

# Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho\*

Klaus Günther

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Johann Wolfgang Goethe – Universität. Frankfurt am Main

*SUMARIO:* I. LOS CAMPOS TRANSNACIONALES DEL DERECHO Y SUS ACTORES.—II. TEORÍAS DEL PLURALISMO JURÍDICO.—III. COMPLEMENTARIEDAD DEL PLURALISMO JURÍDICO Y LA FICCIÓN DE LA UNIDAD DEL DERECHO.—IV. EL CÓDIGO UNIVERSAL DE LA LEGALIDAD.—V. LA INDETERMINACIÓN DEL CÓDIGO DE LA LEGALIDAD Y SU TRANSFORMACIÓN DEMOCRÁTICA.

La expansión de los procesos de intercambio económico más allá de las fronteras nacionales, el desarrollo de tecnologías universales de comunicación e información, el surgimiento de mercados de capital transnacionales y movimientos migratorios globales son manifestaciones de un proceso que es compendiado bajo el título de la *globalización*. Si con ello se comprende realmente al mundo en su integridad o sólo a aquella parte más pequeña, pero dominante y en expansión, de los países con bienestar del Norte, es una cuestión abierta. La dinámica de este proceso transforma, sin embargo, el tradicional paradigma de orden de sociedades, en especial el modelo de un Estado nacional organizado a través de funciones centralizadas de

---

\* Traducción de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, Doctor europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

dominio e integrado a través de una cultura ampliamente homogénea pese a toda la pluralidad.

Este proceso y los conflictos por él producidos comienzan también a cambiar el Derecho. Los discursos públicos sobre el Derecho, tanto en la Ciencia como también en la práctica, están todavía ampliamente anudados al concepto de un Derecho nacional con un legislador central, legitimado públicamente, con un Ejecutivo disciplinado jurídicamente y responsable frente al pueblo y una justicia relativamente independiente frente a los otros dos poderes pero orientada a un sistema jurídico coherentemente organizado y a un poder estatal monopolizado. Este universo de las normas jurídicas infranacionales, sin embargo, ya hace largo tiempo que está sobrecargado de normas jurídicas internacionales y supranacionales, lo que se manifiesta de la forma más clara en la relación de las normas jurídicas de la Unión Europea con los ordenamientos jurídicos nacionales de los países miembros. Conforme a ello, junto al legislador nacional, entran otros actores creadores de normas, que operan en diferentes campos transnacionales de regulación y allí en distintos niveles: organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI) o incluso, como en la Unión Europea, organizaciones supranacionales, que, por lo menos *de facto* o también incluso *de iure*, actúan como legislador. Mientras que en todo caso estas organizaciones todavía están determinadas, al menos formalmente, por la voluntad de los países miembros de las mismas y sus respectivos gobiernos nacionales responsables, ello ya no se aplica a los numerosos actores no-estatales en los campos transnacionales del Derecho. Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), como *Amnistía Internacional*, *Greenpeace* o *Global Trade Watch* participan igualmente en procesos transnacionales de normación o producen en la zona gris entre la articulación social de intereses y pretensiones y su transformación en derechos y normas jurídicas formales, el llamado Proyecto Derecho que fluctúa entre normas jurídicas y normas sociales y que gana reconocimiento in-

ternacional a través de canales de diversos tipos y con ello también adquiere lentamente vinculatoriedad.

Finalmente, ya no hay tampoco un objeto de la legislación nacional que esté privado de la observancia e influencia internacional, ya sea a través de otros Estados nacionales, a través de organizaciones internacionales, sistemas multilaterales de Conferencias u opiniones públicas plurales estructuradas por los medios de comunicación social y que obtienen atención transnacional a través de movimientos sociales y ONGs. Alguna norma nacional insospechada de protección medioambiental o una determinada regulación de Derecho laboral se podrían probar como una medida proteccionista y, por ello, discriminatoria para otro competidor, que contradice el Reglamento de la OMC/GATT. La praxis actual de la interpretación y aplicación de los derechos humanos se mueve en una densa red de Gobiernos y legisladores nacionales, organizaciones internacionales, tribunales nacionales e internacionales, opiniones públicas locales, ONGs locales e internacionales, así como medios de comunicación social globales. Actores o grupos particulares de esta red podrían identificar, de modo muy selectivo pero globalmente eficaz, lesiones a los derechos del hombre en cualquier lugar del mundo y escandalizarse públicamente así como contribuir, por medio de nuevas interpretaciones y la generación de reacciones contrarias, al progreso de los derechos humanos.

Estas circunstancias son de gran importancia para el Derecho sobre todo en dos perspectivas. En primer lugar, si hay, junto a un legislador central, hasta localizado hasta ahora sobre todo en el Estado nacional, otros participantes creadores de normas o que directa o indirectamente toman parte en procesos de creación normativa y éstos operan en los diferentes campos transnacionales del Derecho al mismo tiempo en diferentes niveles locales, infranacionales, internacionales o supranacionales, entonces el concepto *del* Derecho se disuelve en una pluralidad de sistemas de normas. El modelo positivista de un sistema, ordenado lógicamente y nivelado jerárquicamente, de nor-

mas primarias y secundarias que tienen su punto lógico de contacto generador de unidad en la norma fundante o en la regla de reconocimiento, se transforma en una pluralidad de regímenes jurídicos. Con el hecho del pluralismo jurídico parece disolverse la ficción de la unidad del sistema jurídico. Pero, ¿cómo es entonces todavía posible una decisión adecuada al menos mínimamente, orientada al principio de tratamiento igual de casos iguales y con ello al derecho a la igualdad de todas las personas, y apoyada en un sistema coherente de normas? En segundo lugar, en el largo camino histórico para la conformación del sistema, generador del Derecho, de normas jurídicas primarias y secundarias en la forma del Estado constitucional democrático se había impuesto la perspectiva de que no habría ninguna provincia del Derecho que estuviese privada absolutamente de la autonomía política, generadora simplemente de legitimidad, de todos los ciudadanos y ciudadanas. La identidad de los destinatarios y los autores de las normaciones, organizada con forma jurídica en un complejo ciclo y a través de diferentes fases de la representación y la delegación, debería ser tan inclusiva como en sí cerrada y sin tolerar una excepción. También este modelo amenaza con perder su fuerza de convicción a la vista del hecho del pluralismo jurídico. En el lugar de la legislación política, temporal, generalizante material y socialmente, parece entrar en juego una autorregulación por medio de normas de diferente radio de acción y generalidad que es fragmentaria, relativa a sectores sociales parciales, organizada por actores individuales que se autorizan a sí mismos. Pero, ¿entonces cómo es todavía posible un Derecho legítimo? ¿Cómo se pueden sobre todo observar adecuadamente los intereses de los *terceros afectados* en tales procedimientos fragmentados de autorregulación y garantizar iguales derechos de acceso y participación? ¿Cómo se puede garantizar la *transparencia* de los procedimientos de decisión y cómo se puede organizar la *responsabilidad* por las decisiones y sus consecuencias?

En lo que sigue, quiero comprender estas dos exigencias del Derecho en varios pasos. (1) Resumiré brevemente

los fenómenos normativos relevantes en los campos transnacionales del Derecho así como identificaré a los actores más prominentes de la creación normativa. En un segundo paso, explicaré cómo reaccionan las teorías del pluralismo jurídico a ello (2) y qué consecuencias tiene ello para el concepto de Derecho (3). En un último paso (4), debe entonces mostrarse que las teorías del pluralismo jurídico sólo describen el desarrollo transnacional del Derecho desde una perspectiva externa. Desde una perspectiva del Derecho *interno*, es claro que se establece un Código universal de la legalidad en las redes transnacionales de expertos de actores estatales y no-estatales, que ciertamente necesita la concretización en procedimientos legítimos de creación y aplicación del Derecho. Sobre ello, aceptaré la argumentación de Jürgen Habermas sobre la fundamentación legítima de un sistema del Derecho en el capítulo III de *Facticidad y Validez*, puesto que con su ayuda se puede describir adecuadamente aquel Código universal de la legalidad y puede aclararse su función. Además, se expondrá que el Código universal de la legalidad no está saturado normativamente y necesita la concretización a través de procedimientos legítimos, para los que este Código ofrece al mismo tiempo el material.

## I. LOS CAMPOS TRANSNACIONALES DEL DERECHO Y SUS ACTORES

Se pueden constatar procesos transnacionales de construcción normativa sobre todo en cuatro campos diferentes: (a) En la diferenciación global del sistema económico y los medios y mecanismos que la sustentan y acompañan; (b) en las consecuencias de esta diferenciación para el medio ambiente, la migración y el desarrollo; (c) en los derechos humanos, así como (d) en la construcción de un Derecho transnacional de seguridad para combatir las consecuencias disfuncionales de la globalización. Junto a los Estados nacionales, surgen como actores de la creación del Derecho al respecto, sobre todo: firmas internacionales de

abogados, asesores jurídicos, ONGs y organizaciones internacionales. Estos actores tienen evidentemente cada uno un peso bien diferente. Sin embargo, sus actividades están insertas en una estructura común de redes transnacionales en las que actúan, junto a economistas, científicos de la naturaleza, ciudadanos y ciudadanas comprometidos, en especial, expertos jurídicos. El Derecho transnacional que se establece de este modo tiene por ello los rasgos de un Derecho de juristas<sup>1</sup>.

(a) El sistema económico es quizás el primer y, junto al sistema de la ciencia, único sistema social que se extiende transnacionalmente en el curso de su diferenciación funcional. Ningún país se puede sustraer de las consecuencias positivas y sobre todo tampoco de las consecuencias negativas. El intercambio internacional de mercancías crece rápidamente, los mercados financieros y mercados de servicios desde hace mucho que superaron las fronteras nacionales, sobre todo con ayuda del avance tecnológico de los medios de comunicación. Empresas transnacionales, entretanto ampliamente descentralizadas y organizadas en red, se transforman en poderosos actores, cuyo patrimonio excede del de muchos Estados nacionales. La diferenciación global del sistema económico repercute en las legislaciones nacionales, sobre todo en la forma de una *competencia en la regulación*.

El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional fuerzan al establecimiento de ordenaciones jurídicas económicamente adecuadas a su función a través de la política impositiva para la garantía de los créditos para los países económicamente débiles o que caen en crisis. En este ámbito actúan sobre todo asesores jurídicos internacionales privados, que proyectan, bien por encargo de una organización internacional o en el marco de convenciones internacionales, Constituciones y leyes ordinarias para los

---

<sup>1</sup> Cfr., sobre ello, en detalle: KLAUS GÜNTHER y SHALINI RANDEIRA: *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung*, Bad Homburg (Werner Reimers Stiftung: Schriftenreihe Suchprozesse für innovative Fragestellungen in der Wissenschaft, cuaderno núm. 4), 2001.

Gobiernos nacionales afectados (sobre todo en Europa Central y del Este, en el Sudeste asiático y en África) y se encargan de la formación del personal de justicia<sup>2</sup>.

Con el régimen jurídico del GATT y de la OMT se ha buscado un sistema internacional de comercio libre, que sobre todo está interesado en evitar discriminaciones indirectas de competidores a través de las legislaciones nacionales. Con la OMC se ha instituido además una organización internacional que según su propia concepción sólo es un órgano ejecutor de los Estados miembros, pero de hecho ya hace mucho tiempo ha desarrollado sus propios intereses de organización y también ejerce una cuasi-jurisdicción sobre los Estados miembros por medio de los procedimientos de litigios arbitrales en dos fases<sup>3</sup>. Sin embargo, junto a ello se pueden también observar crecientes tendencias de autorregulación dentro del sistema económico, que ya no dependen o sólo dependen ya secundariamente de la legislación nacional. En este ámbito operan sobre todo firmas internacionales de abogados, entre las cuales las más grandes han desarrollado entretanto un considerable poder<sup>4</sup>. Ello comienza con el llamado *forum-shopping*, la búsqueda del ordenamiento jurídico nacional más favorable para sus mandantes (sobre todo en atención al Derecho fiscal, de sociedades, de responsabilidad, de medio ambiente, laboral y social), con lo cual se ha estimulado la competencia en la regulación entre ordenamientos nacionales; se va más allá a la jurisdicción privada internacional de arbitraje, que se ha transformado, sobre todo bajo la influencia de las firmas de abogados de los Estados Unidos de América, en un verdadero *arbitration*

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 59-63; así como MARK M. BOGUSLAWSKJ y ROLF KNIEPER: *Wege zu neuem Recht*, Berlín, 1998; GÜNTER FRANKENBERG: «Verfassungsgebung zwischen Hobbesianischem Naturzustand und Zivilgesellschaft —Die Verfassung der Republik Albanien», en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, nueva época, 2001, pp. 443-470.

<sup>3</sup> ARMIN VON BOGDANDY: «Law and Politics in the WTO —Strategies to Cope with a Deficient Relationship», en: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001 (en prensa).

<sup>4</sup> Sobre ello, véase KLAUS GÜNTHER y SHALINI RANDERIA: *Recht, Kultur und Gesellschaft*, op. cit., pp. 52-59.

*market*<sup>5</sup>; y termina con el desarrollo de regulaciones jurídicas para segmentos enteros del mercado como el comercio internacional con derivados de la moneda, donde se han negociado normas particulares para negociar las insolvencias entre firmas de abogados unas con otras<sup>6</sup>.

Las empresas industriales transnacionales asesoradas por abogados adquieren una suerte de estatus de ciudadanía que les posibilita exigir, como un soberano popular, responsabilidad a los Gobiernos por sus decisiones políticas. El estatus designado, con perspectiva crítica, por Saskia Sassen, como *economic citizenship*<sup>7</sup> es virulento sobre todo en los países del Sur, donde unas pocas empresas transnacionales pueden llevar a los Gobiernos nacionales a su dependencia, por ejemplo, empresas de petróleo en algunos países de África o empresas textiles en Centroamérica. Ello no quiere desde luego decir que el sistema global que se autonomiza ya no dependa más de los Estados nacionales. El monopolio estatal de la fuerza para la ejecución eficiente de las pretensiones jurídicas sigue siendo, hoy como ayer, un elemento importante del sistema económico global y el amplio ámbito del Derecho económico transnacional no-estatal sigue rodeado de una corona de Derecho nacional positivo<sup>8</sup>.

**(b)** La autonomización global del sistema económico está conducida sobre todo por nuevos desarrollos en la ciencia y la tecnología así como por los nuevos medios de comunicación, que, por su parte, plantean problemas no solubles por la legislación del Estado nacional. El rápido incremento de nuevos descubrimientos y desarrollos técnicos, que inciden parcialmente de forma profunda en la estructura biológica y la identidad de la persona, es ya to-

---

<sup>5</sup> YVES DEZALAY y BRIANT G. GARTH: *Dealing in Virtue – International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, 1998.

<sup>6</sup> KLAUS GÜNTHER y SHALINI RANDERIA: *Recht, Kultur und Gesellschaft*, op. cit., pp. 55-59.

<sup>7</sup> SASKIA SASSEN: *Losing Control?*, Nueva York, 1996.

<sup>8</sup> ROLF KNIEPER: *Nationale Souveränität – Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt am Main, 1991.

mado en sí mismo un problema necesitado de regulación a la vista de los peligros de abusos. Independientemente de cómo sean también las reglas jurídicas de control, responsabilidad, licencia y prohibición, un legislador de un Estado nacional no puede conseguir nada por sí solo. Esto vale sobre todo para la utilización económica de los conocimientos adquiridos a partir de la investigación genética, que puede estar permitida en un país, prohibida en otro, pero sus productos quizás pueden ser introducidos de aquél en éste.

Lo mismo vale también para la regulación del problema del cruce entre ciencia y economía, sobre todo en el Derecho de patentes y de *copyright*. Al respecto, no se trata sólo de la cuestión de ordenación política de cómo hay que equilibrar la relación entre la protección de la propiedad intelectual (como incentivo para la innovación) y la utilización económicamente óptima, sino también de quién debe tener un acceso privilegiado a los recursos de conocimiento tradicionales, locales. Los recursos de conocimiento de los países del Sur, como por ejemplo el conocimiento colectivo sobre el efecto curativo de determinadas sustancias naturales o el empleo de materias primas como medio fertilizador en la agricultura son objeto de numerosos conflictos<sup>9</sup>. A las ventajas de un reparto óptimo del conocimiento entre aquellos que pueden darle la mejor utilidad económica se contraponen desventajas graves que plantean nuevos conflictos jurídicos, como lo muestra el ejemplo de la dependencia de la agricultura en los países del Tercer Mundo de los titulares en monopolio de una determinada semilla o de un continente entero de los titulares de una patente de determinadas sustancias activas farmacéuticas (por ejemplo, para el tratamiento del S.I.D.A.).

La autonomización transnacional del sistema económico se apoya sobre todo en el desarrollo de una *red global*

---

<sup>9</sup> SHALINI RANDERIA: «Domesticating Neoliberal Discipline: Transnationalisation of Law, Fractured States and Legal Pluralism in the South», en: Wolf Lepenies (ed.), *Shared Histories and Negotiated Universals*, Frankfurt am Main y Nueva York, 2001, pp. 3 ss.

*de comunicación e información*, que elude ampliamente todo intento de control jurídico y tanto más de un control jurídico *nacional*<sup>10</sup>. Ello tiene su razón de ser no sólo en la falta de posibilidades técnicas, sino también en intereses en colisión y en opiniones extendidas de escepticismo hacia la regulación. La controversia de si la red global de comunicación e información debe seguir siendo un espacio jurídico sigue sin resolverse<sup>11</sup>.

Los problemas y conflictos necesitados de regulación en otros ámbitos, que se pueden describir y explicar como consecuencias directas o indirectas de la globalización selectiva y parcial del sistema económico, poseen, a su vez, por su parte, una dimensión global. Ello vale para los daños y peligros medioambientales así como para las numerosas consecuencias sociales y políticas del crecimiento económico en los países del Norte para los países del Sur (desde fuertes dependencias económicas y financieras hasta movimientos migratorios, pasando por crisis estructurales, procesos de empobrecimiento, radicalizaciones políticas y dictaduras). También aquí se han hecho esfuerzos por regulaciones jurídicas transnacionales o también ya se han hecho realidad (por ejemplo, la organización jurídica de un intercambio global de derechos de contaminación)<sup>12</sup>, se han puesto en marcha series de conferencias internacionales (por ejemplo, conferencias mundiales sobre el clima) y se han fundado organizaciones internacionales, se constituyen ONGs que se comprometen por una protección jurídica efectiva del medio ambiente e incluso en caso de

---

<sup>10</sup> Cfr., por muchos, simplemente ULRICH SIEBER: *Verantwortlichkeit im Internet*, Múnich, 1999; GERALD SPINDLER: «Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien», en: *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 3193 ss.; LOTHAR DETERMANN: *Kommunikationsfreiheit im Internet*, Baden-Baden, 1999.

<sup>11</sup> Ejemplos de esta controversia se pueden encontrar diariamente: cfr. el comentario a la Sentencia del Tribunal del Land de Múnich (indemnización por daños por copias piratas de descargas musicales desde Internet) de JOACHIM JAHN: «Selbstschutz staats Cyberlaw», en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15-4-2000, p. 11.

<sup>12</sup> Sobre la situación actual del Derecho público internacional del medio ambiente, véase KNUT IPSEN: *Völkerrecht*, 4ª ed., Múnich, 1999, capítulo XIV (pp. 854 ss).

conflicto también contra los intereses de un Estado nacional o un poderoso cartel multinacional<sup>13</sup>.

Los problemas medioambientales están estrechamente relacionados, además, con la cuestión de la adecuada distribución económica, como se puede verificar en la discusión sobre una limitación de la contaminación atmosférica entre los países del Norte y aquellos países del Sur que precisamente se encuentran en el camino del incremento económico de su prosperidad. No en último término, son también los carteles transnacionales actores poderosos e influyentes en los conflictos globales sobre el medio ambiente y el desarrollo, como lo muestra el ejemplo de la fuerte represión de los nativos de los territorios ricos en minerales por los Gobiernos nacionales en interés de empresas transnacionales, sobre todo en países africanos. En la medida en que los Gobiernos nacionales actúan arbitrariamente al respecto o incluso violan sus propias leyes, emplean la fuerza y persiguen a grupos de derechos humanos o a opositores particulares de tales medidas, estos conflictos se enmarañan a su vez con los derechos humanos y las ONGs llaman a combate para que tales lesiones escandalicen a la opinión pública con ayuda de los medios de comunicación globales<sup>14</sup>.

Las consecuencias sociales y políticas de la globalización producen, según su tipo y su alcance, una necesidad de regulación jurídica transnacional diferente. El derecho al desarrollo es entretanto reconocido de forma generalizada como derecho humano de «tercera generación»<sup>15</sup>. El modo y manera de su conformación jurídica es, sin embargo, nuevamente controvertido: así, sigue siendo discutido si, y en qué medida, una liberalización del mercado bajo el

---

<sup>13</sup> DAVID HELD *et alii*: *Global Transformations*, Chicago, 1999, pp. 376-413.

<sup>14</sup> Para los más recientes ejemplos de tales conflictos en la India, véase SHALINI RANDERIA: «Globalising Gujarat: Environmental Action in the Legal Arena – World Bank, NGOs and the State», en: Mario Rutten y Ghanshyam Shah (eds.), *Festschrift for Jan Breman*, Amsterdam, Delhi, 2001 (en prensa).

<sup>15</sup> Sobre ello, véase el artículo, entretanto «clásico», de EIBE RIEDEL: «Menschenrechte der dritten Dimension», en: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1989, pp. 10 ss.

techo de la OMC lleva precisamente a una elevación del bienestar de los países pobres o, por el contrario, a una dependencia fortalecida de los países ricos<sup>16</sup>. Las medidas, por su parte, nuevamente discutidas, van desde la política de condicionamientos del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional<sup>17</sup> en la condonación de créditos hasta la subvención financiera directa de proyectos internacionales que deben mejorar la infraestructura económica local (por ejemplo, grandes proyectos de presas), pasando por el envío de asesores jurídicos.

(c) La concurrencia entre el Estado nacional soberano y el Derecho internacional respecto de los derechos humanos ha entrado de la manera más clara en la conciencia de la opinión pública mundial. Desde el final de la guerra fría desarrollan éstos una dinámica pasmosa. También aquí son los medios globales de información y comunicación un factor importante, puesto que sólo a través de ellos puede a la larga no sustraerse de la atención pública global (si bien, de hecho, siempre selectiva) ninguna lesión de derechos humanos en el mundo. Finalmente, es el desarrollo de los derechos humanos el ámbito en que salen a la luz las ONGs renombradas, sobre todo.

Esta dinámica rompe igualmente las fronteras del Estado nacional. Tanto más rige ello para la actuación política interna de aquellos Estados que, o bien no prestan ninguna observancia o sólo una observancia indiferente a los derechos humanos de sus ciudadanos y (sobre todo) de sus ciudadanas, o bien apelan formalmente a su soberanía política interna para una interpretación y conformación selectiva e interesada de derechos humanos reconocidos. Con las fronteras del Estado nacional, se enturbian tam-

---

<sup>16</sup> Sobre la posición de la OMC de que una liberalización del comercio mundial llevaría a una reducción de la pobreza, cfr. *OMC News: Press/181* (13 de junio de 2000): «Free Trade Helps Reduce Poverty».

<sup>17</sup> Para una contraposición crítica respecto de este tema, véase ROLF KNIEPER: *Nationale Souveränität, op. cit.*, así como, con el ejemplo de la intervención del FMI durante la crisis asiática: EVA RIESENHUBER: *The International Monetary Fund under Constraint: Legitimacy of its Crisis Management*, tesis doctoral, Frankfurt am Main, 2000.

bién las fronteras entre el Estado en su doble rol como garante y opositor nato de los derechos humanos, por un lado, y el individuo como titular de los derechos humanos, por el otro lado. Los derechos humanos se alegan también crecientemente en conflictos en los que ya no se contraponen ciudadanos/as y poder del Estado entre sí, sino minorías contra mayorías, individuos contra organizaciones privadas poderosas, un grupo social discriminado contra otros grupos o sociedades semiestatales y finalmente partes de una guerra civil los unos frente a los otros. En el Derecho internacional, destaca por ello la tendencia a reconocer al individuo, como titular de derechos humanos, al mismo tiempo como sujeto de Derecho internacional<sup>18</sup>. En caso de conflicto, los derechos humanos no sólo son hechos valer por los directamente afectados, sino también por los terceros ultrajados que se unen y organizan en ONGs (por ejemplo, Amnistía Internacional o *Human Rights Watch*) o colocan bajo presión a sus propios Gobiernos como opinión pública difusa de un Estado nacional a la vista de las noticias televisivas atroces.

(d) Ya el arriba descrito proceso de la «antropodikeización»\* transnacional de la política, sobre todo allí donde se trata de la responsabilidad por, y la sanción de, lesiones graves, organizadas colectivamente, de los derechos humanos, lleva al mismo tiempo al desarrollo rudimentario de un Derecho penal transnacional. Ello es visible de la forma más cristalina en el proceso puesto en marcha, con

---

<sup>18</sup> IPSEN: *Völkerrecht, op. cit.*, §1 núm. marg. 11, con la restricción ciertamente escéptica: «No sólo la aceptación estatal, sino también la fundamentación dogmática de esta inserción del hombre como individuo o como grupo en el círculo de los sujetos de Derecho internacional se desarrolla sólo gradualmente y con obstáculos. Ello vale especialmente para asegurar el reconocimiento y tener éxito en la praxis estatal de que el hombre se ha hecho titular de los derechos fundamentados en el Derecho internacional y por tanto ha adquirido una limitada subjetividad de Derecho internacional».

\* Con esta palabra pretende traducirse el término alemán «Vermenschenrechtlichung», con un vocablo con etimología griega que haría referencia a la creciente relevancia de los derechos humanos en el ámbito transnacional y que estimamos preferible a una eventual traducción como «derechohumanización», ciertamente cacofónica cuando menos [Nota del Traductor].

la resistencia de los EEUU, para la institucionalización de un Tribunal Penal Internacional. Parece, desde luego, menos ser la protección internacional de los derechos humanos que pone en marcha una dinámica internacional para la creación de un Derecho penal transnacional que, más bien, la autonomización de una economía transnacional y su medio más importante, la internet. Este proceso ya ha llevado a planteamientos rudimentarios de un Derecho penal transnacional. Ello se puede observar en las iniciativas políticas internacionales que se han emprendido para la protección a la *New Economy* dependiente del *world wide web* frente a ataques a través de virus informáticos, así como para la protección jurídico-penal ante la llamada «cibercriminalidad», sobre todo, propaganda racista y pornografía infantil<sup>19</sup>. Finalmente, el rápidamente creciente «e-commerce» exige una protección efectiva y nuevamente sólo organizable transnacionalmente ante las prácticas equiparadas a las fraudulentas.

La extensión transnacional de campos de juego de libertad económica debe probablemente conquistarse con una intensificación del control jurídico-penal de consecuencias sociales disfuncionales y ello tanto en la esfera del Estado nacional como en la esfera transnacional. Está empíricamente demostrado que hay un temor creciente a la criminalidad sobre todo en los países cuya población se beneficia predominantemente de la globalización económica<sup>20</sup>. Pro-

<sup>19</sup> Cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8-3-2001, p. 8, sobre la audiencia de la Comisión competente del Consejo de Europa para Cuestiones Jurídicas y Derechos del Hombre en París sobre una Convención sobre la Cibercriminalidad.

<sup>20</sup> Véase, sobre ello, los estudios comparativos entre países sobre los sentimientos de inseguridad y la política criminal en el volumen antológico de TIM HOPE y RICHARD SPARKS (ed.), *Crime, Risk and Insecurity – Law and Order in Everyday Life and Political Discourse*, Londres y Nueva York, 2000. Sobre la influencia de la opinión pública en las sanciones jurídico-penales, véase HELMUT KURY y THEODORE FERDINAND: «Public Opinion and Punitivity», en: *International Journal of Law and Psychiatry*, 1999, pp. 373-392. La televisión global contribuye también incluso al surgimiento del temor a la criminalidad: El Informe de televisión sobre un crimen espectacular en Florida puede elevar el temor a la criminalidad en Alemania. Sobre ello, véase ROLAND HEFENDEHL: «Wie steht es mit der Kriminalitätsfurcht und was hat der Staat damit zu tun?», en: *Kritische Justiz*, 2000, pp. 174-187.

bablemente, se incluye en el temor a la criminalidad un sentimiento social extendido de inseguridad que es causado a través del cambio económico de las estructuras en el proceso de globalización<sup>21</sup>. En una ilustrativa armonía, una política criminal populista con la promesa «seguridad frente a la criminalidad», en especial ante la criminalidad organizada y la criminalidad de extranjeros, pertenece a la agenda de campaña electoral de todos los partidos políticos en Europa occidental y los EEUU<sup>22</sup>. En la medida desde luego en que el hacer frente a la inseguridad social causada por la transnacionalización económica se declare la tarea principal del Estado (nacional), se abren los límites del Estado de Derecho entre la reacción jurídico-penal represiva y las medidas preventivas para la protección de la seguridad pública y el orden ante peligros amenazantes. El Derecho penal y de policía se amalgaman en un Derecho de seguridad. Ello es, al mismo tiempo, una prueba de que las funciones estatales particulares no se desvanecen en modo alguno en el proceso de la globalización. Como «Estado de seguridad», el titular del monopolio estatal juega precisamente un rol constitutivo para la transnacionalización de los diferentes sistemas de funciones, en especial del sistema económico. Es uno de los campos transnacionales del Derecho en los que el Estado actúa como actor prominente.

---

<sup>21</sup> Sobre el sentimiento subjetivo creciente de inseguridad y los peligros que de ello resultan para la democracia y el Estado de Derecho, véase ZYGMUNT BAUMANN: *Die Krise der Politik – Fluch und Chance einer neuen Öffentlichkeit*, Hamburg, 2000, capítulo I.

<sup>22</sup> Simplemente un ejemplo entre muchos, Gran Bretaña: «Parties vie to be toughest on law and order. Tough crime-cutting measures will be announced by the three main political parties tomorrow as they go head-to-head for the mantle of the party of law and order» (información del *Independent* del 25-2-2001, p. 4). Sobre la política criminal populista, véase PETER-ALEXIS ALBRECHT: «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», en: *Strafverteidiger*, 1994, pp. 265 ss.; DAVID GARLAND: *The Culture of Control*, Oxford, 2001, pp. 145 ss. Sobre el desarrollo de un Derecho penal de enemigos orientado a categorías militares a la vista de los peligros globales (supuestos) por medio de la criminalidad, véase GÜNTHER JAKOBS: «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart», en: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, pp. 46 ss.

## II. TEORÍAS DEL PLURALISMO JURÍDICO

Si se compendian los desarrollos jurídicos en el campo del Derecho arriba esbozados, entonces se muestra que se trata ante todo de un Derecho que elude en gran medida la legislación nacional o sólo está referido a ésta a través de complejas gestiones de mediación. Aunque las funciones estatales, como el monopolio de la fuerza, permanecen reservadas, son instrumentalizadas para hacer frente a las consecuencias disfuncionales de la globalización. Son notables actores del desarrollo jurídico los arriba mencionados actores no-estatales, que, sin embargo, carecen de una legitimidad política autónoma. Finalmente, se muestra que el desarrollo transnacional jurídico en los diferentes ámbitos sociales parciales se conforma diferentemente en cada caso.

A partir de esta diagnosis, las teorías de la antropología jurídica se revelan de lo menos sorprendentes. El hecho del pluralismo jurídico les valía a ellas no sólo como rasgo sobresaliente de las llamadas sociedades «tempranas», en las que siempre había más que sólo una instancia legisladora central, homogénea y universal que establecía el Derecho vinculante, sino también para las sociedades modernas, en las que aquel hecho simplemente ha sido encubierto a través de una *ideología jurídica* generadora de unidad.

Lo más tarde con el comienzo de los años setenta hubo en la antropología jurídica por lo menos dos momentos de desarrollo que demuestran ser en la actualidad extraordinariamente útiles para la descripción y explicación del complejo fenómeno de la transnacionalización del Derecho. El temprano descubrimiento de Eugen Ehrlich de que, junto al Derecho positivo orientado a un Estado, sistematizado y homogeneizado por un legislador central y una justicia centralizada, también hay «costumbres», que logran lentamente vinculación colectiva a través del ejercicio y reconocimiento o son practicadas en paralelo al Derecho positivado del Estado e incluso pueden transformarlo, apoyarlo y cambiarlo, estuvo durante mucho tiempo en

la sombra científica del positivismo jurídico<sup>23</sup>. Fue sobre todo la contribución de Leopold Pöspisil, haber dotado de nuevo de vigencia a esta opinión en la descripción de las formas y conceptos de regulación de sociedades arcaicas y haberla hecho fructífera para el análisis del Derecho y la sociedad en las modernas culturas<sup>24</sup>: el Derecho positivo no es el único Derecho en una sociedad, junto al legislador político hay otros actores sociales con una autoridad para establecer reglas que crean normas colectivamente vinculantes de un modo diferente que por medio de su establecimiento con forma procedimental<sup>25</sup>. El modelo positivista de una construcción escalonada del ordenamiento jurídico orientada a la norma básica o regla de reconocimiento fue por ello inútil para la antropología jurídica, al igual que los debates teórico-jurídicos sobre una determinación apropiada del concepto de Derecho delimitándolo de otras normas sociales. En lugar de ello, el Derecho establecido por el Estado se revela como asistemático y heterogéneo, como una forma de obra de bricolaje formada de varios elementos, con imprevistos efectos colaterales que van más allá de las intenciones del legislador estatal.

El segundo momento de desarrollo fue liquidado por la opinión de que no sólo hay una pluralidad de diferentes actores sociales en la producción de normas jurídicas y una pluralidad de ordenaciones colectivas jurídicamente vinculantes dentro de una sociedad, sino que las normas jurídicas, más allá de ello, están en una intensiva relación de intercambio con otros complejos normativos de una sociedad. La opinión de que el Derecho no sólo se concibe internamente como pluralista, sino que también es cuestionable su autonomía externa frente a otros complejos sociales de normas y conceptos de regulación, de que el Derecho sólo es un «campo social semi-autónomo» junto a

---

<sup>23</sup> EUGEN EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlín, 1913.

<sup>24</sup> LEOPOLD POSPISIL: *Anthropologie des Rechts —Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*, Múnich, 1982 (edición americana original: *Anthropology of Law —A comparative Theory*, New Haven, 1972).

<sup>25</sup> *Ibid.*, capítulo IV (pp. 137 ss).

otros campos como las normas religiosas, las costumbres locales, etc., remite sobre todo a los trabajos de Sally Falk Moore<sup>26</sup>. Si se vuelve la mirada desde la autonomía del Derecho hacia su inserción en, y enlace con, otros campos sociales normativamente estructurados, entonces el Derecho se constata no sólo como relativo o «semi-autónomo» en sus relaciones con otros órdenes normativos, sino que se centra la atención sobre todo en los procesos dinámicos de intercambio y las interacciones entre estos campos y sus actores. Con ello, pierde importancia la diferenciación conceptual todavía continuada por Pöspisil entre «costumbre/uso» y Derecho elaborado por el Estado con sus consecuencias para el desarrollo histórico desde las sociedades «arcaicas», reguladas por los usos y la moralidad, hasta las «modernas», reguladas desde una instancia central a través de Derecho fijado por el Estado<sup>27</sup>.

El Derecho se transforma en un campo en el que los actores negocian unos con otros las normas vinculantes que al mismo tiempo están en otros respectivos campos e interpretan sus intenciones e intereses también en el marco del modelo de interpretación conceptual practicado en cada caso, que cambian, por su parte, nuevamente bajo la impresión del proceso de negociación en el campo del Derecho. En el Derecho son, entonces, menos interesantes su estática como sistema y su dinámica de cambio regulada a través de normas jurídicas secundarias, que el proceso continuo de negociación de la vinculación jurídica colectiva en todos los niveles institucionales e informales así como en todos los campos normativamente estructurados de la sociedad, los diferentes modos de reclamación y de invocar el «Derecho», las formas de burlarlo o de reformas ulteriores, de amalgama con otros sistemas normativos: *Law as Process*. Entonces se colocan en el centro de aten-

---

<sup>26</sup> Cfr. sobre todo el artículo pionero: SALLY FALK MOORE: «Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», en: *Law and Society Review*, 1972/73, pp. 719-746.

<sup>27</sup> SALLY FALK MOORE: *Law as Process: An Anthropological Approach*, Londres, 1978, (nueva edición en preparación, Oxford, 2001), p. 14.

ción también los actores de la producción normativa que actúan en tales transacciones, sus diferentes formas de organización y grados, los modos de su interacción. Incluso las organizaciones formales como el Estado con sus poderes organizados se revelan desde esta perspectiva como un campo de actores con orientaciones heterogéneas que comunican con otros actores sociales<sup>28</sup>.

La antropología jurídica estaba con ello no sólo preparada para la reducción de la importancia, hoy generalmente observada, de un legislador central y autónomo limitado a un territorio nacional, que crea un Derecho para todos los nacionales igual y homogéneo, válido de igual forma para todas las relaciones sociales; ya había descrito antes al positivismo como «ideología jurídica» del cuerpo de juristas profesionalizados<sup>29</sup>. Keebet von Benda-Beckmann ha emprendido ahora el intento de identificar y describir las dimensiones transnacionales del pluralismo con un marco conceptual jurídico-antropológico<sup>30</sup>: el creciente peso que gana la alegación de normas de Derecho internacional para personas individuales en su relación con el correspondiente ordenamiento jurídico (y con el Estado), la dinámica de fijación del Derecho dentro de las organizaciones internacionales, las interacciones entre ellas así como entre éstas y los Gobiernos nacionales así como los grupos de intereses afectados, el papel de las ONGs, la praxis de los procesos alternativos de arbitraje para las controversias (sobre todo en el ámbito de la *lex mercatoria* y de la praxis de los tribunales de arbitraje), así como la compleja y contradictoria relación entre los sistemas religiosos de regulación del actuar social y los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales pluralizados.

De Boaventura de Sousa Santos procede el primer proyecto amplio de una teoría del desarrollo jurídico transnacional que trabaja con opiniones jurídico-antropológicas y

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>30</sup> KEEBET VON BENDA-BECKMANN: *Transnational Dimensions of Legal Pluralism*, Ms. 2000.

de Sociología del Derecho<sup>31</sup>. Para él, el pluralismo jurídico es ya, como modo adecuado de describir del Derecho en las sociedades modernas, *communis opinio*: «Rather than being ordered by a single legal order, modern societies are ordered by a plurality of legal orders, interrelated and socially distributed in different ways»<sup>32</sup>. Entonces, es decisivo para la construcción del Derecho quién, en qué modo y en qué conflictos con actores sociales concurrentes recibe el correspondiente poder de definición sobre el Derecho —habla Santos de una «politics of definition of law»<sup>33</sup>.

A la vista de la pluralidad de actores que establecen el Derecho en el campo transnacional se puede dibujar una suerte de mapa en el que operan estos actores —ideas de ordenación locales que se expanden a escala global, conceptos transnacionales de regulación que influyen en ordenaciones locales (o dan lugar a su resistencia) y sistemas normativos genuinamente transnacionales—: «While some, admittedly the most significant, instances of the transnationalization of law can be directly traced back to the networking of globalised localisms and localised globalisms which go together with the transformation of capital accumulation and Western cultural imperialism on a global scale, other instances, although connected with these transformations —if for no other reason, to resist against them— stem from autonomous political and cultural considerations, such as those lying behind the agendas of cosmopolitanism and common heritage of mankind»<sup>34</sup>. Ello significa evidentemente que el Derecho está presente sobre todo en los procesos de intercambio entre estos diferentes ámbitos —el Derecho opera ya en un campo transnacional—. La comunicación jurídica tiene lugar ya entre estos ámbitos, quien invoca el *Derecho* se mueve en el mundo normativo de la *interlegalidad*: «We live in a time

---

<sup>31</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: *Toward a New Common Sense —Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York y Londres, 1995.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 269.

of porous legality or of legal porosity, múltiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by *interlegality*. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism, and a key concept in a post-modern conception of law»<sup>35</sup>.

### III. COMPLEMENTARIEDAD DEL PLURALISMO JURÍDICO Y LA FICCIÓN DE LA UNIDAD DEL DERECHO

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, el aferrarse al modelo de una unidad del Derecho con una construcción lógica en escalones estructurados y una delimitación clara entre normas jurídicas y sociales, así como la diferenciación entre normas de prohibición y normas de mandato, por un lado, y normas de autorización, por otro lado—con la consecuencia de una clara asignación de la competencia para establecer el Derecho a un órgano de elaboración del Derecho autorizado, en la mayoría de las ocasiones democráticamente legitimado— se manifiesta como «ideología jurídica» del cuerpo de juristas profesionalizados<sup>36</sup>. Las evidencias que resultan de los fenómenos arriba descritos para la convicción del pluralismo jurídico como modo adecuado de descripción, y como marco metódico para la investigación en profundidad de los particulares campos transnacionales del desarrollo jurídico de los actores que se comunican unos con otros, colocan desde luego a esta ideología ante las denominadas al principio dos exigencias de la cuestionabilidad de la decisión justa de los conflictos jurídicos y de la legitimidad de la fijación del Derecho. En la medida en que la diferenciación entre normas jurídicas y sociales se desvanece y todos los actores creadores de normas con autoridad y poder de ejecución son descritos como actores de la fijación del Derecho, en la medida en que la vigencia positiva del Derecho entra jun-

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 473.

<sup>36</sup> Cfr., ejemplarmente, SALLY FALK MOORE: *Law as Process*, *op. cit.*, p. 2.

to a otras formas de legitimación jurídica (por ejemplo, procesos de reconocimiento a través de la praxis o a través de la escandalización pública), en la medida, finalmente, en que los procesos de negociación de las regulaciones entre los diferentes actores sociales se transforman en Derecho fácticamente vigente, en esa medida rompe la unidad del concepto de Derecho y con ello los principios de la igualdad en la aplicación del Derecho, así como la legitimidad democrática de la fijación del Derecho<sup>37</sup>.

Estas consecuencias desde luego sólo habría que sacarlas si se considerase a la teoría orientada a un concepto uniforme de Derecho y a la antropología jurídica orientada al hecho del pluralismo jurídico como competidoras. Pero si es inevitable desde una perspectiva *interna* que los cuerpos jurídicos profesionalizados —ya sean abogados, el legislador estatal, ONGs, tribunales de arbitraje u otros— no puedan comunicarse juntos y unos con otros, habría más bien que dibujar la imagen de una *complementariedad* entre ambos modos de descripción. El pluralismo jurídico representaría entonces para la teoría jurídica una exigencia en tanto que elevaría el umbral, por así decirlo, que tendría que sobrepasar la construcción conceptual del Derecho interno para todavía poder construir la ficción de la unidad. Ya no puede ser construida en el escalón de un legislador nacional con competencia legislativa exclusiva y de una jurisprudencia nacional orientada a la penetración sistemática de la materia jurídica.

#### IV. EL CÓDIGO UNIVERSAL DE LA LEGALIDAD

Considerado desde una perspectiva *interna*, las comunicaciones en la red transnacional de la interlegalidad pluralista se refieren siempre, *hoy como ayer*, al «Derecho»

---

<sup>37</sup> Sobre estas consecuencias teórico-jurídicas del pluralismo jurídico, véase, sobre todo: GUNTHER TEUBNER: «Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», en: *Rechtshistorisches Journal*, 1996, pp. 255 ss.; así como la respuesta de BETTINA LURGER: «Der Pluralismus der *lex mercatoria*», en: *Rechtshistorisches Journal*, 1997, pp. 705 ss.

y ello tanto en el sentido de una legalidad formal como de una legalidad material orientada a los derechos humanos, que además contiene elementos de legitimidad procedimental en el sentido de autodeterminación democrática, ciertamente sin relación con una generalidad inclusiva. Al respecto, corresponde un valor propio a esta legalidad, que se aleja, sin embargo, cada vez más de su anclaje en un Estado institucional racionalizado y organizado burocráticamente, con un sistema de justicia y legislativo diferenciado con división de poderes, pero centralizado. Más bien, parece transformarse la legalidad en una suerte de *Código universal* de libre circulación. Con ello, la legalidad se aleja evidentemente también de forma creciente de una legislación políticamente autónoma y democráticamente legítima y se resiste a una penetración de la materia jurídica sistemática y orientada a principios legítimos, así como coherente.

¿Es este Código algo más que simplemente una «ficción de unidad» que hay que subordinar de modo inevitable desde la perspectiva del Derecho interno en todas las comunicaciones jurídicas transnacionales para poder diferenciar la comunicación jurídica de otras comunicaciones sociales? Al margen de todas las diferencias culturales, específicas de un sistema parcial y racional-valorativas, la comunicación jurídica transnacional muestra algunos terrenos comunes. Junto a la referencia general a la diferenciación dominante —a los «códigos binarios», en el lenguaje de la teoría de los sistemas sociales— entre «Derecho e injusticia» [*Recht und Unrecht*], en el Código universal de la legalidad se presentan otros conceptos, principios, reglas e institutos jurídicos: el concepto de derechos asignados al individuo y a ejercer autónomamente, deberes complementarios a estos derechos, normas secundarias como autorizaciones para la decisión sobre normas primarias, los conceptos de la responsabilidad culpable y objetiva, las reglas elementales a ello anudadas de la imputación de conductas y sus consecuencias para los sujetos (de Derecho) físicos y/o colectivos, el principio de la previsibilidad de responsabilidades y sanciones, las reglas del reparto de

la prueba entre el actor y el demandado, presunción de no culpabilidad, la institucionalización del rol de un tercero imparcial incluyendo el derecho de presentar recursos contra las decisiones, el principio del *audiatur et alter pars*, etc. Estos conceptos y principios son formales en tanto que ellos se llenan con diferentes contenidos, se aplican en culturas jurídicas diferentes y se pueden referir a diversos sistemas normativos y de valores. Diferentes actores pueden aplicar estos conceptos para la transformación jurídica de los intereses representados por cada uno de ellos, para la conformación de sus relaciones sociales, para la organización de cooperaciones a largo plazo o para la regulación de conflictos. Por otro lado, son ciertamente también condicionados culturalmente en tanto que estos conceptos se han desarrollado dentro de una determinada cultura jurídica histórica —en lo esencial, la del continente europeo occidental creada por los romanos y la del mundo anglo-americano— y muestran una relación específica con otros conceptos de la vida: por ejemplo, el concepto de derechos ordenados al individuo para ejercer autónomamente con los conceptos de la identidad personal y de la responsabilidad individual.

Junto a estos conceptos y reglas hay otros terrenos comunes en la comunicación jurídica transnacional, que son más bien de tipo material-programático. Entre ellos se encuentran, sobre todo, los derechos humanos, que por su parte están a su vez estrechamente vinculados a los conceptos formales del derecho (subjetivo) atribuido al individuo y para ejercer individualmente, así como al concepto de construcción escalonada del Derecho positivo ordinario y del Derecho supremo de la persona. Los principios como la «autonomía privada», el bienestar social mínimo, la igualdad, la autodeterminación de los propios asuntos, etc., pertenecen igualmente a este Código universal de la legalidad.

Este Código de la legalidad presenta todos los rasgos que Jürgen Habermas ha adscrito al Código jurídico como la totalidad de aquellas disposiciones formales del Derecho con las que se institucionalizan tanto la autonomía

privada como también la praxis democrática de autodeterminación de los ciudadanos y ciudadanas para interpretar y conformar el sistema del Derecho<sup>38</sup>. Con renuncia a una fundamentación jurídica de rango superior, Habermas explica la existencia del Derecho moderno con sus disposiciones formales abstractas a partir de la relación funcional de complementariedad con la moral. Ello libera a ésta de la indeterminación motivacional y cognitiva que va acompañada del nivel postconvencional de fundamentación, de los problemas organizatorios de la imputación de obligaciones así como del problema de la autoaplicación a través del establecimiento de un sistema de normas primarias y secundarias, de comportamiento y de autorización. La moderna forma jurídica de tal tipo, históricamente contingente pero acoplada funcionalmente a una conciencia moral postconvencional, contiene sobre todo ya el concepto de *derechos subjetivos*, el estatus del sujeto de Derecho así como de la persona como titular de derechos<sup>39</sup>. La autonomía privada con ello establecida anticipa un sistema de derechos que está formado por el igual derecho de todas las personas a la mayor medida posible de libertad subjetiva de actuación, del igual derecho a una vía jurídica garantizada y a la protección de estos derechos así como a un mínimo de derechos sociales que garanticen el mismo valor de libertad subjetiva. La forma jurídica así establecida, con el sistema de derechos subjetivos a ella inherente, todavía rudimentario, se limita en lo que sigue entonces con el principio del discurso, según el cual sólo son legítimas aquellas normas a las que puedan prestar su conformidad todos los posibles afectados como participantes en el discurso racional<sup>40</sup>. Limitado de tal modo con el principio del discurso, el sistema del Derecho se completa a través del igual derecho a la participación política en el

---

<sup>38</sup> JÜRGEN HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 151 y 159; íd., «Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie», en: Ulrich K. Preub (ed.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1994, pp. 83-94.

<sup>39</sup> JÜRGEN HABERMAS, FAKTIZITÄT und GELTUNG: *op. cit.*, p. 151.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 138.

proceso democrático de la formación de la opinión y la voluntad a través de aquellas normas y derechos que conforman e interpretan en conjunto el sistema de los derechos y con ello, al mismo tiempo, institucionalizan aquella autonomía pública sin la que los destinatarios del Derecho no pueden tampoco ser sus autores.

Evidentemente, este modelo de círculos de la legitimación del Derecho permanece indeterminado en tanto que pone la mira en una praxis democrática de autodeterminación, por así decirlo, alocal, como resultado de la restricción de la forma jurídica y el principio del discurso. La aceptación de las causas constitutivas del modelo para el modelo de fundamentación propuesto por Habermas parece ser, pese a toda la negativa explícita de asociaciones apresuradas con la relación del sujeto de derechos fundamentales y el Estado, el Estado nacional democrático. Desde luego, la praxis democrática de autodeterminación no está fundamentada *a priori* en ningún lugar. Con la pérdida aquí diagnosticada de significación del legislador del Estado nacional a la vista del hecho del pluralismo jurídico se desacopla el Código jurídico, por así decirlo, de su restricción histórica *contingente* con una praxis de autodeterminación democrática organizada en el Estado nacional y territorialmente delimitada. El Código jurídico se ha hecho de nuevo libre como Código universal de la legalidad en el curso de la globalización.

Ciertamente, el anudamiento histórico del círculo que funda el Derecho legítimo con la praxis de autodeterminación democrática del Estado nacional no queda meramente como un episodio sin ulterior importancia. Así como las sociedades cívicas de la Edad Moderna han impuesto históricamente el Código jurídico con sus disposiciones formales abstractas y el sistema anticipado de derechos subjetivos a la autonomía privada incluyendo sus derechos conexos, así ha sido el Estado nacional moderno, por así decirlo, el estadio histórico mundial de tránsito para la institucionalización con forma jurídica de una praxis democrática de autodeterminación, dentro del espacio de experiencia y del horizonte de esperanza que alcanza desde

las revoluciones americana y francesa hasta los modernos Estados democráticos constitucionales, pasando por las negativas experiencias traumáticas de las dictaduras fascistas. Con fundamento en estas experiencias históricas, no sólo los derechos humanos, sino también una interpretación democrática del sistema de normas primarias y secundarias, la sola restricción de autonomía pública y privada, productora de Derecho legítimo —dicho brevemente: la idea de una autolegislación institucionalizada jurídicamente—, se han convertido en el componente del Código universal de la legalidad. El desacople del Código jurídico de su institucionalización en la forma de un Estado nacional democrático y constituido no significa por ello que así se haya abandonado totalmente, al mismo tiempo, la idea de una autolegislación democrática. Más bien, ello fundamenta la presunción de que el Código de la legalidad de libre circulación no puede concretizarse entonces de otro modo que a través de procedimientos legítimos en los que se recuperen los más importantes presupuestos de una praxis de autodeterminación democrática institucionalizada en el medio jurídico: un cambio de roles entre autores y destinatarios de las normas, transparencia de la formación procedimental de la opinión y la voluntad, imputación de decisiones, así como responsabilidad por las decisiones y sus consecuencias, igualdad del acceso a los procedimientos e iguales derechos de participación para todos los terceros afectados.

#### V. LA INDETERMINACIÓN DEL CÓDIGO DE LA LEGALIDAD Y SU TRANSFORMACIÓN DEMOCRÁTICA

La afirmación de que un Código de la legalidad universal formal, procedimental y material, es, por así decirlo, el marco de relación de todas las comunicaciones jurídicas transnacionales dentro de la red pluralista de expertos jurídicos no puede desde luego conducir a la falsa idea de que este marco de relaciones da lugar ya a una generalidad u homogeneidad universal de un Derecho transnacio-

nal que surge. Si la hipótesis de tal Código universal de la legalidad es correcta, entonces este Código estará caracterizado sobre todo por una *radical indeterminación*. Teubner habla, en atención al régimen privado cuasi-autónomo que surge, de la «relativa indeterminación, carácter difuso y vaguedad» del sistema normativo que así surge, incluyendo sus procedimientos secundarios de generación, en contraposición a los «claramente delimitados procedimientos de ordenación de vigencia» dentro de los Estados nacionales soberanos<sup>41</sup>. Ello vale para los conceptos y principios del Código de la legalidad en su conjunto. Su radical indeterminación, carácter difuso y vaguedad es una de las consecuencias *de Derecho interno* del hecho del pluralismo jurídico. Por ello, se pueden referir al Código de la legalidad, *al mismo tiempo*, diversos grupos, organizaciones, grupos, asociaciones de intereses o sistemas sociales parciales con los correspondientes intereses y funciones diferentes y con frecuencia incluso contrapuestos y ello a fin de articular sus pretensiones. Sólo por ello es identificable y tratable su conflicto también como un conflicto *jurídico* antes que nada.

Debido a su radical indeterminación, el Código de la legalidad no es tampoco un Derecho natural que se ejecute por sí mismo, por así decirlo. Lo que los conceptos formales y los principios programáticos o las reglas formales y materiales significan a la vista de un problema concreto necesitado de decisión está abierto. Por medio de estos conceptos en sí mismos no se determina desde el principio cómo, por ejemplo, se aplican, configuran y combinan recíprocamente los conceptos de derechos individuales y deberes complementarios, incluyendo la responsabilidad culpable u objetiva. Estas determinaciones y fijaciones concretas son *negociadas* entre los participantes. Lo mismo vale para los principios programáticos y para las reglas mate-

---

<sup>41</sup> GÜNTHER TEUBNER: «Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?», en: Dieter Simon y Manfred Weiss (ed.), *Zur Autonomie des Individuums – Liber amicorum für Spiros Simitis*, Baden-Baden, 2000, p. 441.

riales. Ello se puede mostrar paradigmáticamente en los derechos humanos: las comunicaciones transnacionales, también entre culturas del tipo más diverso, hacen referencia a los derechos humanos, aunque su significación no es en modo alguno determinada a la vista de un concreto conflicto, sino que es determinada sólo en el horizonte del problema necesitado de decisión y de las correspondientes tradiciones y experiencias culturales diversas en particular. El Código de la legalidad no se compone, por tanto, sólo de *universalidades* indeterminadas, sino también de universalidades discutidas (*contested universals*) —conceptos, principios, reglas—, cuya aplicación debe ser negociada entre los afectados.

Si es correcta la hipótesis arriba formulada siguiendo la interpretación de Habermas del Código jurídico y del modelo de los círculos de la fundamentación jurídica por él propuesto, entonces el Código de la legalidad juega, en los procesos de negociación de universalidades discutidas e indeterminadas, un *doble papel*: el Código de la legalidad no sólo es objeto y *tema*, sino que siempre al mismo tiempo también es el *médium* del proceso de negociación. Las comunicaciones transnacionales se mueven, por así decirlo, en un círculo parecido al del Código jurídico generador del sistema de los derechos y el principio del discurso que con él se cruza: mientras fijan o cambian la significación de una discutida universalidad del Código de la legalidad, al mismo tiempo hacen siempre referencia a este Código. Con ello, entra en juego el *elemento procedimental* que se desarrolla en los Estados nacionales a partir de las experiencias históricas con una praxis de autodeterminación democrática. Como tal, es, no obstante, igualmente indeterminada y discutida, además el modelo de la legislación democrática dentro de un Estado nacional ha devenido obsoleto.

Se sigue de este diagnóstico que el Código universal de la legalidad es tan indeterminado y discutido que podría fijar por sí mismo el camino en el que el Derecho transnacional generado por los actores no estatales más allá del Estado nacional podría ser legítimo. La circunstancia de

que sean en la actualidad preponderantemente los expertos jurídicos que operan en redes transnacionales en común con economistas, técnicos y científicos, los que han participado en el establecimiento de las normas jurídicas, sugiere la presunción de que se trata, al respecto, primordialmente de *Derecho de juristas* que, precisamente, prescinde de la legitimidad democrática. Si basta, y en qué medida, el elemento procedimental del Código de la legalidad para someter al Derecho de juristas transnacional que surge a una nueva forma de legitimidad democrática es actualmente una cuestión abierta. Si se sigue el principio democrático, entonces estos procesos de negociación de la concretización del Código universal de la legalidad deben institucionalizarse de modo que se neutralicen ampliamente los desequilibrios de poderes, de modo que se establezcan amplios derechos de participación también de terceros intereses afectados, de modo que la representación de terceros intereses sea suficientemente clara, de modo que los procedimientos de decisión sean transparentes y de modo que sean posibles las claras y revisables imputaciones de, y responsabilidades por, las decisiones y las consecuencias de las decisiones.

En la actualidad destacan, por lo menos, cuatro modelos de la interpretación de los desarrollos en los campos transnacionales del Derecho: el modelo de una *democracia federal global*<sup>42</sup>, el de una «política interior mundial» democrática dirigida por los ciudadanos del mundo «sin Gobierno mundial»<sup>43</sup>, el de una sociedad mundial heterárqui-

---

<sup>42</sup> OTFRIED HÖFFE: *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Múnich, 1999; sobre la crítica a esta simple transferencia de estructuras federales como la República Federal o los EEUU a una sociedad global, véase KLAUS GÜNTHER: «Alles richtig! Otfried Höffes Entwurf einer subsidiären und föderalen Weltrepublik auf der Basis des Allgemeinmenschlichen», en: *Rechtshistorisches Journal*, 2000, pp. 232 ss.

<sup>43</sup> JÜRGEN HABERMAS: «Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie», en: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1998, pp. 804-817 (pp. 806 y 817) (republicado en: JÜRGEN HABERMAS: *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt am Main, 1998, pp. 140 ss.); íd., «Der europäische Nationalstaat unter dem Druck der Globalisierung», en: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1999, pp. 425-436 (pp. 433 ss.). Otras investigaciones sobre

ca<sup>44</sup> o una «red de redes»<sup>45</sup> así como una sociedad global de Derecho privado<sup>46</sup>.

Los intentos de cercar el proceso de la globalización selectiva, sobre todo del sistema económico y de la transnacionalización del Derecho, a través de estructuras y procedimientos democráticos se han confrontado sobre todo con el problema de que los conceptos de democracia de los Estados nacionales no se dejan transferir fácilmente a las relaciones transnacionales. Además, se constata como difícil tanto en la dimensión conceptual como también en la empírica encontrar un equivalente para la voluntad general que se crea en los procesos democráticos o en todo caso para una opinión y formación de la voluntad pública sobre la validez de las normas primarias que tiene en sí la presunción de una razonabilidad *general* en el sentido de la inclusión de todos los afectados. A ello reaccionan los modelos de la sociedad mundial heterárquica o de la red de redes acentuando el pluralismo jurídico, y con la duplicación de los agentes sociales de producción normativa, que o bien constituyen una norma secundaria específica de un sistema parcial de la orden de validez por medio de «constituciones sociales duales», incluyendo un equilibrio sistemático interno y cuasidemocrático entre la elaboración espontánea de normas y la decisión organizada de validez, o bien se organizan en redes y se observan, se influyen,

---

los déficits democráticos de la globalización en: HAUKE BRUNKHORST y MATTHIAS KETTNER (eds.): *Globalisierung und Demokratie*, Frankfurt am Main, 2000. Sobre el concepto de una «democracia cosmopolita», véase DANIELE ARCHIBUGI y DAVID HELD (eds.): *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order*, Oxford, 1995.

<sup>44</sup> GUNTHER TEUBNER: *Neo-Spontanes Recht*, *op. cit.*

<sup>45</sup> KARL HEINZ LADEUR: *Globalization and Conversion of Democracy to Polycentric Networks — Can Democracy Survive the End of Nation States?*, conferencia dada en Florencia en el marco del taller «Globalization and Public Governance», abril, 2000.

<sup>46</sup> PETER BEHRENS: «Weltwirtschaftsverfassung», en: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, tomo XIX (en prensa); más llanamente y fuertemente orientado al modelo neoliberal: ROLF E. BREUER, «Offene Bürgergesellschaft in der globalisierten Weltwirtschaft», en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4-1-1999, p. 9; MILTON FRIEDMAN, «Das Internet — Paradies für Steuersünder?», en: *VorHaben* (Zeitungsbeilage der Deutschen Bank), 1/99, pp. 12 ss.

recíprocamente y se reflejan internamente de modo que surge una red de redes cuasidemocrática que se regula a sí misma. Estos modelos tienen, desde luego, el problema complementario de cómo se puede evitar que surjan desequilibrios de poder que priven totalmente a los débiles del acceso, el voto o la influencia o se los limiten muy considerablemente; el problema de cómo pueden ser representados de modo apropiado los intereses de terceros externos afectados indirectamente por las decisiones internas de cada uno; y el problema de desde qué perspectiva puede tratarse todavía, o incluso criticarse, el equilibrio precario del sistema parcial o de la red de redes. Los modelos de la sociedad de Derecho privado tienen que luchar finalmente tanto con los problemas de una totalización de la economía, con la cuestionabilidad de una teoría económica que supuestamente se aplica a sí misma, privada de crítica política así como con las crisis económicas reales de la globalización (por ejemplo, en la crisis asiática).

Estas provocaciones y problemas de un concepto de Derecho orientado al Estado constitucional moderno democrático desembocan finalmente en una controversia sobre el concepto mismo de Derecho. Teubner habla provocadoramente de una *autodeconstrucción del Derecho* en el curso de la «emergencia de un pluralismo jurídico transnacional»<sup>47</sup>. De este modo se allanan las diferencias entre Derecho positivo y suprapositivo, entre Derecho público y privado, entre estática y dinámica de un sistema jurídico. Las «grandiosas paradojas» del Derecho, hasta ahora simplemente secretas, son con ello evidentes: «El Derecho es circular sólo en sí mismo fundado, en el comienzo arbitrario de una diferenciación violenta, en la *fondation mystique de l'autorité*»<sup>48</sup>. Esta radical autodeconstrucción del Derecho podría ciertamente manifestarse en una forma

<sup>47</sup> GUNTHER TEUBNER: *Globale Bukowina*, *op. cit.*

<sup>48</sup> GUNTHER TEUBNER: «Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts», en: Hauke Brunkhorst y Matthias Kettner (eds.), *Globalisierung*, *op. cit.*, p. 240, con alusión a JACQUES DERRIDA: *Gesetzeskraft – Der «mystische Grund der Autorität»*, Frankfurt del Meno, 1991.

algo más mitigada, si los precedentes análisis son correctos, de modo que se establezca un Código universal de legalidad que es aplicado por diferentes actores, pero especialmente por movimientos sociales como ONGs en todos los niveles del Derecho transnacional a fin de asegurar de un modo circular procedimientos con forma jurídica de la formación democrática de la opinión y la voluntad para la decisión sobre la validez de normas jurídicas primarias. Un indicio de ello es la sorprendente buena voluntad para aventurarse en comunicaciones jurídicas, el esfuerzo por la inclusión y la participación en el Derecho en lugar de su simple negación. El Derecho utilizado en el ámbito transnacional es anfibológico e indeterminado, quizás también infinito, siempre discutido y contestado en su interpretación, pero, no obstante, una universalidad cultural aceptada y generalmente seguida. En lugar de una fundamentación mística de la autoridad se trataba al respecto no de otra cosa que de la activación permanente del sentido performativo de una asociación de personas en una comunidad jurídica: «Y puesto que los ciudadanos simplemente explicitan con una versión, descubierta desde la perspectiva de su situación, del sistema de los derechos, el sentido justamente de la empresa en la que ya se han metido tan pronto se deciden a regular legítimamente su convivencia por medio del Derecho»<sup>49</sup>. Es, en último término, la confianza en la persistencia de la experiencia histórica del Estado constitucional democrático, por la que se puede esperar que los ciudadanos/as activarán aquél sentido performativo también frente a un Derecho de juristas transnacional que se va formando.

---

<sup>49</sup> JÜRGEN HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, op. cit., p. 163.