



3.- INSTITUCIONES JURÍDICAS Y GLOBALIZACIÓN

El campo jurídico en las sociedades contemporáneas y en el sistema mundial como un todo es un paisaje mucho más rico y complejo que aquel que ha asumido la teoría liberal; ese campo jurídico es una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas, de múltiples Instituciones Jurídicas, que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales, como lo constituyen, entre otras, la *lex mercatoria*, el *ius commune*, los derechos humanos, el *ius humanitatis*.

Es así como, las instituciones jurídicas del nuevo *iuris campus* están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias maneras. Esto pone de presente la cuestión del pluralismo jurídico, en el que afloran sistemas como el de la Unión Europea y el Derecho latinoamericano del MERCOSUR. *In sucintu*, se abordan algunos de estos institutos:

3.1.- LA *LEX MERCATORIA*: LEY PROPIA DEL CAPITAL GLOBAL

Entendida como un conjunto de principios y reglas consuetudinarios que son amplia y uniformemente reconocidos y aplicados en las transacciones internacionales, la *lex mercatoria*³² o derecho mercantil es probablemente la forma

³² Puede ser definida como una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio iuris* de su vinculación jurídica. Este Derecho transnacional, se funda en el *contrato internacional* y en el *arbitraje comercial internacional*: los contratantes indican a los árbitros las «reglas» que deben aplicar, –las de la «Nueva Lex Mercatoria»–, lo que resulta posible, ya que los árbitros no pertenecen al Poder Judicial de ningún Estado y no están vinculados a un «sistema estatal» de fuentes del Derecho. Esta nueva Ley presenta un contenido difuso, difícil de precisar. En general cabe afirmar que las reglas de la Nueva *Lex Mercatoria* se generan en tres ámbitos: 1.- Principios Generales del Derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales; 2.- Usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional y 3.- Reglas consagradas por la práctica arbitral internacional (Calvo, Carrascosa y otros, 2000, p.271).

más antigua de transnacionalización del campo jurídico. Su origen puede ser rastreado hasta las revueltas urbanas europeas del siglo XI y el crecimiento del comercio que se inició en ese entonces. Enfrentados con la inadecuación de las leyes locales, los comerciantes –esos “*pieds podreux*” (“pies sucios”) que llevan sus bienes de ciudad en ciudad, de feria en feria, de mercado en mercado, a pie o a caballo- crearon para sí mismos un sistema jurídico que servían a sus intereses³³. Cargados de conceptos de equidad, o *ex eaquo et bono*, la *lex mercatoria* fue un derecho supranacional cuyas características más distintivas fueron las siguientes: la facilidad con la que permitió contratos vinculantes; el énfasis de la seguridad de los contratos; la velocidad en la decisión de los litigios; la variedad de mecanismo para establecer, transmitir y recibir créditos, y el valor normativo de las costumbres y los usos del mundo mercantil.

La expansión de las prácticas transnacionales y la necesidad de protegerlas jurídicamente llevó a los Estados a desarrollar un Derecho Internacional Privado. Debido a que este era un Derecho del Estado Nacional y podía, en consecuencia, entrar en conflicto con el Derecho Internacional Privado³⁴ de otros Estados, se hicieron esfuerzos por armonizar estos cuerpos de leyes mediante la creación de leyes uniformes internacionales.

El alcance de las leyes uniformes ha sido siempre bastante limitado e incapaz de explicar el inmenso crecimiento –en número complejidad y variedad– de los

La Nueva Ley de Derecho Internacional Privado vigente en la legislación patria contempla en el artículo 31 la *Lex Mercatoria*, como normativa para solucionar los conflictos de leyes en materia convencional cuando las partes no han indicado una ley competente.

³³ Tigar y Lévy, 1977, p.4 Véase también Trakman, 1983; Mustil, 1988; Stoecker, 1990; Berman y Passer, 1990; Draetta, Lake y Nanda, 1992.

³⁴ Como materia que forma parte del *pensum* de estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela, y de la mayoría de las Escuelas de Derecho de América Latina, como aquella, que según Andrés Bello tiene como finalidad dirimir los conflictos de leyes que se presentan en la sociedad internacional.

contratos transnacionales y de otro tipo de transnacionales mercantiles, en especial después de la Segunda Guerra Mundial.

La nueva *Lex mercatoria* está compuesta por varios elementos, entre los que se encuentran los Principios Generales del Derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, las reglas de organizaciones internacionales, las costumbres y los usos, los contratos tipos y los laudos arbitrales. Aunque esto es discutido, se puede concebir la *lex mercatoria* como un conjunto que comprende también las leyes uniformes y el Derecho Público Internacional. En relación con este último, aunque el Derecho Internacional Público rige las relaciones entre estados-nación y no entre partes privadas, la *lex mercatoria* comparte con él "los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas", tales como *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, *actor incumbit probatio* y la prohibición de enriquecimiento sin causa.

3.2.- EL *IUS COMMUNE*

Este renacimiento del siglo XII va unido al desarrollo de un *Ius commune*, compleja y variable mezcla de costumbres locales, Derecho feudal, Derecho romano, Derecho canónico y Derecho comercial. Sobre ella se forma el Derecho municipal y se desarrolla hasta el siglo XVI. Mientras se construyen o consolidan los Derechos nacionales.

Este Derecho común es, esencialmente, el de la mayoría de los territorios sometidos a la corona imperial. Descansa sobre una base romana-canónica. Sin embargo, no es un derecho generalizado: varía de un lugar a otro y su contenido

no está universalmente fijado. En primer lugar, se puede renunciar a su aplicación en algunos casos; por otra parte, cede ante el Derecho feudal y el Derecho lombardo, por ejemplo en Italia. En segundo lugar, la expresión “Derecho común” comprende realidades a menudo muy diferentes. En las ciudades del norte de Italia designa las costumbres erigidas en estatutos. Es también el caso de la Provenza, con los estatutos de Raymond Béranger, y de algunas otras tierras del Imperio. En Francia, y luego en España, por el contrario, surgirá poco a poco la idea de que el Derecho común es el que se acepta ante los tribunales reales, es decir, las costumbres (o el Derecho romano que hace las veces de ésta), las franquicias y los privilegios concedidos, y el conjunto de la legislación real.

A pesar de estas diferencias, el concepto de Derecho común, en su sentido estricto o en una acepción difusa, sería un factor predominante en las tentativas de unificación del Derecho, tanto por parte de los comerciantes agrupados principalmente en las ciudades que han obtenido franquicias como bajo la égida del poder temporal. Mientras que la realidad sigue siendo, múltiple, los espíritus de los prácticos se hacen la idea de la existencia de una base común del Derecho y de un poder político común. El encuentro de uno y otro en una relación de orden, de subordinación, llevará consigo en forma progresiva la convicción de que los problemas planteados por la multiplicidad del Derecho –que llega a aparecer como una complicación en una Europa en que las comunicaciones hacen los contactos más rápidos y fáciles– pueden resolverse a través de la constitución de un Derecho unificado bajo los auspicios del poder político.

A esta concreta idea de *Ius Commune* es a la que se refieren los neoliberales, nuestros contemporáneos. Quieren crear un ariete contra las fortalezas que



representan los Derechos nacionales y el Derecho internacional clásico, fortalezas que juzgan como complicaciones engorrosas y obsoletas en un mundo en marcha hacia la sociedad planetaria. Pero este concreto *ius commune* no es una mezcla compleja de normas de origen diverso. Del “Derecho Común” sólo toma prestado el nombre y el presunto objetivo. Por lo que se refiere al resto, se trata menos de limitarse a elaborar un Derecho unificado para los comerciantes que de hacer progresar en todas partes la Ley del mercado.

3.3.- EL DINAMISMO DE LA UNIÓN EUROPEA

En Latinoamérica hemos venido hablando de integración desde hace mucho tiempo, tanto que hoy en día estamos corriendo el riesgo de que resulte extremadamente difícil y laborioso, cuando hace más falta que nunca dar pasos concretos, efectivos y eficaces, a nivel continental para no perder definitivamente el tren del desarrollo, que nuestros pueblos acostumbrados a oír hablar de ello, al ver reunidos a los jefes de Estados y de Gobiernos y al final apreciar –no obstante las declaraciones y los documentos suscritos– que ello no les beneficia en nada o muy poco, en términos del bienestar personal y familiar, puedan caer en una actitud de indiferencia o de rechazo a todo cuanto se refiera a la integración; lo que no ha ocurrido en la vieja Europa (donde la Integración es una realidad concreta). Una situación que coloca a las naciones y democracias latinoamericanas en condiciones que provocan alarma y deben llamar a la dirigencia e instituciones de los países de América Latina a una acción fértil en la materia (Oberto, 2000, p.67). Más cuando se está obligado –como ya se ha señalado anteriormente– a ver los procesos de integración fundamentalmente

dentro de la perspectiva del diálogo y las negociaciones entre regiones, y de las desventajas – para los países en vías de desarrollo- de no poder hacerlo así, como sucedió en Seattle.

En este contexto, la Unión Europea (UE) en su carrera por ampliar y consolidar el ámbito de su acción armonizada –se espera que la población actualmente cubierta por la Unión de alrededor de 370 millones de personas se eleve para el año 2006 a alrededor de 550 millones– se esfuerza por superar situaciones como la señalada, en Latinoamérica –por la falta del dinamismo necesario cuando de integración de países se trata– estamos arriesgando que, como ha sido recientemente señalado por estudiosos de la materia³⁵, el conjunto de los países americanos se divida de manera definitiva entre los que salen adelante y se incorporan debidamente –asociados– al mundo globalizado y los que permanecen estancados o entran en un proceso de involución; y, por consiguiente, sus pueblos se sumergen en un proceso continuado de empobrecimiento y deterioro de su calidad de vida.

A diferencia de la importancia que en la Unión Europea se da al fortalecimiento de los órganos fundamentales de la Unión, en especial al Parlamento Europeo, en América Latina muy poco se hace de manera efectiva en beneficio del reforzamiento de los órganos latinoamericanos existentes, con vista a capacitarles para asumir –como órganos supranacionales en el ámbito regional– la conducción del proceso de integración de la región. Por el contrario, no obstante los discursos de siempre y las reiteradas declaraciones de jefes de Estado a favor de la integración, quienes tienen a su cargo hacer de esos órganos instrumentos

³⁵ Oppenheimer, Andrés, “El futuro de América Latina: varias américas latinas”, El Universal, 1-8, 09/01/2000, Caracas.

efectivos de la integración latinoamericana no se distinguen por su esfuerzo en ese sentido, sino que son proclives a favorecer sin ninguna clase de encuesta o reflexión decisiones como las adoptadas en Venezuela en diciembre de 1999, suspendiendo la representación en los parlamentos Latinoamericanos y Andino, que condujeron –en el caso del Parlatino– a que la Asamblea realizada en el mes de marzo, en la que debió ser considerada la materia tratada en este artículo sobre la base de una ponencia en la cual trabajaban varias de sus comisiones permanentes, haya pasado sin pena de gloria.

De esta manera, la transnacionalización del campo jurídico ocurre cuando quiera que un conjunto de estados se combina para crear instituciones y competencias jurídicas supranacionales que asumirán directamente las funciones regulativas que no existían previamente o que, si existían, eran llevadas a cabo por los Estados de manera individual, como prerrogativas de sus poderes soberanos. Aunque se han hecho intentos de integración regional en diferentes partes del sistema mundial, en Asia del Sur y Suroriental, en el Medio Oriente y en el Magreb, en las Américas (últimamente, el Nafta), la Unión Europea es hasta ahora la instancia más avanzada de integración regional y, sólo por esa razón, merece ser tratada de manera particular en el programa investigativo que estamos delineando (*Mangas; Liñan, 1999, p.295*). Construida a lo largo de tres décadas por una mezcla de diplomacia y democracia interestatal, de política gubernamental e institucionalismo supranacional, la Unión Europea es hoy una entidad transnacional innovadora en términos políticos jurídicos. Comprende veinticinco estados miembros con una población de quinientos cincuenta millones de habitantes y un equipo institucional –el Consejo, la Comisión, la Corte, el

Parlamento- de cerca de veintidós mil personas, de las cuales casi un cuarto se dedica a las tareas de traducción: La Unión Europea es hoy el bloque comercial más grande del mundo³⁶.

Produciendo un debate político asombrosamente pequeño hasta hace poco, a lo largo del tiempo la Unión Europea desarrolló una Constitución Jurídica y política supranacional destinada a crear un mercado interno que comprende las cuatro libertades de movimiento (de bienes, personas, servicios y capitales) y que se encuentran ya en funcionamiento y es sólo parte, a pesar de sus ambiciosos fines, de un proceso más amplio de integración política y económica que debe culminar en una unión política. Después de un período de “europesimismo” y “euroesclerosis”, a finales de los setenta y principios de los ochenta, la Carta Única Europea, aprobada por los jefes de gobierno europeo en 1986, inauguró un nuevo período de “euroeuforia” que duró hasta el Tratado de Maastricht (1992).

Culmina este ambicioso programa político, en un continente que ha visto el nacimiento del Estado-nación moderno, el Tratado de Maastricht ha destacado

³⁶ La integración europea no ha sido, pues, una idea original o espontánea propia del siglo XXI, sino una constante utopía en el pensamiento europeo en el sentido de una posibilidad tangible, como lo demuestran los múltiples proyectos que se han ido sucediendo a lo largo de la historia. La obra más exhaustiva y brillante en castellano en torno a la génesis de la integración europea sigue siendo la del profesor Antonio Truyol y Serra en su nueva versión titulada *La integración europea*, Madrid, 1999. Incluye una selección de los textos y documentos más importantes de la historia de la construcción europea desde 1923 hasta 1979.

La primera piedra para la realización de la *Comunidad Europea* la puso el ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, con ocasión de su *Declaración de 9 de mayo de 1950*. El “*Plan Schuman*” se hizo realidad con la conclusión del Tratado constitutivo de la *Comunidad Económica del Carbón y del Acero* (CECA), de 18 de abril de 1951 (Tratado de París), con seis estados fundadores (Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos). Como colofón, unos años más tarde los mismos países creaban, mediante los Tratados de Roma, de 25 de marzo de 1957, la *Comunidad Económica Europea* (CEE) y la *Comunidad Europea de la Energía Atómica* (CEEa o Euratom). La fundación de la *Unión Europea* (UE) por medio del *Tratado de Maastricht* inauguró una nueva etapa en el camino hacia la integración política de Europa. Este Tratado, que fue firmado el 7 de febrero de 1992 no entró en vigor sino hasta el 1 de noviembre de 1993. La UE dio un nuevo paso con el *Tratado de Ámsterdam*, firmado en esa ciudad el 2 de octubre de 1997. Más adelante la suscripción del *Tratado de Niza*, firmado el 26 de febrero de 2001 en Niza, Francia, en el que se incluyen los veinticinco países miembros de la actualidad desde el primero de mayo de 2004.

finalmente un amplio debate ideológico y político a lo largo de Europa. Aún así, el debate fue intenso sólo en algunos países miembros. De otra parte, aunque la discusión política se mantuvo latente durante un largo tiempo, la Unión Europea, como campo político y jurídico transnacional, ha sido objeto de un nutrido debate científico y la bibliografía acumulada entretanto ha sido inmensa.

Este espíritu integrador se ve corroborado con lo que expresara en una de las más célebres sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando sostuvo que: "A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; en efecto, al crear una comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más particularmente, de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado así un cuerpo de Derecho que vincula a sus nacionales y a ellos mismos" (*Feldstein, Sara, 2001, p.3*).

Este dinamismo integrador de la Unión europea no finaliza con el tiempo, ahora está latente el proceso de ratificación del Tratado Constitucional europeo que ya finalizó en nueve (9) de los veinticinco (25) países miembros de la Unión Europea.

"El Tratado prevé que la ratificación debe estar terminada antes de fines de octubre de 2006.

*** Países que ya ratificaron la Constitución europea:**

- **LITUANIA:** 11 de noviembre de 2004.

- **HUNGRÍA:** 20 de diciembre de 2004.
- **ESLOVENIA:** 01 de febrero de 2005.
- **ITALIA:** 06 de abril de 2005.
- **GRECIA:** 19 de abril de 2005.
- **ESLOVAQUIA:** 11 de mayo de 2005.
- **ESPAÑA:** 18 de mayo de 2005.
- **AUSTRIA:** 25 de mayo de 2005.
- **ALEMANIA:** 27 de mayo de 2005

*** Proceso de Ratificación en curso:**

- **BÉLGICA:** El Senado y la Cámara de Diputados ya aprobaron el texto. Ahora deben ser ratificados por los cinco parlamentos regionales y comunitarios, en principio antes del verano.

- Votaciones esperadas durante 2005 y 2006:

*** Por vía parlamentaria:**

- **CHIPRE:** ratificación prevista el 30 de junio.
- **LETONIA:** el Parlamento examina el texto desde diciembre de 2004, pero algunos errores de traducción retrasaron la votación. El Gobierno transmitió el 10 de mayo una nueva versión para concluir el proceso.
- **ESTONIA:** el Gobierno transmitió el 5 de mayo el Tratado Constitucional al Parlamento para que lo ratifique. La votación podría un lugar de aquí a agosto.
- **SUECIA:** la votación final es guardada para diciembre (pero gran número de suecos reclaman un referéndum, según un sondeo publicado por movimiento que se opone al Tratado).
- **FINLANDIA:** ratificación esperada a fines de 2005 o principios de 2006.
- **MALTA:** votación esperada en julio.

*** Por referéndum:**

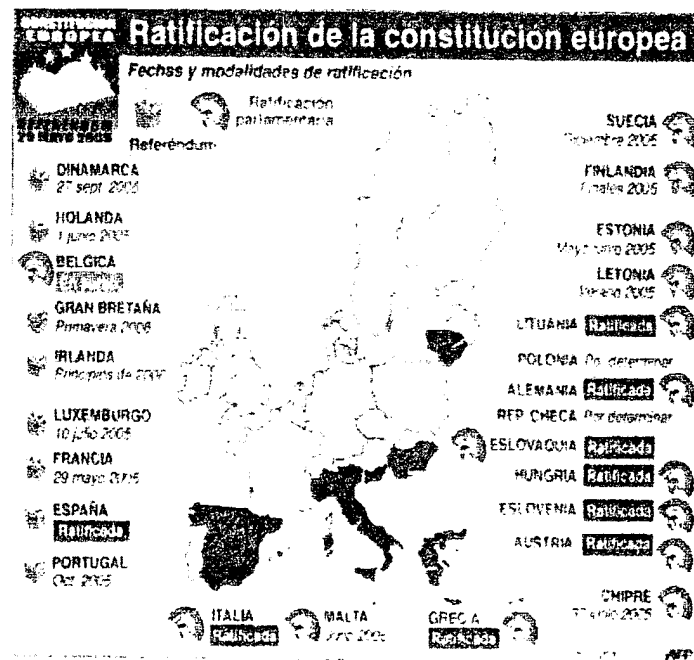
- **FRANCIA:** 29 de mayo.
- **HOLANDA:** 01 de junio aunque el Parlamento tendrá la última palabra.
- **LUXEMBURGO:** 10 de julio.
- **DINAMARCA:** 27 de septiembre.
- **PORTUGAL:** el nuevo primer ministro socialista José Sócrates propuso garantizar el referéndum sobre la Constitución europea junto con las elecciones municipales de octubre próximo.
- **IRLANDA:** fecha no determinada.
- **REINO UNIDO:** fecha no determinada probablemente 2006.

*** Por una vía todavía sin determinar:**

- **POLONIA:** el Parlamento todavía no ha tomado ninguna decisión sobre la vía de ratificación. Hay elecciones legislativas previstas el 25 de septiembre de 2005 y presidenciales al 9 de octubre. El presidente del país, Alexander Kwasniewski, mencionó la posibilidad de celebrar un referéndum coincidiendo con esta última cita electoral.

- **REPÚBLICA CHECA:** es el único país que todavía no decidió ni la forma ni la fecha de ratificación de la Constitución europea. El nuevo primer ministro social-demócrata Jiri Parubek, nombrado a finales de abril, y la mayoría de los grandes partidos desean un referéndum pero no se ponen de acuerdo en la fecha./ AFP. (*Frontera*, 28/05/2005, p.8A)

En el siguiente cuadro se aprecia este proceso de Ratificación:



Diario Frontera, 28/05/2005, p.1A

3.4.- EL MERCOSUR

El Artículo 1 del Acuerdo de Asunción³⁷ sostiene lo siguiente:

Los Estados partes (La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay) deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado el 31

³⁷ Acuerdo llamado también Tratado MERCOSUR es el que da origen a este proceso de integración regional en 1991, es el marco jurídico del ALCA.

de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” (*Texto original del Tratado*). Subrayado nuestro.

El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes. De esto, ultimamos que el proceso de integración latinoamericano debe ser considerado como un conjunto de acciones tendientes a eliminar las disparidades, las restricciones, las discriminaciones dentro del espacio integrado dado, el cual persigue construir un nuevo espacio económico, jurídico, cultural, social, político, legislativo en el cual se debe tender a eliminar todas las discriminaciones, las asimetrías existentes.

De esta manera, los esfuerzos realizados por los Estados, sus dirigentes, estudiosos, investigadores, economistas y legisladores; y los sacrificios efectuados

por la población en general, deberán estar dirigidos, orientados, a la consecución del bien común, al desarrollo armónico y no dependiente, sino interdependiente de toda la región que se integra (*Feldstein, 2001, p. 1*).

Por ello, los Estados miembros del Mercado Común del Sur, conscientes de la dimensión de los mercados nacionales consideraron condición fundamental la integración regional para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social. Así en el *Preámbulo del Tratado de Asunción* ponen de manifiesto "la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes"³⁸.

Como podemos comprobar, la finalidad perseguida por los países miembros de esta área integrada, precisamente es mejorar la calidad de vida de los habitantes.

Los medios utilizados para su obtención son:

- La promoción del desarrollo científico y tecnológico;
- La modernización de las economías;
- La ampliación de la oferta y
- La ampliación y mejora de la calidad de los bienes y servicios disponibles.

No debemos perder de vista en ningún proceso que el Derecho y la economía tienen como principal sujeto al ser humano en su vida en sociedad y es su desarrollo pleno y el bienestar común, su principal objetivo. Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que el más completo plan económico, la creación jurídica más excelsa, constituyen letra inerte si no contemplan, reflejan y

³⁸ Ver Tratado de Asunción aprobado en la República de Argentina por Ley N° 23981.

responden a las necesidades del hombre. Por ello creemos que a obtener el desarrollo pleno del hombre en su vida en sociedad deberán estar dirigidos todos los esfuerzos, todos los proyectos que se emprendan en la materia.

Por lo hasta aquí expresado, compartimos la línea de pensamiento que sostiene que *la integración es un fenómeno de carácter pluridimensional, plurifacético, globalizante, típico del siglo XXI, que tiene la virtualidad de incidir no sólo en lo económico, sino también en lo social, en lo político, en lo jurídico y en lo cultural.*

Como es fácil de suponer, el mayor o menor énfasis que le sea asignado a esta diversidad de aspectos, el sitio que se le confiera en una escala dada, resulta indicativo de las diferencias esenciales de contenido que se le otorgan al vocablo «integración»³⁹. En consecuencia, definidos los objetivos de la integración regional que se pretende erigir y, una vez claramente definidos, deberán elaborarse los instrumentos jurídicos y políticos adecuados para el cumplimiento de aquellos.

3.4.1.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MERCOSUR

Para lograr un estudio dinámico y didáctico de su naturaleza jurídica expondremos dos visiones:

a.- La visión minimalista:

³⁹ Con la idea de construir un concepto de integración, se dice que integrar significa unir las distintas partes de un todo. Etimológicamente este vocablo que viene del latín *integratio* que se traduce como acción y efecto de integrar, esto es, dar integridad a algo, o componer un todo con sus partes integrantes. Se trata entonces, de reunir en un todo, las unidades menores de una unidad mayor.

Sin embargo, esto no es suficiente para darnos una cabal idea de lo que realmente se quiere expresar cuando decimos que ciertos países han iniciado un *proceso integracionista* o han constituido un *modelo de integración regional* determinado. Empezamos a descubrir que se trata de algo más que simplemente unir las partes de un todo. No pudimos hallar una definición o un concepto de *integración* o *integratio* en el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, tampoco de *espacio integrado* ni de *regionalización*, lo cual nos permite afirmar que si bien desde el punto de vista fáctico se pueden encontrar históricamente algunos antecedentes de distintas modalidades de integración, desde el perfil estrictamente jurídico, estamos en presencia de un concepto bastante novedoso, en constante evolución.



Esta perspectiva reduccionista parte de diferenciar dos tipos de integración la “política” y la “económica”. En lo que le interesa (sostiene que el MERCOSUR es una forma de integración de la segunda categoría) postula que la “integración económica” se refiere a las diversas operaciones más o menos simultáneas, pero ligadas y complementarias, que consisten en establecer y mejorar todas las relaciones convenientes para el intercambio de productos, factores e informaciones entre las partes de las que se proyecta hacer un conjunto: hacer progresivamente más compatibles los proyectos económicos de los elementos que componen el conjunto; hacer converger más estos proyectos hacia un óptimo para el conjunto, constituido por un grupo de objetivos sobre los cuales existe consenso en el conjunto considerado⁴⁰.

Ello así, serán distintas las “formas de integración económica” según se mire desde un ángulo “internacional” –que por ahora no nos interesa– o, desde un enfoque “regional”.

Desde este último prisma las tipologías conocidas van desde contactos débiles como las “zonas francas”, “zonas o áreas fronterizas”, “zonas o áreas de preferencias comerciales”, “zonas o áreas de libre comercio”, pasando por sistemas más evolucionados pero aún intermedios como la “Unión Aduanera” y el “Mercado Común” hasta llegar a la “Unión o Comunidad de Estados” que pueden ser a su vez, económica, política, jurídica.

b.- La visión maximalista:

⁴⁰ De manera amplia lo exponen Sayal, Martín; Pérez, Laura en ponencia al II Encuentro de graduados de Derecho del Mercosur y V Encuentro de Estudiantes de Derecho del Mercosur, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Colombia, 1996, intitulada “Distintas formas de integración económica y sus implicancias jurídicas”.

En este sentido contrario, hay quienes también enfocan la “integración regional” pero con una visión amplia que los hace interpretar que “Este fenómeno puede entenderse desde diversos ángulos pues cabe observar distintas dimensiones de la integración regional, a saber, la integración económica, jurídica, política, social, cultural, sin que ello implique que uno de los supuestos sea excluyentes de otro. Antes bien, el fenómeno que nace como resultado de una decisión política al ir afianzándose, es presupuesto de la integración de las diferentes dimensiones enunciadas⁴¹.

Este trabajo señala que “la integración en las relaciones interestatales trasciende lo estrictamente económico. La asociación entre Estados Nacionales generalmente se inclina a la consideración de este aspecto; empero la integración puede asumir, como hemos adelantado, diferentes ámbitos. Atenernos al significado más corriente que se le atribuye, por el que queda asimilada a un conjunto de acciones económicas y fundamentalmente comerciales, implica optar por una visión sumamente acotada que constituye, a no dudarlo, *el gran problema para los sistemas involucrados*” (Dreyzin, 1997, p.451).

⁴¹ Dreyzin de Klor, Adriana; “Los principios de *Unidroit*. ¿Un Modelo posible con miras a la armonización del Derecho de los Contratos Comerciales Internacionales en el contexto de la integración regional de las Américas?”, Revista de Derecho Privado Comunitario N° 13, Santa Fe, que aborda la estructura institucional del MERCOSUR como pilar del proceso, verdadera columna vertebral que sostiene el presente y futura de la asociación sub-regional. Derivando de ello la preocupación latinoamericana por analizar el criterio que orienta a los legisladores de la integración a la hora de diseñar y construir tal estructura.

3.4.- EL SISTEMA MUNDIAL COMO CAMPO ÚNICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El régimen internacional de los *derechos humanos*⁴² está construido alrededor de tres documentos y conjunto de estándares principales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue abierto a la firma de los Estados el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero 1976; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue abierto a las firmas el 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En conjunto conforman lo que *Donnelly* llama “el régimen global de los *derechos humanos*”⁴³, un sistema de reglas y de procedimientos de implementación centrado en la Organización de las Naciones Unidas y cuyos órganos principales son la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU y el Comité de Derechos Humanos.

Se trata de los grupos sociales oprimidos cuyo sufrimiento está estrechamente vinculado a los procesos de transnacionalización económica, social y política. En el caso en que los inmigrantes indocumentados, refugiados y los buscadores de asilo, la vulnerabilidad está expresada en el carácter subordinado y forzado de sus movimientos a través de las fronteras nacionales. Ellos se hacen vulnerables tanto por cuenta de los factores nacionales y transnacionales que motivan su

⁴² Es bueno intentar acercarnos a conocidas definiciones de los Derechos Humanos (DDHH). Para Jacques Mourgean “...los derechos del hombre (incluidas las libertades públicas) se definen como las prerrogativas, regidas por reglas, de la persona en sus relaciones con los particulares y con el Poder”. Según Claude Albert Coliard, “La teoría de libertades públicas, es decir, el reconocimiento al individuo de ciertos Derechos, dependen del Derecho positivo y no del Derecho natural: no hay Derecho superior a la legislación positiva. Evidentemente hay legislaciones positivas más o menos liberales, más o menos individualistas, y más o menos conformes con un ideal de justicia, pero esta es otra cuestión (*Rosales-Albano, 1997, Derechos Humanos, Sufragio y Constitución*).

⁴³ Donnelly, (1992), p.206, que indica de una manera explícita que en la búsqueda de una reconstrucción intercultural de los derechos humanos la falta de legitimidad cultural es una de las causas principales de las violaciones de los derechos humanos.

movimiento como por cuenta de los efectos de este movimiento en un sistema cuya estructura está compuesta de estados territorialmente soberanos.

Asimismo, las múltiples víctimas de diversas formas de discriminación: objetivos preferidos de violaciones masivas de los derechos humanos⁴⁴; ciudadanos de segunda y de tercera clase o incluso parias; trabajadores y campesinos; mujeres minorías étnicas y religiosas; millones de niños subalimentados y maltratados; gente desplazada internamente; gays y lesbianas; intocables sociólogos de todos los tipos. Este es un campo social bastante amplio, en que los procesos que dan lugar a las formas de opresión, explotación y dominación son de naturaleza muy diversa; algunos son transnacionales, otros locales, algunos predominantemente económicos, otros predominantemente culturales, unos tienen siglos de existencia, otros son muy recientes. Lejos de pretender describirlos todos en detalle, sólo nos preocupa en este punto el surgimiento, en el período de posguerra y en particular en las últimas tres décadas, de una cultura jurídica cosmopolita que creció a partir de un entendimiento transnacional del sufrimiento humano y de la constelación transnacional de acciones sociales progresistas (jurídicas, políticas, humanitarias) creadas para minimizarlo; dicha cultura ha evolucionado en forma gradual hacia un régimen de derechos humanos respaldado por las coaliciones de organizaciones no gubernamentales locales, nacionales y transnacionales, que han venido creciendo dramáticamente en número, variedad y efectividad en los últimos años.

⁴⁴ Como lo comenta Nelson Rivera que la invocación de los derechos humanos no es periférica al ejercicio de la política y del Derecho. Lo debemos, en buena medida, al develamiento del sistema *gulag*, cuando cayó el pesado y derruido cortinaje que ocultaba la vasta red de campos de concentración de la Unión Soviética, la corriente que provenía de la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 fue reivindicada e instalada con materiales más fuertes (Diario El Nacional, 27/Mayo/2005, p.A10).

Diversos factores han añadido, en las dos últimas décadas nuevas dimensiones transnacionales al sufrimiento humano y a la opresión social, pero también han creado el potencial para la transnacionalización de la resistencia: la globalización de la producción capitalista, la enconada competencia por la supremacía económica entre los países centrales y los bloques comerciales y las mayores desigualdades entre el Norte y el Sur que están asociadas a ella, y las doctrinas hegemónicas de la desigualdad nacional y las guerras entre países-satélite a las que han llevado.

En la mayor parte de los casos, sin embargo, el impacto de las prácticas transnacionales específicas es mucho menos directo y el establecimiento de una red de resistencia, mucho más difícil. Fenómeno similar –ya sean violaciones masivas de derechos humanos, represión contra las organizaciones de trabajadores, discriminación racial, étnica y sexual, hambruna e inanición, destrucción del medio ambiente, hostilidad civil o transfronteriza– ocurren en diferentes partes del sistema mundial, como resultados de diversas combinaciones de factores locales, nacionales y transnacionales. La destrucción irreversible del medio ambiente puede ser originada por la integración, inducida e intensificada transnacionalmente, de una región al sistema mundial (por ejemplo, la Amazonia); los ataques a los Derechos y las organizaciones de los trabajadores pueden ser justificados en nombre de una ideología transnacional hegemónica tal como el neoliberalismo; las hostilidades civiles o transfronterizas pueden ser el resultado de una confrontación entre nacionalismos rivales exacerbados por la interferencia de un Estado global o regionalmente hegemónico; la violación masiva de los derechos humanos puede tener lugar como parte de sacrificios “transitorios” de

necesidades básicas, de libertad o de igualdad exigidos por los objetivos de desarrollo del crecimiento económico y de competitividad mundial establecidos por las élites políticas.

En esta investigación, el régimen internacional de los derechos humanos es analizado y evaluado a la luz de la cultura jurídica cosmopolita, es decir, como parte de una política emancipadora a la altura de los nuevos desafíos, riesgos y oportunidades inherentes a una sociedad mundial crecientemente globalizada e interdependiente, pero también cada vez más injusta y ecodpredadora.

Si se acepta la posición de Chase-Dunn, según la cual la economía mundial capitalista está integrada por el poder político-militar y por la interdependencia comercial, antes que por el consenso normativo, sería difícil explicar la emergencia de un régimen internacional de los derechos humanos en el período de la posguerra, basado en un consenso internacional sobre normas sustantivas de alto voltaje moral. Es verdad que, durante casi un siglo, entre la consolidación de los Estados liberales y la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos fueron vistos en general como dominio exclusivo del Estado y que esta situación podía cambiar sólo por una violación excesiva dramática y atroz de los derechos humanos, ante la cual los Estados democráticos se mostraran impotentes⁴⁵; esta situación vino a ser el horror de la experiencia nazi. Además, a pesar de los enérgicos clamores morales y emocionales por una nueva interdependencia internacional en el área de la práctica de los derechos humanos –que pasó a ser un asunto en extremo sensible en la medida en que las violaciones se convirtieron

⁴⁵ En el período entre las dos guerras, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue una excepción parcial a la concepción de los derechos humanos de los trabajadores.

en una preocupación innegable— el nuevo régimen global en este campo comenzó de manera más bien débil en términos de su ejecución, y así permanece hoy en día. Las declaraciones fuertes y las actividades promocionales no se han traducido en una implementación fuerte y en prácticas de ejecución.

En otras palabras, la implementación y la ejecución de los derechos humanos internacionales fueron diseñadas como tareas que deben ser desarrolladas prioritariamente por la acción del Estado-nación. La supremacía indiscutida del principio de la soberanía estatal salvo a los estados de las amenazas y las vergüenzas que habrían derivado de un escrutinio demasiado efectivo sobre la práctica de los derechos humanos. Aquí estaba implícita la idea según la cual una promoción efectiva de los derechos humanos sería disonante con el funcionamiento adecuado del sistema de Estados (*De Sousa, 1998, p.175*). La obligación de proteger los derechos humanos no era en sí misma colectiva, para no hablar de la maquinaria institucional necesaria para garantizar su cumplimiento. En ambos aspectos la visión colectiva era más bien débil; no iba más allá de una “interdependencia moral políticamente débil”, como lo expresa *Donnelly*, y no implicaba una limitación significativa de la soberanía nacional. “El resultado es un régimen de normas extensas, coherentes y ampliamente aceptadas, pero en extremo limitadas en términos de poder de decisión internacional —es decir, un régimen promocional fuerte—” (*1992, p.247*).

Este régimen global de derechos humanos permite la diferencia interna dentro del sistema interestatal. Usualmente son identificados y clasificados los siguientes subregímenes regionales: el europeo, el interamericano, el africano, el asiático y el

(inexistente) del Medio Oriente (*De Sousa, 1998, p.181*). Un breve comentario sobre cada uno de ellos debe ser hecho en este punto.

Lo que distingue el *régimen europeo* –establecido por los miembros del Consejo de Europa en 1950– no es tanto la normatividad sustantiva sobre derechos humanos, sino el poder de monitoreo muy fuerte de la Comisión Europea de los Derechos Humanos y los poderes de decisión vinculantes de la Corte Europea de Derechos Humanos. La Comisión Europea, compuesta por un cuerpo independiente de expertos, revisa las quejas presentadas por individuos y organizaciones no gubernamentales o Estados, que aleguen violaciones de los derechos humanos. Cuando no se logra un arreglo amistoso, el caso es enviado a la Corte Europea para que se siga una acción de cumplimiento obligatorio, que en la práctica es por completo aceptada por los Estados participantes.

El *régimen interamericano*, en la medida en que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales previstos en los pactos europeos, es significativamente más estrecho que el europeo. De manera similar al régimen europeo, sus órganos principales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la práctica, sin embargo, las dos instituciones han venido operando de forma muy diferente a sus equivalentes europeas. La Comisión no tiene poderes de ejecución reales y su actividad (e inactividad) ha estado subordinada todo el tiempo a los intereses geopolíticos de la potencia dominante en la región, los Estados Unidos. De otra parte, la Corte, aunque puede proferir sentencias jurídicamente vinculantes, ha tenido una actividad muy escasa. Lo que es más importante, este régimen sufre de una debilidad moral impactante, representada en el hecho de que la potencia

hegemónica, los Estados Unidos, lo domine sin ser parte de la convención que ha creado (la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969). En una muestra tremenda de arrogancia hegemónica, los Estados Unidos se niegan a ratificar los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y otros Tratados sobre derechos humanos. Aun más chocante es el hecho de que los Estados Unidos obliguen a otros países a cumplir estándares de derechos humanos que no permiten que le sean aplicados a ellos mismos. Un ejemplo simple: Mientras que el Departamento de Estado prepara un reporte anual sobre la práctica de los derechos humanos en la mayoría de los países, los Estados Unidos se niegan a someter reportes de su propia práctica a los cuerpos de monitoreo internacional.

En cuanto al *régimen africano*, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue adoptada por la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, en junio de 1981. Esta Carta contiene dos innovaciones importantes en términos de contenido normativo: como su título lo indica, añade a los derechos humanos individuales los derechos colectivos, así como el derecho al desarrollo; también introduce el concepto del deber de los individuos frente a la familia, la comunidad y el Estado. Pero las provisiones que prevén el establecimiento de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los pueblos son excesivamente vagas, lo que le quita a ésta todo poder de ejecución y le da sólo poderes de investigación muy modestos. Por otro lado, tampoco se contempla la existencia de una corte regional de derechos humanos. Aun como régimen declarativo, el africano es más débil y determinado por confrontaciones ideológicas⁴⁶.

⁴⁶ Dos visiones alternativas sobre este tema se encuentran en J. Shivji, 1989.

Mientras que fuera de Europa los regímenes de derechos humanos son notablemente débiles. En Asia y el Medio Oriente no existe ninguno. Aunque en ambas regiones el debate sobre los derechos humanos se está ampliando y profundizando, existen, entre otras razones, barreras culturales importantes para el establecimiento de un régimen de derechos humanos. Los derechos humanos son vistos con frecuencia como una concepción exótica, extranjera y occidental, cuya circulación mundial no es sino una manifestación más del imperialismo cultural de Occidente.

El registro de violaciones de derechos humanos ocurridas a lo largo y ancho del sistema mundial en el período de la posguerra es un comentario cruel del discurso dominante de los derechos humanos y una negación abierta de la validez práctica de las declaraciones internacionales basada en el consenso normativo. Las predicciones optimistas de los últimos diez años acerca de un futuro más promisorio para los derechos humanos –hechas en el alba de la transición democrática– de muchos países regidos por regímenes dictatoriales, ante las negociaciones de paz entre naciones, facciones políticas o grupos étnicos involucrados en guerras civiles o transfronterizas durante varios años, y, ante el colapso del bloqueo comunista pueden terminar siendo equivocadas. Las comparaciones entre las regiones del sistema mundial no son muy iluminadoras y pueden incluso inducir al error, por cuanto carecemos de criterios transnacionales para estimar las diferencias y construir órdenes jerárquicos.

Basta como muestra de ello el reconocimiento del hecho descorazonador de que las violaciones de los derechos humanos han ocurrido en todas partes.

Durante la Guerra Fría, los Estados Unidos denunciaron repetidamente las violaciones de derechos civiles y políticos en los países del bloque soviético, mientras que perdonaban o incluso alentaban las violaciones de los mismos derechos en “países amigos” (en los casos más grotescos se encuentran: Duvalier en Haití, Pinochet en Chile, Mobutu en Zaire, Marcos en Filipinas, Park en Corea del Sur, El Shah en Irán, Stroessner en Paraguay y Somoza en Nicaragua)⁴⁷. Aunque después de 1975 el Congreso de los Estados Unidos vinculó la ayuda internacional humanitaria a todos los derechos humanos, los mismos intereses estratégicos determinantes continuaron produciendo, hasta nuestros días, dobles estándares en Israel, Kenia, Egipto, Indonesia, que no podría ser explicado por ningún otro motivo.

Por otra parte, la globalización de la economía está engendrando actores globales que tienen una influencia económica y política. Por su carácter privado, estos actores económicos pueden cometer violaciones masivas de los derechos humanos con total impunidad en diferentes partes del mundo, aprovechando las libertades ampliadas de movimientos y acción dentro y fuera de los bloqueos comerciales, diseñadas a favor del desarrollo del mercado. Debido a que dichos actores están en el centro de las pérdidas de soberanía económica nacional, es improbable que sus acciones, sin importar que tan ofensivas sean para los derechos humanos, choquen con consideraciones de interés nacional o de seguridad, que podrían en otras circunstancias provocar la intervención correctiva o punitiva del Estado.

⁴⁷ Donnelly como uno de los más críticos intérpretes de los Derechos Humanos en el contexto mundial, en su “*Human Rights in the New World Order*”, editado en la Revista *World Policy Journal*, N° 9, pp. 249-277, explica ampliamente este tema.

Como ya se ha indicado, los Estados siguen siendo tanto los principales violadores como los principales garantes de los derechos humanos, y continuarán siendo un foco importante de las luchas por los derechos humanos. Sin embargo, las condiciones que subyacen tanto a las violaciones como a las garantías de los derechos humanos parecen estar cada día más fuera del alcance del Estado. El sistema interestatal ha ocultado durante mucho tiempo el funcionamiento del sistema mundial. Las transformaciones recientes del sistema mundial han hecho que esa ocultación sea cada vez menos convincente. Se requiere entonces una nueva aproximación a los derechos humanos para confrontar las nuevas violaciones organizadas globalmente, sin importar hasta qué punto sean sentidas como locales, y explorar nuevas oportunidades posibles de organizar luchas globales contra ellas (*De Sousa, 1998, p.223*).

Se habla mucho, hoy, de una globalización de la democracia y de los derechos del hombre. Los reiterados llamamientos en pro del respeto de los Derechos del hombre toman entonces el cariz de encantamientos. Así sucede, por ejemplo, en materia de Derechos de la familia.

La historia de la filosofía del Derecho nos enseña, como lo hemos subrayado, que los derechos del hombre, en tanto en cuanto Derechos subjetivos, son un descubrimiento relativamente reciente con respecto a la edad de la humanidad, y cuyo origen se sitúa de manera específica en la tradición jurídica europea. Ahora bien, mucho antes de que estos Derechos se hubiesen elaborado como tales



encontramos, en las sociedades occidentales en el seno de las cuales nacieron, una regulación de la familia⁴⁸.

El concepto de globalización de los derechos del hombre permite explicar unos cuantos fenómenos de creación de normas jurídicas que no sólo no entran dentro del espacio nacional, comunitario o internacional, sino que, además, son susceptibles de engendrar relaciones que contravengan estos Derechos. En materia de relaciones comerciales e industriales, el hecho es cada vez más común. La globalización designa el proceso a través del cual algunas multinacionales hacen caso omiso de las reglas que se establecen por los derechos nacionales de los países en los cuales operan, sin ser molestadas en nada por un derecho comunitario o internacional. Hacen sus propias reglas.

No es éste un tema sencillo, ¿Es posible, en este sentido, una globalización de los derechos del hombre?. Conviene establecer una clara distinción entre *promoción* de los derechos del hombre y *protección* de los derechos del hombre. Por lo que se refiere a la promoción, la primera respuesta que surge es que los derechos del hombre tienen, por naturaleza, vocación a la internacionalización. Por lo que se refiere a la protección de los derechos del hombre, la cosa cambia. Y aquí es donde el concepto de globalización puede ser importante a la vez que peligroso. Importante en la medida en que, cuando las reglas nacionales, comunitarias e internacionales se muestran incapaces de hacer respetar las declaraciones

⁴⁸ Sin remontarnos más allá del Derecho romano, e incluso en una época en la que intervención legislativa no era tan banal como en nuestros días, recordaremos las famosas leyes *caducariae*: *Iulia* del 736 a. U.C. y *Pappia Pappaea* del 762 a. U.C., promulgadas bajo Augusto con el fin de combatir el celibato e incrementar la natalidad. Se trata de una reglamentación jurídica que surge para apoyar necesidades socio-económicas. Por lo demás, la célula familiar se concibe y se protege en función de los principios extraídos de lo que se observa en la naturaleza. Y cuando la iglesia en tiempos de la Cristiandad medieval, se preocupa por reglamentar la familia a través del matrimonio y el estado de los hijos lo hace sobre las bases de una interpretación estricta de los textos revelados.

internacionales, no resulta inútil inventar, con tal de que produzca un efecto acertado.

El peligro se presiente: existen, en efecto, por el mundo, tribunales cuyo objeto es hacer respetar los derechos del hombre, y que se dedican a ello. Aparte del control de la ONU y de organizaciones como la OIT, el sistema interamericano dispone de una Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre y de un Tribunal Interamericano de los Derechos del Hombre, semejante a los que, para Europa, tienen su sede en Estrasburgo. Remitirse a una globalización de los derechos del hombre, ¿no supone el riesgo de crear un efecto perverso, el de una desconsideración de los tribunales existentes, que ciertamente no lo merecen?. (*Arnaud, 2000, p.111*). A menos que se reestructure, para homogeneizarlo, lo que ya existe, y que sería, de este modo, creado... pero esto pertenece al orden de lo hipotético.

4.- DERECHO ROMANO Y GLOBALIZACIÓN

La continuidad entre el antiguo Derecho romano y los Derechos de las nuevas repúblicas independientes fue sostenida con fuerza, programática, por Don Andrés Bello: "Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarlas de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo; tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas aspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirlas a las instituciones republicanas" (Discurso pronunciado en la instalación de la Universidad de Chile



17 de setiembre de 1843). La opinión del gran jurista y humanista prevaleció sobre los adversarios del Derecho romano⁴⁹ y señaló además, el camino de aquellas codificaciones americanas en que coexisten elementos del Derecho napoleónico y del Derecho hispánico o lusitano, y que son conscientemente originales adecuándose a la realidad presente con el reclamo a la antigua tradición romana. Este camino puede considerarse concluido en 1917, cuando entra en vigencia el Código Civil brasileño, preparado por Clovis Bevilacqua.

En Brasil por un tiempo mayor fue mantenido el Derecho no codificado, por tanto, el Derecho justiniano como fuente de carácter subsidiario (y el mismo Código Civil, art. 1807, permite argumentar concluyendo que “*o Direito Romano é ainda lei federal nos casos omissos da legislação civil patria*”) (Catalano, 2002, p.27).

Paradoxalmente en este país en la primera parte del siglo pasado fue más áspera la discusión sobre la enseñanza del Derecho romano. La institución de la enseñanza romanista fue sostenida, en la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa del Imperio de Brasil, por José da Silva Lisboa, uno de los más grandes juristas del tiempo, cuya posición liberal era caracterizada por un sentido católico y iusnaturalista: “*Importa, pois que os que devem influir nas classes menos instruídas venham fazer estudos e firmar o espírito do nosso sistema na Roma Americana*” (discursos del 27 y 28 de agosto de 1823)⁵⁰. Examinaremos en otra sede la idea de “Roma Americana”.

⁴⁹ Amplia este tema Martínez Baeza (1964) “Bello, Infante y la enseñanza del Derecho romano. Una polémica histórica 1834”. En Revista chilena de Historia y Geografía, N° 132.

⁵⁰ Diario de la Asamblea General, Constituyente y Legislativa del Imperio de Brasil, N° 62, de la colección de textos: Senado Federal, Brasília, 1977.

Cualquiera sea la perspectiva, institucional y nacional (republicana o imperial), el carácter común de la doctrina romanística latinoamericana es su permanente y estrecha relación con el Derecho Civil codificado. A la raíz de este hecho se encuentra, en gran parte, la actividad científica (y política) desarrollada por tres grandes romanistas del siglo pasado: el venezolano Andrés Bello, el brasileño Augusto Teixeira de Freitas y el argentino Dalmacio Vélez Sársfield, quienes sentaron las bases de la codificación del Derecho en el área latinoamericana, y la realizaron, en parte, en un período comprendido entre 1823 (comienzo de la enseñanza romanística de Bello en Santiago de Chile) y 1871 (entrada en vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield en la Argentina). Es conocida la influencia del Código Civil de don Andrés Bello (promulgado en Chile en 1855, y que entró en vigencia en 1857) sobre los códigos civiles de los países de las vertientes del Pacífico (particularmente Ecuador, Colombia, Nicaragua, Honduras, El Salvador)⁵¹. Así como es conocida la influencia del *Esboço* (del Código Civil para Brasil) de Freitas (1860-1865) sobre el Código Civil de Tristán Narvaja en Uruguay (1968) y sobre el Código Civil de Vélez Sársfield (en vigencia en la República Argentina desde 1871 y luego en la República del Paraguay desde 1877), e indirectamente y en menor medida, sobre el Código Civil brasileño de 1917.

⁵¹ Véase Moisset, L. (1973). Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas. Córdoba-Argentina: Reusa. Sobre la distinción entre códigos civiles de los Estados del Pacífico (o mejor de los Andes) y códigos civiles de los Estados del Atlántico Meridional, revisar Valladao.

CAPÍTULO III

Un proceso de integración *voluntario y de derecho* se perfecciona cuando al mecanismo de concertación y de decisión se le añade un *mecanismo jurisdiccional* que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración"

Gualtierio Martín M. (1999). *Libre circulación de la mano de obra en el MERCOSUR*.

1.- LA GLOBALIZACIÓN: ¿VOLVER A PENSAR EN EL DERECHO?

En los años 80 nuestros colegas anglosajones empezaron a tratar ampliamente el tema de la *globalización*⁵². Pero tardíamente y no, salvo raras excepciones⁵³, bajo la pluma de los juristas. En las Facultades de Derecho, sin embargo, se insiste imperturbablemente en formar –si no en deformar– a los estudiantes en la idea de que el Derecho es la emanación de un poder soberano único, absoluto, entero, exclusivo: El Estado. No obstante, es mucho de lo que está en juego.

En esta investigación, las preocupaciones, han sido las siguientes:

- 1.- Que también el Derecho le atañe en forma directa el proceso de globalización.
- 2.- Que la globalización, hoy en día, ostenta valor de paradigma, y

⁵² La preocupación es anterior: se puede citar, por ejemplo, un artículo importante de Niklas Luhmann, publicado en 1971. Asimismo, la obra de Immanuel Wallerstein *The Modern World System* es de 1974. Pero sin duda, es a partir de los años 80 cuando los estudios acerca de este tema se multiplican en la comunidad de los juristas, de los politólogos y de los sociólogos del Derecho.

⁵³ La palabra aparecería en la *Institutions politiques* de Jacques Chevallier (Paris, 1996). Existen algunos trabajos de investigadores norteamericanos y anglosajones. En este texto se encuentra la palabra “globalización”, probablemente introducida con ocasión de la traducción en inglés. La primera revista jurídica francesa que ofreció un *dossier* sobre este tema fue *Droit et Société*, en una entrega de 1997.

3.- Que los juristas pueden encontrar en el paradigma de la globalización una manera nueva de plantear problemas reputados sin solución, incluso de superar la crisis permanente en la que está inmerso.

¿Por qué decir global? En principio, se le podría reprochar al término “global” su carácter polisémico. Un uso corriente hace que se utilice –y no sólo en las lenguas francesas– que significa que se toman “en bloque” los elementos de un conjunto. “Globalmente” tiene por sinónimo “en su conjunto”. Se habla también de “resultados globalmente positivos”. En una acepción más específica, la palabra recubre intensiones de significado diversas. Por lo general, cuando se hace referencia a un efecto de uniformización y estandarización anti-identitaria y destructor de cultural. Se trata, en este caso, de un efecto de superficie. Tal invasión de espacios locales por fenómenos que se extienden sobre el conjunto del globo es, en realidad, el resultado de otros tipos de globalización.

Estos últimos surgen con la toma de conciencia de intereses comunes a todo lo que recubre la superficie de la tierra y de su indispensable gestión por vías distintas de las regulaciones tradicionales, que se revelan inapropiadas. Los intereses de esta comunidad, que de manera provisional se llamará “planetaria”, pertenecen a varios órdenes y se refieren esencialmente a la prevención contra ciertos riesgos: riesgos vinculados a la naturaleza (cuestiones climáticas, problemas relacionados con el medio ambiente), a los fabulosos desarrollos de la tecnología (energía nuclear, espacio, telecomunicaciones, en particular) a la acción organizada (terrorismo, guerras étnicas, guerra nuclear...), a la desorganización del “mercado” (proteccionismos nacionales, especulaciones, desequilibrios entre países fuertemente industrializados y países en vías de

desarrollo). La aproximación a esta última cuestión desde la perspectiva “global” representó un giro radical en las investigaciones (Arnaud, 2000, p.26).

En el área lingüística anglosajona, numerosos autores utilizan como calificativo el término *World* antes que el de *global*⁵⁴. Sin embargo, cada palabra tiene su propio peso, sin contar con que la utilización del término “mundialización” podría perfectamente introducir, por los usos no específicos que se hacen de él, un cierto grado de ambigüedad.

La palabra “internacionalización” sería, por otro lado, un término con el que los juristas estarían más familiarizados que con el de “globalización” o incluso el de “mundialización”. Sin embargo, cuando se dice que los intercambios están hoy “internacionalizados” la expresión hace referencia a toda una red de nociones cuyo censo es la idea de “nación”. “*Inter-nación- al*” supone la existencia de relaciones necesarias entre naciones –algo que desafía, precisamente, la globalización–. “Internacional” no es “global”⁵⁵. Y tampoco carece de interés al ver que la institución hoy encargada de hacer reinar un orden justo en el mundo, lo que comanda el informe sobre la “gobernancia” global⁵⁶, recibió el nombre de

⁵⁴ Aún tengo duda frente a la afirmación de Pascal Gauchon cuando declara que la distinción entre “*mundialización*” y “*globalización*” no tiene sentido para los norteamericanos. De la lectura de varias obras, se puede mencionar la distinción semántica que un buen número de autores hacen entre *global* y *world*. Incluso si algunos emplean uno de los términos por el otro, se constata, con la lectura de los textos, que el primero tiende a tomar el revelo del segundo al filo de los años, con una connotación de integración económica que este último no tenía. Estamos pues frente a dos teorías, aquella según la cual la “mundialización” es la última fase de la “internacionalización”, y aquella según la cual hay ruptura de una a otra, continuando su carrera de internacionalización en ciertos campos en los que los Estados-nación son todavía los actores privilegiados, y manifestando la globalización la entrada del mundo en una fase por completo nueva y que conlleva aún numerosas incógnitas, al ya no estar el estado-nación en condiciones de desempeñar el papel que hasta entonces le correspondía en cuanto al control de los intercambios mundiales.

⁵⁵ Se concuerda en este punto con Gauchon. “*Vers en espace économique mondial?*”, cit. Recurso, en cambio, la alegación según la cual sólo existiría una diferencia de grado entre uno y otro. Todo jurista estará de acuerdo en que el hecho de las naciones sean aún, o no, los principales actores de la economía mundial transforma la propia naturaleza de estos intercambios. En la práctica, si desde hace muchos años se reúnen conferencias internacionales sobre cuestiones “globales”.

⁵⁶ *Commission on Global Governance. Our Global Neighborhood*, cit. Acerca de la “gobernancia” y de su especificidad en relación con el “gobierno”, no nos extenderemos aquí. El tema es objeto de desarrollos adecuados en *Gouvernants sans frontières*.

“Organización de las Naciones Unidas”: ahora bien, precisamente, parece que el proceso de globalización vuelve a poner en tela de juicio el orden mundial que en principio este entendimiento entre Estados-nación soberanos ha de salvaguardar. Una de las características de la globalización consiste, incluso, en el hecho de que llega a burlarse de lo internacional en sentido estricto.

Tomemos un ejemplo ya corriente en nuestros días: el de la red Internet. Cada uno de nosotros puede hoy –y se me perdonará esta referencia trivial– “conectarse”, a través, de una simple suscripción con un prestatario de servicios, a esta “tela de araña”, el *web*; con ello, cabe la posibilidad de procurarse, con un modesto ordenador o computador personal, una infinidad de informaciones disponibles, de acceder a una multitud de servicios. Podemos, por ejemplo, en unas fracciones de segundo, ponernos en relación con la famosa Biblioteca del Congreso de Washington y consultar sus fondos. El investigador puede llevar a cabo, en unos instantes, una búsqueda bibliográfica que hasta entonces habría requerido numerosos y costosos desplazamientos a diversas bibliotecas de nuestras principales ciudades universitarias y días –a veces semanas- de investigación minuciosa a través de variados catálogos. Incluso se pueden leer algunas obras a distancia, si han sido “escaneadas” o “captadas” en ficheros apropiados.

La misma red permite también, a los titulares de buzones de correo electrónico, intercambiar informaciones de toda clase. Algunos colegas “teclean” así obras a varias manos: aunque ejerzan en continentes diferentes, pueden escribir un libro en común conversando en forma casi simultánea, a pesar de estar a miles de kilómetros el uno del otro. Estos progresos de la tecnología, que hasta ahora se

han analizado en términos de ventajas aportadas por un desarrollo fulgurante y ampliamente insospechado del acceso a la información, dependen en gran medida del uso que se hagan de ellos.

La palabra “globalización” es distintiva y portadora de un significado específico. Todo el mundo sabe más o menos lo que recubre. Se trata de una toma de conciencia de que muchos problemas, a comienzos del siglo XXI, ya no pueden tratarse a través de una simple referencia a los Estados y sin tener en cuenta los vínculos que, de ahora en adelante, unen las diferentes partes del globo terrestre. En materia de clima o en materia de medio ambiente, en materia de comunicaciones y, sobre todo, de telecomunicaciones, es algo particularmente evidente. Pero el *concepto de globalización* desbordó con gran rapidez estas cuestiones que escapaban claramente a la gestión puntual y atomizada de los Estados, para dar su plena dimensión a una mejor comprensión de fenómenos nuevos que se producen en el campo de los intercambios monetarios y económicos.

Por otro lado, seguramente no es fruto de la casualidad si el célebre *global village* de Marshall McLuhan –que se convirtió en famoso incluso en los estudios de derecho y de sociología– ha sido traducido en francés no por *monde* sino por *planète*⁵⁷. Y sin embargo, “lo ‘global no’ es planetario” tampoco “Global”, al final, se ha convertido en un calificativo simbólico de uso común en el lenguaje del neoliberalismo económico y de sus vástagos más o menos degenerados. “Global” podría significar planetario si no tuviera ese resabio imperialista que el término ha adquirido, con el uso que se ha hecho de él por los Estados centrales, en

⁵⁷ Marshall, McLuhan ; Q. Fiore. (1969). Guerra y paz en la villa planetaria. Paris: *Laffont*.

detrimento de los países menos favorecidos. De ahí que, por nuestra parte nos atendremos al término "globalización".

2.- HACIA UNA REGULACIÓN JURÍDICA GLOBALIZADA

La globalización amenaza con volver a poner en tela de juicio, de un modo bastante radical, la regulación jurídica de tipo clásico. Esta última era, hasta ahora, privativa de los Estados soberanos dentro de los límites de su territorio o dentro de los vínculos que mantienen con otras naciones.

El Derecho de la Integración en este hilo de globalización es el conjunto de principios y normas jurídicas que regula las relaciones del hombre y de los Estados en las comunidades socio-económico-políticas, a efecto de constituir áreas dentro de las cuales circulen libremente y reciban el mismo trato las personas, los bienes, los servicios y los capitales, mediante la armonización de las legislaciones correspondientes y sus políticas constitutivas, y la creación de órganos supranacionales, teniendo como fin último el bien común de los hombres en la comunidad (*Martín, 1999, p.20*).

El Derecho de la Integración es una rama independiente, separada y distinta de las otras disciplinas jurídicas. Esta nueva disciplina tiene vínculos e interferencias con el Derecho Internacional, pero también los tiene —y acaso más acentuados—, con el orden jurídico interno de los Estados miembros de esa integración, *verbi gratia*, La Unión Europea, MERCOSUR, NAFTA, CARICOM y otros. Esta nueva



disciplina jurídica tiene autonomía científica, legislativa, doctrinaria y jurisprudencial⁵⁸.

Este Derecho deberá tener una relación jerárquica dentro de la pirámide jurídica que lo sitúe con prioridad al derecho interno de los Estados miembros de la futura Comunidad, a fin de tener plena efectividad; deberá ser aplicado por órganos comunitarios dotados de poderes supranacionales que tengan plena ejecutividad y legislación estadual deberá ser armonizada a fin de facilitar la movilidad⁵⁹.

La integración supone la eliminación de las barreras económicas que interfieren el libre movimiento de bienes, personas, servicios, capitales y mano de obra, es decir, en forma genérica la libre circulación de los factores de la producción. En segundo lugar, y para permitir esta libre circulación, la integración supone la armonización de las políticas nacionales, particularmente en el ámbito legislativo, jurídico y económico. Pero para dar operatividad a estos dos elementos se requiere un tercero indispensable, que es la transferencia de las competencias estatales, en las materias propias de la integración a un órgano o sistema institucional "*supranacional*" o "*comunitario*", que se encargue de elaborar y aplicar las medidas necesarias tendientes a la armonización de la política económica, jurídica y legislativa dentro de los lineamientos generales que determine el tratado o instrumento constitutivo, así como orientar y coordinar la marcha del proceso de

⁵⁸ Así lo concibe la Coordinadora de una Especialidad en Mercosur, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Profesora Adriana Dreysin, quien entiende que la dinámica institucional de MERCOSUR es la técnica empleada para determinar la estructura orgánica del proceso desde su constitución hasta nuestros días, como ente internacional con plena autonomía y naturaleza intergubernamental.

⁵⁹ Referente a la prioridad jerárquica del Derecho Comunitario europeo puede consultarse: Constantinesco, Leontín, "Las relaciones del Derecho comunitario con el Derecho de los Estados miembros de la C.E.E. en el Derecho de la Integración, Buenos Aires, 1968, y Pescatore, Pierre, "Distribución de competencias y poderes entre los Estados miembros y las comunidades europeas. Estudios de las relaciones entre las comunidades y los Estados miembros", en Derecho de la Integración, Buenos Aires, 1967.

integración. En un proceso de integración los intereses nacionales y regionales se complementan mutuamente en un plano de equilibrio y armonía⁶⁰.

El único proceso de integración americano compatible con nuestra formación filosófica-jurídica, es el proceso de integración voluntario y de derecho, que deberá caracterizarse por ser equitativo, legítimo y planeado.

El proceso de integración voluntario y de derecho tienen los siguientes caracteres que los distinguen de otros procesos integratorios no voluntarios.

Como proceso voluntario, deberá ser el resultado de la libre concertación de los intereses de las fuerzas que lo impulsan y orientan. Idealmente, dicho proceso debe ser el producto de la concertación de todas las fuerzas económicas y sociales del área a integrar. Lo mínimo es que sea el resultado de la concertación de los órganos que expresan normalmente la voluntad de los Estados.

Como proceso *de derecho*, debe ser el resultado del predominio de las normas jurídicas que encuadran el juego de las fuerzas participantes en el proceso. Las normas jurídicas deberán encuadrar la acción de los sujetos del proceso y limitar la competencia de los órganos comunes creados.

El derecho de la integración será la garantía del cumplimiento de las voluntades libremente concretadas de los sujetos del proceso (*Martín, 1999, p.20*). La clave de un proceso de este tipo, es la aceptación de reglas comunes, dictadas a partir de perspectivas comunes y sobre la existencia de intereses comunes. El derecho es el elemento unificador por excelencia, tal como en un proceso de integración hegemónica lo es la fuerza.

⁶⁰ Mesa redonda sobre "La integración de América Latina y la cuestión constitucional", Universidad Nacional de Colombia, 6/8 febrero 2000. Informe de la Secretaría General, p.31, Washington, D.C.

Un proceso de integración *voluntario y de derecho* se perfecciona cuando al mecanismo de concertación y de decisiones se le añade un *mecanismo jurisdiccional*, que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración.

2.1.- EL DERECHO, DE LO NACIONAL HACIA LO GLOBAL

El desarrollo de los países post-industrializados se llevó a cabo de tal modo, en un contexto de competencia mundial creciente y de desaparición brutal de la economía de guerra fría, que la ideología de mercado se ofrece en la actualidad como una panacea. Si derecha e izquierda tienen aún un sentido político es gracias a la separación que se establece entre los gobernantes que sólo juran por la ideología de mercado y los que intentan ponen trabas a un neoliberalismo calificado de salvaje. Pero he aquí que después de más de medio siglo de recurso a las “políticas públicas” se asiste ahora a un retorno del Derecho. Desde luego, las cosas no son sencillas.

Sin embargo, aún es cierto que las fronteras se muestran impotentes para encauzar flujos transnacionales de información, de servicios, de mercancías, de capitales y de personas. Los problemas de regulación y de control se plantean de manera aguda y completamente nueva. Vemos cómo se desarrollan al margen de un Derecho de hechura tradicional, principios, estrategias, normas de políticas y de gestión de la regulación que se reconocen en todo el planeta. Tal alteración no deja de plantear numerosos problemas a los juristas. A modo de ejemplo de los efectos más visibles de la globalización basta con mencionar que es necesario

revisar en su totalidad el Derecho de los convenios, el Derecho del trabajo, el Derecho financiero... (*Arnaud, 2000, p.39*). Si plantean cuestiones completamente nuevas, *verbi gracia*, por la deslocalización de las industrias, por la movilidad de los capitales por la llamada "integración" mundial de las economías.

Las profesiones jurídicas tienden a sufrir profundas transformaciones. Los grandes bufetes norteamericanos y latinoamericanos, por cierto, lo han entendido perfectamente; en estos bufetes se trata todo aquello que se refiere a la vida económica y evolucionan con ella, remodelándose según las necesidades de asesoramiento y de transacción que manifiestan sus clientes, empezando por los propios agentes económicos. Correremos el riesgo de plantear alguna conjetura sobre en qué consistiría la profesión de abogado dentro de cincuenta años. Con seguridad no será lo que es aún en gran medida, hoy, al menos en los países de tradición romano-canónica: una antecámara de los juzgados y tribunales donde se da forma, dentro de las reglas requeridas por el Derecho, a los asuntos que llegan a tomar un cariz contencioso. Sin duda, habrá que seguir arreglando divorcios y accidentes de circulación, pero no serán más que naderías al lado de aquello que realmente será objeto de la profesión de abogado. El bufete de abogado se convertirá –si no lo es ya– en uno de los lugares a los que acudirán los operadores del Derecho para proyectar sus acciones, antes incluso de emprenderlas, y para arreglar amistosamente sus asuntos contenciosos entre partes cada vez más dispuestas a la transacción y cada vez menos a tener que soportar el paso por las vías "normales", judiciales o administrativas, de resolución de conflictos.

No cabe duda que durante mucho tiempo todavía la puesta en práctica de las consecuencias de la globalización no podrá desvincularse del Estado. Puede parecer, perfectamente, que este último está amenazado, incluso debilitado por el proceso de globalización, a pesar, de todo, le corresponderá, en esta coyuntura de globalización, asegurar, en un contexto difícil e *in situ localmente* con respecto al proceso *global*, la mejor regulación posible de la esfera social. En efecto, la intervención de los poderes públicos es más que nunca necesaria, por ser los únicos susceptibles de apoyarse localmente en lo diversos movimientos locales.

Los grandes problemas del momento se convierten entonces, de forma prioritaria, en los problemas de transformación del modo de producción del Derecho, del modo de tratamiento de los litigios y de la protección de los individuos –asegurada hasta ahora por el Estado– contra la opresión de los grupos sociales vinculados al proceso de transnacionalización económica, social y política.

Este movimiento de globalización sólo puede confirmarse en un contexto de paz mundial (incluso relativa) que, a pesar de todo, nadie puede desear ver rota por un conflicto generalizado. Si realmente todo sucede de esta manera, aquellos actores que tengan vínculos más allá del Estado-nación serán cada vez más importantes; por el contrario, aquellos cuyas prácticas estén vinculadas de manera exclusiva con el derecho nacional perderán terreno. Mejor dicho algunos regímenes jurídicos transnacionales –como ya empieza a ocurrir– van a penetrar en campos nacionales hasta ahora cerrados. Los propios profesionales del derecho están llamados a participar activamente –a veces fuera del control estatal– en la construcción de regímenes transnacionales y supranacionales. En última

instancia, estas acciones afectarán el poder y la propia legitimidad de los Estados nacionales y de sus ámbitos jurídicos.

Es evidente que nuestro Derecho no está preparado para tales conmociones. Como lo escribía Michel Villey en una de estas frases lapidarias de las que tenía el secreto, “el árbol sigue aún en pie con todas sus frondosidades; nada asegura que su raíz, es decir, la filosofía, no esté muerta desde hace tiempo”

3.- DE LA GLOBALIZACIÓN AL POSTMODERNISMO EN DERECHO

Se intenta prolongar la reflexión acerca de la globalización en términos de pensamiento jurídico nos encontramos con la problemática del postmodernismo⁶¹ en Derecho. El hecho de que las dos problemáticas no suelen asociarse se debe simplemente a que al parecer conciernen a comunidades científicas diferentes: la globalización sería más bien de la incumbencia de los economistas y de los “politistas”; el postmodernismo sería, por el contrario, de la incumbencia de los filósofos, e incluso de los sociólogos. Consideramos, por nuestra parte, como juristas que los problemas que plantean uno y otro están íntimamente vinculados. Hemos visto, en efecto, cómo la globalización interpela la historia del pensamiento jurídico occidental. La pretensión universal, por ejemplo, pilar de la globalización, ya fue –como lo demostramos– una producción de la filosofía “moderna” del Estado y del Derecho. Tras la moda de la filosofía “moderna” se nos habla del

⁶¹ Recordemos las páginas en las que Gianni Vattimo, citado por Arnaud, muestra cómo, después de los análisis de Nietzsche y de Heidegger sobre la herencia del pensamiento europeo, nació un pensamiento postmoderno según el cual la historia ha dejado de encubrir la idea de un progreso y no se reconocen ya más recursos que la movilidad de la interpretación.

advenimiento del “post-modernismo”, y con él, la “desconstrucción, de muerte del hombre”. Que el individuo haya sido desconocido por los pre-modernos en tanto en cuanto sujeto investido por naturaleza de todos los derechos es algo que roza el turismo. ¿Hay que decir por eso que predicaban la ausencia del hombre –lo que volveríamos a encontrar bajo el título de la “muerte” del hombre? Digamos mejor que vivían otro tipo de relación jurídica. Esta relación no era, en sí, ni mejor ni peor que la nuestra.

Por lo que hace el enfoque postmoderno en Derecho, conviene expresar lo plural y distinguir, hoy, al menos tres vías de acceso a un pensamiento jurídico postmoderno. La primera es puramente filosófica. Siguiendo las huellas de filósofos franceses como Michel Foucault⁶², Jean Francois Lyotard, Jean Baudrillard y Jacques Derrida. Su perspectiva se funda, en lo esencial, en las ideas de “desconstrucción”, de “vértigo”, de “muerte del hombre”, de fragmentación.

Los politólogos, por su parte, analizan la crisis contemporánea del Estado-providencia –consecutiva al proceso de globalización de los inter-cambios– como una prueba del hecho de que “el nuevo despliegue económico en la fase actual del capitalismo, ayudado por la mutación de las técnicas y de las tecnologías, lleva aparejado un cambio de función de los Estados”. Las consecuencias son importantes en todos los sectores de la vida jurídica: así las transformaciones que sufre el Estado tienen consecuencias incluso sobre los movimientos de política criminal en los países subdesarrollados.

⁶² La raíz de mucho de los conceptos postmodernos puede encontrarse en la obra de alguien como Foucault que se sitúa “más allá del estructuralismo”. Para profundizar, leer, por ejemplo: Alan Hunt. “*Foucault Expulsion of Law: Toward a Retrieval*”, en *Law and Social Enquiry*, 17/1, 1992, pp.1 a 38; y los comentarios de Susan S. Silbey y Jonatahn Simón, y la respuesta de Alan Hunt.

Otra vía es la que siguen algunos sociólogos y antropólogos del Derecho. Los postulados de esta teoría en vías de constitución se han planteado sobre la base de investigaciones de campo que imponían una renovación de los conceptos.

Al abogar por un paradigma de la postmodernidad, hacen hincapié en el debilitamiento del Estado, en el retorno de la sociedad civil, en la atención que se presta a los movimientos sociales, en la necesidad de pensar el derecho más allá de la dicotomía Estado/Sociedad civil –todos rasgos específicos del proceso de globalización–. Insisten en el vínculo dialéctico necesario entre el pensamiento jurídico y la práctica, y rechazan las categorías disciplinares tradicionales.

Una tercera vía consiste en tomar como punto de partida el análisis de los postulados fundadores de la concepción occidental del Derecho, del Estado y de la justicia, y confrontarlos con los descubrimientos de los investigadores en ciencias sociales, en particular de los sociólogos, antropólogos y politólogos. Los estudios históricos contribuyen a profundizar esta corriente de investigación. El postmodernismo, en efecto, aparece, desde este punto de vista, como aquello que viene “después” del modernismo –esta fase del pensamiento jurídico occidental que se especifica en los siglos XVI al XVIII, en las relaciones que mantienen con la filosofía neoliberal que subyace a la globalización (Arnaud, 2000, p. 247).

Se suele decir, que la postmodernidad en Derecho se caracteriza por una voluntad de superación dialéctica del paradigma “moderno” que se basa en un haz de conceptos que engloban *abstracción* y *axiomatización* del derecho, *subjetivismo*, *simplicidad* y *seguridad* de las relaciones jurídicas, *separación* de la sociedad civil y del Estado, *universalismo* y *unidad de la razón jurídica*.

La rivalidad y apuesta entre Modernidad y Postmodernidad no es fácil precisarla, en un campo como el jurídico, pero intentaremos en el siguiente cuadro ilustrarla con cierto grado didáctico:

MODERNIDAD	POSTMODERNIDAD
Abstracción	Pragmatismo
Subjetivismo	Descentralización del sujeto
Universalismo	Relativismo
Unidad de la razón	Pluralidad de las racionalidades
Axiomatización	Lógicas fragmentadas
Simplicidad	Complejidad
Sociedad civil/Estado	Retorno de la Sociedad civil
Seguridad	Riesgo

CUADRO Nº 1

La lectura de la Modernidad y de la Postmodernidad, en sentido lato, nos lleva a hacer el siguiente análisis:

- 1.- Que la Postmodernidad en Derecho se caracteriza por una voluntad de superación dialéctica del paradigma “moderno” que se basa en un haz de conceptos que engloban *abstracción* y *axiomatización del derecho*, subjetivismo, simplicidad y seguridad de las relaciones jurídicas separación de la sociedad civil y del Estado, universalismo y unidad de la razón jurídica.
- 2.- Que la crisis contemporánea del Estado, del Derecho y de la justicia –que se denuncia en forma permanente y en vano de casi medio siglo– bien podría

tener como causa un agotamiento de las raíces de nuestras instituciones, alimentadas de manera suficientes por el mantillo agotado en el que todavía pretenden desplegarse, el del pensamiento jurídico occidental “moderno”.

3.- Que la globalización bien podría, al menos en parte, coincidir en el plano intelectual con un pensamiento jurídico postmoderno.

Según esta manera, pensar un Derecho postmoderno aparecería por tanto, *a priori*, como una imagen invertida del producto de los ocho signos distintos de la modernidad jurídica tal y como los enumerados arriba. Dicho de otro modo, un Derecho postmoderno podría ser, en cierta manera, la inversa del producto de la *abstracción* y de la *axiomatización* del Derecho, del *subjetivismo*, de la *simplicidad* y de la *seguridad* de las relaciones jurídicas, de la *separación* de la sociedad civil y del Estado, del *universalismo* y de la unidad de la *razón jurídica*. Se caracteriza por una voluntad de *pragmatismo* y de *relativismo*, la aceptación del *descentramiento del sujeto*, de una *pluralidad de las racionalidades*, del *riesgo* que ello implica, un *retorno de la sociedad civil* y la aprehensión de las relaciones jurídicas dentro del marco complejo de *lógicas fragmentadas*.

Según esto, es menester empezar por pensar de otra manera cada uno de los elementos del paradigma moderno. Ahora bien, una observación minuciosa del mundo contemporáneo, como lo que se deduce, por ejemplo de los estudios de los investigadores, en ciencias sociales, aporta numerosas enseñanzas. Y el propio filósofo del derecho contemporáneo, a no ser que mire al cielo, no puede dejar de ver ciertos hechos que vienen a perturbar el orden jurídico para el que los juristas se han preparado con su formación. Algunas de las consecuencias a las que conduce el paradigma moderno —y que a menudo se toman por postulados—

sufren continuos ataques. En particular, así sucede con la pretensión de Derecho de hechura occidental al *universalismo*, con su reivindicación de *monocentricidad* y con su aspiración a la simplicidad absoluta. Sobre esta base se habían forjado no sólo nuestros derechos occidentales, sino también todos aquellos que se inspiraron –de grado o por fuerza– en ellos o se les confrontaron. Es, por consiguiente, sobre esta tradición que se formaron las mentalidades de todos los actores presentes en este debate, juristas y ciudadanos. Si términos como relativismos, pluralismos, alternativa, flexibilidad, complejidad, regulación, se encuentran prácticamente eliminados del vocabulario contemporáneo de los juristas, esto se debe a restos tenaces de la impregnación de los espíritus por la filosofía “moderna” del Estado y del Derecho. Ahora bien, el número de estudios interdisciplinarios recientes muestra que se trata de una perspectiva típicamente occidental y hoy anacrónica.

El enfoque postmoderno lo constituye, ante todo, un estado de ánimo, una toma de posición sobre un modo de conocimiento del mundo, una visión, una *Weltanschauung*, como dirían los germanistas. Tiene valor paradigmático, en la medida en que se presenta del modo siguiente:

- 1º Sustituye un paradigma, el del modernismo, y se presenta, como él, como un paradigma racional sistemático. Pone en tela de juicio una visión global del orden social, de la “legalidad” del positivismo legalista, del determinismo mecanicista cuya “ley” preside el orden jurídico moderno;
- 2º Descansa sobre un conjunto de conceptos cuyo producto (y sólo el producto) asegura la conjunción paradigmática, relativismo, descentramiento del sujeto,

pluralismo de las racionalidades, policentricidad lógicas fragmentadas, complejidad;

3º Propone generalizar la dialéctica del pensamiento y de la acción. Sugiere la puesta en marcha de políticas jurídicas negociadas para sustituir el orden impuesto existente;

4º Considera como provisionales, hipotéticas y puramente instrumentales las categorías establecidas del saber y aquellas que nacen de la puesta en práctica disciplinarias de una porción de este saber. Transgrede estos espacios sobre la vía de la interdisciplinariedad;

5º Reconoce la implicación del sujeto en el conocimiento del objeto y, consciente de la ineluctable transformación de uno y otro que se opera en el transcurso del análisis, adopta de manera resuelta una perspectiva teleológica.

El enfoque postmoderno se erige en paradigma. Funciona con sus conceptos y sus modelos. Es la piedra angular de todo un sistema de pensamiento que se funda sobre la idea de lo "plural", de lo "negociado", de lo "complejo" (*Arnaud, 2000, p.264*). Como todo paradigma, engendra sus propias paradojas.

Al presente, entre las paradojas del postmodernismo encontramos unas antinomias que surgieron en el transcurso del proceso de la globalización. Así, el uno –el postmodernismo– opone *lo universal a lo particular*, la otra –la globalización– *lo global a lo local*.

Mientras que en nuestros Derechos se han construido en forma paciente sobre fundamentos universalistas, individualista y subjetivistas que han permitido la elaboración de las muy protectoras nociones de Derechos del hombre y de la democracia, he ahí que la idea de relatividad de culturas nos recuerda que lo que

se considera aquí como seguridad de las personas puede pasar, en otro lugar, por un ataque a principios fundamentales.

Entre nosotros, incluso, la claridad y la seguridad del Derecho sufren hoy de la ambigüedad conceptual en la cual se han desarrollado los derechos del individuo en las cartas “sociales” que elevan, por ejemplo, a la calidad de Derechos del hombre, inviolables y sagrados, el trabajo y la salud. El concepto de Derecho subjetivo atribuye a este último una propiedad vinculada con la persona del individuo. ¿Se puede enunciar de manera rigurosa que el trabajo y la salud competen a tal propiedad? ¿Cómo si el individuo tuviese un derecho inherente a la persona de nacer con “trabajo” y “Salud”!

En realidad, libertad, igualdad, trabajo, salud, no pertenecen a la misma “clase” de Derechos del Hombre. Pero nuestra práctica jurídica aun no ha sabido ratificar a la perfección estas sutiles distinciones de la teoría. Hasta que lo logre, tendremos que vivir con esta paradoja de lo universal como fundamento de nuestras democracias –incluyendo lo que se ha podido llamar, expresión ya encontrada, la “sobre-ideologización de los Derechos del hombre”– y de lo relativo como fundamento de nuestras prácticas jurídicas. Es el final del mito de un Derecho universalmente válido y protector cuyas premisas, sin embargo, aún mecen los sueños de nuestras democracias –que son, a pesar de todo–, mientras no se demuestre lo contrario, y a prueba de los hechos y del tiempo, el sistema político contemporáneo menos malo.

Añadamos a esto las reflexiones acerca del “retorno” del Estado (Estado fortaleza, Estado gendarme, Estado estratega) en un contexto global de debilitamiento de éste último; la cuestión se complica cuando se evocan otros tipos de regulación

jurídica diferente de la que se opera a través del Derecho del Estado. La aparición de alternativas al Derecho del Estado que, al parecer, permiten flexibilizar las relaciones en el seno de la sociedad civil, corre peligro de tener efectos perversos, un fortalecimiento del control del Estado, o bien a la inversa, la ausencia de protección vinculada al formalismo estatal, a la seguridad que aporta el Estado. Algunas veces, en efecto, son los más desfavorecidos los que sufren tal ausencia⁶³. ¿Qué lugar reservar a las alternativas? ¿Qué legitimidad, qué validez, qué autoridad reconocerles?.

El neoliberalismo pretende que la globalización y su consecuencia, la Gran Sociedad o Sociedad abierta, aseguren el máximo de equidad entre los individuos, que es la igualdad de todos ante las mismas reglas. A la vista de lo que precede, sin embargo, uno se puede preguntar cuál es el destino de la *igualdad entre sujetos de derecho en la sociedad diferenciada*, que se anuncia. Los sistemas alternativos de regulación jurídica o de resolución de los conflictos conlleva, en efecto, la aparición –concomitante a la exigencia de más justicia, igualdad y participación de los ciudadanos en la vida social– de una sociedad diferenciada, que comprende sub-sistemas que engendran a su vez su propia regulación. Que cierta dosis o cierta clase de pluralismos permitan luchar contra la hegemonía del derecho estatal está bien; que reintroduzca en el cuerpo social diferenciaciones que en derecho de emanación única (el Estado como poder delegado de los ciudadanos) permitía allanar merece reflexión. ¿En efecto, habría que aceptar, sin más, lo que no deja de aparecer como una regresión en países de tradición

⁶³ Ejemplo característico de ello es la prohibición en el Japón, por una Ley del 1º de marzo de 1992, de tres asociaciones de delinquentes, que en toda legalidad, por medio de intervenciones alternativas en materia de mediación en los conflictos judiciales, transacciones inmobiliarias y pagos de deudas, de hecho extorsionaban a sus clientes.

jurídica “moderna” que han conocido la forma del Estado-providencia? ¿Podemos dejar que países que no han conocidos estas ventajas pasen al lado sin probarlas? Más allá de las precauciones que se imponen, ¿cómo gestionar tal situación cuando está establecida?

Postmodernismo y globalización se ven confrontados, además, a las mismas contradicciones cuando se trata del retorno anunciado de Juez. Mientras que la sociedad busca vías alternativas, soluciones pluralistas a sus problemas, en gran medida por desconfianza frente a una justicia que suele considerarse como lenta, costosa y poco segura, se observa, en contrapartida, un “retorno” del Juez. En los llamados países “centrales”, los magistrados del orden judicial, a menudo, ya no pueden contentarse con ser la boca de la Ley. Deben encontrar, con otras partes o actores sociales, soluciones pragmáticas –a veces al límite del mandato que se les confía por su función, en lo que hacen prueba de coraje y desinterés– a los asuntos que se les sometan. La intervención del juez por vía de delegación (a menudo inscrita en la Ley) se vuelve, en la práctica diaria, cada vez más frecuente. Se le pide que ya no se atenga sólo a sus expedientes, y que asegure, en numerosos casos, la responsabilidad de la protección y de la educación de los individuos que le son deferidos. Además, en múltiples hipótesis, el juez está ahora asociado con la ejecución de las sentencias. Esta situación es por otro lado bastante paradójica puesto que se crea en una época en la que se habla de crisis de la justicia (*Arnaud, 2000, p.269*). A menos que la mencionada crisis se sitúe en la impotencia en la que se encuentran los jueces para “hacer frente”, dentro de los límites de su formación y de sus fuerzas, a estos múltiples requerimientos.

4.- EL COMMONS⁶⁴ GLOBAL: EL *IUS HUMANITATIS*

De todas las formas de legalidad transnacional, el *ius humanitatis* es la que impulsa más la idea de globalización, porque toma el globo en sí mismo como objeto de su regulación. Debido a que ni el sistema capitalista ni el interestatal permite una globalización genuina de las prácticas sociales, el *ius humanitatis* es potencialmente el campo privilegiado de las luchas entre las formas capitalistas de globalización (localismos globalizados y globalismos localizados), de una parte, y las formas de globalización dirigidas hacia el paradigma emergente (cosmopolitismo y herencia común de la humanidad), de la otra. Se podría asumir, entonces, que los avances y retrocesos del *ius humanitatis* son unos buenos indicadores de los avances y retrocesos de la transición paradigmática. Ya que cubre un amplio campo de análisis, y que nos encontramos hasta ahora comenzando a entrar a la transición paradigmática, los contornos del *ius humanitatis*, son todavía demasiados vagos.

Tal como se concibe aquí, el *ius humanitatis* expresa la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales o culturales que, dada la extrema importancia de estos para la sostenibilidad y la calidad de la vida sobre la tierra, debe ser considerada como propiedad global y manejada a favor de la humanidad como un todo, tanto presente como futura. En este sentido, el *ius humanitatis* choca contra dos principios fundamentales del paradigma dominante: La propiedad, sobre la cual está basado el sistema mundial capitalista; y la soberanía,

⁶⁴ *Commons* significa, en el contexto de esta investigación, lo que es común a un grupo social o a la humanidad en su conjunto. Por iniciativa propia, se prefiere mantener la expresión inglesa porque las posibles traducciones al español ("espacio común", "patrimonio común", etc.) reflejan sólo una parte del significado amplio que tiene la palabra en el texto, que se acerca más a "lo común" en general.

sobre la cual está basado el sistema interestatal. No sorprende, entonces, que su aplicación haya sido tan reducida hasta ahora. Sin embargo, su preámbulo ya es bastante visible en la doctrina de la herencia común de la humanidad que ha sido adoptada por el Derecho Internacional en las últimas décadas.

Aunque las doctrinas tienen sus limitaciones propias, está fundada en principios que, si fueran desarrollados plenamente, acarrearían la bancarrota del paradigma dominante y, por tanto, del Derecho Internacional, en sí mismo, tal como es concebido hoy en día. Como se puede ver, en consecuencia, la doctrina de la herencia común de la humanidad tiene muchas posibilidades para el desarrollo del paradigma emergente. Se utiliza el concepto, de manera similar al concepto de cosmopolitismo, como una forma de globalización jurídica que trasciende los límites de la globalización capitalista (*De Sousa, 1998, p.246*). De hecho, hay una profunda complicidad entre el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad: mientras que el cosmopolitismo significa la lucha de los grupos sociales oprimidos por una vida decente bajo las nuevas condiciones de la globalización de las prácticas sociales promovidas por el sistema mundial capitalista, la herencia común de la humanidad significa la idea de que dicha lucha será completamente exitosa sólo en términos de un nuevo patrón de desarrollo y sociabilidad que incluirá necesariamente un nuevo contrato social con la tierra, la naturaleza y las generaciones futuras.

Además de espacios comunes que son integrados en el *commons* global, otros espacios y recursos –tanto naturales como culturales, y que con mucha frecuencia se encuentran bajo la jurisdicción nacional e incluso con objetos de propiedad privada– han sido considerados cada vez más susceptibles de ser regulados por

el principio de la herencia común de la humanidad, concebido de manera amplia. Me refiero a monumentos, conjuntos de edificios, características naturales, formaciones geológicas y fisiológicas, y lugares naturales o áreas precisamente delineadas de notable valor desde el punto de vista de la historia del arte, la ciencia, la belleza natural o la conservación. El Instituto Oceánico Internacional, durante su vigésima Conferencia *Pacem in Maribus* (Malta, 1 al 5 de noviembre de 1992), estudió la posibilidad de extender la herencia común de la humanidad o sus elementos a cinco sectores de incumbencia mundial: energía, alimentos, espacio exterior, atmósfera y ciencia y tecnología. El propósito es convertir la herencia común de la humanidad en el concepto aglutinante en la búsqueda de un nuevo orden mundial sostenible, que fue el punto central de todos los debates de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro en Junio de 1992⁶⁵.

En resumen, el principio de la herencia común de la humanidad avanza hacia el *Ius humanistatis*, un derecho de y para la humanidad como un todo, el derecho de una condición humana decente en una interacción no dualista, sino más bien mutualista, con la naturaleza. Dadas sus potencialidades paradigmáticas, apenas debe sorprender que el principio de la herencia común de la humanidad tenga tan poca aplicación en nuestro tiempo y que todos los intentos de extenderlo a áreas susceptibles de afectar significativamente la hegemonía capitalista y las prerrogativas estatales sean objeto de enconada oposición, y terminen fracasando por completo.

⁶⁵ En relación con este tema véase Revista del Derecho del MERCOSUR. Año 2, N° 3, Junio de 1998.

El nuevo *lus humanitatis* rompe de muchas formas con las premisas básicas tanto del Derecho del Estado-nación como del Derecho Internacional tradicional. Para empezar, crea una nueva espacialidad. Más allá de la local, la nacional y la internacional, crea una espacialidad jurídica global.

El *lus humanitatis* es transtemporal; está basado en la idea de la responsabilidad intergeneracional. Los derechos unilaterales del *commons* global son proclamados en nombre de la sostenibilidad continuada de la vida en la tierra. El principio básico del *lus humanitatis* es el de la sostenibilidad, antes que el del expansionismo. El *sorge* está fundado en un principio amplio de responsabilidad. Por esta razón, la creación de confianza –que es, junto con la acumulación y la hegemonía, una estrategia importante del Estado moderno– debe ser ejercida en nombre de la humanidad, dentro de un marco cuyo centro no sea el Estado.

El *lus humanitatis* es utópico. Analizado a la luz de los tres principios reguladores que subyacen al Derecho moderno (el principio del mercado, el principio del Estado y el principio de la comunidad), el *lus humanitatis* representa el resurgimiento del principio de la comunidad en un nuevo molde. Este es un proceso altamente conflictivo. El principio del mercado ha prevalecido en la interpretación restrictiva de la herencia común de la humanidad, como lo atestiguan la extensión a las entidades privadas del derecho a la explotación minera de la Luna y la comercialización del espacio exterior en general. Por la misma razón, el principio del Estado ha prevalecido en relación con la formulación de pretensiones territoriales, el papel de los Estados en las negociaciones que culminan con la celebración de tratados, la militarización del espacio exterior y la regulación de su uso comercial.

CONCLUSIONES

El fenómeno de la globalización es constantemente mencionado como una de las características más resaltantes y de mayor impacto en la actualidad. Globalización es la construcción de un verdadero *sistema jurídico mundial* cada vez más complejo e interdependiente. Aunque ciertamente siempre se ha podido hablar de un sistema más allá de los estados o colectividades nacionales, éste tomaba formas más limitadas en el sentido de que era un sistema parcial. *Verbi gratia*, la Comunidad Internacional de Naciones que, según el jurista alemán de comienzos del siglo XIX, Federico Carlos de Savigny, tienen relaciones recíprocas con el fundamento en el Derecho romano, las creencias cristianas y la utilidad mutua (Parra Aranguren, 1999, p.85), formaba un sistema cuyas partes estaban en íntima vinculación.

La idea de una *cultura jurídica global* es, por supuesto, uno de los principales proyectos de la modernidad. Como Stephen Toulmin⁶⁶ lo ha demostrado brillantemente, puede ser rastreada desde Leibniz hasta Hegel y desde el siglo XVII hasta el nuestro. La atención sociológica dada a esta idea en las dos últimas décadas tiene, sin embargo, una base empírica específica. La cultura es por definición un proceso social construido en la intersección entre lo universal y lo particular. Como se dice en el argot jurídico internacional *definir una cultura es una*

⁶⁶ Citado por Pérez, Rogelio en el marco de una Conferencia sobre Seguridad Jurídica y Competitividad, que plantea la necesidad de una cultura jurídica global, con un sentido romanista como lo tenía Celso en el Digesto al expresar “*Ius est ars boni et aequi*”.



cuestión de definir fronteras⁶⁷. Asimismo, en las obras fundacionales del Derecho moderno, como la de Hobbes (*Leviathan*), Locke (*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*), Rousseau (*Contrato Social*) y Montesquieu (*El Espíritu de las Leyes*), se habla de integración⁶⁸, de globalización, de universalismo, de pluralismo, con el calificativo de jurídicos.

A pesar de estos vetustos y egregios antecedentes, no es de olvidar que hoy, se rechazan conceptos o institutos como “europeismo”, “africanismo”, “americanismo” e incluso “latinoamericanismo”, en cuanto suponen un límite y un obstáculo para el “universalismo” y, estudiosos eruditos como D’Ors, responden “a la pregunta *¿Ius Europaeum, Ius Latinoamericanum?*, con cierto atrevimiento, ¡No!, y por el contrario, abogan por el *Ius Oecumenicum*. De allí, que se exprese de manera imperiosa, es tarea de los romanistas crear “sistemas de orden universal”, pues no sirve el *mos italicus* ni el *usus modernum pandectarum*, “sino una formación de los juristas de todo el mundo en la escuela del auténtico Derecho romano, en la práctica del casuismo, pero sobre una fundamentación dogmática del *Ius naturale*, el *Ius commune*, el *Ius humanitatis* (1950, p.475). Desde este matiz, una nueva (o renovada) perspectiva de carácter geo-histórico (entendida la historia como ciencia social), que comprenda la realidad de los “continentes” culturales, podrá en el futuro extender la atención de los romanistas al Derecho romano de la América Latina y a su universalismo concreto.

⁶⁷ Wallerstein, Immanuel. (1974). *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*. México: Siglo XXI; además Keohane y Nye, 1977.

⁶⁸ Recordemos a León Homo (1958), que en su conocida obra “Las Instituciones Políticas romanas”, nos expresa “de la tribu primitiva al Imperio mediterráneo, a través de las formas intermedias de la Ciudad y del Estado itálico, Roma representa en los anales de la humanidad una época constitucional, de integración y de unidad de quince siglos. Por sus orígenes la ciudad del Tíber hunde sus raíces lejanas en el régimen de la Tribu: por su afloración final, realiza, por primera vez, el tipo constitucional del gran Estado, cuya herencia y legado recogerán y cuya tradición reanudarán los modernos después de la larga crisis provocada por las invasiones bárbaras. Véase, en este sentido, también a Fustel de Coulanges, en su magistral trabajo “La ciudad antigua”.

Héctor Malavé Mata señala que en el espacio asimétrico de la globalización mundial, a juzgar por las opciones de un reto visto ahora como ineluctable, la integración latinoamericana es considerada la vía más propia y expedita para la inserción global de las economías regionales, en las que la integración jurídica, como se ha visto, debe legitimar y regularizar este complejo proceso integracionista, a la luz de un Derecho común, semejante a las realidades de su entorno (*Citado por Rosenau, 1999, p.18*).

La oportunidad de haber revisado una multiplicidad de criterios, muchos de ellos con una innegable *auctoritas*, nos permite afirmar que el Derecho romano proporciona un sistema general unificador y en el estado actual de la ciencia jurídica, no conocemos todavía un esquema de principios jurídicos positivos, válidos para todo tiempo y lugar. Sólo el Derecho romano, por razones históricas, puede servir de instrumento de la naturaleza descrita: base del Derecho codificado que nos rige, no nos es extraño; fácilmente extraíble de los presupuestos sociales y económicos de la sociedad que le dio origen, es aplicable a cualesquiera otros; constituyendo un ciclo completo de desarrollo, en el que se dieron todos los fenómenos que en nuestros días se han vuelto a repetir, poco de lo moderno le es ajeno, y, de esta manera, se alza como herramienta que con mayores títulos puede aspirar a ser utilizada como pauta común de unificación (*Guzmán Brito, 1999, pp.196 y ss*).

Con la intención de ultimar esta ilustración sobre *Integración jurídica frente al fenómeno de la globalización regional* tenemos que volver a aprenderlo todo. Aprender, como se ha sugerido, a gestionar el pluralismo, a gestionar la complejidad, a gestionar el paso del modernismo al postmodernismo jurídico.

Nuestros Derechos fueron forjados, repitámoslo, para un mundo de mercaderes. Nuestros legisladores supieron adaptarlos, en función de las circunstancias, hasta la revolución global introducida por la irrupción repentina, vehemente, implacable de la ley del mercado –irrupción sin vuelta atrás posible, puesto que no se trata sólo de un simple enlucido—. No nos enfrentamos a una vieja ganadora remozada, sino a una especie de fénix. *La globalización* nos lleva la delantera y hemos de recoger el guante. El futuro será lo que hagamos de él, a condición de que empecemos por volver a pensar (repensar) nuestros derechos.

Este mismo espíritu integracionista, que como herederos de esa cultura jurídica romanistas, nos mueve, se deja percibir en el nuevo jefe de la Organización de Estados Americanos (OEA)⁶⁹, el chileno José Miguel Insulza, quien al asumir la Secretaría de la Organización abogó por la creación de un mecanismo de evaluación continua de la democracia y de la integración en América Latina, teniendo presente siempre el respeto a la autonomía de los Estados democráticos soberanos. Añadió –simultáneamente– buscará que la Organización tenga un papel imprescindible en generar condiciones de paz interna y estabilidad al interior de cada uno de los 34 países miembros (*AFP-DPA-ANSA, Washington, 26/Mayo/2005*).

En esta búsqueda la Carta Democrática Interamericana⁷⁰ es una de las principales conquistas de los pueblos de las Américas y una obligación fundamental para los

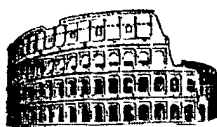
⁶⁹ Organización de Estados Americanos, en ing, OAS (*Organization of American States*), organización gubernamental fundada en 1948 para solucionar los problemas comunes al conjunto de los Estados del continente americano. Cuba fue excluida en 1962. Es una de las Institución que, hoy, más lucha por la Integración en América Latina, desde todas las perspectivas.

⁷⁰ En la que los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas reunidos en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada del 20 al 22 de abril de 2001 en la ciudad de Québec-Canadá, adoptaron una cláusula democrática que establece que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo



gobernantes, que debe conllevar a un proceso integracionista sólido donde se promueva una ciudadanía plena, que además de derechos políticos y civiles, incluya los derechos económicos, sociales y culturales, en aras de un Derecho Común (*Ius Commune*) en el sentido que venimos dando a estos temas.

Se anexa, para mayor comprensión del lector, que en definitiva es la esencia y razón de ser de la investigación, un cuadro ilustrativo de todos los conceptos y tipos de Derecho que hemos utilizado en este devenir investigativo:





LA TRANSNACIONALIZACIÓN DEL CAMPO JURÍDICO

Típos Características	Derecho estatal transnacionalizado	Derecho de la integración regional	Lex Mercatoria	Derecho de la gente en movimiento	Derecho infraestatal Transnacionaliza-	Derecho cosmopolita	Ius Humanitatis
Foco Principal de globalización	localismo globalizado y globalismo localizado	localismo globalizado y globalismo localizado	localismo globalizado y globalismo localizado	localismo globalizado y globalismo localizado y cosmo-politismo	cosmopolitismo, globalismo localizado	cosmopolitismo, localismo globalizado	herencia común de la humanidad, cosmopolitismo, globalismo localizado, localismo globalizado
Terreno Principal En disputa	acumulación a escala mundial y división del trabajo, estrategias estatales de acumulación, creación de confianza y hegemonía	acumulación a escala mundial y división del trabajo, estrategias estatales de acumulación, creación de confianza y hegemonía	acumulación a escala mundial y división del trabajo	estrategias estatales de confianza, relación salarial global, identidades excluyentes	autonomías e identidades locales, estrategias estatales de hegemonía y creación de confianza, soberanía	identidades transnacionales, estrategias estatales de hegemonía y creación de confianza	estrategias globales de creación de confianza, acumulación a escala planetaria
Acción Transnacional	instituciones financieras internacionales, ETN, estados	estados, gobierno supraestatal, organizaciones corporatista	ETN grandes oficinas de abogados norteamericanos	Estados organizaciones internacionales ONG	movimientos de base, ONG organizaciones internacionales	ONG movimientos de base, ETN organizaciones internacionales	ONG movimientos de base, ETN organizaciones internacionales
Escenario Normativo e institucional	regulación-desregulación, ajuste estructural, Estado heterogéneo, Estado paralelo	instituciones y normas regionales, pool de soberanía, principio de subsidiariedad	contratos y acuerdos transnacionales, arbitraje internacional	derecho internacional privado, convenios internacionales, política de derechos	política de derechos, derechos colectivos, derecho a la autodeterminación, autogobierno local	política de derechos, convenios y tribunales internacionales, ONG, tratados alternativos, reportes sobre derechos humanos de Amnistía internacional y otras organizaciones	política de derechos (derechos de la naturaleza y del ambiente), convenios internacionales, tratados alternativos, reportes sobre derechos humanos de las ONG

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFP. (2005). *"Europa cruza los dedos y espera un "Sí" de Francia"*. En **Diario Frontera**. P. 8A, 28/mayo.
- AFP-DPA-ANSA. *"Insulza aboga por un mecanismo de evaluación continua de la democracia regional"*. En **Diario El Nacional**. P. A12, 27/mayo.
- Aguilar, F. (1956). **Obras Completas**. Madrid: Alianza.
- Alterio, José. (1991). **Política y Derecho en Roma**. Mérida-Venezuela: Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Appadurai, Arjun. (1990). *"Disyuntivas y diferencias en la cultura económica" global*. En **Revista Public Culture**. N.Y.
- Arenal Fenochio, Jaime. (2000). *"Elucidaciones, un Libro Jurídico mexicano del siglo XVIII"*. En **Revista de Investigaciones Jurídicas**. Escuela Libre de Derecho. Año 3, Nº 3. México: UNAM.
- Arnaud, André-Jean. (2000). *Entre Modernidad y Globalización*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Barrientos, Javier. (2002). **La Cultura Jurídica en la Nueva España**. México: Editorial UNAM.
- Beck, Ulrich. **¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona-España: Paidós.
- Bello, Andrés. (1959). **Derecho Romano**. Caracas: Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello.
- Borchardt, Klaus-Dieter. (2003). **El ABC del Derecho Comunitario**. Bélgica: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- Bryce, J. (1901). **Studies in History and Jurisprudence**. EE.UU: Oxford University.
- Burelli, César. (2002). **Aspectos ideológicos de la Globalización**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca-EBUC.

- Caldera, Rafael. (1995). **Derecho Romano. Resúmenes**. 2 Tomos. Mérida-Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de los Andes.
- Calvo, Alfonso; Carrascosa, Javier y otros. (2000). **Derecho Internacional Privado**. 2º Edic. Granada-España: Editorial Comares.
- Carames, José. (1958). **Curso de Derecho Romano**. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Castán Tobeñas (1956). **Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental**. Madrid: Aurea.
- Catalano, Pierangelo. (1997). **Derecho Romano y América Latina**. Sassari-Italia: *Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano*.
- _____. (2002). **Derecho Romano y América Latina**. Tercera Edición. Sassari-Italia: *Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano*.
- Castro, V.F. (1979). **Lineamientos de Historia del Derecho musulmán**. Venecia: Poris.
- Cermeño, Gelasio. (1998). "La transformación del Derecho Civil romano a la luz de la *iurisdictio* del pretor. Breve análisis sobre una metodología jurídica". En **Boletín N° 4 (1997-1998)**. Mérida-Venezuela: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de los Andes.
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: <http://www.hcch.net>
- Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP's): <http://www.oas.org>
- Dahrendorf, Ralf. (2000). *Después de la democracia ¿Qué?*. Diario "El País Digital". Caracas, miércoles, 2-febrero-2000.
- De Coulanges, Fustel. (1996). **La ciudad antigua**. Colombia: Panamericana Editorial.
- De Maekelt, Tatiana. (1979). **Material para Derecho Internacional Privado**. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

- De Sousa Santos, Boaventura. (1998). **La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Santa Fe de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos.
- Donnelly, Jack. (1992). "*Human Rights in the New World Order*". En la **Revista World Policy Journal**, N° 9. Ithaca: Cornell University Press.
- D'Ors, A. (1950). **Ius Europaeum, en la Europa y en el Derecho romano**. Estudio en memoria de Paolo Koschaker I. Italia: Milano.
- Dreyzin de Klor, Adriana. (1997). "*Los principios de Unidroit: ¿Un Modelo posible con miras a la armonización del Derecho de los Contratos Comerciales Internacionales en el contexto de la integración regional de las Américas?*". En **Revista de Derecho Privado Comunitario**, N° 13, Santa Fe.
- Feldstein, Sara, (2001). "*El ABC del Derecho Internacional Privado de la Integración: una mirada al MERCOSUR*". En **Noticias Jurídicas**. Buenos Aires.
- Gibernau, Monserrat. (1996). **Los nacionalismos**. Barcelona-España: Ediciones Ariel.
- Giddens, Anthony. (1991). **Modernidad y Seudo-Identidad**. Cambridge: Polity Press.
- Guzmán-Brito, Alejandro. (1991). "*La participación del Derecho romano en América*". En **Revista chilena de Derecho**. 18, N° 2, Santiago de Chile, pp.203-211.
- _____. (1999). **La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica**. Valparaíso-Chile: Index.
- Iglesias, Juan. (1972). **Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado**. Barcelona-España: Ediciones Ariel.
- Ihering, Rudolf Von. (2001). **El Espíritu del Derecho romano**. México: Oxford University Press.
- Insulza, José Miguel. (1999). "*La seguridad de América del Sur. Posible contribución europea*". En Carlos Contreras (Coord.). **Después de la Guerra Fría. Los desafíos a la seguridad de América del Sur**. Nueva Sociedad. Caracas: N° 7.

- Iturraspe, Francisco. (1998). "*Globalización, integración, cláusulas sociales y relaciones laborales*". En **Globalización, integración, Dumping social y cláusulas sociales**. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- Leebaert, Derek. (1992). "*Innovaciones e Iniciativas privadas*". En **Washington Quarterly**. Vol. 15. EE.UU.
- León, Homo. (1958). **Las Instituciones Políticas romanas**. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Mangas, Araceli; Liñan, Diego. (1999). **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. Segunda Edic. Madrid: McGraw Hill.
- Margadant, Guillermo. (1985). **Derecho Romano**. México: Editorial Porrúa.
- Marshall, McLuhan; Q. Fiore. (1969). **Guerra y paz en la villa planetaria**. Paris: Laffont.
- Martín, Gualtiero. (1999). "*Libre circulación de la mano de obra en el MERCOSUR*". **Revista de Derecho del MERCOSUR**. Año 3. N° 4.
- Martínez Baeza (1964) "*Bello, Infante y la enseñanza del Derecho romano. Una polémica histórica 1834*". En **Revista chilena de Historia y Geografía**, N° 132.
- Mendieta y Núñez, Lucio. (1953). "*Historia de la Facultad de Derecho*". En **Revista de la Facultad de Derecho**. México: UNAM. Junio.
- MERCOSUR: <http://www.mercosur.org>
- Móntes-López, Militza. (2000). **El Derecho Romano en la Identidad e Integridad latinoamericana**. México: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, Michoacán.
- Moisset, L. (1973). **Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas**. Córdoba-Argentina: Reusa.
- Morineau, María; Iglesias, Ramón. (2002). **Derecho Romano**. México: Editorial Harla.
- Oberto, Luis. (2002). "*Bases para la construcción de Órganos Supranacionales que faciliten los procesos de Integración latinoamericanos*". **Nueva Economía**. Año VIII, N° 13. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.

- Offe, Claus. (1990). **Contradicciones del Estado del Bienestar**. Madrid: Alianza.
- Oliver, Bartolomé. (1958). **El legado de Cicerón**. Barcelona-España: Ediciones Ariel.
- Oppenheimer, Andrés, "El futuro de América Latina: varias américas latinas", **El Universal**, 1-8, 09/01/2000, Caracas.
- Tigar y Lévy, 1977, p.4 Véase también Trakman, 1983; Mustil, 1988; Stoecker, 1990; Berman y Passer, 1990; Draetta, Lake y Nanda, 1992.
- Parra, Aranguren. (1999). **Curso general de Derecho Internacional Privado**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Peña, S. (1972). **Simón Bolívar y el Panamericanismo**. Comentarios a la Carta de Jamaica. Caracas: Panapo.
- Pérez, Rogelio. (1997). "Seguridad jurídica y competitividad: Coordinadas para una investigación". En Boza María y Pérez Rogelio (Comps.) **Seguridad jurídica y competitividad**. Caracas: Ediciones IESA.
- Petit, Eugene. (1998). **Tratado Elemental de Derecho romano**. Edición venezolana: Móvil Libros.
- Rapoport, Mario. (1998). **Globalización, integración e identidad nacional**. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Rivera, Nelson. (2005). "Resistir: los Derechos Humanos". En **Diario El Nacional**. Caracas: 27/Mayo, A10.
- Rosales-Albano, Simón. (1997). "Derechos Humanos, Sufragio y Constitución". En **Revista venezolana de Ciencia Política**. N° 11, Enero-junio 1997.
- Rosenau, James. (1999). "Las dinámicas de la globalización: hacia una formulación operacional". En **Revista Diálogo y Seguridad**. N° 4. Comisión Sudamericana de Paz-Nueva Sociedad-Prio. Caracas: Tipografía Principios.
- Rouvier, Juan. (1988). **Derecho Internacional Privado**. Caracas: Lithobinder.
- Sayal, Martín; Pérez, Laura. (1996). **Distintas formas de integración económica y sus implicancias jurídicas**. Santa Fe-Colombia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

- Schipani, Sandro. (1998). "*Principios generales del derecho para un "Código Tipo" de los contratos en América Latina*". En **Boletín N° 4 (1997-1998)**. Mérida-Venezuela: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de los Andes.
- _____. (1976). **Labeo**. Milano: Mitra.
- Tamames, Ramón. (1995). **Estructura económica internacional**. Madrid: Alianza Editorial.
- Ventura, Sabino. (1998). **Derecho Romano**. México: Editorial Porrúa.
- Wallerstein, Immanuel. (1974). **El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI**. México: Siglo XXI