

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ¿EL DERECHO GLOBALIZADO?

I. Estado y derecho en la tradición jurídica occidental . . . . .	57
A. Estado y derecho . . . . .	57
B. La tradición jurídica occidental . . . . .	58
1. Surgimiento y características de la tradición jurídica occidental . . . . .	59
2. La “occidentalización” del derecho . . . . .	61
3. Unidad de formas y diversidad de culturas y órdenes normativos . . . . .	66
II. El derecho de los espacios globalizados . . . . .	68
A. Un fenómeno cierto . . . . .	69
B. Una pluralidad de concepciones . . . . .	70
1. El mundo del derecho . . . . .	70
2. Armonización y transnacionalización del derecho . . . . .	70
3. La “americanización” del derecho . . . . .	72
4. La “sociedad mundial” o el “derecho común” . . . . .	73
C. Algunos casos paradigmáticos . . . . .	74
1. Los “órdenes jurídicos transnacionales” . . . . .	74
2. Interrelaciones y tensiones . . . . .	83
3. Perspectivas . . . . .	85

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ¿EL DERECHO GLOBALIZADO?

Si admitimos, como sostuvimos en el capítulo anterior, que el mundo atraviesa un proceso de recomposición espacial y temporal frecuentemente denominado como “globalización”, es posible pensar que, de alguna manera, el derecho se ha visto afectado por ese proceso. Para poder analizar el impacto específico de ese fenómeno, nos parece que puede resultar esclarecedora una recapitulación que nos permita situar el desarrollo del “derecho” en relación con el Estado moderno; en particular, respecto de sus condiciones de generación y operación.

En este capítulo comenzaremos por recordar la vinculación entre el Estado y el derecho dentro de la tradición jurídica occidental (I), pues, como ya establecimos, el proceso de globalización se genera por el cuestionamiento del marco del Estado-nacional. Posteriormente, analizaremos en qué medida existe un derecho de los espacios globalizados (II).

#### I. ESTADO Y DERECHO EN LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL

En la concepción de la teoría jurídica moderna clásica, Estado y derecho aparecen íntimamente vinculados (A). Esto se debe a razones históricas precisas, derivadas de la tradición jurídica occidental (B) que, junto con el Estado moderno, se extendió al mundo desde el siglo XVI. Analizaremos a continuación estos dos aspectos.

##### A. *Estado y derecho*

En la teoría jurídica tradicional de principios de siglo XX, el derecho se construye como un elemento inseparable del Estado, pues Estado y derecho se implican y se constituyen mutuamente. Así, para Hermann Heller, el Estado tiene al derecho como condición necesaria; del mismo modo, el derecho moderno tiene como condición necesaria al Estado.<sup>1</sup> Esto se debe a que el derecho “es la forma de manifestación necesaria, tanto desde el punto de vista moral espiritual como técnico, de todo poder permanente”, y porque “todo poder político es poder

<sup>1</sup> Heller, Herman, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 208.

jurídicamente organizado”:<sup>2</sup> el poder crea derecho, pero éste establece las condiciones de su ejercicio regular y legítimo.

Esta identificación conceptual es ampliamente compartida por la teoría jurídica, que la ha desarrollado y refinado, enfatizando el papel fundamental y constitutivo del derecho respecto del Estado (concepto de “Estado de derecho”)<sup>3</sup> y llegando a identificar incluso al Estado con un orden jurídico relativamente centralizado.<sup>4</sup>

La teoría sociológica es capaz de mostrar que esa vinculación necesaria sólo se da entre el Estado y el derecho llamados *modernos*: así, por ejemplo, en la sociedad moderna, funcionalmente diferenciada, el sistema jurídico contribuye a la diferenciación, y a la estabilización de la diferencia entre los sistemas político y económico.<sup>5</sup>

Con base en lo anterior, podemos sospechar legítimamente que el derecho ha sufrido una transformación paralela, en muchos sentidos, a la del Estado moderno, lo que fue explicado en la primera parte de este trabajo. En otras palabras, si el Estado moderno está en proceso de una redefinición derivada de ciertos procesos históricos específicos, sería lógico que lo mismo le sucediera al derecho. Intentaremos por ello determinar la forma y grado en que esto ocurre. Específicamente, exploraremos la relación que ha existido entre la evolución del Estado y el derecho, y entre este último y la globalización. Para tal efecto, examinaremos en seguida una primera aproximación histórica que nos permita comprender mejor la relación entre el Estado y el derecho en la tradición jurídica occidental.

## B. *La tradición jurídica occidental*

Antes de explicar el proceso de “occidentalización del derecho” (2), nos parece necesario determinar cómo surge y cuáles son las características de la tradición jurídica occidental (1). Todo lo anterior nos permitirá comprender la unidad de formas en la diversidad de culturas y órdenes normativos (3).

2 *Ibidem*, pp. 210-211.

3 Para un teórico alemán del siglo XIX, lo determinante en el concepto del Estado de derecho no es que el Estado reglamente mediante preceptos jurídicos la vida que en él se desarrolla ni que limite sus fines a la realización del derecho, sino que este Estado eleva el derecho a condición fundamental de su existencia. Bähr, O., *Der Rechtsstaat* (El Estado de derecho), Aalen, Scientia, 1961, p. 2.

4 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2a. ed. en alemán de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 219 y ss.

5 Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft* (El derecho de la sociedad), Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1993, pp. 451 y ss.; también pueden verse las pp. 150 y ss., 407 y ss., sobre las diferencias y mutua dependencia entre derecho y política. También puede verse el capítulo 3 “Law and Modernity” de Mangabeira Unger, Roberto, *Law in Modern Society*, Nueva York, The Free Press, 1976, pp. 134 y ss.

## I. Surgimiento y características de la tradición jurídica occidental

En el siglo XI, se iniciaron en Europa las revoluciones jurídicas<sup>6</sup> que dieron paulatinamente origen a lo que ahora conocemos como tradición jurídica occidental. Según Harold J. Berman, dicha tradición presenta las siguientes características:<sup>7</sup>

- Una separación relativamente tajante entre instituciones jurídicas y otros tipos de instituciones;
- Por tanto, la administración de esas instituciones está confiada a un cuerpo especial de personas que se ocupan preferentemente de las actividades jurídicas sobre una base profesional;
- Los profesionales del derecho reciben una enseñanza especializada en relación con un cuerpo particular de conocimientos;
- Dicho cuerpo de conocimientos jurídicos establece una relación compleja y dialéctica con las instituciones jurídicas;
- El derecho se concibe como un todo coherente, un sistema integrado y orgánico;
- La vitalidad de este sistema jurídico depende de su carácter continuo, su capacidad de crecimiento y de cambio por generaciones y centurias;
- Se considera que dicho crecimiento obedece a una lógica interna; el cambio es un proceso regular;
- La historicidad del derecho está ligada al concepto de su supremacía sobre las autoridades políticas;
- La competencia y coexistencia en la misma comunidad de diferentes jurisdicciones y diversos sistemas jurídicos;
- La tensión entre los ideales y las realidades, las cualidades dinámicas y la estabilidad, la trascendencia y la inmanencia de los valores encarnados por el derecho, tensión que le permite a éste cambiar y renovarse.<sup>8</sup>

6 La idea de que las revoluciones sufridas por el mundo occidental desde la Edad Media han sido precedidas o acompañadas por revoluciones jurídicas es propuesta en el magnífico libro de Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1983. Véase, también, Tamayo y Salmerón, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, México, UNAM, 1983; Tigar, Michael E., y Levy, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, tr. de Nicolás Grab, 3a. ed., México, Siglo XXI, 1986, 306 pp.

7 Berman, Harold J., *op. cit. supra*, nota 6, pp. 6 y ss.

8 Según el propio Berman, la tradición jurídica occidental se encuentra en una grave crisis. De las diez características apuntadas, apenas las cuatro primeras siguen siendo determinantes, pues las demás se hallan sometidas a fuertes embates. Sólo la reflexión profunda sobre los orígenes y devenir de esa tradición puede arrojar luz sobre la crisis, y quizá también sobre el camino que haya de seguir en el futuro.

La tradición jurídica occidental se ha encarnado en dos familias o tradiciones jurídicas particulares,<sup>9</sup> cuyas notables diferencias en cuanto a lenguaje y técnica oscurecieron durante mucho tiempo sus raíces y principios comunes,<sup>10</sup> cada vez más evidentes en la creciente convergencia que experimentan en la época contemporánea.

En el surgimiento de una de esas dos familias, la romano-canónica-germánica (o *Civil Law*, como se conoce en los países de habla inglesa),<sup>11</sup> fue determinante el redescubrimiento en Europa occidental, hacia el siglo XI, del *Corpus Iuris Civilis*, compilación ordenada en el siglo VI de nuestra era por Justiniano, emperador romano de oriente. El *Corpus Iuris Civilis* fue sometido a una intensa labor de análisis y explicación, y, poco a poco, el resultado de tal trabajo fue influyendo en los cuerpos jurídicos de la época, que recogían fundamentalmente costumbres locales, algunas provenientes todavía de la etapa del derecho romano vulgar.

Pero no menos importante fue, como explica Berman, una gran transformación política, que echó las raíces del Estado y el derecho modernos. Paradójicamente, fue la Iglesia católica la iniciadora de esa transformación, al proclamar su separación del Imperio (e incluso la supremacía sobre éste), lo que tuvo por consecuencia el establecimiento de un derecho propio, el derecho canónico, que fue el primer sistema jurídico en sentido moderno.<sup>12</sup>

La otra gran familia jurídica, la del *Common Law*, surge de la labor desarrollada por los tribunales reales en Inglaterra después de la invasión y conquista normanda de 1066, en apoyo a un temprano proceso de centralización política,<sup>13</sup> El *Common Law* inglés resistió la influencia del derecho romano (con el que, por otro lado, muestra interesantes paralelos), gracias al pronto surgimiento de

9 Éstas son las del *Common Law* y la del *Civil Law*. Los manuales de derecho comparado indicaban hasta hace poco la existencia, cuando menos, de una “familia jurídica socialista”, distinta de las otras dos. Sin embargo, no obstante las diferencias, los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países socialistas conservaron sus fuertes raíces romanistas. Su concepción del derecho, aunque apartada en muchos puntos de la de los países de democracia liberal, comparte con ellos muchos principios ideológicos (por ejemplo, la importancia instrumental del derecho) y técnicos (por ejemplo, la preeminencia de la ley). Véase, por ejemplo, David, René, y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9a. ed., París, Dalloz, 1988.

10 En su *Tratado de derecho civil comparado*, René David las agrupa precisamente como “sistema de derecho occidental”, al considerar que comparten raíces ideológicas, políticas y culturales muy importantes. Véase David, René, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pp. 214 y ss.

11 Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

12 Berman, *op. cit. supra*, nota 6, p. 2.

13 Véase, por ejemplo, Shapiro, Martin, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1981, capítulo 2 (“English Courts and Judicial Independence”), pp. 65 y ss.; Kempin, Frederick G. Jr., *Historical Introduction to Anglo-American Law*, 3a. ed., St. Paul, West Publishing Co., 1990, pp. 22 y ss.

una profesión jurídica celosa de su independencia y de su monopolio profesional. La otra gran rama del derecho inglés, la *Equity*, producto de la labor del canciller (similar a la que en su tiempo realizara el pretor romano), sí recibió dicha influencia y siguió una evolución propia e independiente hasta la fusión de ambas jurisdicciones en el siglo XIX.

Ambas familias se difundieron en el resto del mundo a partir del siglo XVI, a través de las conquistas y colonizaciones que emprendieron las potencias europeas de entonces, principalmente España, Portugal, Holanda e Inglaterra.

## 2. La “occidentalización” del derecho

Revisaremos muy sucintamente el proceso mediante el cual el derecho occidental es transplantado a otras partes del mundo. Este fenómeno, que denominamos la “occidentalización” del derecho, se produjo en América, los países islámicos, Asia y África.

### a) América

Los conquistadores y colonizadores europeos del continente americano trajeron consigo las instituciones jurídicas de sus países de origen, las cuales se impusieron y echaron raíces en los nuevos territorios, no sin sufrir importantes adaptaciones a las condiciones de cada lugar.

Los colonos ingleses que se asentaron en América del Norte importaron, en principio, las instituciones jurídicas inglesas.<sup>14</sup> Sin embargo, ya el derecho de las colonias se distinguía, en muchos aspectos, del *Common Law* inglés. En primer lugar porque, al menos en sus comienzos, las colonias constituían sociedades más simples y, por tanto, menos dependientes del derecho y los juristas. En segundo lugar, las nuevas condiciones requerían leyes y normas especiales: así, por ejemplo, en relación con la propiedad de extensiones de tierra más grandes; la esclavitud; las relaciones con las tribus indígenas, etcétera. Por último, el origen de cada una de las colonias implicaba un grado mayor o menor de identificación con la metrópoli y, por consiguiente, con su derecho.

Después de su independencia, la expansión de Estados Unidos hacia el oeste es la historia de la expansión del *Common Law*, quizá con excepción de los territorios que antiguamente pertenecieron a España y Francia, donde sobrevivieron, muy matizadas, algunas instituciones provenientes de la tradición romanista.<sup>15</sup>

14 Sobre este punto, véase el capítulo 3 de Friedman, Lawrence M., *American Law. An Introduction*, Nueva York-Londres, W. W. Norton and Company, 1984, pp. 36 y ss. y los capítulos 1 y 2 de Hall, Kermit L., *The Magic Mirror. Law in American History*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 9-48.

15 Lawrence, M., *op. cit. supra*, nota 14.

La situación en la América española y portuguesa fue similar en lo esencial. El derecho de los conquistadores se impuso también plenamente, aunque los pueblos conquistados pudieron conservar muchas de sus costumbres en lo que éstas no fueran contrarias a los intereses de la metrópoli y a la nueva religión cristiana. Paralelamente al derecho traído por los conquistadores (en las colonias españolas, lo fue el derecho castellano), fue surgiendo un derecho especial, dictado por las metrópolis para el gobierno y administración de esas nuevas posesiones.<sup>16</sup> Después de la independencia, se siguió aplicando este derecho durante un buen tiempo, hasta que las nuevas naciones lo fueron sustituyendo con cuerpos jurídicos y leyes propios, en los cuales entraron nuevas influencias provenientes fundamentalmente del derecho francés y del derecho público norteamericano en aras de la modernización.<sup>17</sup>

En las nuevas repúblicas se fue conformando una nueva cultura jurídica, producto de la fusión y mezcla de elementos jurídicos de diverso origen, recibidos en distintos momentos y circunstancias. Dicha cultura jurídica refleja, sin embargo, las vicisitudes históricas de esos países: la violencia que presidió su nacimiento influye en la falta de un consenso fundador (o, si se quiere, en la preeminencia del decreto por encima del contrato, de la regla informal sobre la formal); el carácter más bien constitutivo, antes que propiamente regulador, del derecho, empeñado en construir una nación donde no la había, etcétera.<sup>18</sup>

### b) Países islámicos

El derecho islámico está formado por todos los preceptos, incluidos los jurídicos en sentido estricto, que derivan del *Corán*, libro sagrado revelado por Alá al profeta Mahoma.<sup>19</sup> Este hecho fundamental condiciona muchos de los rasgos de ese derecho, tal como fue elaborado y desarrollado por las distintas escuelas de juristas y teólogos musulmanes. Entre sus características destacan: su falta de uniformidad, en el sentido de que no todas las materias jurídicas (civil, penal, constitucional, fiscal) fueron igualmente “islamizadas”; su extremo formalismo, acentuado por la “clausura de la puerta del razonamiento independiente” hacia

16 Sobre los elementos conformadores de la tradición jurídica de la Nueva España, puede verse Barrientos Grandón, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España (sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, 1993.

17 Para el caso de México, véase González, María del Refugio, “Historia del derecho mexicano”, *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, vol. 1, pp. 11-108, y Soberanes Fernández, José Luis, “Historia del sistema jurídico mexicano”, *El derecho en México, una visión de conjunto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, vol. 1, pp. 7-83.

18 Sobre estas características, véase el capítulo quinto de este trabajo.

19 Sobre el derecho islámico, puede verse David, René, y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit. supra*, nota 9, pp. 515-551; Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1964.

el año 900 de nuestra era, y, por consiguiente, su dependencia de mecanismos de flexibilidad como la costumbre, las convenciones entre las partes, las reglas administrativas, que contribuyen a complementarlo, pero también a evadirlo; el arcaísmo de muchas de sus instituciones y su naturaleza casuística, etcétera.

Estas características han sido propicias para la introducción del derecho occidental moderno, de tipo secular, en la mayoría de los países de población musulmana que aceptan los principios islámicos. La adopción ha sido tanto más acentuada conforme ha avanzado la secularización y modernización de las sociedades musulmanas. Sin embargo, otras ramas más tradicionales, como el derecho de las personas y la familia, continúan siendo regidas por los principios y reglas del derecho islámico clásico.

En los últimos años, sobre todo a raíz de la revolución islámica de 1979 en Irán, numerosos gobiernos de países musulmanes, presionados por los grupos religiosos fundamentalistas, han puesto nuevamente en vigor la shari'a o ley islámica (sobre todo de tipo penal), desplazando así principios aceptados de los sistemas jurídicos europeos. Si esta resurrección del derecho islámico es viable y permanente, es algo que está por verse, pero en todo caso es probable que asistamos, en los años siguientes, a una mayor incorporación de principios islámicos en la legislación moderna de esos países.<sup>20</sup>

### c) Asia y África

La “occidentalización” del derecho supuso procesos diferentes en cada caso, lo que nos obliga a diferenciar lo que sucedió en la India y China, para continuar por Japón y África.

#### 1) India

El derecho tradicional de la India, el derecho hindú, tiene también raíces religiosas, apoyadas en libros sagrados y filosóficos cuya autoridad es determinada por la costumbre, y es, en principio, un derecho que se aplica a quienes forman parte de esa comunidad.<sup>21</sup>

La dominación británica a partir del siglo XVIII (precedida por varios siglos de dominación musulmana en amplias regiones de la India) tuvo profundos efectos sobre el derecho tradicional hindú. En principio, no se impuso a la población de la India el derecho inglés, pero el derecho hindú se confinó a ciertas áreas jurídicas específicas, sobre todo las ligadas a la religión y sus ritos. El recono-

20 Klingmüller, Ernst, “Revival of the Shari'a. Some Considerations on the Legal Developments in Islamic Countries”, *Law and State*, Tübingen, 1985, vol. 31, pp. 89-101.

21 David, René, y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit. supra*, nota 9, nota 19, pp. 553-590; Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al derecho europeo y extranjero*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, pp. 259-275.

cimiento del derecho hindú trajo consigo, sin embargo, su deformación, por las dificultades de recopilar costumbres realmente vigentes y de aplicarlas de acuerdo con los cánones tradicionales. La intervención de los jueces ingleses, que aplicaron sus propios métodos de interpretación y sus propias reglas probatorias, contribuyó igualmente a esta deformación.

Con la constitución de la India como una república moderna y democrática después de su independencia en 1947 ha continuado la profunda reforma del derecho hindú tradicional y reforzado la tendencia al establecimiento de un ordenamiento jurídico occidentalizado, de tipo secular, territorial y autónomo respecto de la religión.<sup>22</sup>

## 2) Japón

Japón es un país que decidió “tomar por los cuernos” el toro de la modernización, a partir de 1868, año de la llamada Restauración Meiji, como única estrategia capaz de ponerlo en situación de resistir al imperialismo occidental y, más tarde, de rivalizar con él. Esta estrategia de modernización incluía la sustitución total del derecho tradicional japonés con cuerpos legislativos de tipo occidental. Para ello, se elaboraron nuevos códigos, con fuerte influencia del derecho europeo, sobre todo francés y alemán. En dicho proceso, después de 1945, se deja sentir la influencia del derecho norteamericano.<sup>23</sup>

Al decir de un jurista japonés,<sup>24</sup> el derecho japonés contemporáneo no es resultado de una mezcla del derecho tradicional con el moderno, sino un derecho plenamente occidental, que forma parte de la familia romano-germánica, con algunos elementos de derecho angloamericano. Sin embargo, las raíces históricas y culturales tan particulares del Japón imprimen a la realidad de su derecho un carácter muy especial, por lo que ésta se encuentra relativamente alejada<sup>25</sup> de las prácticas habituales del derecho en la mayoría de los países occidentales. Lo cierto es que, en el Japón, el derecho, las instituciones jurídicas y los juristas no tienen el mismo peso y prestigio en la coordinación del comportamiento social que en Occidente, ya que aquél sigue siendo gobernado fundamentalmente por muchas reglas y usos sociales no escritos.

22 Véase el extraordinario trabajo sociológico-jurídico de Galanter, Marc, *Law and Society in Modern India*, Delhi-Bombay-Calcutta, Oxford University Press, 1989.

23 Sobre el trasfondo histórico general del Japón y sobre la modernización y occidentalización del derecho japonés, véase Margadant, Guillermo F., *Evolución del derecho japonés*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984.

24 Oda, Hitoshi, *Japanese Law*, Londres-Dublin-Edinburgh, Butterworths, 1992, pp. 1 y ss.

25 Aunque el profesor Oda, *op. cit. supra*, p. 7, insiste en que la distancia entre los códigos modernos basados en el derecho extranjero y la realidad social del Japón no es tan grande como lo creen algunos observadores externos.

### 3) China

El caso de China es similar al del Japón. Después de la revolución de 1910, que la convierte en república, China abandona el derecho tradicional, inspirado e influido fuertemente por la tradición filosófica confuciana, y emprende su modernización mediante la importación del derecho europeo.<sup>26</sup>

La revolución comunista de 1949 sustituyó el paradigma jurídico occidental por el soviético. A fines de la década de 1950 y principios de la de 1960, China tomó una vía política propia que se exacerbaba con el “Gran Salto Adelante” y, más tarde, con la Revolución Cultural, que sumió al país en el desorden y el atraso. Al igual que en la sexta década del siglo XX, cuando un breve periodo de reforma jurídica fue interrumpido abruptamente, durante la Revolución Cultural, el derecho fue considerado como un ostáculo para la consecución de sus fines últimos, por lo que se cerraron las escuelas de derecho, se suprimieron los tribunales organizados y se persiguió a los juristas.

El nuevo periodo que se abre con la muerte de Mao (1976) trae consigo una cierta restauración de las instituciones jurídicas “occidentales”. Los gobernantes chinos comprendieron que la modernización y la apertura económica de China hacia el exterior no podría llevarse a cabo sin recurrir al instrumento racional del derecho, de modo que las dos últimas décadas han sido años de intensa actividad legislativa. Sin embargo, las tradiciones culturales chinas influyen grandemente en la realidad del derecho. Debe notarse especialmente la notable persistencia de los mecanismos no antagónicos de solución de conflictos, como la mediación y la conciliación.<sup>27</sup>

### 4) África

Antes de la colonización europea, el continente africano ya había recibido importantes influencias cristianas y musulmanas que tuvieron un impacto desecralizador sobre las ancestrales costumbres africanas, al quitar a éstas su fundamento mágico y sobrenatural.<sup>28</sup> El contacto con el derecho europeo aceleró la decadencia y la transformación de dichas costumbres: así, por ejemplo, por la introducción de jurisdicciones de tipo occidental, ante las cuales se podían apelar

26 Véase Folsom, Ralph H.; Minan, John H., y Otto, Lee Ann, *Law and Politics in the People's Republic of China*, St. Paul, West Publishing Co., 1992.

27 Sobre las raíces de esta tradición, puede verse el capítulo 4 (“Judging and Mediating in Imperial China”) de Shapiro, *op. cit. supra*, nota 13, pp. 157-193.

28 David, René, “Los derechos de África y Madagascar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 1, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 65-87; David, René, y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit. supra*, nota 9. Véase también Nekam M'Baye, Kéba, “Le droit africain: ses voies, ses vertus”, *Revue sénégalaise de droit*, Dakar, año 4, núm. 7, marzo de 1970, pp. 5-24.

los fallos de las jurisdicciones consuetudinarias nativas, puestas ya muchas veces en manos de juristas occidentalizados.<sup>29</sup>

Las posteriores necesidades de modernización han requerido de la introducción de cuerpos jurídicos nuevos en ámbitos tales como el comercio o la administración pública, lo que paulatinamente convierte las costumbres en derecho de excepción.<sup>30</sup>

Gran número de Estados africanos fue suprimiendo paulatinamente las jurisdicciones consuetudinarias, creando en su lugar un sistema unificado de administración de justicia. Otros han tratado de rescatar y revalorar las costumbres mediante su codificación, pero está claro que la esencia de esas costumbres se pierde con su racionalización y unificación. Por otro lado, aun bajo esta forma, la costumbre se mantiene como elemento heterogéneo dentro del ordenamiento jurídico y como factor ambiguo en relación con el desarrollo y la modernización.<sup>31</sup>

En síntesis, en cada una de las regiones que hemos analizado encontramos que, con mayor o menor profundidad, el derecho occidental ha penetrado en los sistemas jurídicos tradicionales. Esto nos permite afirmar que, a finales del siglo XX, existe un común denominador en todos los sistemas jurídicos dado por el derecho occidental. Así, del mismo modo que a través de la forma del Estado-nacional se construyó un mundo de Estados, existe una unidad de forma en el derecho que cubre una diversidad de culturas y órdenes normativos.

### 3. Unidad de formas y diversidad de culturas y órdenes normativos

La penetración del derecho occidental, ya sea en sustitución, superposición o mezcla respecto de los derechos locales en las sociedades no occidentales, ha creado un panorama que podríamos llamar de unidad y diversidad simultáneas de las culturas jurídicas. La unidad reside no sólo en los elementos o fundamentos comunes que todas ellas puedan tener, sino en el hecho de que la globalización hace posible, y deseable, el intercambio constante, su fertilización mutua, del mismo modo que ocurre en otras áreas de la cultura.<sup>32</sup>

29 Nekam, Alexander, "Aspects of African Customary Law", *Northwestern University Law Review*, Chicago, vol. 62, núm. 1, marzo-abril de 1967, pp. 45-56; Ekow Daniels, W. C., "The Interaction of English Law with Customary Law in West Africa", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13, parte 2, abril de 1964, pp. 574-616.

30 Véase Rouland, Norbert, "Les colonisations juridiques: de l'Artique à l'Afrique Noire", *Journal of Legal Pluralism*, núm. 29, 1990, pp. 39-136.

31 Véanse las agudas reflexiones de David, René, *op. cit. supra*, nota 28, pp. 76 y ss.; David, René, y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit. supra*, nota 9, pp. 649 y ss.

32 Por otro lado, esto no sería un fenómeno novedoso. Alan Watson ha señalado que "es extremadamente común el trasplante de normas individuales o de una buena parte de un sistema jurídico". Éste es, pues, uno de los modos habituales, y de ningún modo excepcional, en que evoluciona el derecho. Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, p. 95.

Por otro lado, desde el punto de vista político, el sustrato de derecho occidental que fue incorporado a las sociedades colonizadas y conquistadas constituyó, más tarde, parte de la infraestructura jurídica necesaria, por así decirlo, para la creación de los respectivos Estados. En este caso, el derecho precedió en un sentido real al Estado y contribuyó a la universalización de esta forma política.

Así, la “universalización” del Estado implicó también la universalización de ciertas formas y contenidos jurídicos estrechamente asociados con el mismo: así, por ejemplo, la idea de Constitución y de ciertos modelos de gobierno (parlamentarismo, presidencialismo), junto con las correspondientes instituciones de la democracia electoral; los derechos humanos, etcétera.<sup>33</sup>

Otras instituciones, sin tener una vinculación tan estrecha con el Estado, han tenido difusión tan amplia, sobre todo en la segunda posguerra, que podemos considerarlas universales o, si se prefiere, globales. Es el caso del *ombudsman*, de los tribunales constitucionales (o, en términos más generales, de la justicia constitucional), de los Consejos de la Judicatura, etcétera. Esta difusión se debe a que se trata de instituciones que responden a problemas comunes; pero, al mismo tiempo, deben adaptarse a las circunstancias locales y, por ello, presentan también una gran variedad de rasgos particulares.

Finalmente, los intercambios comerciales y culturales han generado formas contractuales e instituciones jurídicas que existen y operan a través de todas las regiones del planeta. Tal es el caso, por ejemplo, de la compraventa internacional de mercaderías o el arbitraje comercial internacional.

La tendencia hacia una cierta uniformidad de las instituciones jurídicas convive con la constante multiplicación de órdenes normativos y culturas jurídicas. Esta multiplicación se debe a numerosos factores, entre otros:

- Las culturas jurídicas siempre tienen una dimensión histórica, por lo que la introducción del derecho occidental, incluso mediante la sustitución del orden jurídico tradicional, no implica la desaparición completa de la cultura jurídica anterior, sino que requiere necesariamente de adaptaciones a las circunstancias locales; la historia es, pues, un elemento de divergencia entre las culturas jurídicas,
- El surgimiento o reconocimiento de órdenes jurídicos autónomos dentro y fuera de las fronteras nacionales;<sup>34</sup> ejemplo de lo primero son los derechos

33 Como argumentación y explicación filosófica de por qué ha triunfado la democracia liberal de tipo occidental, véase Fukuyama, Francis, *El fin de la historia y el último hombre*, trad. de P. Elías, México, Planeta, 1992.

34 El terreno para las actuales teorías sobre el pluralismo jurídico fue preparado, desde principios de siglo, por las ideas antiformalistas y sociologizantes de autores como Eugen Ehrlich y otros, quienes criticaron duramente el positivismo jurídico que veía en las normas del Estado la única manifestación del derecho. Sobre el pluralismo jurídico, véase *supra* la bibliografía citada en la nota 102 del capítulo primero de este trabajo.

indígenas, y de lo segundo, la llamada *lex mercatoria*,<sup>35</sup> normalmente con sus propias autoridades y jurisdicciones; sin embargo, la autonomía es relativa, en cuanto que no puede dejar de plantearse su relación, que incluso puede ser de dependencia, con el orden jurídico estatal;<sup>36</sup>

- El surgimiento de nuevas instituciones internacionales, junto con la constelación de organismos gubernamentales y no gubernamentales, tribunales, comités, etcétera, que contribuyen mediante tratados, sentencias, recomendaciones y opiniones al panorama jurídico mundial; aunque sujetos formalmente a las decisiones de los Estados soberanos que les dan vida, muchos de estos organismos se desenvuelven dentro de una dinámica propia.

La mayoría de estas instituciones se encuentran en una situación paradójica, pues han sido creadas precisamente para promover la armonización y la integración jurídicas, pero en realidad contribuyen a la multiplicación de órdenes normativos. De modo que, por efecto de su participación en numerosas instituciones internacionales, los Estados promueven la armonización jurídica mundial en distintas materias, pero sus órdenes internos se encuentran crecientemente sujetos a impulsos normativos que resultan cada vez más difíciles integrar y articular. Todo lo anterior nos lleva a preguntarnos por el derecho de los espacios globalizados.

## II. EL DERECHO DE LOS ESPACIOS GLOBALIZADOS

La multiplicación de fenómenos normativos que escapa a los análisis encuadrados bajo los supuestos del Estado-nacional nos obliga a preguntarnos sobre las condiciones de producción y operación del derecho a finales del siglo XX. En otras palabras, si admitimos que vivimos una reestructuración de tiempo y espacio, cabe preguntarse por las nuevas condiciones normativas de los espacios “globalizados”. Pero este análisis no parece una tarea sencilla. En efecto, en primer lugar hay que interrogarse por el fenómeno mismo de la globalización del derecho (A). Constataremos en seguida que, bajo esa denominación, se conciben en realidad distintos fenómenos (B), pero que apuntan a la existencia de algunos sectores donde asistimos sin lugar a dudas a la creación de ámbitos normativos que han adquirido relativa autonomía de aquéllos del Estado-nacional (C).

35 Véase Gessner, Volkmar, “Global Legal Interaction and Legal Cultures”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 2, 1994, pp. 137 y ss.

36 Sobre los modelos de relación entre el derecho indígena y el derecho estatal, véase, por ejemplo, González Galván, Jorge, *El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario*, México, UNAM, 1995, especialmente pp. 135 y ss.

## A. Un fenómeno cierto

Una primera aproximación, puramente intuitiva, nos puede sugerir que la “globalización del derecho” es el término que designa el proceso que conduce a la uniformidad y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo. Después de todo, aunque en distinta escala territorial y temporal, dicho proceso no sería sino otra manifestación de los recurrentes esfuerzos históricos —que prácticamente pueden considerarse como constante de la evolución del derecho— por contrarrestar la dispersión normativa, por establecer cuerpos normativos organizados e identificables. Muchos de estos esfuerzos han ido aparejados con procesos de centralización política o de redistribución del poder y la autoridad entre distintas fuerzas. Si bien ahora no podríamos identificar un proceso único de concentración de la autoridad a nivel mundial, hay, por otro lado, numerosos ejemplos de instituciones que poseen y ejercen responsabilidades de tipo político y jurídico en los procesos de integración a nivel regional o global.

Sin embargo, esta primera vinculación entre la globalización y el derecho en términos de un proceso de creciente uniformidad y unificación jurídica, plantea diversos interrogantes previos: ¿poseen todos los países los requisitos políticos, sociales y culturales para esta unificación?, ¿puede hablarse de una verdadera unificación del derecho?, ¿no será más bien que se uniforman las normas, pero no la práctica de su aplicación?, ¿se presentan estas tendencias de la misma manera en todos los ámbitos del derecho?

Los procesos de integración jurídica avanzada, como el que ejemplifica la actual Unión Europea, han puesto de manifiesto las dificultades de alcanzar una verdadera unificación del derecho o, al menos, la reducción de las diferencias (armonización) entre distintos ordenamientos.<sup>37</sup> Sobre todo quienes defienden una concepción institucional, moral o cultural del derecho combaten la noción de que el derecho pueda ser manipulado como un instrumento puramente técnico.<sup>38</sup>

Por otro lado, la globalización del derecho podría significar no la unificación del derecho, sino la creación de espacios relativamente autónomos que atraviesan las fronteras de los Estados-nacionales y que, al entrar en contacto con los ámbitos espaciales propios a esos Estados, generan una evolución del conjunto de

37 Véase, por ejemplo, Gessner, Volkmar, *op. cit. supra*, nota 35, pp. 134 y ss.

38 Véase, por ejemplo, Mouly, Christian, “Le droit peut-il favoriser l’intégration européenne?”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, vol. 37, núm. 4, octubre-diciembre de 1985, pp. 895-945; Boodman, Martin, “The Myth of Harmonization of Laws”, *American Journal of Comparative Law*, vol. XXXIX, núm. 4, otoño de 1991, pp. 699-724. Para mayores referencias bibliográficas, Fix Fierro, Héctor, y López Ayllón, Sergio, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la globalización del derecho. Una visión desde la sociología y la política del derecho”, en Witker, Jorge (ed.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicos*, México, UNAM, 1993, vol. I, notas de las pp. 22-24.

los sistemas jurídicos. Este efecto de comunicación puede darse porque, como ya hemos señalado, existe una especie de común denominador en prácticamente todos los sistemas jurídicos nacionales.

La solución de estas interrogantes no agota la cuestión de las transformaciones a que está sujeto el derecho por efecto de la globalización. Veamos ahora algunos planteamientos de quienes han intentado ofrecer una respuesta más directa.

## B. *Una pluralidad de concepciones*

Varios autores han identificado el fenómeno de la globalización y han tratado de identificar su significado. Como veremos, las respuestas implican que existe una pluralidad de concepciones respecto de este fenómeno.

### I. El mundo del derecho

Para Martin Shapiro,<sup>39</sup> “globalización del derecho” puede significar no solamente el grado en el cual el mundo entero vive bajo un conjunto único de reglas jurídicas (ya sean impuestas por una sola autoridad, ya sean fruto de un consenso global, o bien hayan sido resultado de una evolución paralela), sino también, en un plano más básico, la certeza de que las relaciones humanas están gobernadas por el derecho en cualquier parte del mundo. En este sentido, para Shapiro, la globalización del derecho sería un fenómeno muy estrecho, limitado y circunscrito a un conjunto de fenómenos jurídicos en un mundo en el que no resulta claro si el total de las relaciones humanas reguladas por el derecho se ha incrementado o, por el contrario, se ha reducido. En realidad, afirma este autor, el fenómeno de la globalización se reduce fundamentalmente a Europa, América del Norte, Australia, Nueva Zelanda y parcialmente Japón, donde prevalece o se está abriendo paso la idea de que las relaciones humanas deben ajustarse al derecho.

Por lo demás, el fenómeno de la globalización del derecho se articularía principalmente alrededor de los siguientes ejes: el derecho comercial y contractual, el derecho público, la protección de los derechos humanos y la importancia creciente de los abogados.

### 2. Armonización y transnacionalización del derecho

Desde otro punto de vista, globalización del derecho podría significar no la difusión de ciertos contenidos o procedimientos jurídicos, sino la forma en que

39 Shapiro, Martin, “The Globalization of Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, núm. 1, otoño de 1993, pp. 37-64.

esto ocurre. En tal sentido, la globalización del derecho puede verse en oposición a la mera “internacionalización”.<sup>40</sup> Esta última significa la existencia de actividades cooperativas entre actores nacionales, públicos o privados, en un nivel más allá del Estado-nación, pero finalmente bajo el control de éste, cuyo propósito es complementar los esfuerzos de aquél para satisfacer los intereses de su población. Por el contrario, globalización se refiere al proceso de desnacionalización de conjuntos de actividades políticas, económicas y sociales.<sup>41</sup>

Sin embargo, esta desnacionalización es de grado, y puede producirse fundamentalmente de dos maneras. Según el “modelo internacional” (al que obedecerían, por ejemplo, el GATT o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE—), la desnacionalización se produce mediante la armonización de los órdenes jurídicos nacionales, pero finalmente cada país tiene reservada la decisión de adherirse o no a ella. En el “modelo supranacional” (ejemplificado por la Unión Europea), las instituciones supranacionales crean normas armonizadas capaces de tener efecto interno directo en los países parte. Como puede advertirse, la desnacionalización no quiere decir tampoco que el Estado-nación no tenga algún grado de control sobre el proceso, sino sobre la consecuencia última de la misma.

La globalización del derecho se produce, en todo caso, gracias al impulso de factores externos y, por tanto, en forma desigual. Podríamos suponer que constituir la economía mundial, al menos en apariencia, representaría el ámbito más dinámico y visible de la globalización; sería ahí donde la globalización del derecho ha avanzado más. En efecto, la creciente expansión del régimen del comercio mundial, incorporado originalmente en el GATT y ahora en la OMC, tanto por el número de países que se han afiliado a él como por el aumento de las materias que abarca, parece confirmarlo.

Sin embargo, desde este mismo punto de vista económico, resulta que el principio de la soberanía nacional ha impedido la transnacionalización efectiva de los mecanismos jurídicos y de gobierno que constituyen la infraestructura imprescindible para un intercambio económico globalizado en la realidad.<sup>42</sup> Así,

40 Delbrück, Jost, “Globalization of Law, Politics and Markets: Implications for Domestic Law-A European Perspective”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, núm. 1, otoño de 1993, pp. 9-36.

41 Delbrück, *op. cit. supra*, agrega que la finalidad de tal proceso es el “bien común de la Humanidad”, por lo que habría un concepto normativo de globalización, al lado del meramente fáctico.

42 Ésta es la tesis central de Knieper, Rolf, *Nationale Souveranität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung* (Soberanía nacional. Ensayo sobre el fin y el comienzo de un orden mundial), Frankfurt a. M., Fischer, 1991. La reflexión de Knieper es muy sencilla: la economía capitalista requiere de infraestructura material y social, y es función del Estado y del derecho garantizar dicha infraestructura. Si la economía se globaliza, la infraestructura también tiene que globalizarse; nadie dice que deba estar circunscrita a las fronteras nacionales, pero precisamente eso es lo que pretende la idea de soberanía nacional, y son los Estados más pobres los que sufren los mayores perjuicios.

los actores de la economía mundial han encontrado mecanismos jurídicos que evaden los sistemas jurídicos nacionales. Al mismo tiempo, ciertas instituciones que ejercen importantes funciones (se diría de tipo estatal) respecto de la economía mundial (como el BM o el FMI) han establecido igualmente mecanismos, que corresponderían propiamente al “derecho privado, para garantizar préstamos e inversiones de empresas privadas en los Estados soberanos receptores y para resolver los eventuales conflictos que surjan entre ellos.”<sup>43</sup>

### 3. La “americanización” del derecho

La globalización del derecho no sólo es impulsada por las necesidades de la economía global, sino también por la desigual distribución del poder mundial, incluyendo el económico. Así, no es difícil ver en la globalización del derecho un fuerte elemento de “americanización”, entendiendo por tal la difusión de conceptos, figuras y prácticas provenientes del derecho de Estados Unidos.<sup>44</sup> En una variante de esta visión, otros autores subrayan que el impulso a la globalización jurídica, a la “reestructuración del campo jurídico internacional”, proviene esencialmente de la práctica transnacional del derecho aplicada por los grandes despachos jurídicos norteamericanos.<sup>45</sup>

43 Cfr. Knieper, *op. cit. supra*, nota 42, pp. 122 y ss. Se refiere específicamente a ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*) y a MIGA (*Multilateral Investment Guaranty Agency*), ambos dependientes del BM, y al hecho de que convierten al Estado soberano en un sujeto jurídico entre otros. Precisamente buena parte de la discusión jurídica en torno a la crisis de la deuda (pública) externa encuentra chocante esta “falta de consideración”, si así puede decirse, hacia el Estado soberano. Por otro lado, Knieper resalta igualmente las funciones que han ejercido el BM y el FMI respecto de las políticas económicas internas, que se han uniformado en alto grado por efecto de los programas de ajuste estructural que muchos países en crisis tuvieron que aplicar por “recomendación” de ambos organismos en las décadas de 1970 y 1980, principalmente.

44 Shapiro, *op. cit. supra*, nota 39, pp. 61-64, considera concretamente la influencia del derecho comercial y contractual, de las formas de organización empresarial y de los despachos jurídicos de Estados Unidos en los mercados mundiales. También encuentra rastros de “americanización” del derecho de otros países en la creación de mecanismos judiciales encaminados a garantizar los derechos del ciudadano frente al gobierno, institución que siempre debe verse con desconfianza. Sobre la “americanización” del derecho mexicano, puede verse Zamora, Stephen, “The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement”, *Law and Policy in International Business*, Washington, D. C., vol. 24, núm. 2, invierno de 1993, pp. 391-459. Desde otro punto de vista, en un notable artículo, Robert Kagan muestra bien como el sistema contradictorio, propio del sistema americano, ha ganado una influencia creciente en el mundo. Véase Kagan, Robert, “Adversarial legalism and American Government”, *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 10, núm. 3, 1991, pp. 393-406.

45 Véase, por ejemplo, Dezalay, Yves, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, París, Fayard, 1992, y “The Big Band and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field”, en Featherstone, Mike (ed.), *Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity*, Londres-Newbury Park-New Delhi, Sage Publications, 1990, pp. 279-293.

#### 4. La “sociedad mundial” o el “derecho común”

Por último, si adoptamos una perspectiva más amplia, la globalización del derecho puede verse en conexión con el surgimiento de la sociedad mundial.<sup>46</sup> La sociedad mundial es aquella donde existe y se ha consolidado la posibilidad de interacciones entre sujetos a escala mundial, por encima de las fronteras, frente a un horizonte común.<sup>47</sup> De acuerdo con esta idea, podríamos decir que el fenómeno de la globalización del derecho no se produciría únicamente por la existencia de un derecho uniforme o armonizado para todo el planeta (lo que, según hemos visto, realmente no ha ocurrido), sino siempre que un orden jurídico, supranacional o nacional, se constituya precisamente en vista de la existencia de esa sociedad mundial.

De esta manera, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), si bien se trata de un acuerdo entre sólo tres países y sujeto a su soberanía, forma parte del fenómeno de la globalización del derecho en la medida en que responde a aspectos económicos específicos de la sociedad mundial; por ello, tampoco puede dejar de reconocerse su inserción en el régimen más amplio del comercio mundial.

La idea de “horizonte común” nos sugiere que la sociedad mundial requiere de un orden jurídico mínimo y general. Tres son las áreas del derecho que se han ido desarrollando en ese sentido y que se explican con detalle más adelante: el derecho económico, los derechos humanos y el derecho ambiental.<sup>48</sup>

De las aproximaciones anteriormente expuestas podemos concluir, provisoriamente, que la globalización del derecho se refiere, entre otros, a los siguientes aspectos:

- La creciente importancia del derecho como mecanismo de coordinación y certeza en la mayoría de las sociedades;
- La desnacionalización de diversos conjuntos de actividades antes sometidos al control exclusivo del Estado-nacional;
- La evasión de las normas e instituciones jurídicas nacionales;
- El surgimiento de organismos que ejercen funciones de gobierno a nivel internacional;
- La “americanización” y el desarrollo desigual de importantes áreas del derecho relacionadas con el comercio, la organización de las empresas y la práctica de los grandes despachos jurídicos internacionales;

46 Fix Fierro, Héctor, y López Ayllón, Sergio, *op. cit. supra*, nota 38, pp. 24 y ss.

47 Luhmann, Niklas, “Die Weltgesellschaft” (“La sociedad mundial”), en Luhmann, Niklas, *Soziologische Aufklärung*, 3a. ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, 2, pp. 51-71.

48 Véase *infra*, sección C.

- La necesidad de un orden jurídico mínimo como parte del horizonte común de la sociedad mundial.

En todas estas aproximaciones, se da por supuesto un sustrato jurídico muy específico y una concepción particular del derecho y de su función en la sociedad. Se trata de lo que podríamos llamar el “modelo de derecho occidental”. Si actualmente llegamos a hablar de “globalización del derecho”, o de sus diversos aspectos, es porque ese sustrato de derecho occidental y sus principios subyacentes han penetrado desde hace tiempo, en mayor o menor medida, en casi todas las sociedades del mundo. De esa manera, han surgido simultáneamente unos comienzos de “cultura jurídica mundial”, que se encuentra en constante tensión e intercambio con las culturas jurídicas locales, siguiendo el mismo esquema de los intercambios culturales generales a que se hacía referencia en el capítulo primero de este trabajo.

Para probar lo anterior, examinaremos a continuación algunos casos que nos parecen que ejemplifican perfectamente esta situación.

### C. Algunos casos paradigmáticos

No podemos quedarnos en el nivel de la unidad jurídica básica del mundo, ni de la creciente multiplicación de culturas y órdenes jurídicos y sus propias tendencias centrífugas. Debemos explorar ahora, de manera muy esquemática, el surgimiento de verdaderos órdenes jurídicos transnacionales (1), para analizar posteriormente las tensiones que crean (2) y su perspectiva de convertirse en parte del horizonte común (jurídico) de la sociedad mundial en gestación.

#### I. Los “órdenes jurídicos transnacionales”

Decíamos que puede advertirse la existencia de, al menos, tres de estos órdenes; los derechos humanos (a), el derecho ambiental (b) y el derecho comercial internacional (c).<sup>49</sup> Los tres implican claramente la consecuencia de que la potestad normativa interna de los Estados respecto de esos ámbitos ya no es ilimitada (y en igual medida se restringe su soberanía), si bien, desde un punto de

49 No es accidental el paralelismo de estos tres órdenes con los tres sistemas tratados en el primer capítulo de esta tesis: el económico, el ambiental y el informativo y cultural. Véase *supra* capítulo primero, sección I. B. Cabe mencionar que, junto con estos tres órdenes, existirían otros, cuyos ejemplos paradigmáticos son el tráfico de drogas o el terrorismo, que constituyen la “el lado oscuro de la globalización” a los cuales corresponderían también ámbitos normativos globalizados en gestación. Las limitaciones de tiempo nos impiden tratarlos en este trabajo, pero abren una interesante línea de investigación.

vista puramente formal, los Estados pueden decidir su participación en ellos, o su eventual retiro.<sup>50</sup>

Queremos insistir en que no se trata de las limitaciones tradicionales del derecho internacional, con su dualidad de ámbitos y responsabilidades. En realidad, es preciso advertir que se trata de órdenes normativos en que la fuerza de las tendencias fácticas que trascienden las fronteras nacionales subvierte las categorías y distinciones tradicionales, de jerarquías y ámbitos, de las normas. Tenemos así el ejemplo de los mecanismos de solución de controversias entre Estados soberanos e inversionistas particulares; ahí, claramente se borran y confunden las categorías jurídicas de lo público y lo privado, de lo interno y lo externo.

#### a) Los derechos humanos

El fin de la Segunda Guerra Mundial marca el comienzo de la llamada “internacionalización de los derechos humanos”; es decir, el proceso mediante el cual las normas sobre los derechos fundamentales de las personas, originadas y consagradas históricamente en las Constituciones y leyes nacionales, son elevadas al plano internacional, primeramente mediante declaraciones; más tarde, mediante tratados y convenios obligatorios, auspiciados por organismos internacionales como la ONU y a los que se adhieren un número creciente de países.<sup>51</sup>

Esta internacionalización ha acabado por producir un verdadero derecho transnacional que conforma sistemas diferenciados y desarrollados de protección de los derechos humanos, que formalmente son complementarios y subsidiarios de los sistemas nacionales, aunque tienen cierta independencia y vida propia e influyen de manera importante en el funcionamiento de los ordenamientos internos de los Estados, con los que tienen un intercambio recíproco.<sup>52</sup>

Existen actualmente cuatro sistemas supranacionales diferenciados de protección de los derechos humanos, uno universal (el de la ONU) y tres regionales (europeo, americano y africano). De ellos, los sistemas regionales europeo y americano han establecido comisiones y tribunales internacionales que han desarrollado ya una importante e influyente labor en la materia.<sup>53</sup>

50 McCormick, Neil, “Beyond the Sovereign State”, *The Modern Law Review*, Oxford, vol. 56, núm. 1, enero de 1993, pp. 1-18, plantea el caso extremo de la soberanía de los Estados europeos que subsiste como capacidad formal, pero no real, de retirarse de la Comunidad Europea; para McCormick, no se trata ya de soberanía.

51 Véase Casese, Antoniov, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atlio Pentimalli Malacrino y Blanca Ribera de Madariaga, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 17 y ss.

52 Conviene hacer notar aquí la paradoja del “limitado límite”, según la cual el Estado es vigilado y controlado por instancias supranacionales, pero éstas, a su vez, dependen del reconocimiento del Estado mismo. Véase Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992, pp. 78 y ss.

53 Una compilación de los instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos en Cançado, Antonio, Lorena González, et al., *La dimensión jurídica de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995 (disco compacto).

Lo interesante de la internacionalización de los derechos humanos es que se inicia casi por accidente, en el complicado escenario mundial de la segunda posguerra, en el que el tema de los derechos humanos se convierte en un arma de lucha entre los dos bloques que se disputaban la hegemonía mundial, sin que aparentemente ningún país estuviera realmente dispuesto, en un principio, a someterse a un verdadero control externo del respeto interno de esos derechos.<sup>54</sup>

Los derechos humanos han adquirido tal fuerza como elemento legitimador en las relaciones políticas y sociales que ha sido inevitable su transformación en un elemento de política internacional, sujeto a la manipulación de los Estados. Sin embargo, su fuerza trasciende la mera instrumentalización política para constituirse en un punto de referencia universal al que nadie puede escapar.<sup>55</sup> Ello no significa, por otro lado, que exista unanimidad sobre la importancia, alcance e interpretación de los derechos humanos, lo que se refleja en el debate sobre la universalidad o relatividad cultural de los mismos.<sup>56</sup>

A tal punto trascienden los derechos humanos los órdenes internos y los intereses particulares de los Estados que su internacionalización y universalización conllevan la existencia de un hipotético sujeto de derecho, la “Humanidad”. La humanidad no existe propiamente como sujeto con capacidad de ejercicio, sino que depende de la acción de los diversos Estados. Un indicio de que los Estados deben comportarse en realidad como “delegados” de la Humanidad radica en su obligación de detener y someter a juicio a los presuntos responsables de crímenes de guerra o contra la humanidad.<sup>57</sup>

## b) El derecho ambiental

El derecho ambiental ha ido emergiendo también como derecho transnacional, en virtud de que los riesgos ambientales se han revelado como problemas verdaderamente globales. La cuestión ambiental ha venido a introducir en el mundo

54 Véase Casese, *op. cit. supra*, nota 51, pp. 36 y ss.

55 Sobre las funciones legitimadoras de los derechos humanos, puede verse Fix Fierro, Héctor, “Los derechos humanos entre necesidad moral y contingencia social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 84, agosto-diciembre de 1995.

56 Sobre la universalidad o relatividad cultural de los derechos humanos existe una inmensa bibliografía. Véase, por ejemplo, Falk, Richard, “Cultural Foundations for the International Protection of Human Rights”, en An-Na'im, Abdullahi A. (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspective. A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp. 44-63; Roulard, Norbert, *Les fondements anthropologiques des droits de l'homme*, Institut internationale des droits de l'Homme (cours), 1993. El argumento de la relatividad cultural ha sido convenientemente utilizado por los regímenes políticos que pretenden interpretar a su modo esos derechos para defenderse de la crítica externa (así, por ejemplo, China).

57 Así, explícitamente, en el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación y Castigo del Crimen de Apartheid (1973). Un sentido similar tiene el concepto de “patrimonio común de la humanidad”, utilizado en diversos instrumentos internacionales, pero cuya distribución y administración quedan sujetas fundamentalmente a la cooperación entre Estados.

de los Estados, como se explica en la primera parte, un factor que en el fondo subvierte las bases de ese mundo, pues afecta sustancialmente el modo de relación entre ellos.<sup>58</sup> Dicha conexión sólo puede concebirse como una relación de negociación, cooperación y ayuda recíprocas, como única forma de enfrentar conjuntamente los problemas comunes.

Lo anterior tiene importantes consecuencias para la elaboración y aplicación de las correspondientes normas jurídicas. En efecto, en materia ambiental se han generado, especialmente en los últimos treinta años, un número muy importante de instrumentos internacionales, de carácter global o regional, que regulan aspectos relacionados con la protección del océano, la flora y la fauna, la atmósfera, la biodiversidad, las áreas protegidas y el tráfico transfronterizo de desechos, entre otros. No resulta exagerado decir que existe un ámbito normativo específico del derecho ambiental internacional que contiene ya sus propias características y problemas, y que es relativamente autónomo de los Estados que lo crearon.<sup>59</sup> El cuadro que presentamos a continuación contiene, a título ejemplificativo, una lista de los instrumentos internacionales ambientales de cobertura global más importantes:<sup>60</sup>

*Cuadro 2.1: Principales instrumentos internacionales en materia de medio ambiente*

<i>Tratado</i>	<i>Fecha de firma</i>	<i>Número de países signatarios al momento de su firma y número hasta 1992</i>
Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballena	2-XII-46	9/37
Tratado Antártico (incluye 9 instrumentos asociados)	1-XII-59	12/40
Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y debajo del Agua	5-VII-63	117/118

58 Véase capítulo primero, sección I, B, 2. En particular, véase Caldwell, Lynton K., "The Geopolitics of Environmental Policy: Transnational Modification of National Sovereignty", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 59, núm. 4, 1990, pp. 693-704. Sobre los modelos que puede seguir la cooperación mundial en este ámbito, véase Porter, Gareth, y Brown, Janet Welsh, *Global Environmental Politics*, Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press, 1991, pp. 143 y ss.

59 Véase Fitzmaurice, M. A., "International Environmental Law as a Special Field", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1994, pp. 181-226; Kiss, Alexandre, *Droit international de l'environnement*, París, Pedone, 1989.

60 El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Registro de tratados y otros acuerdos internacionales relativos al medio ambiente*, UNEP, 1989, (UNEP/GC.15/inf. 2), hasta mayo de 1989 contiene ciento cuarenta instrumentos. Este número obviamente ha aumentado desde entonces.

<i>Tratado</i>	<i>Fecha de firma</i>	<i>Número de países signatarios al momento de su firma y número hasta 1992</i>
Convenio sobre las Marismas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR)	2-II-71	7/65
Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias ( <i>London Dumping Convention</i> )	29-XII-72	31/66
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural	23-XI-72	20/123
Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)	3-III-73	96/114
Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MAROL) (este instrumento fue modificado sustancialmente el 2-X-83)	2-XI-73	53/68
Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres ( <i>Bonn Convention</i> )	26-VI-79	15/39
Convención sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza de Larga Distancia	13-XI-79	34/34
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar	10-XII-82	157/157 (sólo 51 ratificaciones)
Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono	22-III-85	28/98
Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono	16-IX-87	46/93
Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación	22-III-89	53/56
Convenio sobre Diversidad Biológica	VI-92	153/153
Convención marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático	VI-92	153/153

Fuente: elaborado con datos de Susskind, Lawrence E., *Environmental Diplomacy. Negotiating More Effective Global Agreements*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 152-175.

Entre los problemas más agudos de este régimen es el de su efectividad, que ha sido limitada o insuficiente. Se plantea entonces el problema de cómo lograr instrumentos jurídicos más efectivos en este ámbito.<sup>61</sup> En particular, se requiere

61 Susskind, Lawrence E., *Environmental Diplomacy. Negotiating More Effective Global Agreements*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1994. En una perspectiva más amplia, Chayes,

la discusión profunda y abierta de los aspectos científicos, económicos y de justicia de los problemas ambientales, como única forma de inducir a la cooperación a cada vez a un mayor número de Estados y, sobre todo, a soportar equitativamente las cargas y costos del proceso.<sup>62</sup>

### c) El derecho comercial internacional

Después de la Segunda Guerra Mundial, la economía mundial se reorganiza sobre la base de la hegemonía de Estados Unidos, único país capaz de contribuir a la reconstrucción de Europa devastada y de servir como motor del crecimiento mundial. Para intentar impedir las ruinosas políticas de la preguerra, que condujeron a la gran depresión de las décadas de 1920 y de 1930, se crearon varias instituciones internacionales que tendrían una importante intervención en la reconstrucción y desarrollo económicos, así como en la regulación de los flujos comerciales y financieros mundiales.

Así surgieron el BM, el FMI y, ante el fracaso de una iniciativa de creación de una Organización Internacional de Comercio, el GATT.<sup>63</sup>

Este último acuerdo, a través de sucesivas rondas de negociación, ha ido ampliando su cobertura, tanto respecto al número de países miembros<sup>64</sup> como cuanto a las materias comprendidas.<sup>65</sup> Los acuerdos resultados de la Ronda Uruguay concluyeron con la creación de una institución, la OMC, y un número muy importante de acuerdos que constituyen un auténtico marco regulatorio internacional en materia de comercio internacional.<sup>66</sup> Como en el caso de los derechos

Abram, y Handler Chayes, Antonia, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1995.

62 Véase Aman, Alfred Jr., "Introduction: The Montreal Protocol and the Future of Global Legislation", *Law and Policy*, Buffalo, vol. 15, núm. 1, enero de 1993, pp. 1-13.

63 Véase Jouanneau, Daniel, *Le GATT et l'Organisation Mondiale du Commerce*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996; Buhour, Chantal, *Le commerce internationale. Du GATT à l'OMC*, París, Le Monde Editions-Marabout, 1996.

64 A finales de 1996, ciento veintinueve países formaban parte de la OMC y treinta y dos estaban en espera de ser admitidos en ella. Así, prácticamente todos los países del mundo son miembros de la OMC. La única excepción notable es China, país que en este momento negocia su ingreso en dicha organización.

65 Actualmente, la cobertura es muy compleja y comprende: el comercio de bienes (que incluye aspectos como procedimientos aduaneros, reglas de origen, valoración aduanera, permisos de importación, salvaguardas, prácticas desleales de comercio "dumping y subsidios", medidas de normalización, etcétera); el comercio de servicios; la propiedad intelectual (derechos de autor y propiedad industrial); las compras gubernamentales y los mecanismos de solución de controversias. En un futuro próximo, es muy probable que la cobertura se amplíe aún más para incluir aspectos hasta hoy incluidos sólo parcialmente; por ejemplo, las telecomunicaciones, los servicios financieros y los aspectos relacionados con la inversión.

66 Véase Jackson, John; Davey, W, y Sykes, Alan, *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text*, 3a. ed., St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1995.

humanos y el medio ambiente, este marco regulatorio constituye un ámbito normativo relativamente independiente de los Estados que le dieron origen.<sup>67</sup> En particular, ésta es el área donde los mecanismos de aplicación se han desarrollado más, a través de sofisticados mecanismos de solución de controversias que han resultado relativamente eficaces.<sup>68</sup>

La integración jurídica en materia económica, bajo el marco global de la OMC, se ha traducido igualmente en la creación de organismos<sup>69</sup> y acuerdos regionales que constituyen una compleja red que presenta no pocos problemas jurídicos y económicos.<sup>70</sup> La siguiente tabla indica los principales acuerdos comerciales regionales.

*Cuadro 2.2: Principales acuerdos de integración comercial*

<i>Región</i>	<i>Acuerdos</i>
Europa	Unión Europea; Acuerdos de Libre Comercio de la Unión Europea con Estonia, Islandia, Israel, Lituania, Liechtenstein, Letonia, Noruega y Suiza; Acuerdos de Asociación de la Unión Europea con Bulgaria, Chipre, Hungría, Malta, Polonia, Rumania, República Eslovaca, República Checa y Turquía; Asociación Europea de Libre Comercio; Unión aduanera entre la República Eslovaca y la República Checa; Zona de Libre Comercio de Europa Central; Acuerdos de Integración Regional no Recíproca entre la UE y Argelia, Egipto, Jordania, Líbano, Marruecos, Siria y Túnez; LOME; Otros acuerdos de libre comercio ( <i>i. e.</i> Noruega e Islandia; Suiza y Letonia, etcétera).
América	Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte;

67 Sobre este aspecto, véase Kuyper, P. J., “The Law of GATT as a Special Field of International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1994, pp. 227-257.

68 Véase, por ejemplo, Jackson, *op. cit. supra*, nota 66, en especial, capítulo 7, pp. 327-371; Enders, Alice, “Dispute Settlement in Regional and Multilateral Trade Agreements”, en Anderson, Kym, y Blackhurst, Richard (eds.), *Regional Integration and the Global Trading System*, Nueva York-Londres-Toronto, Harvester Wheatsheaf, 1993, pp. 344-357.

69 Véase Colas, Bernard, *Global Economic Co-operation. A Guide to Agreements and Organizations*, 2a. ed., Deventer Boston, Kluwer Law & Taxation Publishers-United Nations University Press, 1994, 557 pp.

70 La OMC tiene registrados ciento setenta y cinco acuerdos de integración regional entre 1947 y 1994. De estos, noventa y ocho son acuerdos notificados bajo el artículo XXIV del GATT y setenta y siete son acuerdos comprendidos por la denominada Cláusula de Habilitación de 1979 o notificados en virtud de dicha cláusula. Sobre las relaciones y problemas entre el sistema global y los sistemas regionales, véase Anderson, Kym y Blackhurst, Richard (eds.), *op. cit. supra*, nota 68; Organización Mundial de Comercio, *El regionalismo y el sistema mundial de comercio*, Ginebra, OMC, 1995; Organization for Economic Co-operation and Development, *Regional Integration and the Multilateral Trading System. Synergy and Divergence*, París, OECD, 1995.

<i>Región</i>	<i>Acuerdos</i>
América	Comunidad y Mercado Común del Caribe; Mercado Común de América Central; ALADI; Pacto Andino; Mercado Común de Sudamérica; Otros.
Medio Oriente	Organización de Cooperación Económica; Consejo de Cooperación del Golfo
Asia	Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Nueva Zelanda; Acuerdo de Bangkok; Acuerdo relativo a las preferencias comerciales entre los Estados miembros de la ANASE; Acuerdo de Cooperación Comercial para la Región del Pacífico Sur; Otros.

El más avanzado de estos procesos es sin duda la actual Unión Europea, que se inició en la sexta década del siglo con los acuerdos económicos suscritos entre seis países (actualmente son quince). Sus creadores pensaron que la interdependencia económica era un buen antídoto contra los conflictos que en dos ocasiones habían conducido a las desastrosas guerras mundiales en el presente siglo.

Los tratados de Roma de 1957 han ido evolucionando hacia la creación de un régimen económico europeo cada vez más amplio, que se encuentra actualmente en fase de establecimiento de un verdadero mercado interno único.

El derecho ha desempeñado un papel central como instrumento de la integración europea.<sup>71</sup> No sólo se ha establecido la posibilidad de que los órganos comunitarios elaboren normas jurídicas con efectos internos directos, sino que los países miembros han reconocido, a veces con cierta dificultad, la superioridad del derecho comunitario sobre el derecho nacional, incluyendo el constitucional. El Tribunal de Justicia de la Unión, con sede en Luxemburgo, ha desarrollado una labor muy importante, la cual es también relevante desde el punto de vista de la confluencia de las distintas tradiciones y culturas jurídicas que conviven en la Unión.<sup>72</sup>

71 Véanse diversos trabajos reunidos en la obra, en varios volúmenes, Cappelletti, Mauro; Secombe, Mónica, y Weiler, Joseph (coords.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlín-Nueva York, Walter De Gruyter, 1986; Snyder, Francis, "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques", *The Modern Law Review*, Oxford, vol. 56, núm. 1, enero de 1993, pp. 19-54.

72 Koopmans, Thijmen, "The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions", *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, vol. 39, núm. 3, verano de 1991, pp. 493-507.

Existen otras comunidades económicas regionales.<sup>73</sup> En particular, en el continente americano, la integración regional dejó de ser retórica para concretarse en diferentes acuerdos que, a lo largo del estos últimos años, han nacido o encontrado nueva vida.<sup>74</sup> La sustitución de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC, 1960) por la Asociación Latinoamericana de Integración<sup>75</sup> (ALADI, 1980) fue el preludio de un proceso mayor. Hoy son una realidad en el continente la zona de libre comercio de América del Norte<sup>76</sup> (TLCAN), el mercado común del sur<sup>77</sup> (Mercosur), el mercado común andino,<sup>78</sup> la zona de libre comercio del Grupo de los 3<sup>79</sup> (G3, 1994), el revitalizado mercado común centroamericano<sup>80</sup> y la comunidad del Caribe.<sup>81</sup> A estos grandes acuerdos regionales debe sumarse, en primer lugar, la pléyade de acuerdos bilaterales ya vigentes o en proceso de negociación (*i. e.* los que establece las zonas de libre

73 Existen movimientos regionales en el área mediterránea, en Europa Occidental con los antiguos países de Europa del Este, en el pacífico sur (Australia y Nueva Zelanda), en África. Quizá la única iniciativa que escapa a mecanismos jurídicos “tradicionales” es la de la cuenca del Pacífico donde los países buscan crear una gran zona de libre comercio hacia el año 2020 bajo el principio de liberaciones recíprocas unilaterales.

74 Véase Abbott, Keneth W., y Bowman, Gregory W., “Economic Integration in the Americas: A Work in Progress”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 14, núm. 3, 1994, pp. 493-527; Pizarro, Roberto, “Renovación y dinamismo de la integración latinoamericana en los años noventa”, *Estudios Internacionales*, vol. XXVIII, núm. 110, 1995, pp. 198-222.

75 Establecida por el Tratado de Montevideo, firmado el 12 de agosto de 1980. Entró en vigor el 18 de marzo de 1981. El objetivo de la ALADI es aumentar “el comercio bilateral entre los países miembros y entre los países miembros y terceros países mediante la suscripción de acuerdos bilaterales y multilaterales, con miras al eventual logro del libre comercio regional”. Los miembros de la ALADI son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. El Tratado de Montevideo admite mecanismos de integración flexibles mediante distintos tipos de acuerdos: los acuerdos de alcance sectorial y los de alcance parcial. En ocasiones, los acuerdos de alcance parcial son de más amplio alcance, en cuyo caso de denominan de complementación económica. Véase Carreau, Dominique; Flory, Thiébaud, *et al. Droit international économique*, 3a. ed., París, LGDJ, 1990, 725 pp.

76 Establecida por el TLCAN. Firmado el 17 de diciembre de 1992. Entró en vigor 1 de enero de 1994. La zona de libre comercio incluye México, Canadá y Los Estados Unidos de América.

77 Establecido por el Tratado de Montevideo. Firmado el 26 de marzo de 1991. Entró en vigor el 1 de enero de 1995. La unión aduanera comprende a Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay.

78 Establecido mediante el Acuerdo de Cartagena. Firmado el 26 de mayo de 1969. Entró en vigor mediante el Protocolo de Quito el 25 de mayo de 1988. Establece una zona de libre comercio con arancel externo común que incluye Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela.

79 Zona de libre comercio que incluye México, Colombia y Venezuela. El Tratado fue firmado el 13 de junio de 1994. Entró en vigor el 1 de enero de 1995.

80 Establecido mediante instrumento firmado el 13 de diciembre de 1960. Entró en vigor el 3 de junio de 1961. El Mercado Común Centroamericano fue la experiencia de integración regional más avanzada hasta que, a fines de la década de 1970, entró en una profunda crisis resultado de los enfrentamientos políticos de la región y los factores económicos derivados de las condiciones recesivas del mercado mundial. Véase Pizarro, Roberto, *op. cit. supra*, nota 74, pp. 198-222.

81 El Acuerdo sobre Libre Comercio del Caribe (CARIFTA) se formó en 1968. El 4 de julio de 1973 se estableció la CARICOM. EL Tratado preveía el establecimiento de un arancel externo común, pero no se cumplió el calendario original. Aunque actualmente se ha establecido un arancel común, su aplicación no es uniforme.

comercio entre México y Costa Rica, y México y Bolivia;<sup>82</sup> los acuerdos bilaterales de inversión o comercio entre Estados Unidos y diversos países de la región;<sup>83</sup> las negociaciones que desarrolla Chile con Canadá y el Mercosur<sup>84</sup> y, en segundo, los acuerdos intrarregionales (Venezuela y CARICOM —Comunidad y Mercado Común del Caribe—, Colombia y CARICOM, Centroamérica y México, por mencionar algunos).

Sin duda, la iniciativa más ambiciosa es la que busca crear una gran zona de libre comercio continental, el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), cuyas negociaciones se espera que concluyan en el año 2005. La reciente Declaración Ministerial de Cartagena de marzo de 1996 reitera esta meta, a pesar de las enormes dificultades políticas y técnicas que supone este objetivo.<sup>85</sup>

Resultan así cada vez de mayor interés los acuerdos de libre comercio que han empezado a proliferar entre los países de la región, entre los que destaca el TLCAN, suscrito por México, Canadá y Estados Unidos. Desde el punto de vista jurídico, el interés de estos acuerdos consiste en que formalizan una relación económica, creando para tal efecto mecanismos para su aplicación y cumplimiento cuyo marco de referencia es jurídico.

Existen actividades y movimientos muy ligados a la economía mundial, como la migración o el tráfico ilegal de drogas, que requieren una respuesta jurídica (no limitada al derecho económico), para los que, sin embargo, a diferencia del comercio y la economía, no se ha logrado el acuerdo y la cooperación de los países, debido a las grandes divergencias en sus intereses.

## 2. Interrelaciones y tensiones

Estas tres ramas del derecho transnacional o global, que durante un tiempo tuvieron una evolución propia e independiente y cuyos principios no necesariamente correspondían entre sí, han empezado a establecer articulaciones mutuas, tanto más necesarias en la medida en que se produzcan choques y conflictos entre las mismas. En particular, los imperativos de la economía mundial parecen

82 El Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica se firmó el 5 de abril de 1994 y entró el vigor el 1 de enero de 1995; el Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia se firmó el 10 de septiembre de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1995.

83 Por ejemplo, los firmados con Argentina (14 de noviembre de 1991), Grenada (2 de mayo de 1986) y Panamá (27 de octubre de 1982).

84 Chile ha firmado acuerdos de complementación económica de “nueva generación” con México (1991), Venezuela (1993), Colombia (1993), Ecuador (1994) y negocia actualmente un acuerdo bilateral con Canadá.

85 En la declaración conjunta de la Segunda Reunión Ministerial sobre Comercio, celebrada en Cartagena, Colombia, el 21 de marzo de 1996, los ministros de comercio del continente americano señalaron: “reafirmamos nuestro compromiso de concluir las negociaciones, a más tardar en el año 2005, y de lograr avances concretos para alcanzar este objetivo a finales de este siglo”.

chocar con las exigencias de los derechos humanos (por ejemplo, en materia de condiciones laborales) y con la protección del medio ambiente.<sup>86</sup>

Por esta razón, las instituciones e instrumentos jurídicos internacionales que regulan el comercio y la economía han empezado a tender puentes hacia el régimen jurídico de los derechos humanos, el derecho ambiental y aun las cuestiones laborales, pues estos últimos, pero especialmente el primero, se han convertido en parámetros de legitimidad de la acción de gobiernos y sociedades.<sup>87</sup>

Mencionaremos aquí un par de ejemplos. Los tratados que dan origen a las Comunidades Europeas carecían de una declaración de derechos, ya que se trataba de cuestiones puramente económicas para las cuales eran relevantes, si acaso, algunos derechos como el de propiedad y otras libertades, como la de comercio y ocupación. La protección de los derechos humanos en Europa estaba encomendada a otros órganos y se fundaba en otros instrumentos. Sin embargo, ambos mecanismos de integración se han aproximado, sobre todo por obras del Tribunal Comunitario de Luxemburgo, que en su labor de interpretación del derecho comunitario ha recurrido cada vez más a los principios fundamentales del constitucionalismo occidental, entre los que se encuentran los derechos humanos, tal como han sido proclamados por la respectiva Convención Europea.<sup>88</sup> En los acuerdos comerciales que firma la Unión Europea con otros países, se incluye una cláusula suspensiva en materia de derecho humano.

Por otro lado, el TLCAN no sólo incorpora diversas disposiciones referentes a la protección del medio ambiente, sino que es complementado por dos acuerdos,<sup>89</sup> precisamente en materia ambiental y laboral. Estos acuerdos inauguran un

86 Véase los excelentes ensayos contenidos en Cameron, James; Demaret, Paul, y Geradin, Damien (eds.), *Trade & the Environment: The Search for Balance*, 2 vols., Londres, Cameron May, 1994. Entre otros muchos, véase también Anderson, Kym, y Blackhurst, Richard (eds.), *El comercio mundial y el medio ambiente*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1992; Bergeijk, Peter A. G., "International Trade and the Environmental Challenge", *Journal of World Trade*, Ginebra, vol. 25, núm. 6, diciembre de 1991, pp. 105-115; Farber, Daniel A., y Hudec, Robert E., "GATT Legal Restraints on Domestic Environmental Regulations", en Bhagwati, Jagdish, y Hudec, Robert E. (eds.), *Fair Trade and Harmonization*, Cambridge-Londres, Massachusetts Institute of Technology Press, 1996, vol. 2 (legal analysis), pp. 57-94; Langille, Brian Alexander, "General Reflections on the Relationship of Trade and Labor (Or: Fair Trade Is Free Trade's Destiny)", en Bhagwati, J., y Hudec, R. E. (eds.), *Fair Trade and Harmonization*, op. cit. supra, pp. 231-266; Whalley, John, "The Interface Between Environmental and Trade Policies", *The Economic Journal*, núm. 101, 1991, pp. 180-189.

87 Por ello, la protección del medio ambiente ha sido formulada en términos de derechos humanos. Véanse los trabajos reunidos en Cançado Trindade, Antonio (ed.), *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*, San José-Brasilia, IIDH-BID, 1992.

88 El Tribunal ha hecho uso de la Convención Europea en dos sentidos: a) como auxilio para la interpretación de las disposiciones comunitarias o como parámetro para determinar la validez de los actos de la Comunidad; b) como instrumento para juzgar la legalidad de los actos de los Estados miembros. Véase Grief, Nicholas, "The Domestic Impact of the European Convention of Human Rights as Mediated Through Community Law", *Public Law*, Londres, invierno de 1991, pp. 555 y ss.

89 Se trata de Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte y el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.

nuevo tipo de relación a dos niveles. El primero, al establecer una vinculación, difusa, compleja y con un fuerte contenido político, entre las cuestiones comerciales y aquéllas relativas al medio ambiente y al trabajo. Por otro lado, al establecer la obligación de cada Estado de cumplir con su propia legislación, sometiéndose al escrutinio externo mediante un complejo procedimiento que busca asegurar el cumplimiento interno de la legislación.

### 3. Perspectivas

Desde un cierto punto de vista, la globalización jurídica significa la multiplicación, y quizá la fragmentación, de órdenes y jurisdicciones, en una especie de poliarquía similar a la de la Edad Media, donde diversos poderes y jurisdicciones se disputaban la supremacía política y jurídica sobre los mismos territorios. La diferencia tal vez consista, todavía, en que el Estado territorial sigue siendo el punto de referencia central en lo político y lo jurídico, y en que el derecho ha desarrollado complejos instrumentos para lograr la articulación más o menos coherente entre los órdenes que confluyen en él. Pero esta situación podría modificarse nuevamente hacia una mayor confusión, de una competencia de los distintos órdenes por la obediencia y la lealtad de sus súbditos.

Los ámbitos jurídicos globalizados o transnacionalizados de los que hemos hablado ejercen una creciente influencia sobre el derecho y las instituciones jurídicas nacionales, influencia que en muchos casos va más allá de la supletoriedad o la complementariedad y se encamina a la superación del dualismo tradicional, para reconocer, ya sea de manera explícita o no, la primacía del derecho internacional sobre el nacional. Esto empieza a ser evidente respecto del comercio internacional y los derechos humanos, pero resulta menos claro en cuanto al derecho ambiental, si bien éste potencialmente trae consigo consecuencias similares: que los Estados ya no sean plenamente dueños del uso de sus recursos naturales.

Ejemplo del reconocimiento explícito de la primacía del derecho internacional lo encontramos en la Unión Europea, en donde el derecho comunitario se reconoce como superior a los derechos nacionales, o en aquellas Constituciones latinoamericanas que disponen que los tratados sobre derechos humanos prevalecen sobre las leyes internas.

Ejemplo del reconocimiento no explícito lo encontraríamos en el TLCAN y en otros acuerdos comerciales, cuya negociación y aplicación han desencadenado un alud de cambios jurídicos en el ámbito interno, que, en algunos casos, equivalen a una verdadera revolución. Estos acuerdos, al regular la inserción de la economía nacional en la economía mundial, acaban por ser una especie de “Constitución económica”, que podría acabar prevaleciendo sobre la Constitución formal en caso de conflicto.

Todo lo anterior nos lleva a cuestionar la distinción interno/externo en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, y a suponer la existencia de múltiples ámbitos jurídicos integrados y articulados, por encima y a través de las fronteras nacionales, que en ocasiones tienen el efecto de crear dislocaciones en el ámbito interno, supuestamente homogéneo y unificado.

Por último, podemos pensar que existe una relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, similar a la que existe en otros ámbitos de la cultura. Así, si es verdad que está surgiendo una cultura global o mundial, lo cierto es que ésta existe también como parte de las culturas locales, en intercambio continuo con ellas. Algo similar nos parece que ocurre con el derecho.

Tomado así esta amplia perspectiva, trataremos ahora de probar cada una de estas ideas refiriéndonos en concreto al caso de México.