

PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

UNA EXPRESIÓN JURÍDICA DE LA GLOBALIZACIÓN

HEGEMÓNICA¹

Aleida HERNÁNDEZ CERVANTES*

RESUMEN: El presente artículo busca profundizar en las formas modernas de producción jurídica. Se parte del supuesto de que en el contexto de la globalización, el Derecho estatal está en disputa frente a otros centros de producción jurídica transnacional. Se están gestando nuevas formas de organización económica que buscan autorregularse y además generar mecanismos de solución de conflictos más flexibles que los procesos jurisdiccionales de los Estados. Estas nuevas normas constituyen auténticos sistemas jurídicos transnacionales que coexisten con el derecho interno de los Estados; es decir se ha generado un Pluralismo Jurídico Transnacional en donde los productores jurídicos modernos se caracterizan por ser agentes económicos relevantes en el plano mundial, y estos pueden ser tanto organismos públicos como privados.

ABSTRACT: This article seeks to go deeper into the modern forms of legal production, starting from the assumption that in the context of globalization the idea that only producer of law is the State, has been overcome by new forms of economic organization that pursue to self-regulate and generate conflict resolution mechanisms more flexible than the jurisdictional processes of the States. These new standards constitute genuine transnational legal systems that coexist with the domestic law of States; that is to say, a Transnational Legal Pluralism has been generated in which modern legal producers are characterized, as being relevant economic agents at a global level, and these can be both public and private organizations.

PALABRAS CLAVE: producción jurídica transnacional, pluralismo jurídico global, centros de producción jurídica, redes jurídicas de la globalización económica.

KEYWORDS: transnational legal production, global legal pluralism, legal production centers, legal networks of economic globalization.

¹ Este texto forma parte de una investigación más amplia que he estado realizando desde hace varios años sobre producción jurídica transnacional: orígenes, caracterización y la forma de operación, así como el carácter neoconservador y poco representativo que reviste la construcción de sus normatividades. Ver HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA, *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-CEIICH-UNAM, 2014 y HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA y BURGOS MATAMOROS, Mylai (Coords.) *La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*, México, Bonilla Artiga editores-CEIICH-UNAM, 2018

* Investigadora Titular A definitiva de tiempo completo del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades y profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.
[aleidahc@unam.mx]

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La lex mercatoria: expresión de la pluralidad jurídica transnacional*. III. *Centros económicos de producción jurídica transnacional relevantes*. IV. *Organización Mundial del Comercio*. V. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. VI. *Cámara Internacional de Comercio*. VII. *El derecho operando en forma de red y la pluralidad de las “redes jurídicas de la globalización económica”*. VIII. *Reflexiones finales*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente el ejercicio del poder se disputa desde diferentes centros de poder y, esto trae consigo que también sea disputado el monopolio de la producción jurídica. Otros centros de poder están produciendo sus propias normas y ante ellas, el Estado-nación en ocasiones ha llegado a reconocer validez, a negociar o conciliar su contenido con el de las normas estatales. Este fenómeno refleja un cambio sustancial en uno de los pilares estructurales del Derecho moderno: su estatalidad exclusiva.

Al concurrir varios centros de poder en el mismo espacio y tiempo, algunos de ellos deciden elaborar un marco normativo propio, según sus prioridades e intereses. Esta situación refleja una pluralidad normativa, no aceptada comúnmente después de la consolidación del monopolio estatal del fenómeno jurídico, una vez eliminada la organización social de tipo feudal. Por lo menos, no común en tanto tendencia.

En este trabajo, nos referiremos al pluralismo jurídico que emerge específicamente con la intervención de redes económicas globales en la esfera de los derechos nacionales; siguiendo a Snyder retomamos los elementos que lo caracterizan, a saber: 1) un elemento estructural relativo a la variedad de

instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en diferentes ámbitos del mundo, entendiendo por tal, no un espacio necesariamente geográfico sino un foro o una institución, como el arbitraje comercial, las asociaciones de comercio, etc. 2) un elemento relacional, que concierne básicamente a las relaciones entre ámbitos de naturaleza diversa en términos de estructura y de proceso. Estas relaciones de estructura y proceso constituyen el campo jurídico global y determinan las características básicas del pluralismo jurídico global, tales como la igualdad o la jerarquía, el dominio o la sumisión, la creatividad o la imitación y la convergencia o la divergencia².

Este pluralismo jurídico de perfil global, no sólo es importante para la operación de las redes económicas globales, sino que le es esencialmente constitutivo. Su estructura y funcionamiento depende en gran medida de dicho pluralismo jurídico global, pues “no se limita a proporcionar las reglas del juego, sino que constituye el juego mismo, incluyendo a los jugadores”³. Recordemos que el pluralismo jurídico evoca la co-existencia de varios sistemas o regímenes jurídicos que operan dentro de un mismo espacio geográfico o social y, ahora podríamos incluir, que el espacio en el que operan puede ser multidimensional.

En ese sentido, sirva como marco de interpretación en nuestros subsecuentes análisis, las derivaciones que Snyder realiza sobre el carácter y la tipología desprendida del pluralismo jurídico global:

a) El pluralismo jurídico global es un modelo explicativo que nos permite comprender el fenómeno de la multiplicidad de ámbitos que operan en la economía global con morfología de red;

b) Esos ámbitos pueden ser clasificados provisionalmente en tres amplias categorías: 1) aquellos basados en el mercado y que son fruto de la acción directa de los actores económicos en el desarrollo de sus transacciones; 2) los que constituyen sobre una base política, integrándose por tanto en el diseño

² Francis Snyder, *Global economics networks and global legal pluralism*, cit. en Julios-Campuzano, Alfonso de, “El paradigma jurídico de la globalización”, en Belloso, Martín, Nuria y Alfonso de Julios-Campuzano, *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Instituto Internacional de Sociología de Oñate-Dykinson, 2008, p. 59.

³ *Ibidem*, pp. 59-60.

institucional de las estructuras políticas establecidas; y 3) los que se basan en convenciones y por tanto derivan de acuerdos o tratados internacionales;

c) Esos diferentes ámbitos difieren en su estructura institucional (en sus instituciones, normas y procesos), lo cual no impide que exista una trama de interrelaciones sobre la base de acuerdos institucionales sobre jurisdicción o sobre la interconexión de sus procesos de resolución de conflictos;

d) Los ámbitos no son igualmente vulnerables a las presiones económicas, de modo que, su permeabilidad depende en gran medida de la propia configuración de las instituciones, de los procesos y de los tipos de normas;

e) Las organizaciones internacionales que ocupan el mismo espacio en cadenas globales de mercancía están a menudo en conflicto;

f) Estos ámbitos o emplazamientos no actúan, normalmente, como alternativas en la resolución de conflictos, como se podría esperar si uno presume que las normas que gobiernan las redes económicas globales están ordenadas de forma jerárquica, sino que actúan de forma sectorial y a menudo vinculada con otros ámbitos mediante relaciones de interdependencia⁴.

En esa tesitura, el carácter fundamental que destaca del pluralismo jurídico contemporáneo de corte transnacional, es su forma oportunista de hacer interactuar normas, valores, procedimientos y práctica de todo campo jurídico; los cuales se confunden, armonizan o contraponen dependiendo del caso, con tal de conseguir fines comunes, ya sea relaciones, intereses, “que se presentan variables, cambiantes, y, hasta el límite, aun antagonistas respecto de aquellos previstos originalmente”⁵.

La emergencia de este pluralismo jurídico transnacional observado en la operación de múltiples centros económicos de producción jurídica transnacional, abona a las soberanías porosas y se convierte en uno de los *métodos de expansión del imperio del capital* a los que se refieren Méndez y Sanín⁶ debido a

⁴ Snyder, *cit. en op. cit.*, p. 60.

⁵ Vittorio Olgiati, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto Silva (coordinador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006, pp. 153-182.

⁶ *Op. Cit.*, pp. 97-120.

los objetivos que se proponen: asegurar jurídicamente todos los intereses, procesos, estrategias y resultados que involucran las actividades económicas de los actores hegemónicos de la globalización, como Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio, empresas transnacionales, entre otros. A través de los cuales, se respaldan “nuevas políticas de seguridad que determinan usos y ámbitos inéditos de aplicación de la fuerza en directa consonancia con la defensa de los intereses de empresas multinacionales que favorecen la dependencia total de cualquier forma de vida al mercado global”⁷.

Con ese marco de interpretación, analizaremos y caracterizaremos en el presente texto, la nueva producción jurídica que emana de los procesos de globalización económica, la operación de sus actores y las formas jurídicas con las que se desenvuelven.

II. LA LEX MERCATORIA: EXPRESIÓN DE LA PLURALIDAD JURÍDICA TRANSNACIONAL

La nueva *lex mercatoria* se ha ido posicionando en los análisis de teoría jurídica contemporánea, como la manifestación jurídica por excelencia que emana de los procesos de globalización económica⁸. Se considera así, en virtud de que su producción se origina en el seno de los negocios internacionales, en los que sus principales actores son empresas principalmente de orden transnacional.

El concierto emanado de la interacción de los negocios internacionales ha originado una suerte de “sociedad internacional de los comerciantes”, caracterizada como un grupo relativamente autónomo de los Estados y del cual ha emanado “un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, que da cuenta de la efectividad de un derecho autónomo del comercio, desarrollado al margen de los sistemas jurídicos nacionales”⁹.

⁷ *Ibidem*, pp. 100.

⁸ Reiteradamente así lo hacen notar autores como Boaventura de Sousa Santos, Eduardo Faria, Juan Ramón Capella, Francisco Galgano, entre otros teóricos del Derecho.

⁹ Fernández Rozas, José Carlos, “Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina”, *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto Silva (coord.), IJ-UNAM, México, 2006, p. 62.

Pero si nos estamos refiriendo a la “nueva” *lex mercatoria*, habría que recordar la antigua, su génesis y características principales.

La antigua *lex mercatoria* se remonta a la época medieval, cuando el mercantilismo empezaba a convertirse en una fuerza propulsora fundamental de la economía. Se trataba de un derecho común que procedía de las transacciones comerciales, por tanto, producida por los comerciantes. Esencialmente la *lex mercatoria* se constituía de los “usos y costumbres”, reglas y procedimientos, que en materia de intercambios, relaciones y transacciones comerciales se aceptaban de manera general por todos sus participantes. El llamado también *ius mercatorum* tuvo su auge sin otros importantes rivales regulatorios, precisamente hasta antes de la moderna positivación del derecho estatal¹⁰, que concretaría dicha aspiración con una fuerte tendencia codificadora.

La clase mercantil no sólo creaba este derecho, sino que también lo aplicaba y discernía en caso de conflicto a través de instancias organizadas para ello como lo fueron los *consulados*, que no eran otra cosa que los mismos comerciantes asociados en grandes corporaciones profesionales, cuya misión consistía en defender y proteger a sus miembros respecto a sus intereses económicos, pero que también se podían constituir como tribunales especiales para resolver litigios mercantiles que surgieran entre sus miembros¹¹. Dichos consulados no se integraban por juristas ni jueces en *strictu sensu*, sino por mercaderes experimentados en el tráfico mercantil y los problemas generados alrededor de esta actividad¹².

Desde sus orígenes, la *lex mercatoria* fue un derecho supranacional cuyas características más distintivas fueron la facilidad con la que permitió contratos vinculantes; el énfasis en la seguridad de los contratos; la velocidad en la decisión de los litigios; la variedad de mecanismos para establecer, transmitir y recibir

¹⁰ Vittorio Olgiati, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 169.

¹¹ Cruz Barney, “El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 3.

¹² *Ídem*.

crédito y; el valor normativo de las costumbres y los usos del mundo mercantil¹³, para superar el conflicto de leyes.

Cuando se presentó la ola codificadora del derecho, estos “usos y costumbres” del comercio internacional integrados en la *lex mercatoria*, fueron incorporados, en su mayoría, a los códigos nacionales de derecho mercantil, en algunos casos recuperados también por los códigos civiles¹⁴. Con esto, asumió el Estado la primacía de la regulación en materia comercial.

No obstante, durante mucho tiempo se registraron importantes esfuerzos de unificación internacional del derecho comercial, pero es hasta los años sesenta y setenta con la apertura comercial y la liberalización económica, que resurge en la llamada nueva *lex mercatoria* con el impulso de los ahora más poderosos comerciantes encarnados en las empresas transnacionales.

Así, la concepción más extendida de lo que significa propiamente la nueva *lex mercatoria*, es aquélla que refiere a “un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante”¹⁵.

Según un destacado estudioso del tema, Francesco Galgano, los factores que han dado lugar a estas reglas internacionalmente uniformes que refieren a la *lex mercatoria* como su principal regulación articuladora, se deben: a) a la difusión internacional de las prácticas contractuales del mundo de los negocios, b) a las costumbres del comercio internacional, practicadas por los operadores de

¹³ Ver la amplia explicación que al respecto elabora Boaventura de Sousa Santos, en su libro *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002, p 104-115.

¹⁴ Como nos recuerda Fernández Rozas, “a lo largo del siglo XIX se registró una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1885, y otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoamericano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867)”, “Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria*...”, *op. cit.*, p. 81.

¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

determinados sectores empresariales, c) a la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales¹⁶.

La difusión internacional de las prácticas contractuales en el mundo de los negocios, se debe, en gran medida, a los múltiples modelos contractuales desarrollados por operadores económicos de un país y bien recibidos por los colegas de otros países. Así, modelos contractuales como el *leasing*¹⁷, el *factoring*¹⁸, el *performance bond*¹⁹ se han convertido en modelos uniformes en todo el mundo, a los cuales los agentes económicos de todo el orbe reconocen.

En este reconocimiento se inscriben también los jueces nacionales que, al observar la validez de la que gozan dichos modelos contractuales en prácticamente todos los lugares donde se llevan a cabo las transacciones comerciales, se verán compelidos a validarlos, incluso a pesar de los argumentos que el derecho nacional plantee, pues la presión de “someter al aislamiento en el contexto internacional” a su propio país, se convertirá en un elemento determinante para su decisión²⁰. Por otra parte, “la difusión ha estado otras veces, secundada por las llamadas reglas objetivas del comercio internacional. Asociaciones internacionales de categoría han predispuesto formularios de contratos para los empresarios a ellas adheridos, favoreciendo por esta vía las prácticas contractuales internacionales uniformes”; pero también se han incorporado en la elaboración de este tipo de instrumentos, grandes sociedades

¹⁶ *Ibidem*, pp. 66-68.

¹⁷ Se trata de un contrato de alquiler de bienes muebles e inmuebles con derecho de compra, conocido también como “alquiler financiero”. El arrendador adquiere un bien para ceder su uso y disfrute, durante un plazo determinado contractualmente, el cual coincide con la vida útil del bien, a un tercero, denominado arrendatario o usuario. Es común que las empresas que no tienen mucho capital activo acudan a este tipo de contrato para hacer uso de bienes con posibilidades de comprarlos en un futuro.

¹⁸ Sobre su contenido, el tratadista Guillermo Cabanellas explica que es “una operación de crédito, de origen norteamericano, que consiste en la transferencia de un crédito mercantil del titular a un factor que se encarga, contra cierta remuneración o comisión, de obtener el cobro, cuya realización se garantiza, incluso en el caso de quiebra temporal o definitiva del deudor. Constituye, pues, una comisión de cobranza garantizada”. Ver su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV, vigésimo tercera edición, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1994, p. 6.

¹⁹ Se trata de un contrato que establece la garantía de asegurar un pago al comprador para el caso de que el vendedor incumpla con sus obligaciones contractuales, o en la forma o en el tiempo.

²⁰ Francesco Galgano, *La globalización en el espejo del derecho*, trad. Horacio Roitman y María de la Colina, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editoriales, 2005, p. 67-68.

transnacionales, en los que imponen uniformidad en su contenido regulador; “ellas predispusieron las condiciones generales del contrato, a las que cada sociedad nacional, por ellas controlada, se ha adecuado, provocando de este modo una uniformidad de reglas contractuales, tan extendida como sean sus mercados”²¹.

En tanto, la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales también ha tomado un papel relevante como causas de la uniformidad en las reglas comerciales a nivel internacional; ello, debido a que las decisiones de dichas cámaras se convierten en un precedente que será tomado en cuenta por otros árbitros subsecuentemente designados. Con esto se “forma así un cuerpo de *regulæ iuris* que los operadores económicos son inducidos a seguir con la previsión de que, en caso de controversia, serán aplicadas en sus relaciones comerciales”²². Dicho “cuerpo de *regulæ iuris*” en materia de usos y costumbres de comercio internacional, se ha identificado, también, a través de la recopilación que sobre la *lex mercatoria* elaboró el Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado de Roma (por sus siglas en inglés UNIDROIT) y cuyas ediciones se han denominado *Principios de los contratos comerciales internacionales*²³. En esta recopilación se reúnen prácticamente todas las reglas de derecho, usos, costumbres y prácticas que los actores del comercio internacional han validado a través del tiempo.

A partir de las anteriores concepciones que a la fecha existen sobre la nueva *lex mercatoria*, sus causas y los elementos que le son más característicos, intentaremos construir nuestro propio entendimiento sobre la misma.

En primera instancia, partimos del presupuesto de que la *lex mercatoria* es un mecanismo de regulación autónomo. Como tal, este tipo de regulación prescinde

²¹ *Ídem*.

²² *Ibidem*, p. 68. A partir de lo anterior, se puede observar nítidamente en los laudos arbitrales, el nexo existente entre los usos del comercio y la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales. “La *opinio iuris atque necessitatis*, es decir, la obligatoriedad de los usos, no es verdaderamente la obediencia a una autoridad superior no existente, sino el respeto por parte de cada operador económico, de lo que los demás operadores económicos se consideran legitimados a esperar de él, aun si se trata de deberes no impuestos por el contrato”. *Op. cit.*, p. 68-69.

²³ En 1994 se elaboró la primera edición, la segunda en 2004.

de la intervención del Estado para su diseño y aplicación²⁴; sus creadores principales son los actores económicos más sobresalientes, que en el contexto actual, son las corporaciones económicas transnacionales y los organismos económicos internacionales, estos últimos operando como sus gestores y voceros.

Así pues, la *lex mercatoria* es un derecho espontáneo, creado por los comerciantes para el desarrollo de sus transacciones comerciales a nivel internacional, que tiene como principal objetivo liberarse de la rigidez que suponen –y más aún desde la perspectiva mercantil- las leyes estatales. A partir de aquí, se ha venido desarrollando un exacerbado “culto hacia el principio de la autonomía de voluntad y de autorregulación en este sector”²⁵, cuyo centro es ocupado ahora por el contrato en sustitución de la ley, emblema de la concepción decimonónica de Estado de Derecho.

La *lex mercatoria* en ese sentido, se ha considerado un derecho a-nacional o tercer derecho, en virtud de que su contenido que refiere a usos y costumbres del tráfico comercial internacional creados al margen del Estado y por agentes no estatales, tiene la finalidad de que sus controversias sean resueltas sin recurrir a leyes nacionales.

Este tipo de normatividad forma parte de ese “derecho de fuente global” que está produciéndose a la sombra de la pérdida del monopolio del Estado en la elaboración del derecho; y es de un derecho de fuente global fundamentalmente por dos aspectos: 1) por su ámbito de aplicación, el cual no se restringe al estatal, sino que va más allá de todo límite y 2) por la forma en que se produce, es decir, por su modo de producción, en tanto se puede formar en distintos y muy distantes puntos del planeta²⁶.

Por eso la *lex mercatoria* actual se construye sin la intervención del poder legislativo de los estados; es un derecho “formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados,

²⁴ No obstante, como veremos más adelante, cuando se le requiere el Estado le otorga un tipo de reconocimiento sin el cual muchas de las veces, no podría ser materializada.

²⁵ Fernández Rozas, “Un nuevo mundo jurídico...”, *op. cit.*, p. 102.

²⁶ Francesco Galgano, *La globalización en el espejo...*, p. 46.

las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados”²⁷.

Por lo anterior, la *lex mercatoria* se ha convertido en un exponente fundamental de la tendencia desreguladora que se observa con la intensificación de los procesos de globalización. Pues pretende resolver los problemas que se generen en la materia, a través de sus propios mecanismos –como lo son las cámaras internacionales de arbitraje comercial- aunque no siempre lo logren y, finalmente tengan que recurrir para su total resolución a leyes e instancias jurídicas nacionales.

La globalización económica, y en específico, la globalización de los mercados a través de sus principales actores económicos internacionales, altera por una parte, los órdenes políticos y jurídicos de los Estados, lo cual implica reducir la importancia de las leyes nacionales; por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio ha ido avanzando en su capacidad de dictar reglas de derecho, con aplicación directa en sus Estados miembros²⁸.

En ese sentido y parafraseando a Ferrarese en un estudio por demás revelador de las instituciones jurídicas generadas en la globalización económica, la institución del mercado se ha convertido en sí misma en productora y elaboradora de múltiples novedades jurídicas, confirmando con ello, “el fin de una juridicidad gobernada o guiada exclusivamente por los Estados”²⁹, proceso en el que la *lex mercatoria* se ha convertido en un *facilitating law* al estilo americano de un derecho facilitador de las transacciones económicas³⁰.

III. CENTROS ECONÓMICOS DE PRODUCCIÓN JURÍDICA TRANSNACIONAL RELEVANTES

²⁷ *Ibidem*, p. 65.

²⁸ Francesco Galgano, “*Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 247, Madrid, 2003, p. 20.

²⁹ María Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, pp. 94 y sigs., cit. en Galgano Francisco, *La globalización en el espejo ...*, op. cit., p. 81;

³⁰ María Ferrarese, “Mercato e diritto nello spazio globale”, *Diritto, politica e realtà sociale nell’epoca della globalizzazione Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica* (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Macerata, Università di Macerata, 2008, pp. 119.

En este apartado, tenemos el objetivo de extraer de los actores más influyentes de la globalización económica, la capacidad y función reguladora que han venido desarrollando cada vez con más intensidad.

A tal grado es la participación en funciones de regulación jurídica, que en este trabajo proponemos ubicar algunos de estos agentes de la globalización económica, como genuinos centros de producción jurídica transnacional. Para efectos de éste trabajo, nos interesa estudiar particularmente a los centros *económicos* de producción jurídica transnacional. Así pues, proponemos que, para constituirse en un centro económico de producción jurídica transnacional, un agente o actor de la globalización económica (es decir, que tenga capacidad de gestión relevante en la economía globalizada), tendrá que reunir los siguientes caracteres:

1. *Realizar sus operaciones a nivel global.* Esto significa que sus gestiones o actividades busquen un impacto que no se constriña a un país o a un conjunto de países, sino que aspire a tener un impacto de su actividad a nivel mundial, es decir, que incluya a la mayoría de Estados-nación del orbe.
2. *Producir normatividad* que aspire: a) ser incorporada en las legislaciones nacionales, b) ser acatada por los Estados, c) ser adoptada por particulares, sin importar su jurisdicción nacional.

Resulta complejo ubicar exhaustivamente los múltiples centros de decisión jurídica emanados de los procesos de globalización. Por eso en este trabajo escogemos dos de los que suponemos, son los más influyentes en la elaboración de normas jurídicas y que, en algún grado relevante, pueden surtir efectos públicos.

El primero, lo ubicamos en la producción normativa procedente de los organismos financieros-económico internacionales (OFEI para efectos de abreviar), que se constituyen en una especie de organismos intergubernamentales al estar integrados por los gobiernos de los países miembro. Nos referimos a organismos como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

En segundo lugar, ubicamos a la producción normativa emanada de organizaciones privadas de comercio internacional, sin dejar de ubicar algunos ejemplos de normatividad producida por empresas transnacionales.

La producción normativa que procede de los organismos económico-financieros internacionales, las conoceremos como “redes jurídicas económicas transgubernamentales”, cuya actuación es considerada *rápida, flexible y descentralizada*, permitiéndole dar resultados óptimos en un contexto de cambios vertiginosos³¹. Son redes transgubernamentales en función de que las componen organismos integrados por la participación de los Estados.

Por otro lado, se encuentran las “redes privadas económicas de autorregulación transnacional”, generadas por la actividad autorreguladora tanto de organizaciones internacionales de comercio, así como de las empresas transnacionales.

Ambos niveles de producción jurídica supra-estatal, para el primer caso y, extra-estatal para el segundo, tienen en común ser formas de *soft law*; pero como veremos más adelante, tienen diferentes mecanismos de incorporación e incardinación con normas de *hard law* o, dicho de otra manera, con el ordenamiento jurídico estatal.

Agregamos que, para integrar tanto a unas redes como a otras, nos referiremos a la categoría de “redes jurídicas de la globalización económica”.

Presentamos a continuación, algunos de los ejemplos más sobresalientes en cuanto a centros de producción jurídica transnacional, de los cuales detallaremos características, funciones y relaciones.

IV. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

La Organización Mundial del Comercio cumple con creces las características que debe poseer un centro de producción jurídica transnacional: a) es una organización de perfil global, sus actividades buscan impactar a nivel mundial y,

³¹ Alfonso de Julios-Campuzano, “El paradigma jurídico de la globalización”, en *op. cit.*, p. 57. Sobre esta concepción de “redes regulatorias transgubernamentales” y su forma de actuar, el autor sigue a Slaughter.

de ser posible, en todos los confines del mundo; y b) la normatividad que produce pretende su acatamiento por los Estados y su adopción por los particulares, en las materias que regula, todas relativas al comercio internacional.

La OMC se presenta a sí misma, como una organización para liberar el comercio, pero también como un foro de negociación multilateral de comercio, a su vez, se puede ubicar como un conjunto de normas, pues su “núcleo” procede de los Acuerdos de la organización, negociados y firmados por los gobiernos que forman parte de la misma³². Así es que, la OMC, fundamentalmente, se dedica a regular el sistema multilateral de comercio en el que participan un importante número de países. Esa regulación jurídica se construye con base en acuerdos negociados por los gobiernos miembros, interviniendo también en las negociaciones –aunque en calidad de “observadores”, como lo denomina la OMC– organismos intergubernamentales, como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, la OCDE, entre otros muchos más³³. Pero a pesar de que la OMC los reconoce como organismos internacionales intergubernamentales, integrados por gobiernos nacionales, lo cierto es que muchos de estos organismos también

³² Ver página electrónica oficial: www.wto.org. La OMC señala que todos los Acuerdos y decisiones son tomados por todos los gobiernos miembros de la organización, que, a diferencia de otras organizaciones internacionales, las decisiones se toman directamente y por consenso de sus miembros, aunque eso implique más trabajo y tiempo de negociación. Hace hincapié en su distinción de otros organismos, en los que “burócratas” pueden incidir en la política de algún país a través de la amenaza de suspender un crédito; por el contrario, la OMC se ufana de no tener un comité directivo o que su autoridad recaiga en un ejecutivo, sino que sus decisiones son adoptadas por los más de 150 miembros, aunque eso resulte complejo. No obstante, lo anterior en la OMC sí se reconocen a algunos países como los “más importantes”, con los que se han tenido que realizar conversaciones especiales para diversas negociaciones aparte con el afán de *superar* dificultades iniciales. A estos grupos de países la misma OMC denomina “Cuadrilateral” integrado por Canadá, Estados Unidos, Japón y Unión Europea; mientras que, a Australia, Brasil, Estados Unidos, India, Japón y Unión Europea, se les ha llamado la “nueva Cuadrilateral” o las “Cuatro/cinco partes interesadas” o el “Quinteto” o el “G-6”. La conformación de bloques o grupos de países más “importantes” en realidad indica que sí existe, de *facto*, una especie de elite que toma las decisiones más relevantes dentro del organismo, dentro de la cual no tienen el mismo peso los demás países.

³³ Dentro de los organismos internacionales intergubernamentales que participan en la OMC en calidad de observadores, también se encuentran los siguientes, por mencionar algunos más: Centro de Comercio Internacional (CCI), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Naciones Unidas (NU), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

tienen como asociados o integrantes en su estructura a organizaciones privadas³⁴, lo cual no deja de incidir en la forma de tomar las decisiones en su seno, es decir, se negocian intereses privados frente a intereses públicos.

Los Acuerdos de la OMC son normas jurídicas con forma de contrato que los países miembros adoptan para regirse por ellas en materia de comercio internacional; como la misma Organización lo dice, estos documentos jurídicos “son esencialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos”³⁵. Y, no obstante que son firmados y negociados por los gobiernos, los objetivos de esta normatividad en realidad, busca “ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar a cabo sus actividades”³⁶. Como vemos, la normatividad de la OMC tiene una ruta definida: 1) normas jurídicas, como forma de contrato que son negociadas al seno de la Organización, en la cual intervienen otro tipo de organismos, 2) adoptadas y firmadas por los gobiernos miembros, y 3) serán aplicables a particulares, dedicados al comercio internacional.

Dentro de los acuerdos más importantes de la OMC, se encuentran: a) los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, en el que se regulan aspectos relativos a la agricultura, medidas sanitarias y fitosanitarias, textiles y vestidos, obstáculos al comercio, antidumping, entre otros; b) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS); c) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); Acuerdos Comerciales Plurilaterales, dentro de los que se encuentran los acuerdos relativos al comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y otro de carne de bovino.

Por su parte, la OMC contempla otro tipo de instrumentos jurídicos. En éstos se encuentran, tanto los *protocolos* de los acuerdos comerciales, como las llamadas decisiones y *declaraciones*, también sobre los acuerdos. Tanto en unos como en

³⁴ Por ejemplo, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, entre muchos otros, que es un organismo que participa en diversos órganos de la OMC, está integrada por gobiernos nacionales, pero también por el sector privado, compuesto por organizaciones y empresas privadas. Ver página oficial: <http://www.itu.int/members/index-es.html>

³⁵ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm, al 4 de agosto de 2009.

³⁶ *Idem*.

otros, el objetivo es ampliar, explicitar, explicar y contribuir al entendimiento de algunos de los distintos acuerdos multilaterales de comercio internacional.

Así pues, como nos dice un autor, el foro de negociaciones y las rondas periódicas que se desarrollan al seno de la OMC, configuran “un auténtico mercado de reglas”³⁷. La OMC es un auténtico centro de producción normativa de orden transnacional, de ahí que cuando se pretende diseñar el concepto de derecho global, algunos sectores académicos del estudio del derecho, ubiquen a esta organización y su producción normativa, como el modelo del futuro del derecho global.

V. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Creada con el objetivo central de promover la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés), ha venido adoptando un papel prominente de productor de normas jurídicas. En su afán por eliminar o reducir los obstáculos al comercio internacional, esta Comisión se ha convertido en un órgano jurídico central del sistema de Naciones Unidas en materia de derecho mercantil internacional. Como tal, la UNCITRAL ha elaborado y preparado diversos instrumentos jurídicos que tienen como objeto colaborar en el proceso de creación y aprobación de normas jurídicas que faciliten el comercio internacional. A diferencia de la OMC, la UNCITRAL no se dedica al diseño de políticas en materia comercial para su liberalización y la eliminación a sus obstáculos, las prácticas comerciales desleales, entre otras; no obstante que su actividad colabora directamente con todo lo anterior³⁸, en específico se ocupa del

³⁷ P., Zapatero, *Derecho del comercio global*, referido por Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Revista Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, p. 191.

³⁸ Los temas en los que concentra su producción jurídica son los siguientes: resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías. Ver *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y*

derecho aplicable a las operaciones mercantiles internacionales entre particulares, así como a producir normatividad que los Estados parte, incorporan en algún momento en su legislación nacional.

Dentro de la normatividad que produce la UNCITRAL, destacan leyes, convenciones, leyes modelos, guías jurídicas, guías legislativas, entre otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos que impacten en el comercio internacional.

Como esta Comisión de Naciones Unidas elabora normas jurídicas que se busca sean acatadas por sus Estados miembros, ofrece asistencia técnica en materia de derecho mercantil internacional y en la preparación de legislación nacional; al mismo tiempo, recomienda la adopción o utilización de instrumentos jurídicos preparados por otras organizaciones internacionales en la materia³⁹. La misma UNCITRAL divide en textos legislativos internacionales y no legislativos, a su producción jurídica. Con los primeros, afirma que busca ayudar a los Estados a modernizar su derecho mercantil; mientras que, con los segundos pretende facilitar las negociaciones entre las partes, en operaciones comerciales. Los textos legislativos, lo son, en función de que van dirigidos a los Estados, para que los suscriban como Estados miembros o para que los incorporen a su legislación nacional; los textos no legislativos, lo son, porque van dirigidos tanto a Estados como organismos privados. Dentro de los textos legislativos se encuentran leyes modelo y convenciones; en cuanto a los textos no legislativos, la UNCITRAL incluye notas, guías jurídicas y legislativas, así como reglamentos.

En términos de la propia UNCITRAL, dos son los fines principales que persigue: armonización y unificación del derecho comercial interno de cada país miembro.

funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Viena, Naciones Unidas, 2007.

³⁹ Por ejemplo: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, así como la ratificación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961). Por otra parte, ha recomendado la utilización de varios textos preparados por la Cámara de Comercio Internacional, entre los que se destacan las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), así como los Incoterms 2000; las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU 400 y RUU 500); las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) y las Reglas Uniformes para los Documentos de Caución de un Contrato. *Ibidem*, p. 12.

Su propia concepción al respecto, señala que por *armonización* se entiende el “proceso por el que pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas”, en tanto que por *unificación* se considera “como la aprobación por los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales”⁴⁰.

El gran proyecto de la UNCITRAL es lograr que algún día todos los países que participan en el desarrollo del comercio internacional, tengan en la materia, las mismas reglas en su derecho nacional. A través de la elaboración de *leyes modelo*, este órgano jurídico de Naciones Unidas, busca lograr uno de sus mayores objetivos: la unificación en cada país, de su derecho en materia de comercio internacional⁴¹.

Como su nombre lo indica, una ley modelo es una ley arquetípica, un texto legal arquetipo para que los que elaboran las leyes en cada país miembro, lo tomen como referente para el diseño y contenido que de la ley en la materia se den para sí: *una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados que lo adopten y lo incorporen a su derecho interno*⁴². La UNCITRAL ha producido un

⁴⁰ Ver su página electrónica oficial www.uncitral.org

⁴¹ Un texto que revisa en su conjunto, los propósitos y la historia del Derecho Mercantil, nos explica que la UNCITRAL está produciendo normas uniformes que pretenden regular relaciones mercantiles internacionales, lo cual supone “la sumisión del Derecho interno al uniforme, con el denominador común del Derecho Mercantil”; otras implicaciones que se tienen respecto a que “organizaciones como la CNUDMI y la UNIDROIT promueven la confección de un derecho armonizado [es que] diluye los conceptos de jerarquía normativa establecidos por la doctrina tradicional en aras de evitar que las controversias que se susciten en el tráfico comercial queden sin solución; procurando la implementación de reglas específicas de aplicación”, Elvia Arcelia Quintana Adriano, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, México, Porrúa, 2004, pp. 116 y 176.

⁴² “Una ley modelo es un medio adecuado para la modernización y armonización de las leyes nacionales si se prevé que los Estados desearán o necesitarán introducir modificaciones en el texto del modelo para ajustarlo a las necesidades de cada país, que varían en función de cada ordenamiento jurídico o cuando no sea necesaria o conveniente una estricta uniformidad. Es precisamente esa flexibilidad lo que contribuye a que la ley modelo sea potencialmente más fácil de negociar que un texto en el que figuren obligaciones que no pueden modificarse, y lo que fomenta una mayor aceptación de una ley modelo que de una convención que regule la misma temática. No obstante, esa flexibilidad a los efectos de aumentar las posibilidades de alcanzar un grado satisfactorio de unificación y brindar certeza respecto del grado de unificación, se alienta a

número importante de leyes modelos en materia de arbitraje comercial, contratación pública de bienes, obras y servicios, tal como las siguientes: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Respecto a la conveniencia de adoptar una ley modelo, la CNUDMI refiere que es el carácter flexible de una ley modelo, lo que la potencia como un instrumento jurídico de más accesible negociación frente a una convención, por ejemplo.

Una de éstas leyes modelo más relevante producida por la UNCITRAL, es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional⁴³, la cual se dirige a los Estados con la finalidad de que incorporen su contenido en la respectiva ley nacional sobre arbitraje comercial internacional que elaboren para sí⁴⁴. En ella, se prevén todas las etapas del procedimiento arbitral: el acuerdo de arbitraje, el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral; condensa, a su vez, los principios y aspectos que prevalecen como los más importantes de la práctica del arbitraje internacional, al menos para los organismos que colaboraron en su diseño. Por sugerencia de la UNCITRAL, la idea es que cada país miembro adopte lo más literalmente posible la ley modelo.

Este tipo de organismos internacionales como la UNCITRAL, suele manifestar que en la elaboración de dichas leyes modelo, se previeron las discrepancias y contradicciones que pudieran surgir frente al contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales; sin embargo, las implicaciones que supone realizar una especie de injerto jurídico en un organismo al que le puede ser esencialmente extraño, como lo es incorporar prácticas jurídicas distintas a la tradición jurídica que prevalece en cada país, son situaciones que se omite evidenciar en este tipo

los Estados a que realicen la menor cantidad de modificaciones posible al incorporar una ley modelo a su ordenamiento jurídico interno". *Guía...*, *op.cit.*, p. 14-15. Como se puede observar, lo que más se valora de este tipo de normatividad, es su flexibilidad, su ductibilidad, es decir, tanto la posibilidad de negociar su contenido, como su manejabilidad para modificar su estructura, sin perderse el planteamiento principal.

⁴³ Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada en 2006.

⁴⁴ México se encuentra entre los países que ya han adoptado esta ley modelo.

de organismos. Al contrario, dan por sentado que este tipo de problemáticas fueron allanadas al ser elaborados este tipo de instrumentos jurídicos, sin que quede totalmente claro cómo lograron una homogenización en contenidos y prácticas jurídicas, sin haber tenido que operar mecanismos de exclusión, mutilación, selección u omisión de reglas, prácticas y usos al interior de cada tradición jurídica.

Por su parte, otro tipo de normatividad que produce la UNCITRAL, se concentra en la preparación de convenios y convenciones, que los Estados miembro signan y las cuales forman parte de los textos jurídicos de la UNCITRAL considerados como *legislativos*.

Dentro de los textos no legislativos, se encuentran los siguientes: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral; Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales; y Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional. Todos estos ordenamientos jurídicos, regularmente son retomados por organismos privados en materia comercial, para guiar y regular sus actividades.

VI. CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO

Como representante por excelencia de las empresas a nivel global, la Cámara Internacional de Comercio se ha convertido, no sólo en portavoz y gestor de los intereses de las mismas, sino también se ha constituido desde las últimas décadas, en un centro de producción jurídica transnacional.

No sólo por ser el principal socio empresarial de Naciones Unidas y sus agencias, la ICC se ha convertido en uno de los principales centros donde se produce la regulación de las operaciones del comercio internacional. Bastaría con mencionar que la Cámara de Comercio Internacional produjo las ineludibles e

importantes cláusulas comerciales conocidas como INCOTERMS⁴⁵, que hoy en día son las más utilizadas en prácticamente la mayoría de los contratos comerciales que se realizan a nivel internacional. En específico, con las INCOTERMS se pretende reducir el margen de incertidumbre derivadas de las distintas interpretaciones que se presentan en diferentes países⁴⁶.

En esa calidad de productor jurídico, la ICC fija reglas y estándares, que se convierten en un referente jurídico obligado en comercio internacional. Por ejemplo, en lo relativo a arbitraje y disolución de conflictos, la elaboración del Reglamento de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional⁴⁷, ha tenido como resultado que aumenten los casos presentados ante esta jurisdicción internacional⁴⁸. Pero para que los particulares puedan recurrir al arbitraje internacional que provee dicha Corte Internacional, la ICC tiene diseñado un “modelo de cláusula de arbitraje” para que sea incorporado en los contratos que posteriormente pueden ser objeto de disputa⁴⁹.

⁴⁵ Como referimos en el acápite anterior, incluso la UNCITRAL siendo un organismo integrado por Estados constitutivos de la Organización de Naciones Unidas y dependiente de la misma, ha hecho oficial el reconocimiento y apoyo de estas cláusulas para su aplicación en todo el mundo, “como instrumento internacional de particular importancia para la armonización y unificación del derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías”, ver documento de la Asamblea General de Naciones Unidas, en el Informe del Secretario General, en el 33º periodo de sesiones, 12 de junio a 7 de julio de 2000, A/CN.9/479. Las INCOTERMS fueron publicadas por primera vez en 1936, después en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000 se ha revisado y actualizado su contenido, realizándole importantes enmiendas que buscan adecuarse a los cambios que sufre el comercio internacional. Las INCOTERMS 2000 figuran en la publicación número 560 de la Cámara de Comercio Internacional.

⁴⁶ En la introducción de las Cláusulas comerciales INCOTERMS 2000 de la Cámara de Comercio Internacional, se aclara sobre su alcance: “debe acentuarse que el alcance de los Incoterms se limita a los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de compraventa”.

⁴⁷ Como lo menciona el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la ICC, la Corte Internacional de Arbitraje, es el Centro de Arbitraje Adscrito a la ICC, cuya función consiste en proveer a la solución mediante arbitraje suscitada en el ámbito internacional en materia de negocios.

⁴⁸ La misma ICC, refiere que han aumentado los casos en una proporción de más de 500 al año. Ver página electrónica oficial: www.iccwbo.org

⁴⁹ La cláusula modelo que se debe incorporar en caso de que un particular desee someterse a dicho arbitraje internacional, es la siguiente: “Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”

Por su parte, entre las reglas que la ICC ha elaborado, se encuentran las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU 500 o UCP 500); son reglas que aplican los bancos para financiar cada año importantes cantidades de dinero en el comercio internacional; asimismo, ha creado reglas para acuerdos internacionales y estándares que las empresas o compañías adoptan voluntariamente, los cuales también pueden ser incorporados en contratos obligatorios (los acuerdos internacionales y los estándares).

En cuanto a innovación jurídica se refiere, la ICC se ha especializado en diseñar y promover la autorregulación en comercio electrónico, pero también ha dedicado esfuerzos en asesorar y elaborar códigos de autorregulación de asociaciones profesionales.

No sólo la normatividad que produce la ICC va dirigida a particulares, compañías, empresas o asociaciones profesionales, sino también alguna parte de ella se dirige a los Estados-nación, para que la incorporen en su legislación nacional, de preferencia. Códigos de publicidad y de marketing son ejemplos especiales de ello; tal es el caso del Código Consolidado ICC en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia⁵⁰, que forma parte de la modalidad de autorregulación empresarial.

VII. EL DERECHO OPERANDO EN FORMA DE RED Y LA PLURALIDAD DE LAS “REDES JURÍDICAS DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA”

La compleja estructura jurídica que se está desarrollando a partir de los procesos económicos de globalización, preocupan en lo fundamental por dos de sus caracteres sustanciales: la opacidad y la ilegitimidad con la que se deciden sus contenidos.

Estas características de la arquitectura jurídica de la globalización económica se explica mejor desde lo que sostienen Sanín y Méndez: se trata de un “desplazamiento de las líneas de decisión donde sucesivamente las decisiones

⁵⁰ Publicado en noviembre 2007 por la Cámara de Comercio Internacional, París, Documento N° 240-46/330.

sucedan cada vez menos en foros políticamente abiertos y cada vez más en foros de expertos sustraídos de la más elemental regla de la responsabilidad y las discusiones públicas”⁵¹. Las sedes político-jurídicas transnacionales donde se toman ahora las decisiones que afectarán el interés público se revisten de un “lenguaje de expertos” que conduce a evitar la participación de los destinatarios legítimos por no “hablar” o poseer un conocimiento tecnocrático. En ese sentido, la poderosa tesis que sostienen Sanín y Méndez sobre la constitución y ley encriptadas refiere que “la elevación artificiosa del lenguaje de una constitución política a un lenguaje de expertos que evite la interacción política directa, frustre las formaciones populares e invisibilice la democracia es simplemente un paso firme de una ambiciosa agenda que se extiende históricamente y se perfecciona en las constituciones contemporáneas”⁵².

Por otro lado, las que hemos llamado *redes jurídicas de la globalización económica*, están dedicadas activamente a llenar lo que Ferrajoli ha denominado el vacío de derecho público, como principal efecto de la crisis del Estado en el plano internacional⁵³. Aunque también, analizado el fenómeno bidireccionalmente, no sería errado decir que en la producción de ese *vacío de derecho público* han intervenido con fuerza esas *redes jurídicas de la globalización económica*; tanto como que una vez producido, intervienen para llenarlo. *La propia globalización de la economía*, nos diría el mismo autor, *puede ser identificada, en el plano jurídico, con este vacío de derecho público internacional capaz de disciplinar los grandes poderes económicos transnacionales*⁵⁴. Las *redes jurídicas de la globalización económica* formarían parte de la sustitución de las fuentes jurídicas tradicionales por un derecho de tipo contractual, en el que la ley del más fuerte gana más espacios.

⁵¹ Op. cit. p. 110.

⁵² Op. cit., p. 110.

⁵³ Luigi Ferrajoli, “Es posible una democracia sin Estado”, en *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, p. 142. El autor señala que este vacío de derecho público está siendo ocupado por un “plexo normativo de derecho privado”, un derecho de producción contractual.

⁵⁴ *Ídem*.

No se trata entonces, *de un vacío de derecho, sino de un vacío de derecho público*, ese que ha tenido en esencia la finalidad de regular a favor del interés general, por lo menos como aspiración.

La idea de que en el contexto de la economía globalizada el derecho opera como red, ha venido desarrollándose por autores contemporáneos tales como Gunter Teubner, Snyder Francis y José Eduardo Faria⁵⁵, por mencionar algunos. La explicación al respecto, plantea que en el marco del nuevo pluralismo jurídico expresado en una activa participación jurídica de las organizaciones transnacionales y precedida de la intensificada flexibilidad del derecho estatal, se estructuran complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial, por ejemplo tratados internacionales, en el primer caso; algunos tipos de acuerdos internacionales en materia comercial, en el segundo; tal como los que hemos revisado en el capítulo anterior. Como se puede observar, esta normatividad de fuente global no debe –necesariamente– su validez a estar vinculada con el derecho o con el sistema político de un Estado-nación determinado, esto quiere decir que el Estado ya no es el referente obligado o el filtro de validación imprescindible para que un conjunto de normas jurídicas tengan fuerza normativa⁵⁶. Su fuerza normativa les viene dada del poder que poseen para que sus instrumentos jurídicos sean adoptados, observados y aplicados por los involucrados. Uno de los más importantes mecanismos para ello, es la persuasión que, respaldada en criterios económicos, desarrollan muchos de esos centros de producción jurídica transnacional. Los efectos negativos que pueden presentarse de no atender a dicha persuasión, pueden ser, por un lado, sanciones de tipo pecuniario y, por el otro, pueden operar a través de la exclusión o menor

⁵⁵ Gunter Teubner, en *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, edición de Carlos Gómez-Jara Díez, Colombia, Universidad Externado de Colombia; Snyder, Francis, *Global economics networks and global legal pluralismo*, Florencia, EUI Working Papers, 99/6 European University Institute; José Eduardo Faria, en *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

⁵⁶ Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, “Estudio preliminar”, en Engle Merry Sally *et al*, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007. pp. 52-53.

integración a la comunidad económica globalizada y la falta de acceso a los privilegios e intereses que de ello se deriva.

El derecho en el contexto de la globalización económica opera en forma de red y si una red supone un conjunto de elementos organizados para determinado fin, esto explica que el derecho al operar como red articule instituciones estatales, organizaciones internacionales públicas y privadas, instancias de decisión internacional tanto públicas y privadas, así como empresas transnacionales, que se suministran unas a otras a través de las correas de transmisión que los unen, material jurídico con el que trabajan. El fin determinado para el que están articulados en red estos *elementos*, es para construir un marco jurídico flexible que relativamente le dé orden y estructura jurídica a las múltiples operaciones y procesos que constituyen la globalización económica.

Esta red jurídica de la globalización económica busca otorgarle institucionalidad y certidumbre a un conjunto de procesos económicos globales que operan al margen de los derechos nacionales e, incluso, del tradicional derecho internacional. Para ello están construyendo su propio arsenal normativo. La institucionalidad que mencionamos, no está ligada a la estatal; por el contrario, se trata de una cada vez más fortalecida institucionalidad dominante, que plantea su respaldo desde los organismos económicos y privados de la globalización económica.

Pero que el derecho ahora opere en forma de red más que en la tradicional imagen de *pirámide normativa*, no significa que exista una única y sola red, son varias las redes operando simultáneamente. Dichas redes poseen un carácter multifuncional, pues tienen la capacidad de generar sus propias reglas de operación, procedimientos de resolución de conflictos, normatividad y hasta sus criterios de legitimación⁵⁷.

Al conjunto de todas las redes, la llamamos “red jurídica de la globalización económica”, pero fundamentalmente ubicamos dos tipos específicos dentro de ella: 1) las redes jurídicas económicas transgubernamentales y 2) las redes privadas económicas de autorregulación transnacional. Cada una de estas redes

⁵⁷ Faria, *ibídem*, p. 130.

está compuesta por *centros económicos de producción jurídica transnacional*. Las primeras se integran por organismos internacionales de constitución estatal (FMI, BM, OMC, UNCITRAL); mientras que las segundas se integran por organismos privados que operan transnacionalmente.

No obstante que este tipo de redes distribuye entre sus múltiples nodos/centros la capacidad de producción jurídica, el Estado sigue siendo un nodo sin el cual la red no funcionaría de manera óptima. Esto se explica, en función de que la red opera con nodos que son estratégicamente más importantes que otros y sin los cuales, no se lograría el dinamismo necesario para que siga funcionando efectivamente. El Estado ha dejado de detentar el monopolio de la producción jurídica, pero eso no quiere decir que haya sido totalmente desplazado en importancia.

Es importante resaltar que las vías analizadas para llegar a la adopción de instrumentos jurídicos por parte de los Estados, se están convirtiendo en la tendencia: un material jurídico como son las INCOTERMS, construido en un organismo privado como es la Cámara de Comercio Internacional, donde se defienden intereses privados y que no fue sometido a discusión pública, de pronto, con el respaldo de organismos internacionales públicos como la UNCITRAL donde están representados los Estados, puede llegar a convertirse en parte de una legislación nacional, sin haberse abierto el debate público acerca de su contenido.

Por eso, la construcción de decisiones jurídicas que conforman dichas *redes*, no resultan del todo transparentes, por el contrario, se realizan ignorando tanto la política de los gobiernos nacionales como los intereses de la población general. Se trata de un nuevo orden que, como nos diría Faria, al operar en forma de red, “tiende a trascender los límites y controles impuestos por el Estado, a sustituir la política por el mercado como instancia máxima de regulación social, a adoptar las reglas flexibles de la *lex mercatoria*, en lugar de las normas de derecho positivo”⁵⁸; sustituye, a su vez, la potestad del Estado de decidir a través de sus tribunales, ahora por mecanismos de mediación y arbitraje de la resolución de los conflictos⁵⁹.

⁵⁸ Faria, *El derecho en la economía globalizada*, op. cit., p. 30.

⁵⁹ *Ídem*.

Otro de los efectos de todo esto, consiste en la crisis de la distinción clásica entre lo público y lo privado, que trae como consecuencia el neblinoso papel del Estado ante la defensa de los intereses de los ciudadanos.

Muchos aspectos están cambiando del derecho. El problema no son los cambios en sí, sino los efectos perniciosos que éstos están generando para las personas a las que se les exige obediencia. Sin controles efectivos estatales y éticos, este pluralismo jurídico transnacional coloca en franca deslegitimidad al derecho; al derecho pensado, no sólo como regulador de conductas, sino como orientador de la justicia y la equidad.

VIII. REFLEXIONES FINALES

1. Las claves del cambio en la regulación social que han venido gestándose desde finales de los años setenta y, con más intensidad en los años noventa, se ubican en los siguientes elementos: el mercado pasa a convertirse en la razón y justificación central de la actual regulación social; un desdibujamiento entre los límites de lo público y lo privado, con el que se pierde la claridad entre funciones públicas y privadas, bienes públicos y bienes privados⁶⁰; la expansión de la mediación y el arbitraje como formas de resolución de los conflictos en las jurisdicciones nacionales, por su mayor flexibilidad en comparación con las instancias jurisdiccionales estatales.

2. En la elaboración de las normas jurídicas que se enfocan en materias de tipo económico, monetario, financiero, industrial y comercial, en la cual concentra sus

⁶⁰ Como señala Capella atinadamente sobre este desdibujamiento, al que él se refiere como “mezcla de lo privado y lo público”: “se manifiesta ya prácticamente en todos los ámbitos administrativos: las administraciones municipales, por ejemplo, que en etapas anteriores organizaban la prestación no lucrativa de servicios públicos, contratan ahora esa prestación con empresas privadas de servicios constituidas casi siempre en parte con capital municipal, pero que así se convierten también en una fuente de lucro privado; los servicios públicos de salud o de enseñanza ahora se atribuyen a gestores privados o se conciertan con ellos y pasan a ser, total o parcialmente, actividades lucrativas legitimadas ante la opinión con el argumento –improbado cuando no contrafáctico- de que se logra así menor coste y mejor servicio público”. Ver *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 2006, p. 269.

esfuerzos la red económica global (pues es en esas materias donde se localizan sus intereses), prevalecen elementos de opacidad.

3. En las “redes jurídicas económicas transgubernamentales”, el nivel de opacidad en sus decisiones es importante. Pues pese a que en los organismos que las componen participen representantes de los países miembros, no todos tienen el mismo peso en la toma de decisiones. Un ejemplo de ello es Estados Unidos en el Banco de México y el Fondo Monetario Internacional. Cabe destacar que son los países subdesarrollados los que en las negociaciones tienen un peso prácticamente ínfimo.

4. En relación con lo anterior, podemos decir que prevalece un criterio de fortaleza económica que cada país miembro posee; en función de ello, será la influencia que tenga en las negociaciones, que al final serán decisiones que deberán adoptar todos los países miembros.

5. En las “redes jurídicas de la globalización económica”, las decisiones no son ni democráticas –pues están proporcionalmente determinadas por criterios económicos- ni transparentes, carecen de respaldo ciudadano y, aunque nominalmente participan representantes del Estado, se asumen decisiones sin que se lleven a cabo debates abiertos a los que se tenga fácil acceso. En contraposición las decisiones que ahí se toman, sí impactan en la esfera pública en la que se desenvuelve la sociedad en su conjunto, a tal grado que pueden llegar a condicionar el margen de gobernabilidad de los Estados⁶¹.

6. Las nuevas formas jurídicas procedentes de la activa participación de las redes económicas globales se construyen bajo el auspicio de la opacidad, que “es la expresión más rotunda de desprotección y el abandono de la ciudadanía en el ámbito transnacional, que se ve privada no sólo de la posibilidad de participar en los procesos de formación de la voluntad de los nuevos órganos legisladores, sino también, principalmente, del recurso a una jurisdicción transnacional que proteja sus derechos e intereses”⁶². Estamos ante la ausencia notoria de una instancia legitimada y encargada de tutelar los intereses públicos.

⁶¹ Alfonso Julios-Campuzano, *El paradigma jurídico de la globalización*, op. cit., p. 68.

⁶² *Ibidem.*, p. 66.

7. Esto da lugar al riesgo que ha causado la emergencia de poderosos grupos económicos transnacionales, cuyo papel ascendente en la producción normativa “constituye un factor de crisis de la estatalidad del derecho y propicia cuando menos una legislación concertada o pactada con las instituciones estatales sin suficientes garantías de participación e igualdad de armas para todos los grupos sociales”⁶³. Pero la crisis de la estatalidad del derecho no constituye por sí misma el problema, sino en tanto lleva consigo la pérdida de capacidad del Estado en la tutela de intereses generales y públicos.

8. La participación de estos múltiples centros de decisión jurídica a escala transnacional, describe la existencia de un marco de policentrismo y pluralismo jurídico de carácter global, éste es precisamente el escenario en el que se construyen las redes jurídicas de la globalización económica, las cuales se observan como *un complejo de relaciones jerárquicas de dominación privada*⁶⁴.

9. Habiendo quedado de manifiesto que en el fenómeno de producción normativa que estamos tratando requiere un cuestionamiento desde sus fundamentos por la opacidad de sus procesos y la ilegitimidad de las normas producidas por carecer de bases democráticas; debemos decir que el problema tiene raíces más profundas y están ubicadas en lo que Ricardo Sanín llama “el simulacro del capitalismo”, el cual “necesita que el derecho expulse permanentemente a seres, bienes comunes hacia la ‘tierra de nadie’ a las leyes del mercado, para que el capital, sin ninguna interferencia pueda desposeerlos”⁶⁵.

10. Estamos pues, frente a un pluralismo global ilegítimo, que en términos de un nuevo problema para la teoría jurídica nos convoca a reunir nuestros esfuerzos de análisis y discusión en torno a los distintos problemas que éste entraña.

IX. BIBLIOGRAFÍA

⁶³ Gema Marcilla Córdoba, “La desregulación como técnica normativa de la sociedad global”, en López Calera, Nicolás (editor), *Globalization, law and economy/Globalización, derecho y economía*, Vol. IV, Granada, Nomos, 2005, p. 48.

⁶⁴ *El derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 265.

⁶⁵ Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría Crítica Constitución. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 251.

- BELLOSO MARTÍN, NURIA y Alfonso de Julios-Campuzano, *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Instituto Internacional de Sociología de Oñate-Dykinson, 2008.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 2006.
- CNUDMI. *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Viena, Naciones Unidas, 2007.
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV, vigésimo tercera edición, Buenos Aires, Heliasta, 1994.
- ENGLE, MERRY SALLY, et al., *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- FARIA, JOSÉ EDUARDO, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRARESE, MARÍA, “Mercato e diritto nello spazio globale”, *Diritto, politica e realtà sociale nell’epoca della globalizzazione Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica* (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Macerata, Università di Macerata, 2008.
- GALGANO, FRANCESCO, *La globalización en el espejo del derecho*, trad. Horacio Roitman y María de la Colina, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editoriales, 2005.
- , “*Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 247, Madrid, 2003.
- HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA, *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-CEIICH-UNAM, 2014.
- HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA y Burgos Matamoros, Mylai (Coords.) *La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*, México, Bonilla Artiga editores-CEIICH-UNAM, 2018

- MÉNDEZ GABRIEL y Ricardo Sanín, "La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global", en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí, año IV, número 8, julio-diciembre 2012.
- LAPORTA, FRANCISCO, "Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas", en *Revista Anuario de la Facultad de Derecho*, España, núm. 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2005.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS (editor), *Globalization, law and economy/Globalización, derecho y economía*, Vol. IV, Granada, Nomos, 2005.
- QUINTANA ADRIANO, ELVIA ARCELIA, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, México, Porrúa, 2004.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. César Rodríguez, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de Colombia-ILSA, 2002.
- , *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Bogotá, ILSA-Trotta, 2005.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y César A. Rodríguez Garavito (Eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Cuajimalpa, Anthropos, 2007.
- SILVA, JORGE ALBERTO (Coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- TEUBNER, GUNTHER, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, edición de Carlos Gómez-Jara Díez, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.