

VINCENZO FERRARI*

NOTAS ACERCA DE LA DISYUNTIVA
DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO**

CONTENIDO: 1. *Preliminares*. 2. *Pluralismo y «desestructuración»*. 3. *Unidad y reestructuración*. 3.1 *Unificación y reestructuración espontánea*. 3.2 *Unificación y reestructuración «lex auctoritate»*. 4. *Entre las dos alternativas del dilema*.

1. *Preliminares*

En marzo de 1992 tuvo lugar en la Universidad de Macerata, bajo el auspicio del Comité de investigación en sociología del derecho del ISA, un congreso que se proponía discutir acerca de una disyuntiva: «el futuro del derecho, entre “desestructuración” y reestructuración». Bajo esta formulación un tanto esotérica, se planteaba a los participantes una interrogante perfectamente clara: ¿Cómo será el derecho que nos regirá en un futuro próximo? ¿Presenciaremos una cada vez mayor acentuación del proceso de erosión de la unidad del derecho, hasta el grado de observar la presencia simultánea de sistemas jurídicos distintos, no sólo de un Estado a otro, o de una región a otra, sino también de un grupo a otro, para no decir de un individuo a otro? O, mejor dicho, ¿poseerá la «aldea global» en la cual vivimos, una lógica unitaria tan coercitiva, como para imponer gradualmente las mismas normas al mundo entero? Y, en caso de establecerse un probable término medio entre la tendencia pluralista y la tendencia unita-

* Universidad de Milán.

** El presente ensayo, fruto de la intervención del autor en la parte introductoria al congreso abajo mencionado de la Universidad de Macerata, retoma también, con algunas modificaciones, las cátedras impartidas por el mismo en la Universidad de Chilpancingo, Guerrero, en junio de 1992. (Publicado originalmente en *Sociologia del diritto* XX/1993/1, pp. 19-38. Traducción del italiano: Jean Hennequin).

ria, ¿por dónde correrá la línea divisoria? ¿No puede suponerse que esta línea llegue a separar aún más el mundo del hombre común y corriente del mundo de los privilegiados, agravando el desequilibrio ya existente?

La disyuntiva a la cual nos referimos, nos viene sugerida ante todo por la experiencia política, la cual manifiesta actualmente ambas tendencias, a ritmos acelerados.

Por una parte, asistimos a la disgregación de grandes entidades nacionales y supranacionales, a la crisis por erosión del Estado moderno o, mejor dicho, de un modelo de control social basado en la mediación de una autoridad centralizada, que reparte beneficios a cambio de un consenso¹.

A esta crisis corresponde la multiplicación y diversificación de pretensiones y de derechos subjetivos, de individuos y de grupos².

Por otra parte, percibimos las señales de una concentración de poder, político y económico, visible e invisible, que rebasa cualquier experiencia histórica y va más allá de lo imaginable. Desde este punto de vista, si el Estado moderno parece estar en crisis, no es tanto por erosión desde abajo, como por asfixia desde arriba, por parte de entidades y fuerzas transnacionales —no necesariamente institucionalizadas, quizás ni siquiera visibles— que absorben sus poderes esenciales y, ante todo, su poder normativo. Y, como nos enseña la historia, el poder concentrado suele producir derecho uniforme.

Naturalmente, cabe señalar que la disyuntiva a la que nos referimos no es nueva en absoluto. Muy por el contrario, se ha presentado regularmente en todas las etapas más significativas de la historia humana, dando lugar a un movimiento incesante (deberíamos decir «dialéctico»), que va desde la concentración hasta la disgregación y la reconcentración de los sistemas

¹ Acerca de la crisis del Estado, considerada desde el punto de vista de la sociología del derecho, véase el número monográfico de la revista *Sociología del diritto* (XIII/1986/2-3), publicado posteriormente en forma de volumen aparte, a cargo de R. TREVES (*Crisi dello Stato e sociologia del diritto*), Angeli, Milán, 1987. A la luz de las más recientes experiencias de estos años, en muchos aspectos revolucionarios, cabe reconocer que la etiqueta «crisis del Estado», no da cuenta de todos los fenómenos de crisis, que se han apoderado simultáneamente de las entidades estatales y supraestatales.

² Resulta significativo observar cómo los distintos análisis de esta crisis, si bien se expresan de diferente manera según las distintas corrientes científicas e ideológicas, coinciden en lo esencial. Hay poca diferencia entre la explicación de Dahrendorf, centrada en la excesiva multiplicación de expectativas en el Estado social, la explicación luhmanniana, centrada en la complejidad, entendida como excedente de posibilidades con respecto a las capacidades de asimilación de los sistemas sociales, y finalmente, la propia explicación marxista, por lo menos cuando insiste en la crisis fiscal del Estado, como en el caso muy conocido de JAMES O'CONNOR.

jurídicos³; un movimiento que tiene sucesivamente como protagonistas a todos aquellos sujetos que pueden definirse como los «actores socio-jurídicos» —juristas, jueces, legisladores, burócratas—, y que con mucha frecuencia señala las etapas de sus reiterados conflictos⁴. En la historia ha ocurrido a menudo que los esfuerzos de unificación de uno de estos grupos tropezaron con la resistencia de otros y con su lucha por el derecho libre: el mismo contraste entre formalismo y antiformalismo, que recorre toda la historia del pensamiento jurídico, no es sino la conceptualización más nítida de la disyuntiva en cuestión.

Sin embargo, aunque la disyuntiva entre derecho «desestructurado» y derecho reestructurado, entre diversificación y unificación, entre sistematización y desistematización, no es en absoluto nueva, aquello que sí es totalmente novedoso, es el marco dentro del cual ésta se presenta ante nuestros ojos de hoy: en la medida en que el mundo actual constituye, precisamente, una «aldea global», en la cual las distancias se han minimizado y prácticamente ya no existen tierras incógnitas, donde la comunicación ocurre en tiempo real, el estilo de la vida humana se orienta hacia modelos estandarizados y los conflictos se desarrollan en un espacio cada vez más reducido, que excluye la posibilidad de huir y de comenzar de nuevo, y tienen, por consiguiente, mucha probabilidad de volverse irreductibles o de presentar resultados irreversibles.

En otros términos, el dilema desestructuración/reestructuración del derecho debe considerarse en la perspectiva de otro dilema, que concierne a todo el ámbito de las ciencias histórico-sociales: el dilema entre lo local y lo global.

2. Pluralismo y «desestructuración»

Ya desde hace muchos años, el pluralismo ha llegado a ser, en todos los países, una especie de bandera de la lucha política democrática. La crisis de los regímenes fascistas en Europa meridional y en América Latina, ha ocurrido en nombre del pluralismo de opiniones. Lo mismo ha acontecido

³ Me refiero a trabajos ampliamente conocidos, como el de M. G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto. I. Dalle origini alla scuola storica*, Giappichelli, Turín, 1968 y el de P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, Giuffrè, Milán, 1984-1985.

⁴ Desde un punto de vista sociológico, toda la historia del pensamiento jurídico puede interpretarse también a la luz de la lucha por la supremacía entre estos grupos socioprofesionales; ésta es, por lo menos, una hipótesis que merecería verificarse, como he tratado de sugerirlo en otra parte (V. FERRARI, artículo «Sociology of Law», en *Encyclopedia of Language and Linguistics*, Pergamon Press, Oxford, 1993).

en los países de Europa oriental, donde el impulso hacia el pluralismo se ha originado quizá —como en el caso de la Unión Soviética— en la propia clase dirigente comunista, consciente de su incapacidad para mantener el control de la sociedad —principalmente el control de las opiniones— a través del ejercicio de los tradicionales poderes centralizados y autoritarios, que se volvieron obsoletos por el progreso tecnológico y la imposibilidad de controlar la difusión mundial de la información. Los grandes sistemas ideológicos se han apoderado de la idea de pluralismo. En este plano se ha buscado una conciliación entre la cultura marxista y la cultura liberal⁵; la propia Iglesia católica busca continuamente un difícil equilibrio entre pluralismo y unidad de los creyentes, entre tolerancia y dogma.

Esta opción pluralista posee naturalmente sólidas raíces sociales.

La sociedad contemporánea se ha venido configurando cada vez más, en los últimos años, como un sistema de oportunidades de vida (los *Lebenschancen*, de los que habla Ralf Dahrendorf)⁶ o de posibles opciones (los *choices*, de los que habla Lawrence Friedman)⁷ que, cuando menos aparentemente, han acentuado las diversidades de *status* y de papeles y, al mismo tiempo, han atenuado, e incluso roto los tradicionales vínculos de pertenencia familiar, de grupo, de clase. Esta diversificación social, si bien ha sido conceptualizada de diversas maneras, dependiendo de los puntos de vista —hay una escala de opiniones, que va desde el extremismo liberal-conservador hasta el neocorporativismo—, representa un dato plenamente aceptado en los análisis sociológicos y poliológicos; y de paso quisiera agregar que uno de los más graves errores de la reciente cultura marxista, tan ligada a estereotipos decimonónicos que Marx y Engels no hubieran dudado en relegar al olvido, como la rueca o el hacha de bronce, ha consistido, precisamente, en rechazar o minimizar este dato.

La tendencia a la diversificación social posee una correspondencia exacta en la realidad histórico-social, tal como ésta se ha venido configurando en el transcurso de este siglo.

En primer lugar, ha ocurrido una progresiva fragmentación social a nivel territorial. Pienso en la descolonización, en las grandes migraciones favorecidas por la facilidad de desplazamiento a escala planetaria. Y pienso sobre todo en el ya mencionado proceso de disgregación, aún en curso,

⁵ Sin remontarme demasiado en el tiempo, me refiero a la obra clásica de N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, Einaudi, Turín, 1976. [N. del E. Existe versión española: *¿Qué socialismo?*, trad. de JUAN MORENO, Plaza y Janés, Barcelona, 1986].

⁶ R. DAHRENDORF, *Lebenschancen. Anläufe zur sozialen und politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1979, (trad. it. *La libertà che cambia*, Laterza, Roma-Bari, 1981).

⁷ L. M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice. Law, authority and culture*, Harvard Un. Press, Cambridge (Mass.) - Londres, 1990.

de las grandes entidades políticas: el resurgimiento de los nacionalismos en las entidades supranacionales, de los regionalismos en las entidades nacionales, de los localismos en las entidades regionales.

A esta fragmentación de tipo socioterritorial se ha sumado otra, de tipo sociocultural y socioeconómico, cada vez más aguda a medida que pasan los decenios. Pienso en dos fenómenos específicos. Por una parte, me refiero a la diversificación de la sociedad en una multitud de grupos y subgrupos organizados, portadores de intereses diversos, en ocasiones rígidos hasta la inflexibilidad, firmes en su reivindicación de tratos especiales y diferenciados. Se trata de un fenómeno que, si bien posee raíces lejanas —baste pensar en el sindicalismo organizado o el movimiento feminista—, se manifiesta hoy en día con una inusitada fuerza y con serias consecuencias en ámbitos de inmediata relevancia política, como el de los derechos humanos⁸. Por otra, me refiero naturalmente a la estratificación social, que presenta hoy en día características de complejidad otrora desconocidas, habiéndose multiplicado las variables que la determinan: éstas ya no se limitan a la riqueza o al linaje, sino abarcan también la disponibilidad de información, el acceso a las fuentes de difusión de la cultura y, sobre todo, la distribución universal del poder político. En numerosas sociedades —y el caso italiano es ejemplar al respecto—, quienes detentan el poder se han convertido en una clase aparte, creando en torno suyo y bajo sí mismos una clase media de «clientes», bien diversificada en su interior, y que funge como filtro entre gobernantes y gobernados.

A esta realidad socioeconómica y sociopolítica corresponde naturalmente la realidad de los sistemas jurídicos, que nos interesa para nuestro propósito. Aquí hemos asistido a una diversificación, tanto *intersistémica* —entre los distintos sistemas jurídicos—, como *intrasistémica* —dentro de cada uno de ellos.

Un ejemplo bastante natural de diversificación intersistémica —más allá de las grandes diversidades heredadas de la historia⁹— es el que se relaciona con la descolonización. En los países de reciente independencia, los sociólogos y los antropólogos del derecho han observado frecuentemente un fenómeno característico de superposición de elementos derivados de diversos sistemas: el sistema precolonial, el colonial y el postcolonial, estando este último orientado a veces según los modelos capitalistas, otras

⁸ Cfr. N. BOBBIO, «Diritti dell'uomo e società», *Sociologia del diritto*, XVI/1989/1, pp. 15-27.

⁹ Cfr. el volumen de M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Einaudi, Turín, 1988 (nueva edición ampliada). [N. del E. Existe edición española de la edición italiana de 1978, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, *Los grandes sistemas jurídicos, Introducción al derecho europeo y extranjero*, Debate, Madrid, 1982].

según los modelos colectivistas de inspiración soviética¹⁰. Esta superposición, muy espuria, no sólo ha conducido, casi en todas partes, a una gran incertidumbre en torno a las fuentes del derecho, a las normas vigentes y a las autoridades legítimas, sino ha llevado también a cada país a distinguirse de los demás, cada uno con una singular *mélange* antaño inconcebible, de los más diversos elementos jurídicos.

La diversificación intrasistémica no es menos conocida y constituye uno de los temas más recurrentes de la sociología del derecho en los últimos decenios.

Desde el inicio de este siglo se ha producido, en casi todos los Estados modernos, una acelerada carrera hacia la producción de derecho especial, al lado del derecho general de los códigos o de las recopilaciones de principios establecidos, según se trate de países de derecho codificado o de derecho común jurisprudencial. Este derecho especial ha presentado, y sigue presentando, características peculiares y ampliamente conocidas: en primer lugar, su elevado grado de contingencia, en la medida en que resulta de las diversas fuerzas antagónicas que se proyectan desde los grupos sociales hacia el legislador o las cortes, y que siguen los destinos de los conflictos políticos en constante renovación; en segundo lugar, su elevado grado de imprecisión, porque con mucha frecuencia los conflictos políticos sólo se resuelven en el plano de la retórica verbal, mediante la adopción de oscuras fórmulas normativas que dan pie a cualquier interpretación; finalmente, su carácter altamente simbólico, porque el poder político, a menudo paralizado en su interior, incapaz de asumir decisiones efectivas o carente de los medios necesarios para hacerlas operativas, utiliza el instrumento jurídico con el único fin de cubrir las apariencias y de apaciguar los ánimos, a modo de noble mentira, produciendo algo que no es derecho, sino simulacro de derecho, construido, no en función de exigencias concretas, sino en función de las imágenes masificadas de las que es tan pródiga la llamada sociedad del espectáculo¹¹.

Es importante señalar que este fenómeno, que redunda en un derecho incierto y fragmentado, susceptible de cualquier uso, flexible y adaptable a cualquier exigencia e interpretación, incierto por definición, involucra a todos los sectores de la producción jurídica estatal y, de modo absurdo,

¹⁰ Cfr. N. ROULAND, *Antropología giurídica*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 324 y ss.; F. SNYDER, «Law and Development in the Light of Dependency Theory», *Law and Society Review*, 1980, 14, pp. 723-804.

¹¹ Me permito remitir al lector a mi obra *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1993 (últ. ed.), en particular al capítulo VII sobre derecho y legitimación. [N. de E. Existe edición española, trad. de la ed. it. de 1988, de Ma. José Añón Roig y Javier de Lucas: *Funciones del derecho*, Debate, Madrid, 1989].

culmina precisamente allí donde la normatividad debería ser más rígida e inderogable: en el derecho administrativo, e incluso constitucional, en el derecho fiscal, y hasta en el propio derecho penal.

Numerosos son los ejemplos que podrían aducirse. Sin embargo, me concretaré a uno, que parece ser actualmente el más impresionante. A propósito del derecho penal —en este caso, italiano— se ha observado recientemente que está perdiendo poco a poco su función original y «natural» de protección de los bienes y de los valores fundamentales, para asumir formas caducas y variables, aptas para una función totalmente distinta: la de acompañar, con el soporte del aparato sancionador, políticas gubernamentales movedizas y extrañas¹². Si antaño el derecho penal era el reino de los *mala in se*, en la actualidad parece haberse convertido en el reino de los *mala quia prohibita*, tipos de delito inventados día tras día por el poder, introducidos subrepticiamente en los recovecos de regulaciones incoherentes y a menudo ilegibles, y que con frecuencia se anulan o se negocian posteriormente con los transgresores, a precios variables.

Esta fragmentación del derecho vigente se traduce, a su vez, en una acelerada carrera hacia la adopción de comportamientos jurídicos alternativos, e incluso de sistemas jurídicos alternativos con respecto a los oficiales.

En numerosos países, por ejemplo, se ha producido en los decenios pasados un poderoso movimiento hacia la justicia alternativa, determinado no sólo por las condiciones endémicas de crisis organizativa y económica en las cuales se hallaban sumidos casi todos los sistemas procesales, sino también por la aspiración de los ciudadanos, divididos en grupos y facciones, a atraer la atención y el consenso sobre la base de normativas distintas de las oficiales, ya sean invocadas abiertamente, reivindicadas subrepticiamente bajo el manto de la equidad o de la libre creación judicial del derecho, o practicadas directamente por la vía de la negociación o del arbitraje. La propia política oficial de los gobiernos se vio obligada a tomar nota de esta tendencia y a apoyarla mediante la creación de órganos y procedimientos especiales. No sólo nos referimos a las *small claims courts*¹³, a las *consumer courts*¹⁴, a los *mediation programs*¹⁵ y a las distintas formas de

¹² F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bolonia, 1989.

¹³ Cfr. C. J. WHELAN (ed.), *Small Claims Courts: A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, las extensas investigaciones realizadas en Dinamarca sobre este tema: B. M. BLEGVAD - V. THOMSEN: *Forbrugerklageorganer: koalitioner, forhandliger, beslutninger*, 3, *Forkningsrapport*, 1981, pp. 48 ss.; B. M. BLEGVAD - V. THOMSEN, *Forbrugerklageorganer. Forbrugerklagenævets medlemmer, rekruttering, arbejdsmåde og holdninger*, 4,

justicia arbitral, o de la Magistratura del Trabajo, sino también al resurgimiento de las formas tradicionales de justicia privada, propias de la Edad Media del derecho¹⁶.

Este fenómeno, por lo menos a primera vista, parece acentuarse con la internacionalización de los problemas, los cuales atraviesan transversalmente los Estados y sus legislaciones. Para tomar el ejemplo más revelador, el problema de los derechos humanos es «transnacional»¹⁷ y, al mismo tiempo, se fundamenta en la reivindicación de pretensiones diferenciadas. Por consiguiente, tenemos en este sector vital una diversificación de las pretensiones en función de regímenes nacionales, los cuales son a su vez diversos y cada vez menos definibles: lo cual significa, potencialmente, multiplicación hasta el infinito de las diversidades y, consecuentemente, de las expectativas de comportamiento de tipo normativo, para retomar la terminología de Niklas Luhmann.

Todo ello nos invita a concebir el derecho tradicional de los Estados como unas estrellas en constante peligro de explosión, o de implosión. En efecto, tal es la impresión que se desprende de algunas recientes reflexiones teóricas sobre el tema.

Basten unos cuantos ejemplos.

Una reciente obra, de inspiración decididamente neoliberal, contempla la posibilidad, y al mismo tiempo reivindica, para la Europa en vías de (aún incierta) unificación, una especie de tratamiento jurídico *à la carte*¹⁸. La diferenciación de las culturas, la libre competencia entre empresarios, la innovación tecnológica, son otros tantos factores que deberían conducirnos hacia una sociedad en la cual los individuos y los grupos libres elijan indistintamente los tratamientos jurídicos que mejor convengan a sus intereses; por ejemplo, un ciudadano o un grupo de ciudadanos europeos podrían optar por el derecho bancario luxemburgoés, por el régimen fiscal británico, el derecho civil italiano, la corte arbitral de París para resolver

Forkningsrapport, 1981, pp. 48 ss.; B. M. BLEGVAD - V. THOMSEN - A. WOLFF, *Forbruggerklageorganer i organisationssociologisk perspektiv*, 5, Forkningsrapport, 1981, pp. 554 ss.

¹⁵ Entre los numerosos trabajos existentes, véase por ej. S. ENGLE MERRY, *Getting Justice and Getting Even. Legal consciousness among working-class Americans*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1990.

¹⁶ M. MASIA, «*Sos omnes*». Osservazioni sulla pratica degli arbitrati nella Sardegna interna», *Sociologia del diritto*, IX/1/1982, pp. 77-97; M. A. HENRIQUES, «Formas tradicionais de cooperação - As mutuas de seguro de gado», *Revista crítica de ciências sociais*, 21, pp. 101 ss. (por lo que se refiere a la justicia de los llamados *louvados*).

¹⁷ Sobre este tema, véase principalmente W. M. EVAN, «Diritti umani, stato-nazione e diritto transnazionale», *Sociologia del diritto*, XVI/1989/1, pp. 37-51.

¹⁸ E. DI ROBILANT - G. RADNIZKY (a cargo de), *Una società libera per l'Europa*, Angeli, Milán, 1991.

las controversias: lo que, de hecho, ya ocurre —dentro de ciertos límites— en numerosos intercambios comerciales a nivel internacional, pero que los distintos autores de la mencionada obra justifican en el plano de la filosofía política y de la eficiencia económica, en nombre de la libertad.

Un segundo ejemplo es el de André-Jean Arnaud, historiador, antropólogo y sociólogo del derecho, quien en el transcurso de varios años ha venido precisando su extremo pluralismo jurídico, heredado de ejemplos tales como el de Georges Gurvitch y Jean Carbonnier¹⁹. El concepto fundamental de las reflexiones teóricas de Arnaud, es el de «polisistemia normativa». En el seno de una misma sociedad coexisten varios sistemas jurídicos, no sólo en el sentido tradicional de la expresión que nos viene de la historia y de la experiencia —el Estado y la Iglesia, las distintas facciones que se disputan el poder en un país en guerra civil, el ordenamiento pre-moderno y el ordenamiento moderno que se enfrentan y se compenetran—, sino también en el sentido, por así decirlo, ideal: al lado de los sistemas jurídicos reales, porque son visibles y reconocidos, existen los sistemas jurídicos «pensados» (*conçus*), «posibles» (*possibles*), aunque ellos también son «reales» (la inoportuna sombra de Hegel viene una y otra vez a perturbar nuestros sueños), es decir, dotados de una *raison* que define y caracteriza su sentido inmanente y, por consiguiente, los hace creíbles y susceptibles de ser invocados en todo momento —por lo tanto, concretos.

Cabe subrayar que Arnaud, lo mismo que los autores arriba citados, explicita precisamente su posición con referencia a un fenómeno de unificación política, como el de Europa occidental, que a primera vista nos induciría a suponer que el derecho moderno evoluciona hacia el monismo, más que hacia el pluralismo.

Otro ejemplo nos es proporcionado por aquellos autores que reivindican un modo diferente y alternativo de concebir al derecho, en lo concerniente a la diversificación social que estamos presenciando. Así, Boaventura de Sousa Santos, entre otros, reivindica «un nuevo sentido común jurídico», que se libere de las dicotomías tradicionales («naturaleza-sociedad», «Estado-sociedad civil», «público-privado», «formalismo-no formalismo», etc.), en favor de una dispersión estructural del derecho, de un derecho diferenciado en función de los contextos sociales en los cuales los sujetos y las colectividades viven inmediatamente sus relaciones²⁰.

¹⁹ A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, L.G.D.J., París, 1981; *idem*, *Pour une pensée juridique européenne*, P.U.F., París, 1991.

²⁰ B. DE SOUSA SANTOS, «Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico», *Sociologia del diritto*, XVII/1990/3, pp. 5-34.

Con los tres ejemplos citados nos encontramos todavía en el marco de una visión pluralista y subjetivista de las relaciones jurídicas. Sin embargo, no es superfluo agregar que ciertos ecos de igual índole también se advierten en posiciones teóricas muy distintas, con una clásica orientación funcionalista. Me refiero, por ejemplo, a la teoría del derecho reflexivo, tal como ha sido elaborada durante más de un decenio por autores como Gunther Teubner²¹. Esta teoría, como se sabe, no se concreta a proponer una imagen autorreferencial del derecho, sino que pretende sugerir la idea de que la sociedad contemporánea vaya realizando gradualmente un modelo regulativo diferente, basado en el *self-restraint* del derecho e impuesto, precisamente, por el elevado grado de diferenciación social que acompaña a la crisis del *Welfare State*: el derecho ya no aspira a realizar directamente objetivos sustanciales, sino más bien a «estructurar y reestructurar sistemas sociales semiautónomos», a «fundamentarse en normas de procedimiento que regulan procesos, organización y la distribución de derechos y competencias»²². Se trata de aportes teóricos en constante (y ansioso) equilibrio entre apertura y cierre sistémico²³ —una oscilación que también puede advertirse, ante todo, en la temática luhmanniana²⁴. Sin embargo, no se puede negar que esta idea del derecho, que regula procedimientos y no comportamientos, que define espacios de autonomía espacial, de «concertación»²⁵, sin pretender llenarlos con previsiones sustanciales, responda a las mismas exigencias que, de manera más sencilla, han conducido a otros autores a constatar el fenómeno de erosión del derecho tradicional frente a la complejidad de las relaciones sociales contemporáneas o, como sería más oportuno decirlo, frente a las distintas contingencias del conflicto social moderno.²⁶

²¹ Cfr. G. TEUBNER, «Hypercycle in Law and Organization», en *European Yearbook in the Sociology of Law*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 43-79, así como, naturalmente, el volumen a su cargo, *Reflexive Law*, de Gruyter, Berlín, 1987.

²² G. TEUBNER, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law and Society Review*, 17, 2, 1983, p. 255.

²³ Véanse finalmente las interesantes contribuciones reunidas en el *European Yearbook in the Sociology of Law*, Giuffrè, Milán, 1991 (en part. G. Bechmann, «A New Theory Paradigm for Legal Science?», pp. 417-443, y H.-G. Deggau, «Identity, Reflection and Control in the Legal System», pp. 451-481).

²⁴ Es interesante la opinión del investigador alemán sobre el tema del derecho reflexivo: N. LUHMANN, «Some Problems with Reflexive Law», *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1992, cit., pp. 389-415.

²⁵ A. FEBBRAJO, «Appunti sociologico-giuridici sul "gioco" della concertazione», *Sociologia del diritto*, XV/1988/1, pp. 7-20.

²⁶ Todavía vale la pena recordar el sencillo y lúcido libro de V. TOMEI, *Il diritto come struttura del conflitto*, Angeli, Milán, 1981.

3. Unidad y reestructuración

Si el fenómeno de erosión y desestructuración del derecho es ampliamente conocido, hasta el punto de haberse convertido en un elemento central de la reflexión sociológico-jurídica, el fenómeno inverso, de unificación y reestructuración del derecho, a escala internacional, no es menos conocido. Sin embargo, la sociología del derecho, traicionando de alguna manera sus propios orígenes (desde Marx hasta Renner, desde Llewellyn hasta Berle), le ha prestado hasta ahora escasa atención.

Por motivos de claridad en la exposición conviene distinguir, aunque sea de manera un tanto simplista, dos aspectos diferentes del movimiento de unificación y reestructuración del derecho, según éste ocurra espontáneamente o mediante la intervención de una autoridad reconocida²⁷.

3.1. Unificación y reestructuración espontánea

Con esta expresión nos referimos obviamente al fenómeno de uniformación, a escala internacional, de algunos sectores del derecho, particularmente del derecho comercial —un fenómeno cuyas raíces se remontan al siglo pasado²⁸ y que la ciencia jurídica ha abordado desde mediados del presente siglo, cuando empezó a usar expresiones tales como «derecho transnacional»²⁹ y, sobre todo, «lex mercatoria»³⁰, que han llegado a ser de uso universal.

No es nuestro propósito recorrer aquí las etapas de la discusión doctrinal que han establecido —sobre todo— los especialistas en derecho comercial y en derecho internacional. En cambio, lo que sí conviene señalar es que, mientras hasta hace poco tiempo se podía dudar de que el fenómeno en cuestión constituyera una realidad jurídica con existencia propia³¹ y tuviera un impacto totalizador³² —a decir verdad, la *lex mercatoria*, como

²⁷ Sobre este punto, véase también el artículo de L. M. FRIEDMAN, «Verso una sociología del diritto transnazionale», en *Sociologia del dirito*, XX/1993/1, pp. 39 ss.

²⁸ Se ha observado, por ejemplo, que ya desde fines del siglo pasado la London Corn Trade Association se propuso promover el uso de fórmulas-tipo y de contratos estándar, con el fin de facilitar el comercio internacional (B. GOLDMAN, «Frontières du droit et "lex mercatoria"», *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 179).

²⁹ PH. JESSUP, *Transnational law*, Yale U. P., New Haven, 1956.

³⁰ R. DAVID, «Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains», *Archives de philosophie du droit*, 1963, pp. 4-20.

³¹ B. GOLDMAN, *op. cit.*, *passim*.

³² R. DAVID, «The Methods of Unification», *The American Journal of Comparative Law*, 16, 1968, pp. 13-27 (en part. pp. 23-24); véase también R. DAVID, «Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?»,

«doctrina del *laissez-faire*»³³, puede aparecer como un ejemplo extremo de variedad y de pluralismo jurídico— hoy en día es perfectamente posible formular en tal sentido una razonable hipótesis.

En un ejemplar ensayo publicado en la revista *Sociologia del diritto*³⁴, Francesco Galgano distingue dos aspectos distintos del fenómeno en cuestión. Por una parte, se refiere a las innovaciones jurídicas aportadas por la doctrina y la jurisprudencia, a través de los instrumentos del contrato atípico y de la sentencia, sin que se vea afectada en modo alguno la adopción por las legislaciones nacionales: innovaciones, éstas, que se han traducido en «modelos de gran difusión internacional, como ocurre con el *leasing*, *factoring*, *franchising*, *performance bond*» (p. 159); por otra parte, cita la *lex mercatoria*, en su acepción clásica, para señalar el «derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a regular de modo uniforme, más allá de la política de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados» (p. 161).

Cabe preguntarse si los dos fenómenos no deben en adelante considerarse de manera conjunta, aunque respetando las diferencias que los separan. En efecto, lo que importa, cuando menos en la perspectiva de las presentes reflexiones, es el gigantesco poder con el cual todo el aparato normativo al cual se refiere el autor, surgido casi en su totalidad de la negociación (aunque precisado y afinado mediante la elaboración de la jurisprudencia y del arbitraje), se ha impuesto en la vida cotidiana de los negocios, no solamente orientando los comportamientos de los actores económicos, sino también, por así decirlo, logrando penetrar en las ciudadelas fortificadas de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Significativos a este respecto son los esfuerzos dialécticos del tribunal de casación italiano —minuciosamente señalados por Galgano—, destinados a sortear, en nombre de la agilización de los intercambios, serios obstáculos normati-

Rivista di diritto civile, 1976, I, pp. 577-590, donde el autor, modificando en parte su propio punto de vista, constata la magnitud y la complejidad del fenómeno, aunque pone de relieve sus límites.

³³ LORD JUSTICE MUSTILL, «The New *Lex Mercatoria*: the First Twenty-five Years», *Liber amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce, PC, CMG, OBE, QC*, edited by M. Bos and I. BROWNLEE, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 181.

³⁴ F. GALGANO, «Le fonti del diritto nella società post-industriale», *Sociologia del diritto*, XVII/1990/1-2, pp. 153-164.

vos interpuestos por el código nacional al reconocimiento de las instituciones y los usos internacionales³⁵.

Lo que esto demuestra, no es tanto la capacidad de absorción de los sistemas jurídicos nacionales (en efecto, aunque todo puede reducirse dogmáticamente a la lógica estatal, con base en el principio de recepción, no deja de tratarse de una *fictio*), como la cada vez mayor interrelación entre sistemas jurídicos distintos y la creciente dificultad —para no decir la imposibilidad— para establecer límites rígidos entre ellos. Pero más aún, ello revela que los sistemas nacionales tienden a converger espontáneamente, por lo menos en aquellos sectores que son unificados en un nivel superior por la tecnología; la cual no sólo es universal, sino también está disponible en forma capilar cada vez más con mayor frecuencia. Un hecho evidente, cuando menos *prima facie*, es que, en cualquier lugar del mundo en donde nos encontremos, y más allá aun del ámbito clásico de las compraventas internacionales, nos hallamos frente a esquemas contractuales ampliamente uniformes en los transportes, los envíos, los alquileres, los seguros, la protección industrial, las relaciones bancarias, hasta los contratos atípicos citados por Galgano, que han adquirido una difusión universal.

Naturalmente siguen existiendo diferencias, a veces considerables, de un país a otro, incluso entre países que pertenecen al mismo mundo y que se encuentran vinculados por medio de relaciones institucionales, como en el caso de la Comunidad Europea. Y es obvio que en numerosos casos estas diferencias son funcionales con respecto a algún interés concreto, lo que las hace particularmente resistentes a su eliminación. Sin embargo, es necesario observar, por una parte, que su origen con frecuencia debe buscarse en sectores del derecho complementarios con respecto a los que hemos mencionado —por ejemplo, en el sector fiscal, donde cada Estado sigue siendo relativamente soberano. Por otra parte, cabe señalar que lo importante es la tendencia general, más que las excepciones particulares; y, por lo menos a primera vista, la tendencia a la unificación parece prevalecer sobre las resistencias y los particularismos. Como lo reconoce Lord Justice Mustill al término de su ensayo, sumamente escéptico, sobre la *lex mercatoria*, el árbitro que se encuentre frente a un contrato internacional que presente lagunas, «ya sea que considere necesario aplicar la *lex mercatoria* o alguna técnica debidamente afianzada de un sistema nacional, concerniente, por ejemplo, a las implicaciones de un término usado, o que no

³⁵ Me refiero a las decisiones sobre el carácter atípico del *performance bond* (Cass. 1º, de octubre de 1987, núm. 7341, *Il Foro Italiano*, 1988, I, 106) y sobre el concepto de *lex mercatoria* (Cass. 8 de febrero de 1982, núm. 722, *Il Foro Italiano*, 1982, I, 2285), ambas citadas por GALGANO (*op. cit.*, pp. 160 y 162).

racionalice lo que está haciendo, pero se concrete a seguir haciéndolo, es muy difícil que actúe de modo diferenciado, excepto en una pequeña minoría de casos»³⁶.

3.2. Unificación y reestructuración «ex auctoritate»

Al lado del fenómeno espontáneo que acabamos de examinar —y que hace exclamar a Galgano que las fuentes del derecho actual se hallan cada vez más en la negociación y la jurisprudencia, y cada vez menos en la legislación³⁷—, debe considerarse naturalmente la incesante obra de producción normativa que se lleva a cabo a nivel internacional, ya sea a través de relaciones bilaterales o multilaterales, o en el ámbito de entidades supranacionales, como la Comunidad Europea.

Estos problemas también son ampliamente conocidos por los juristas, sobre todo los internacionalistas, por lo que bastarán unos cuantos ejemplos. Es casi indiscutible que las relaciones que tienen su origen en la aplicación del GATT, o en el endeudamiento de los distintos países con el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, pueden dar lugar a una serie de conductas uniformes, debido a que son prácticamente impuestas, aun cuando las resistencias locales son múltiples y tenaces, y a veces victoriosas, por lo menos a corto plazo.

No menos indiscutible es el poder aglutinante de la actividad jurídica en la Comunidad Europea. Como se sabe, ésta constituye un admirable observatorio de la tensión entre lo global y lo local. Toda innovación importante, y unificadora, que proviene de Bruselas, suscita reacciones diferenciadas, manifiestas o latentes, dependiendo del estilo de cada país (Dinamarca, Francia y Gran Bretaña proclaman su disentimiento y emprenen procesos de renegociación; Bélgica e Italia se adhieren a nivel de las palabras y desacatan, a nivel de los hechos, las decisiones tomadas). La lucha experimenta altibajos y presenta ritmos y tendencias similares a los de los conflictos nacionales: por ejemplo, también encontramos a nivel de la Comunidad Europea la tendencia a arreglar los conflictos en el plano simbólico: se recurre a argucias terminológicas, se vacía a las palabras de su contenido, se crean ficciones de toda índole, excepciones que asfixian las reglas, y así sucesivamente (pienso en la cláusula del *opting out*, invo-

³⁶ LORD JUSTICE MUSTILL, *op. cit.*, p. 182. Como se sabe, gran parte de la doctrina hace hincapié en el carácter unificador de la *lex mercatoria*: véase sobre todo C. M. SCHMITTHOFF, «The Unification of the Law of International Trade», *Journal of Business Law*, 1968, pp. 105 ss.; véase también J. M. GONDRA ROMERO, «La moderna "lex mercatoria" y la unificación del Derecho del comercio internacional», *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, pp. 7-38.

³⁷ F. Galgano, *op. cit., passim*.

cada una y otra vez por el gobierno británico, y en las concesiones tendientes a conquistar el voto de los daneses sobre el Tratado de Maastricht).

Sin embargo, la experiencia acumulada en treinta y cinco años de aplicación del Tratado de Roma, induce a formular la hipótesis de que la tendencia a la unidad terminará prevaleciendo sobre la tendencia opuesta, la cual también se manifiesta en forma reiterada y vehemente. Se tratará de una unidad flexible y no rígida, compleja y no simple, respetuosa de los particularismos, como lo sostiene André-Jean Arnaud³⁸; no obstante se tratará de una unidad, no de un retorno a la Edad Media del derecho.

Algunos fenómenos merecen toda nuestra atención en el sentido señalado.

En primer lugar cabe mencionar la tendencia de la Comunidad Europea a la hiperproducción normativa, a la minuciosa reglamentación de sectores que, al menos en apariencia, no parecerían necesitar intervenciones unificadoras por parte de una autoridad, y menos aún en un mercado único basado en el principio —sería más exacto decir el «mito» o el «dogma»— de la libre competencia. En realidad, cabe preguntarse si el mercado único competitivo impone la uniformidad en la confección del embalaje de los huevos³⁹ o en el etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final⁴⁰. A decir verdad, semejantes decisiones, susceptibles de reestructurar el mercado al favorecer o desfavorecer categorías enteras de empresarios y al redistribuir enormes capitales, más bien parecen encaminadas a dar preferencia a ciertos intereses en detrimento de otros y, por consiguiente, a endurecer el mercado en torno a grupos oligopólicos, en vez de flexibilizarlo. Sin embargo, es un hecho que este tipo de producción normativa, aunque se presente en forma suave⁴¹, fácilmente caduca y de breve duración, contribuye no solamente a unificar, sino también a reestructurar enteros sectores económicos y jurídicos.

³⁸ A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit.; idem, «Reflections on "Complex Decisions" and the European Law-making Process», en A.-J. ARNAUD y V. OLGIATI (eds.), *On Complexity and Socio-legal Studies: Some European Examples*, Oñati Proceedings, 1993, pp. 15-32.

³⁹ Me refiero al Reglamento del Consejo núm. 2772/75, *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee (GUCE)*, L 282, 10. de noviembre de 1975.

⁴⁰ Me refiero a la Directiva del Consejo del 18 de diciembre de 1978, *GUCE*, L 33/1, 8 de febrero de 1979.

⁴¹ En general, las minuciosas normativas como las que acabamos de citar se presentan en los términos cautelosos de un oportuno «acercamiento» de las legislaciones nacionales.

En segundo lugar cabe mencionar la labor unificadora que desarrollan permanentemente los órganos de la Comunidad, principalmente la Comisión y la Corte de Justicia, con el fin de garantizar la eficacia de las reglas jurídicas de la CEE. Se trata de auténticas estrategias de política jurídica, quizás no totalmente conscientes, que afortunadamente empiezan a ser estudiadas, con el método sociológico entre otros, como en el caso de Francis Snyder, quien les ha dedicado recientemente un largo y minucioso ensayo⁴². Sin entrar en detalles, diría que merecen señalarse dos argumentos principales: uno concerniente a la Comisión, y el otro a la Corte y, de manera más general, al sistema de responsabilidad judicial y de *remedies* que se está construyendo a nivel de la Comunidad.

La Comisión adopta distintos métodos de intervención encaminados a garantizar la puntualidad y uniformidad en la aplicación del derecho comunitario⁴³. Entre estos métodos me parece que resalta, también desde el punto de vista de su interés teórico general, el creciente uso del llamado *soft law*, representado por actos que, si bien carecen de fuerza vinculante autónoma, como las comunicaciones, presentan no obstante, si se las examina de cerca, todos los elementos que contribuyen a hacer persuasivo un discurso jurídico, incluida la amenaza de sanciones⁴⁴. Si este *soft law* puede convertirse en *hard law*, es una cuestión que permanece abierta⁴⁵; lo que importa, desde el punto de vista de la teoría sociológica, es su capacidad para orientar las expectativas y los comportamientos de los ciudadanos europeos, para influir (quizá no explícitamente) en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales; en suma, para cristalizarse, cuando menos, en una costumbre jurídica a través de la formación de una generalizada *opinio juris sive necessitatibus*: una costumbre generada, por casualidad, por vía de la autoridad y la burocracia, por parte de un órgano cuya función primaria e históricamente afirmada es precisamente la de cumplir finalidades que, supuestamente, pertenecen a la Comunidad, entendida ésta como un todo.

En cuanto a la Corte, órgano al cual incumbe institucionalmente la salvaguardia del derecho comunitario, de su lógica interna unitaria y de sus finalidades entendidas en forma intrínseca, debe subrayarse el papel que

⁴² F. SNYDER, "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques", *Modern Law Review*, 56, 1993, pp. 19-54.

⁴³ Es decir, emanado de los órganos de la Comunidad Económica Europea [N. del T.]

⁴⁴ Cfr. M. C. REALE, «Uno strumento di "soft-law" comunitario», *Impresa e Stato*, junio de 1992, pp. 26-30.

⁴⁵ Esta es la pregunta que se hace F. SNYDER, *op. cit.*, p. 33; véase también el detallado análisis realizado por el mismo autor en el artículo «"Soft-law" e prassi istituzionale nella Comunità Europea» en *Sociologia del diritto* XX/1993/1, pp. 79 ss.

ésta desempeña al influir —en un ambiente de constante tensión y entre miles de desacuerdos— en la jurisprudencia y la legislación de los Estados miembros⁴⁵. Baste citar, entre los últimos y más significativos episodios, la muy conocida sentencia *Francovich*, donde se afirma que el gobierno de cada uno de los Estados miembros puede ser demandado directamente por los ciudadanos ante el juez nacional, para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la falta de adecuación de la legislación nacional a los principios del derecho comunitario⁴⁶: una sentencia de extraordinario alcance, no solamente político-jurídico, sino también teórico en general, porque de alguna manera inscribe los sistemas jurídicos nacionales dentro del ámbito más amplio del sistema europeo, haciéndolo pre-
valecer oficialmente sobre ellos.

En tercer lugar, es importante señalar la tendencia del derecho comunitario a expandirse fuera de los límites originariamente trazados por el Tratado de Roma: el fenómeno del *acquis communautaire*, como se le define en la jerga jurídica. Baste mencionar los ejemplos de la protección a los consumidores, de la política ambiental y de la política de investigación científica⁴⁷. Asimismo, cabe citar —aunque la referencia sea menos directa— el ejemplo de los derechos fundamentales, de los cuales la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha asumido la tutela desde hace ya varios años⁴⁸ y cuyo respeto, en el marco de las finalidades de la Comunidad, se encuentra garantizado por la Declaración común del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, del 5 de abril de 1977⁴⁹. Naturalmente, la referencia a las finalidades de la Comunidad puede entenderse como un límite externo; pero en realidad, en el contexto mismo de la unión económica (y sin mencionar siquiera los proyectos, hasta ahora de incierta realización, de unión política y de unión monetaria), estas finalidades pueden extenderse, por su propia fuerza interna, hasta abarcar áreas relacionadas tan sólo indirectamente con la materia del Tratado de Roma: baste pensar en toda el área de los derechos sociales, banco de pruebas de un interminable desacuerdo entre los distintos gobiernos, aunque susceptible de ser

⁴⁵ F. SNYDER, «The Effectiveness of European Community Law», cit., pp. 40 ss.

⁴⁶ *Francovich - Repubblica Italiana*, 19 de noviembre de 1991, *Il Foro Italiano*, 1992, IV, p. 146.

⁴⁷ P. MENGONI, *Il diritto della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 1990, p. 65.

⁴⁸ Véase Corte di Giustizia, 17 de diciembre de 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft, Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia delle CC.EE.*, 1970, p. 1125 ss.; Corte di Giustizia, causa 4/73, *Nold, Raccolta*, 1974, p. 491.

⁴⁹ GUCE, C 103 del 27 de abril de 1977.

«ocupada» por normativas *soft*, si no es que *hard*, de la Comunidad Europea⁵⁰.

4. Entre las dos alternativas del dilema

Podemos regresar ahora al dilema inicial, quizá demasiado amplio, aunque indudablemente sugestivo, de saber si el derecho contemporáneo está destinado a fragmentarse en una inextricable pluralidad de fuentes, o a reconfigurarse bajo la influencia de factores avasalladores, trátese ya sea de la tecnología que estandariza procedimientos y estilos de vida, o de la voluntad de autoridades, *lobbies*, grupos de poder dotados de una capacidad normativa más o menos reconocida; grupos, éstos, que —importa subrayarlo— son capaces de imponer sus propias determinaciones aun a través de la guerra: no es fortuito que el conflicto del Golfo haya representado —con un elevado grado de simbolismo retórico— el primer caso de guerra declarada por la comunidad internacional en su conjunto, de acuerdo con una visión monista que, hasta hacía poco tiempo, se encontraba relegada al ámbito de la mera reflexión teórica abstracta.

El problema sólo puede enfrentarse con ayuda de la observación empírica, una observación particularmente paciente que apunte a comparar y clasificar las formas jurídicas prevalecientes. En efecto, todo lo que hemos venido diciendo hasta ahora, especialmente en el párrafo anterior, no constituye sino una serie de hipótesis dictadas por la experiencia común, no ordenada, de la evolución jurídica en los países más avanzados —hipótesis, éstas, que podrían verse desmentidas por un análisis más detallado. Baste decir que sectores enteros, de vital importancia para los fines de nuestro discurso, constituyen una *terra incognita* en materia de investigación sociológica. Para dar un ejemplo, la jurisprudencia arbitral internacional jamás ha sido analizada con el método cuali-cuantitativo, con el fin de establecer el inventario de los intereses económicos subyacentes, de clasificar los conflictos de acuerdo con las categorías elaboradas por los especialistas en la materia, desde Aubert hasta Galanter, y, sobre todo, de reconstruir los principios del derecho con los cuales se conforma; lo cual revestiría una enorme importancia con el fin de codificar las reglas mismas de la

⁵⁰ Véase el artículo de B. RANGONI MACHIAVELLI, «La politica sociale della Comunità Europea: dalla carta dei diritti sociali fondamentali alla cittadinanza dell'Unione», en *Sociologia del diritto*, XX/1993/1, pp. 161 ss.

*lex mercatoria*⁵¹. La investigación sociológica sobre el derecho comunitario, que Francis Snyder orienta atinadamente hacia el análisis de la relación trilateral intereses-estructuras-desenlaces⁵², debería extenderse a distintos problemas, de igual interés: entre todos ellos, cito el problema de saber si el derecho comunitario está evolucionando de acuerdo con un modelo jurisprudencial, similar al *common law*, bajo el impulso de la política jurídica de la Corte de Justicia⁵³ y de la acción de las grandes *law firms* modeladas al estilo angloamericano, o si el derecho establecido —ya sea *soft* o *hard*— está destinado a prevalecer, de acuerdo con la tradición basada en los códigos; o, para decirlo en otras palabras, si está destinada a prevalecer, en el derecho comunitario, una racionalidad material o una racionalidad formal, de acuerdo con la clasificación weberiana.

Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el infinito. Entre todos los que podrían citarse, me concretaré a uno, quizá demasiado amplio también, pero no menos sugestivo que los anteriores.

Las dos tendencias opuestas a las cuales nos hemos referido en el presente ensayo son, evidentemente, visibles en la realidad actual del derecho. La tendencia a la unificación y la reestructuración del derecho, parece, cuando menos a *prima facie*, limitarse a algunos sectores, caracterizados por tecnologías avanzadas e intereses de gran relevancia económica. En otros sectores, las diferencias entre países siguen siendo muy vivas. Piénsese en el derecho laboral, donde las desigualdades en la protección del trabajador dependiente son todavía inmensas y donde, si queremos poner de relieve una tendencia general, debemos, al contrario, hablar de un movimiento general y difícil de contrarrestar, hacia la desregulación; lo cual —inútil sería precisarlo— resulta absolutamente funcional con respecto a las relaciones racionales y codificadas de los sujetos económicamente más fuertes. Piénsese también en los sectores clásicos del derecho civil, como el de los derechos reales (donde, sin embargo, tienden a difundirse modelos uniformes, absolutamente atípicos con respecto a la tradición,

⁵¹ Existen numerosas recopilaciones de los usos y normativas seguidos en el comercio internacional. Dentro de nuestra literatura, baste la referencia a la obra meritoria realizada por C. E. BALOSSINI (véase p. ej., *Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari*, Giuffrè, Milán, 1969). Sin embargo, la dificultad para establecer el inventario preciso de las reglas de la *lex mercatoria*, en sentido estricto, más allá de los principios jurídicos generales comunes a numerosos sistemas, es abiertamente reconocida: véase LORD JUSTICE MUSTILL, *op. cit.*, pp. 174-178.

⁵² F. SNYDER, *New Directions in European Community Law*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1990.

⁵³ Véase el extenso trabajo de H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1986.

como la multipropiedad). Y piénsese, finalmente, en el derecho familiar, demasiado influido por las creencias religiosas, que hoy en día se oponen orgullosamente en un arrebato universal de integrismos, como para evolucionar hacia modelos uniformes (aunque, una vez más, se observan tendencias a la estandarización, inducida por la cultura de masas y las migraciones a gran escala)⁵⁴.

Esta discrepancia entre los distintos sectores del derecho, que corresponden obviamente a distintos ámbitos de las relaciones socioeconómicas, sugiere una hipótesis que ha surgido una y otra vez en la historia del pensamiento humano: a saber, que el derecho de las clases privilegiadas se dirige efectivamente hacia una uniformidad impuesta por la exigencia de certeza, de previsibilidad y de rapidez, a la cual ningún actor social importante puede hoy en día renunciar; y que, al contrario, el localismo y la variedad están destinados a caracterizar al derecho de las clases menos privilegiadas y marginadas, el cual se ha convertido, por así decirlo, en su reserva de libertad. Algunas muy conocidas investigaciones sociológico-jurídicas o antropológico-jurídicas, sobre el derecho alternativo en las áreas degradadas de las grandes metrópolis⁵⁵, parecerían confirmar esta hipótesis que, por lo demás, ha sido propuesta también en el ámbito específico del derecho comercial internacional, por parte de investigadores que han observado que las técnicas modernas tienden automáticamente a desfavorecer a la parte económicamente más débil⁵⁶. Me parece que no puede pasarse por alto la importancia de esta hipótesis, no sólo desde el punto de

⁵⁴ Por ejemplo, en las comunidades islámicas que han emigrado a Francia se ha observado la tendencia —frecuente, aunque no generalizada— a adoptar estilos y ritos occidentales en la celebración y reglamentación del matrimonio (E. RUDE-ANTOINE, *Le mariage maghrébin en France*, Karthala, París, 1990).

⁵⁵ Es obligada la referencia a ciertos estudios clásicos, como los de B. DE SOUSA SANTOS, «The Law of the Oppressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasargada», *Law and Society Review*, 12, 1977, pp. 5 ss., y los de SAMIR NAIM, «Mediators and the Mediation Process in the Boulak District of Cairo», en M. CAIN-K. KULCSÁR (eds.), *Disputes and the Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1983, pp. 43-54.

⁵⁶ Así, B. GOLDMAN (*op. cit.*, p. 188) afirma que «l'expérience du commerce international paraît bien établir qu'en fait, "les petits sont obligés de suivre les règles établies par les gros"» [«la experiencia del comercio internacional bien parece establecer que, de hecho, "los humildes se ven obligados a seguir las reglas establecidas por los pudientes"»]. Pero también me acuerdo de la lúcida (y provocativa) presentación realizada por G. Tarello, de un anhelado proyecto de investigación encaminado a verificar las causas por las cuales, en los transportes internacionales de mercancías, la tendencia general consiste en «hacer recaer todos los costos posibles sobre los cargadores de mercancías», considerados como una categoría de menor rango que los transportistas («Sociologia giuridica ed economia internazionale», *Sociologia del diritto*, IX/1982/1, pp. 164-170).

vista sociológico-jurídico, sino también sociológico-político, ya que se traduce en una interrogante acerca del futuro de la democracia.