspectiva plural la que permet conèixer com la gent, les comunitats i les organitzacions, més enllà de les fronteres geogràfiques i els sistemes nacionals, construeixen i desenvolupen normes per a l'organització dels seus propis interessos. S'obté, d'aquesta manera, una idea de l'impacte que té en les estructures, en l'organització i en el dret, en la seva complexitat.



Globalització

Els termes *globalització* i *pluralisme jurídic* desperten molts recels en alguns estudiosos. Paolo Grossi (2000) arriba a descriure la globalització en termes de situació de cert domini polític, econòmic i social a escala mundial de les grans empreses multinacionals i com a terme que, derivat de la traducció anglesa *globalization*, d'origen nord-americà, es correspon amb la primacia del seu poder econòmic sobre el mercat, raó per la qual, sosté, ha despertat moltes susceptibilitats. Veus crítiques com les d'Ugo Mattei o Laura Nader ens adverteixen, així mateix, dels perills del neoliberalisme expansiu i del capitalisme de mercat, que imposaria les seves pròpies regles i abandonaria els principis democràtics. *Globalització* és un terme que ens ajuda a descriure una realitat i ens subministra una perspectiva útil en l'anàlisi de la pluralitat de vies mitjançant les quals els comportaments i les normes es tendeixen a expandir al nostre segle XXI (Berman, 2007). En aquest sentit, es pot afirmar que la globalització, en el seu vessant de fenomen econòmic, es dirigiria al subjecte principalment, no en la seva condició de ciutadà d'un país, sinó particularment en la seva qualitat d'*Homo economicus* (Grossi), i al tràfic socioeconòmic que genera en l'àmbit transnacional, tenint en compte la mobilitat dels fluxos econòmics.

No obstant això, aquesta perspectiva de la globalització no és nova, es coneix des de l'expansió romana mateixa i amb particular intensitat en l'època medieval amb l'obertura dels mercats a altres continents. Les exigències de l'economia i del mercat mateix han tendit a confluïr i esdevenen un vector únic que preconfigura una espècie de "llogaret global", on totes les empreses, fins i tot les petites i les de dimensió mitjana, busquen la manera d'estendre la seva pròpia activitat. Actualment, tanmateix, el fenomen de globalització breument apuntat presenta perfils nous que no haurien de ser inadvertits. El seu impuls ja no es deu únicament i exclusivament a una economia expansiva, encara que sens dubte aquest últim aspecte coadjuvi decididament. Es tracta d'un factor relativament recent que ha donat un impuls nou i renovat

a aquesta tendència: ens estem referint, efectivament, a les tecnologies de la informació i de la comunicació (TIC), Internet, el Web i la societat de la informació o societat en xarxa (Berners Lee, 2000; Castells, 2006). En aquesta nova realitat, la globalització és un procés que construeix un sistema social amb capacitat de treballar i interactuar com una unitat a escala planetària (Castells, 2008). En aquesta “era digital” les xarxes de comunicació, Internet i els mitjans han generat i estès l'esfera pública, cosa que ha donat lloc a una societat civil “global” i a noves formes de govern que superen els límits territorials dels estats nacionals.

L'actual revolució tecnològica centrada en el processament de la informació i en les tecnologies de la informació ha modificat, així mateix, les condicions de generació de coneixement. Internet esdevé un “instrument de comunicació horitzontal, global, lliure i no controlable” que creix, entre altres factors, gràcies al fenomen *hacker*, a la iniciativa empresarial i a formes culturals alternatives, a escala mundial. De manera que avui “no es pot entendre el moviment antiglobalització sense entendre les formes d'organització comunitàries i de difusió d'idees i de debats a escala global: del global al local i del local al global” (Castells). És també la revolució tecnològica la que està afavorint que els individus accedeixin a espais oberts, de trobada, a fonts d'informació diversa que facilita la llibertat d'expressió i d'informació i el desenvolupament d'una opinió pública diversa, plural i més democràtica. La societat del coneixement constitueix per això un nou paradigma tecnològic que té una expressió fonamental a Internet (Castells) amb una dimensió cultural sense precedents.

Convidem, per això mateix, a abordar aquesta temàtica des d'una perspectiva sociològica i jurídica, a partir de la lectura d'alguns articles de referència en la bibliografia científica que descriuen aquesta realitat complexa.

Lectures recomanades

P. S. Berman (2007), amb la seva idea d'hibridació defensada en el seu treball “Global Legal Pluralism”. *Southern California Review* (vol. 80, pàg. 1155). Princeton Law and Public Affairs Working Paper, 08-001. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985340&rec=1&srcabs=1010105>. L'autor advoca per entendre el pluralisme legal com una “hibridació” més que com l'adopció d'un criteri exclouent, i sosté que l'harmonització universal no és realitzable completament, el criteri sobiranista no atén la múltiple realitat existent. Proposa, en conseqüència, configurar un marc global que permeti gestionar la hibridació, per mitjà de mecanismes, institucions i pràctiques en l'àmbit de les quals imperi el criteri de tolerància i de diàleg.

B. T. Tamanaha (2007), per mitjà del seu assaig “Understanding Legal Pluralism: past to present, local to global”, *Sydney Law Review* (vol. 29). St. John's Legal Studies Research Paper, 07-0080. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105>. Du a terme una contextualització històrica del pluralisme legal i subratlla després la dificultat que la noció de *pluralisme legal* guanyi popularitat i es pugui consolidar, a causa de la impossibilitat conceptual de consensuar què és dret des d'una perspectiva pluridisciplinària.



Comunitat global

1.2. La globalització i el dret

La globalització no ha despertat encara, malgrat el que s'ha dit, la merescuda atenció dels juristes. L'aproximació a aquest fenomen per part dels estudiosos s'ha fet, fins al moment, principalment des de la sociologia jurídica, amb l'anàlisi i la descripció de la realitat, de les institucions i de les pràctiques.

El terme *globalització* és identificat, d'aquesta manera, amb la idea de llibertat, però també amb la desterritorialització, la primacia de l'economia en detriment de la política i l'eclipsi de l'estat i de la seva sobirania (Grossi, De Martino). Els seus efectes en institucions, cultura i mentalitat jurídics són, en qualsevol cas, significatius. Ha augmentat la importància dels ens internacionals que gestionen el comerç i disciplinen l'economia i les finances, al mateix temps que està posant en dubte algunes funcions dels estats. Per a Patti (2008) ha representat un debilitament paral·lel dels estats nacionals, en escapar del seu control l'economia i les forces del mercat, alhora que s'han incrementat els fluxos. En aquest àmbit, són moltes les decisions que s'adopten a escala supranacional, la qual cosa ha portat molts estudiosos a posar en dubte la sobirania dels estats. L'eclipsi de la producció de dret d'origen estatal en favor d'altres òrgans supranacionals que disposen dels seus propis canals de producció és una manifestació. Les fonts de dret s'amplien; d'aquesta manera, al costat de les fonts que són resultat de la voluntat política sobirana d'un país, n'emergeixen d'altres, resultat de forces econòmiques, socials o culturals.

Paral·lelament, la globalització de les relacions jurídiques obliga el dret a fixar en molts aspectes les regles de joc del mercat i dels comportaments a la Xarxa. Es podria afirmar, en aquest sentit, que el fenomen de la globalització té dos motors de naturalesa diversa: econòmic i social. Les diferències i la diversitat existents al mercat i a la Xarxa tendeixen, no obstant això, a atenuar-se en aquest nou context en favor de l'intercanvi i de la comunicació, i el dret assisteix al fenomen i està cridat a oferir-ne solucions, i fins i tot a disciplinar-lo.

Cal dir que la globalització en l'àmbit del dret és, en primer lloc, un fenomen històric. Per aquest motiu ha estat abordat per juristes de dret històric i per la comparatística per mitjà de les seves anàlisis horitzontals i verticals. En opinió de molts autors, la globalització s'expandeix a partir de l'experiència jurídica del *common law*: un dret que no sorgeix d'un poder legislatiu, sinó de la producció diària dels jutges en la interpretació i la creació de precedents. No obstant això, s'ha d'assenyalar que en l'ordre medieval ja hi havia una estructura pluralista. I avui, novament, la descomposició actual i progressiva de l'"ordre" estatal, de naturalesa piramidal, formalment hermètic, sense llacunes, i coherent, es produeix en favor d'un ordre pluralista i no estatalista (Grossi, 2000). El model de la globalització, la cultura i la mentalitat s'exporta després a tot el món per a convertir-se en el nou cànon de la legalitat. Així, podem dibuixar a grans trets, tot i que amb el risc de simplificar excessivament, dos grans moments històrics:

- **Monisme jurídic.** Constituiria un primer moment històric, que es perllongaria fins al segle XX mateix. La cúspide d'aquest període correspon a l'època del positivisme jurídic, amb el monopoli absolut de la producció jurídica per part de l'estat modern i una teoria que identificava el dret amb la producció del legislador. L'il·luminisme jurídic del segle XVIII va advocar per la primacia de la llei i pel principi de legalitat, que implicava control jurídic. Això va comportar un procés de codificació en molts estats (*civil law*). D'aquesta manera es fixa el dret i s'atribueix certesa jurídica al sistema. El positivisme identifica allò que és jurídic amb el que és normatiu, i aquest últim amb el que és legislatiu. En aquest període la normativa emanava d'entitats estatals, perquè la funció legislativa corresponia en exclusiva a la sobirania dels estats. Això no ha obstat el fet que es reconegués també el dret emanat d'ens no estatals, el desenvolupament del *ius gentium*, o el reconeixement de principis generals de dret. D'aquesta manera, el dret internacional s'ha anat conformant progressivament amb la normativa promulgada per les diferents nacions estat, els tractats bilaterals i multilaterals, l'activitat de les Nacions Unides i els pronunciaments d'alguns tribunals internacionals.
- **Pluralisme jurídic.** Constituiria un segon moment, el moment àlgid del qual podríem situar després de la Segona Guerra Mundial. Com recorda Mattei, l'elaboració de l'"estat de dret" o el "*rule of law*" constitueix un dels aspectes fonamentals de la tradició jurídica occidental. Després de la Segona Guerra Mundial, no obstant això, aquesta tradició cedeix als models americans que van començar a circular, la qual cosa va afavorir una globalització en la manera d'analitzar el dret. En aquest moment el reconeixement també de la Carta de drets de l'home va permetre que els subjectes poguessin fer valer els seus drets inviolables, per davant fins i tot dels estats nacionals mateixos. Apareixen també en el panorama internacional nous actors, entitats no estatals, organitzacions no governamentals (ONG) que operen a escala internacional i que, pel fet que falta un marc legal adequat a les seves necessitats, han procedit a emanar estàndards i normatives molt heterogenis.

Aquest desenvolupament important de la normativa internacional i del dret internacional no pot ser abordat ni comprès, no obstant això, sense l'anàlisi prèvia de la nova realitat a la qual respon, més enllà de l'estudi dels sistemes normatius nacionals i la normativa emanada dels organismes intergovernamentals. En aquest sentit, es pot afirmar que la irrupció de nous actors i operadors al marge dels estats nacionals ha estat determinant en aquesta inflexió.

La llei continua essent font de dret, investida de la sobirania. No obstant això, l'existència d'altres fonts en relativitza la importància. Mentre que el dret que emana dels estats és un dret sotmès al control de legitimitat i validesa, el que emana d'organismes no governamentals se sembla regir per criteris d'eficàcia i escapa, almenys aparentment, d'aquest control constitucional.

En aquest nou context, els estats han procedit, progressivament, a integrar en els seus propis ordenaments jurídics molts d'aquests principis i previsions de caràcter normatiu que tenen un origen transnacional. De la mateixa manera, els operadors jurídics, cada vegada amb més intensitat, recorren a aquest complex legal per informar el seu propi sistema jurídic. Aquest contacte mutu ha contribuït, en alguns àmbits, a harmonitzar i uniformitzar pràctiques i processos.

També la tecnologia de la informació ha deixat la seva empremta: el mercat i les transaccions a escala transnacional s'han vist incrementats. Internet i el Web semàntic, com es veurà, són dos factors clau en el desenvolupament esmentat.

Com a conseqüència d'això, les fonts del dret en els diferents sistemes jurídics s'han vist afectades. A les tradicionals d'origen purament estatal se n'afegeixen unes altres de filiació molt diversa. El resultat ha estat l'obertura dels sistemes constitucionals i alguns problemes d'encaix.

Aquest nou panorama internacional ha estat poc analitzat encara per part d'aquells que veneren el dret. L'aproximació a aquest nou espai l'han dut a terme amb més intensitat pensadors d'altres àmbits: sociòlegs, politòlegs, antropòlegs, economistes, etc. I si bé la resistència a abordar el fenomen de la globalització des d'una perspectiva jurídica respon a raons diverses, el dèficit democràtic del nivell normatiu supranacional és, sens dubte, un dels problemes principals apuntats per la doctrina científica, i constitueix el repte més important dels que han d'afrontar els estudiosos del dret.

És per això que es proposa, per finalitzar, l'observació del fenomen de la globalització des del prisma jurídic sense perdre de vista la perspectiva de la internacionalització.

Lectura recomanada

P. de Miguel Asensio (2003). "Algunas tendencias jurídicas de la globalización". A: *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad* (pàg. 47-84). Madrid: BOE/AEPDIRI ("Colección Escuela Diplomática", 7).

2. El pluralisme jurídic. Nació i orígens

Des d'una perspectiva jurídica, el dret es podria descriure com el conjunt de normes vinculants que regulen les activitats i les conductes humanes. Des d'un punt de vista més sociològic, el dret és l'instrument de què es dota tota organització social per a assolir els seus dos objectius o inclinacions naturals més bàsiques (de conservació i perfeccionament) per mitjà de l'articulació de certes regles o pautes de comportament, habitualment decidides i acceptades pels individus que la conformen. El dret seria, per tant, el mitjà pel qual les societats persegueixen garantir la seva perpetuació –pau social– i el seu progrés. I es materialitza amb la qualificació de determinats actes i comportaments (segments determinats de la vida) i de la disposició de regles de convivència vàlides i acceptades.

La dificultat a fixar un concepte o descripció de *dret* que resulti vàlid per a totes les perspectives possibles en l'àmbit del coneixement constitueix, no obstant això, un obstacle seriós per al seu desenvolupament i per a la concepció d'una idea de pluralisme jurídic com a construcció pràctica i no simplement teòrica o descriptiva. Cada país, cada societat i cada temps adopten pautes o regles diferents, atès que tot fenomen normatiu, com a fenomen social, és, en definitiva, un producte cultural.

El pluralisme jurídic, en el context de la globalització, ha estat abordat pels estudiosos de manera essencialment descriptiva i des de múltiples angles –antropològic, sociològic, jurídic– i ha generat una extensa bibliografia que s'ha denominat *legal pluralism* (vegeu Hooker, 1975; Gilissen, 1971; Vanderlinden, 1971; Griffiths, 1986, per esmentar-ne alguns). Els corrents sociològics van gaudir d'un desenvolupament important entre els anys setanta i vuitanta, i van mantenir un posicionament molt crític envers els postulats tradicionals de centralisme jurídic. Vanderlinden, l'any 1971, va subratllar la necessitat de distingir entre *pluralisme jurídic* –entès com a coexistència de manifestacions jurídiques diverses, estatals i no estatals, en un mateix territori–, *pluralitat del dret* –com a existència de diversos drets oficials interns– i *pluralitat de drets* –propi de l'edat mitjana, amb diversitat de jurisdiccions. Pospisil (1978) va defensar la idea d'existència de diversos “nivells jurídics” de tipus vertical o jeràrquic, mentre que Sally Falk Moore (1986), després de dur a terme un treball important de taxonomia i recopilació de la bibliografia existent entorn dels sistemes legals al món, va presentar la seva teoria sobre els “camps socials semiautònoms” de tipus horitzontal. Griffiths, aquell mateix any, en una obra de síntesi i revisió crítica de les diferents postures, es posiciona afirmant que el pluralisme legal és un atribut pertanyent a l'àmbit social i no al dret. Una teoria descriptiva del pluralisme legal guarda relació amb el fet que en un determinat espai hi hagi diverses fonts de dret –no de sistemes jurídics– de diversa provenença que resultin aplicables. El pluralisme legal es refereix a

la pluralitat i heterogeneïtat que atén el fet que l'activitat humana té lloc en un context de múltiples àmbits socials semiautònoms que se sobreposen. Una situació de pluralisme legal, que és la situació normal i omnipresent, és aquella en la qual el dret i les institucions jurídiques no són totes subsumibles en un sol sistema, sinó que obtenen les seves fonts d'altres àmbits socials presents i les seves activitats d'autoregulació.

Des de les tesis “realistes”, la crítica envers aquests postulats es basaria en el fet que no qualsevol conjunt de normes és necessàriament dret i aquest, com a producte social, és necessàriament produït per actors socials el reconeixement de l'autoritat dels quals ha resultat essencial des dels primers temps. Des d'aquesta perspectiva, no correspondria als sociòlegs ni als antropòlegs jurídics designar quins actors socials tenen autoritat per a produir dret, perquè la seva comesa és essencialment descriptiva.

També el dret supranacional desperta susceptibilitats i és observat amb mirada crítica quan és apreciat com a producte de la globalització. Per a un corrent autoritzat (per tots, Mattei & Nader) després de la caiguda del mur de Berlín s'hauria instaurat en tots els ambients un pensament únic. Més enllà de les reflexions que suscita aquesta qüestió, la veritat és que el factor que fa del pluralisme jurídic una cosa rellevant és el fet que, actualment, nombrosos i molt diversos cossos de dret conviuen i es guien per principis i valors no sempre fàcilment conciliables. Aquesta sola situació genera incertesa entre els individus i els grups en la societat i, per tant, comporta un conflicte potencial i significatiu (Tamanaha, 2008). Els sistemes jurídics d'àmbit nacional estatal continuen tenint un paper important en aquest context, perquè són el fruit genuí de la voluntat dels seus nacionals i garanteixen la protecció de la seva identitat. Cada ordenament jurídic constitueix un sistema complex de previsions normatives que respon a principis i valors generalment fixats i garantits. En els ordenaments jurídics democràtics, a més, l'exercici del poder es troba controlat i està garantida l'evitació de l'abús mitjançant la separació dels tres poders. L'equilibri i control recíproc entre aquests poders impedeix la prevariació i són les cartes constitucionals, situades en la cúspide dels sistemes jurídics, les garants que això es respecti. En els sistemes democràtics i socials de dret, a més, el principi de legalitat és de rang constitucional, és a dir, no es redueix al control de legalitat de la norma sinó de tot l'ordenament jurídic en conjunt, per la qual cosa molts preceptes constitucionals, amb els seus principis i valors, adquireixen valor normatiu i tot el complex normatiu emanat de la pluralitat de fonts ha de “passar” el filtre de la constitucionalitat. En el context de la globalització no hi ha dubte que aquests ordenaments jurídics s'han d'obrir per conciliar la pluralitat i diversitat de fonts amb la idea d'unitat de l'ordenament jurídic, perquè el pluralisme jurídic es caracteritza, seguint en això Grossi, per tres fenòmens rellevants: la descentralització, la fragmentació i la privatització. El control de legitimitat constitucional serà, en aquest estadi, un exercici continu i necessari per part de l'intèrpret.

L'estudi del dret en aquest nou context global obliga a tenir en consideració alguns aspectes importants:

- Replantegar què hem d'entendre per *dret*, en sentit ampli.
- Considerar seriosament la importància del context temporal, de lloc, de fronteres i distància en les relacions jurídiques i, per això, incloure l'estudi i el coneixement interdisciplinari en l'anàlisi del dret.
- “Revisitar” el paper de les constitucions i de la sobirania nacional, a fi d'aconseguir un equilibri just entre l'autonomia privada i l'heteronomia normativa en el marc d'una societat democràtica.

Veurem al llarg d'aquest estudi com, en aquestes qüestions transcendents, les posicions que sustenten sociòlegs i juristes a vegades són diferents, la qual cosa no significa que resultin necessàriament irreconciliables. La filiació diferent condiona, però no determina, la perspectiva adoptada i la manera d'abordar l'estudi del dret. L'objecte d'observació és, no obstant això, el mateix i les aportacions d'uns i d'altres contribueixen, sens dubte, a un coneixement millor.

Lectures recomanades

M. Galanter (1985). “The legal Malaise, or justice observed”. *Presidential Address. Law and Society Review* (vol. 19, núm. 4, pàg. 537). Exposa les bases per a la tesi del coneixement contextual i explica com la multiplicitat d'actors, de fòrums i de normes permet asseverar que l'activitat legislativa ja no és objecte de monopoli oficial. El punt de vista centralista, de sistema legal monolític, ja no resultaria suficient per a descriure el dret modern.

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 noció de pluralisme jurídic resultat de la “descripció” d'una pluralitat de fonts de producció jurídica, la qual cosa pressuposa l'acceptació d'un pluralisme cognitiu, consistent en la descripció de la pluralitat de formes de producció. Alineant-se amb les posicions de Roderick Macdonald i Franz von Beckman, sosté que el pluralisme jurídic implica, així mateix, una posició de construcció pràctica i no simplement teòrica.

Treball de Paul Shiff Berman assenyalat anteriorment que, en la seva proposta de comprensió holística del dret en un món interconnectat, parla de possible ordre normatiu transnacional. Per a això suggereix l'estudi d'alguns aspectes teòrics per part del món acadèmic. Segons Berman, la globalització pot contribuir al coneixement –per part dels estudiosos del dret– d'un món de xarxes transnacionals creixents no governamentals, de jurisdiccions extraterritorials i de fronteres permeables. Per a aquest autor, si partim del fet que en el context descrit el conflicte normatiu entre sistemes legals que se sobreposen és inevitable (i fins i tot, en opinió de Berman, fins i tot desitjable, com a font de noves idees que amplien el discurs), aquesta situació nova es pot abordar de maneres diferents: o bé per mitjà de la imposició de criteris sobiranistes i territorials amb l'ús de normes de conflicte, bé per mitjà de l'harmonització i la universalització d'esquemes, processos, institucions, bé mitjançant la gestió conjunta en la seva complexitat.

P. S. Berman. “From International Law to Law and Globalization”. *Columbia Journal of Transnational Law* (vol. 43, pàg. 485-556). <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700668>

Breu capítol sobre els orígens de la noció de pluralisme jurídic d'Alfredo Sánchez Castañeda (2006). “Los orígenes del pluralismo jurídico. Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau”. *Derecho romano. Historia del derecho* (vol. I). <www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf>

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

3. Efectes en el dret: *hard law* i *soft law*. El dret consuetudinari i la *lex mercatoria*. El denominat *cyberlaw*. Crisi de la clàssica distinció entre dret públic i dret privat

3.1. *Hard law* i *soft law*

La distinció entre *hard law* i *soft law* es pot trobar, a risc de simplificació, en el caràcter vinculant de la normativa del primer grup davant la resta. La *soft law* comprendria la varietat extensa de lleis, models i recomanacions el comú denominador dels quals seria no resultar vinculants, no obligar a l'observança, ni a particulars ni a organismes o estats; comprèn el conjunt de regles de conducta, estàndards i pràctiques i, fins i tot quan no resultin preceptives, gaudeixen de certa implantació i provoquen certs efectes pràctics.

Segons Snyder, la denominada *soft law* resulta particularment adequada per a promoure la cooperació, al mateix temps que es preserva la sobirania, i permet als estats adaptar els compromisos que contenen els seus preceptes a les peculiaritats i les necessitats del territori, i no al revés. També la flexibilitat és una característica significativa de la *soft law*, atès que consent la renegociació o modificació dels acords, si les circumstàncies ho exigeixen, d'una manera senzilla i ràpida. Aquest aspecte és avui particularment important en una societat canviant, animada per la tecnologia i la globalització. Una altra característica de la *soft law* és la simplicitat i la velocitat amb què es conforma, perquè no requereix ni procediments formals complexos ni la ratificació per part dels estats. El seu caràcter obert i el seu procés de formació habitualment participatiu permet integrar l'interès de parts molt diverses i afavoreix la transparència. Finalment, caldria també assenyalar que la *soft law* constitueix, moltes vegades, l'avantsala d'un instrument legal vinculant o *hard law*.

L'exaltació actual de la diversitat cultural i política de la comunitat internacional dificulta la generació de convencions internacionals (*hard law*) de dret material uniforme. Per si això no fos prou, les influències centrífugues entre els estats generen interpretacions divergents sobre el contingut de tals instruments vinculants, cosa que provoca la desintegració de la uniformitat perseguida, en fase aplicativa, de manera que les fórmules de *soft law* manifesten gran atractiu en aquest context. Aquesta proliferació d'instruments reguladors no vinculants muta la concepció juspositivista tradicional, i substitueix un sistema de fonts jeràrquicament organitzat en sentit piramidal per un sistema horitzontal, obert, subsidiari, flexible i tendencialment compatible amb els ordenaments nacionals. Tals regles són fruit d'una *communis opinio doctorum* que filtra i elimina diferències en els diferents ordenaments jurídics, amb independència de la seva filiació. Es tracta d'un mecanisme d'"uniformitat per-

suasiva”, model per als legisladors nacionals, que predisposa al fet que la normativa interna s'adeqüi als seus principis. No són text normatiu imposat per un poder legislatiu, però tenen tendència natural persuasiva i s'acaben recollint en instruments de *hard law* (Sbordone, 2008).

3.2. El dret consuetudinari i la *lex mercatoria*

La denominada *lex mercatoria*, entesa de manera àmplia com el dret del comerç internacional, està constituïda pel conjunt de regles de tipus consuetudinari que emergeixen de manera espontània en el comerç internacional per als subjectes que hi operen, amb l'objectiu de regular les relacions contractuals i extracontractuals que se'n deriven, d'evitar els conflictes o, fins i tot, de solucionar-los.

Històricament podem situar el moment del seu desenvolupament més gran a la baixa edat mitjana, amb l'expansió del comerç transoceànic i de les relacions comercials que requerien solucions més àgils que les proposades pel *ius civile*. A partir de llavors, ha patit diverses fluctuacions, cicles d'expansió i recés, derivades principalment de les polítiques adoptades pels estats per a salvaguardar els seus mercats. Amb la Revolució Industrial adquireix un impuls renovat, gràcies a la producció en massa, al desenvolupament dels mitjans de transport terrestre i marítim, i a la necessitat d'ampliar els mercats. I ja al segle XX irromp també el dret internacional privat, es disciplina el règim de les normes de conflicte i s'estén l'ús de l'arbitratge internacional per a la resolució de les disputes.

La *lex mercatoria* no és font de dret, però resulta aplicable quan les parts contractants insereixen en els seus contractes clàusules explícites que la inclouen. Com si es tractés d'un costum, la repetició del seu ús (*diuturnitas*) i l'opinió o creença del seu efecte vinculant entre les parts (*opinio iuris ac necessitatis*) són els dos aspectes que la identifiquen.

L'existència de tal diversitat d'ordenaments jurídics i el desconeixement sobre les conseqüències que pot comportar en una relació jurídica o negoci jurídic provoquen un problema d'inseguretat en els operadors en la seva activitat transnacional. Els convenis o les convencions internacionals han tingut en aquest àmbit un paper important, perquè han afavorit la creació d'un marc normatiu homogeni que, al mateix temps que permet superar els problemes derivats de la diversitat de solucions que ofereixen els diferents ordenaments jurídics, els dota d'una disciplina equilibrada que té en compte els diferents interessos en joc. Aquests instruments legals supranacionals, una vegada ratificats pels diferents estats, entren a formar part del seu sistema de fonts, de manera que el seu respecte esdevé imperatiu.

Fins i tot en els casos en què no s'ha adoptat un instrument vinculant per als estats, l'existència i la circulació de models jurídics, de lleis uniformes, de recomanacions, de codis de conducta, pràctiques comercials i altres usos ha

afavorit moltes vegades la mutació dels criteris adoptats pels operadors jurídics i els tribunals en la interpretació del seu propi dret. Constitueixen *lex mercatoria*, com a botó de mostra, els reglaments dels diversos tribunals arbitral internacionals (per exemple, ICC), les clàusules contractuals CIF o FOB, els INCOTERMS per a les vendes internacionals o la regulació que du a terme un sector específic de l'economia (per exemple, IATA respecte del transport aeri).

La *lex mercatoria* té aspectes positius, però també en té de negatius. En l'àmbit contractual i societari, la producció i la comercialització de béns es du a terme, en la pràctica, en països on les condicions resulten més avantatjoses per als empresaris, de manera que la realitat testifica que es produeix la inclinació a concertar acords comercials amb països diversos, però en condicions tendencialment iguals, i aquestes són les que imposa l'empresa productora o comercialitzadora. De manera que, finalment, s'implanta un model que supera els controls interns dels estats gràcies als instruments econòmics que, *de facto*, aconseguen que es respectin els termes del contracte. Aquestes pràctiques uniformitzen els contractes (per exemple, de venda, de distribució) a tot el món, sense perjudici de la diversitat de drets nacionals existent (Patti, 2008).

És un fenomen que produeix, així mateix, efectes constitucionals sensibles. Per a alguns autors implica una certa desarticulació del sistema, el dret constitucional perd el seu "sostre nacional", de manera que es fa necessari repensar el fenomen des d'una perspectiva constitucionalista. El dret constitucional, obert, s'ha d'estendre i adaptar per a conservar la seva pròpia raó de ser en un marc en què la globalització es tendeix també a expandir. El constitucionalisme contemporani ha d'afrontar aquesta nova pluralitat d'espais i la relació del dret internacional amb el dret intern (Di Martino, 2010).

Sbordone (2008) explicita altres problemes d'encaix de la *lex mercatoria* en el context dels ordenaments jurídics. No tenen fonament algunes opinions que tendeixen a situar els contractes internacionals en un espai "buit" de dret en el qual l'autonomia privada de les parts no trobaria límits normatius ni tindria necessitat de cap reconeixement per part dels estats. D'això ve la suggeridora reflexió sobre el respecte necessari de l'autonomia privada de caràcter internacional en equilibri just amb l'heteronomia normativa, sense la qual els individus es veurien privats de tota forma de tutela jurídica.

3.3. La *cyberlaw*

De la mateixa manera que el dret afecta el desenvolupament de la realitat, aquesta i la seva manifestació concreta amb l'ús de les tecnologies de la informació i de la comunicació estan afectant de manera significativa el dret. S'entén per *cyberlaw* el conjunt de qüestions de caràcter legal relacionades amb les tecnologies de la informació en xarxa, la seva comunicació i la seva distribució.

Més que una especialitat dins del dret contractual o patrimonial, constitueix un nou domini que inclou àrees del dret com la propietat intel·lectual, la privacitat, la llibertat d'expressió i jurisdicció.

Una de les qüestions més problemàtiques que es planteja en l'àmbit de la *cyberlaw* és la jurisdicció i la sobirania dels estats. Atès que Internet no té límits territorials geogràfics, tampoc no està sotmès a una jurisdicció concreta. De manera que cada operació concreta que es fa per aquest mitjà pot afectar múltiples jurisdiccions, per raó de la nacionalitat dels seus actors, de la presència d'Internet en un determinat país, del lloc on efectivament es durà a terme la prestació, etc. Aquesta circumstància a vegades esdevé complexa, perquè cada estat se'n tendeix a considerar competent, atès que la jurisdicció és una manifestació, juntament amb el poder legislatiu i executiu, de la sobirania dels països. A causa de la inexistència de lleis internacionals uniformes relatives a la jurisdicció que resultin d'aplicació universal, aquestes qüestions es tendeixen a solucionar mitjançant l'aplicació del dret internacional privat i les seves regles.

Per si tot això no fos suficient, com que l'estructura d'Internet no es troba en un lloc geogràfic concret i les terminals d'ordinador es troben disseminades per tot el globus, alguns teòrics s'han plantejat, com a solució, considerar Internet com una entitat deslligada de tot límit territorial, sobirana i amb govern propi (Johnson i Post, 1996, pàg. 1402), regulada per les seves pròpies entitats electròniques com, per exemple, els proveïdors de serveis.

3.4. Crisi de la clàssica distinció entre dret públic i privat

A risc de simplificar excessivament, es podria afirmar que l'activitat dels estats ha estat dirigida tradicionalment a regular les relacions de dret públic, coactivament, amb tècniques de *command and control*, i amb el monopoli de la violència legítima. Paral·lelament, els particulars han disposat d'un instrument bàsic per a regular les seves relacions jurídiques privades, el contracte, i d'un marc legal que correspondria al dret privat (Salvador Coderch, 2004). En aquest context, l'estat ha tingut, no obstant això, un paper important en fixar les pràctiques o modular-les –allà on resulta necessari– per a equilibrar interessos, per a tutelar drets indisponibles o dignes de protecció i per a prevenir i resoldre les diferències. El dret privat ha contingut, d'aquesta manera, regles imperatives i prohibitives per a subjectar la llibertat de configuració pròpia de l'autonomia de la voluntat privada als principis i als valors que l'ordenament jurídic garanteix. La distinció entre dret públic i privat és, en conseqüència, una construcció doctrinal clàssica que ha servit durant un temps, fins i tot amb limitacions importants, per a explicar per què els principis que informen les relacions entre els particulars i entre aquests i l'administració pública i de l'estat resulten diferents.

El procés de globalització ha desplaçat el debat de l'àmbit nacional al global, i ha introduït nous components que evidencien, cada vegada amb més claredat, la poca utilitat d'aquesta classificació. Entre els estats i la societat emergeix avui

una esfera pública molt més complexa i oberta, basada en xarxes de comunicació, capaç d'influenciar en la presa de decisions dels estats (Stewart, 2001). La distància entre l'espai on els temes i les qüestions es produeixen (global) i l'espai on aquestes qüestions són administrades o gestionades (estatal) és la raó d'algunes crisis dels sistemes tradicionals: crisi d'eficiència, perquè els problemes no poden ser gestionats de manera adequada; crisi de legitimitat; crisi d'identitat, i crisi d'equitat per efecte de les forces del mercat global (Castells, 2009, pàg. 82).

Lectures recomanades

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). També a Daya Kishan Thussu (ed.), *International Communication: a Reader*. Nova 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" [monogràfic en línia]. *Stanford Law Review* (vol. 48, pàg. 1367). <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=535>

Bibliografia

- Berman, P. S.** (2007). *Global Legal Pluralism* [monogràfic en línia]. <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, pàg. 485-556).
- Berman, P. S.** (2005). "Choice of Law and jurisdiction on the Internet". *University of Pennsylvania Law Review* (vol. 153, núm. 6, pàg. 1819).
- Bortolotti, F.** (1997). *Diritto dei contratti internazionali*. Pàdua: 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". A: Manuel Castells i altres. *Nuevas perspectivas críticas en educación*. Barcelona: Paidós.
- Castells, M.** (1998). "La estructura social de la era de la información: la sociedad red". A: José Félix Tezanos; Rosario Sánchez Morales (ed.). *Tecnología y sociedad en el nuevo siglo: segundo foro sobre tendencias sociales*. Madrid: Sistema, DL.
- Castells, M.** (2002). "Información, redes e identidades". A: Manuel Castells; Joël de Rosnay. *Claves para el siglo XXI*. París/Barcelona: UNESCO (Crítica, cop.).
- Castells, M.** (2006). *La sociedad red*. Madrid: Alianza.
- Castells, M.** (2009). "The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance". A: Daya Kishan Thussu (ed.). *International Communication: a Reader*. Nova York: Routledge.
- Chon, M.** (1997, primavera). "Radical Plural Democracy and the Internet". *Cal. West. L. Rev.* (vol. 33, pàg. 143).
- Cunha, P. F.** (1990). "Mito e Constitucionalismo" (perspectiva conceptual e històrica) (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, pàg. 343 i seg.).
- Draetta, U.** (1984). *Diritto dei contratti internazionali*. Pàdua: CEDAM.
- Falk Moore, S.** (1986). "Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographical Resources". *Law and the Social Sciences* (11, 15). Leon Lipson & Stanton Wheeler Eds.
- Ferrarese, M.** (1992). *Diritto e mercato-Il caso degli Stati Uniti*. Torí: Giappichelli, Presentazione.
- Ferrarese, M. R.** (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bolonya: Il Mulino.
- Frignani, A.** (1987). "Il contratto internazionale". A: Francesco Galgano. *Trattato di diritto commerciale dell'economia diretta* (vol. XII). Pàdua: CEDAM.
- Galanter, M.** (1985). "The legal Malaise, or justice observed. Presidential address". *Law and society review* (19:4, pàg. 537).
- Galgano, F.** (1993). "Lex Mercatoria". Bolonya: Il Mulino.
- Galgano, F.** (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bolonya: Il Mulino.
- Grossi, P.** (2000). "Globalizzazione e pluralismo giuridico". *Quaderni Fiorentini* (núm. 29, pàg. 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*. Bolonya: Il Mulino).
- Grossi, P.** (2001). *L'ordine giuridico medievale* (8a. ed). 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, Florència, 2001, pàg. 23. [monogràfic en línia]. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700668>
- Irti, N.** (1998). "L'ordine giuridico del mercato". *Sociologia del diritto* (XXV, pàg. 174 i seg.).
- Johnson, D.; Post, D.** "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace" [monogràfic en línia]. <<http://www.cyberspacelaw.org/kesan/index.html>>
- Marrella, F.** (1986). "La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale", *Trattato di diritto commerciale dell'economia diretto da Francesco Galgano* (vol. XXX). Pàdua: CEDAM.
- Mattei, U.; Nader, L.** (2010). *Il Saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*. Milà: Bruno Mondadori.
- Patti, S.** (2009). "La globalizzazione del diritto e il contratto. Il commento". *Obbligazioni e contratti* (núm. 6, juny 2009, pàg. 495 i seg.).
- 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*, juliol [monogràfic en línia]. <http://www.indret.com/pdf/229_es.pdf>
- Sánchez Castañeda, A.** "Los orígenes del pluralismo jurídico". [monogràfic en línia]. <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*. Nàpols: 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* (3, pàg. 232). [monogràfic en línia]. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/29.pdf>>