

Globalización y derecho*

*Héctor Alegría***

Profesor Emérito de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, UBA.
Profesor Titular Especial de Concursos, Facultad de Derecho, UADE.
Profesor Honorario de universidades nacionales y extranjeras.

“La ‘globalización’ está en boca de todos; la palabra de moda se transforma rápidamente en un fetiche, un conjuro mágico, una llave destinada a abrir las puertas a todos los misterios presentes y futuros. Algunos consideran que la ‘globalización’ es indispensable para la felicidad; otros, que es la causa de la infelicidad. Todos entienden que es el destino ineluctable del mundo, un proceso irreversible que afecta de la misma manera y en idéntica medida a la totalidad de las personas. Nos están ‘globalizando’ a todos; y ser ‘globalizado’ significa más o menos lo mismo para todos los que están sometidos a ese proceso.”

ZYGMUNT BAUMAN¹

1. Descripción del fenómeno

Sobre la globalización se ha escrito mucho y el concepto ha sido abordado y definido en la forma más variada. Explica esta diversidad, en parte, el impacto que la globalización tiene sobre diferentes disciplinas como también la variedad de autores de distintos campos de estudio que se refieren al tema. Hoy en día el término se ha generalizado al extremo de abarcar tal amplitud de cuestiones que dificultan cualquier foco de interpretación

* Este trabajo fue publicado en edición no comercial, de circulación restringida.

** El autor agradece la cooperación de la Dra. María de los Ángeles Roncoroni y del Dr. Federico Arzeno.

1. Bauman, Zygmunt, *La globalización*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 7.

atribuido al concepto. Es, por lo tanto, un fenómeno complejo y susceptible de diferentes enfoques.

No cabe duda que la globalización, de la que se discute su verdadero origen en el tiempo, tiene ya muchas facetas: la llamada “aldea global” de la información,² sus costados económicos, sus aspectos culturales, las repercusiones políticas en las decisiones de los Estados y en aquéllas que se les imponen o se les hacen imperiosas por influencias externas; y, en definitiva, como ha expresado Joseph Stiglitz, el “rostro humano”, o sea, las implicancias sobre la realización de los individuos en la comunidad local y universal.

En este orden de ideas, se hace mención al impacto de las nuevas tecnologías en los medios de comunicación que producen una enorme interconectividad entre las personas a escala mundial. En materia económica, se hace referencia a la caída progresiva de barreras aduaneras y por lo tanto la creciente “transnacionalidad” del comercio y las finanzas,³ donde se reconoce el advenimiento de los actuales mercados globales. En el campo político se observa cierta erosión en la soberanía de los Estados y como contrapartida, el nuevo protagonismo de instituciones y empresas transnacionales. Asimismo, se advierten, gracias a las nuevas redes de comunicación y el mayor intercambio comercial, fuertes influencias culturales internacionales.

Sin embargo, resulta excesivo hablar de una globalización que se dé en todos los ámbitos con igual intensidad. Como se describe más adelante,

2. McLuhan, Marshall y Powers, B. R., *La aldea global*, 5^a reimpresión en castellano, Gedisa, Barcelona, 2005, traducción de Claudia Ferrari del original en inglés de 1989. Se atribuye a McLuhan la primera utilización del giro “aldea global”. También véase Sassen, Saskia, *La ciudad global*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, quien desarrolla el concepto de “ciudad global” como característica novedosa para estudiar la ciudad como lugar de intersección entre lo local y lo global. (Traducción de la edición original de 1991, de la que hay una segunda edición en 2001, *The global city*, Princeton, NJ, Princeton University Press).

3. Ver Galgano, Francesco, en el excelente libro *La globalización en el espejo del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, traducción de Horacio Roitman y María de la Colina, de la edición italiana de 2005, p. 13; Carbone, Sergio M., “Globalizzazione dell’economia, responsabilità dell’impresa e attività di progettazione”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Giuffrè, Génova, octubre-diciembre 2003, p. 639 y ss. El autor se refiere a la responsabilidad empresaria frente a la globalización (punto 2.4) y a la consecuente responsabilidad de los proyectistas señalando que la distribución de los riesgos debe estimarse entre las reglas del mercado, los principios de la tradición y las exigencias de garantía frente a los terceros y al comitente.

existen matices y es en materia económica donde la globalización está dejando su mayor huella. A lo largo del presente trabajo intentamos un breve análisis de estas transformaciones, dándole finalmente especial relevancia a la materia que nos ocupa, el derecho.

1.1. Terminología: reseña

Se ha afirmado que “la globalización constituye un concepto descriptivo, el cual tiene como objeto dar cuenta del desenvolvimiento de los fenómenos, económicos, sociales, culturales y jurídicos. Al ser realmente un hecho social constituye relaciones, opciones, prácticas y comportamientos colectivos. Por lo tanto, será a los valores que informan a la Comunidad internacional y los Estados de Derecho a los que corresponda la valoración del desarrollo del fenómeno globalizador. Cuando hablamos de *globalización* nos referimos a una expresión que es polisémica e interdisciplinar, de forma tal que podemos referirnos a diferentes versiones del término, a distintas fases y a diferentes estimaciones”.⁴

En los capítulos siguientes veremos los distintos campos y facetas que pueden abarcarse bajo este término. La autora antes citada menciona un trabajo⁵ en el que se presentan diez acepciones de la voz *globalización*, las

4. Garrido Gómez, María Isabel, *Las Transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Aranzadi, España, 2010, p. 17. Asimismo, Beck, Ulrich, *Qué es la globalización*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 40, explica que “la globalización es a buen seguro la palabra (a la vez slogan y consigna) peor empleada, menos definida, probablemente la menos comprendida, la más nebulosa y políticamente la más eficaz de los últimos –y sin duda también de los próximos– años”; Twinning, William, “Implications of globalization for law as a discipline”, en *Theorising the Global Order*, Hart Publishing, 2009, editado por Halpin, A. and Roeben, V., disponible en http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twinning/Twinning_IMPLICATIONS.pdf, quien marca el diferente significado de la globalización en determinados campos de la práctica legal (p. 5). En otro párrafo el autor se refiere al etnocentrismo, parroquialismo e ignorancia de las otras tradiciones en ciertos estudios académicos sobre el punto.

5. Lima Torrado, J., “Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos”, en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Libro en homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2002. El citado Twinning relata que prohíbe a sus alumnos utilizar palabras que comiencen con

primeras se refieren al ámbito jurídico de la internacionalización de la producción y alianzas globales entre empresas multinacionales, y también a la liberación del comercio y del mercado de capitales y un cambio tecnológico que erosiona las barreras que obstaculizan tal movilidad. Otras se relacionan a un fenómeno connatural de la cultura desarrollada que tiende a expandirse en un ámbito geográfico más amplio. Algunas se centran en contextos históricos, vinculados a la expansión colonial, a los modelos neoliberales cuya difusión llega a otras fronteras y estados menos desarrollados, a la disolución de la idea de lo geográfico y, finalmente, al establecimiento de un único sistema de carácter planetario, entre otras.⁶

Así como la acepción del vocablo tiene directa relación con los fenómenos a los que técnicamente se lo vincule, según distintas visiones se tiende a diferenciar a la *globalización* de otros contenidos conceptuales. Por ejemplo, Beck se refiere a la *globalidad* y señala que ésta significa que “hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial. [...] En la expresión ‘sociedad mundial’, ‘mundial’ significa diferencia, pluralidad y ‘sociedad’ significa estado de no integración, de manera que (tal como lo sostiene M. Albrow) la sociedad mundial se puede comprender como una *pluralidad sin unidad*. [...] Y *globalización* significa los procesos en virtud de los cuales los estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”.⁷

También se ha diferenciado la globalización de otros términos “como la *mundialización*, la cual revierte en un sentido geográfico y territorial; la *internacionalización*, que remite a una vertiente política y jurídica, en la que la noción central es la nación; y la *planetarización*, que comprende el

“g” porque son propicias para la ambigüedad y suelen utilizarse de manera muy vaga: en “Teoría general del derecho”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, 2005, p. 603.

6. Ver remisión en Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 27-28, nota 31.

7. Beck, *op. cit.*, pp. 28-29 y también p. 56 y ss. La idea de un “sistema mundial” ha sido desarrollada por Wallerstein, Immanuel, en *El moderno sistema mundial*, Madrid, Siglo XXI, 1999, traducción del original publicado en Nueva York en 1974. Véase del mismo autor: Wallerstein, Immanuel, “The modern World-system as a capitalist World-economy”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 55 y ss.

período que va desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta los años sesenta –la primera fase es la internacionalización y la tercera es la globalización–. La *globalización* o *transnacionalización*, sin embargo, reenvía a un proceso social, económico, cultural y demográfico”.⁸

A riesgo de aumentar la confusión que puede existir sobre esta temática terminológica, una parte de la doctrina francesa prefiere hablar de *mundialización* como representando el concepto al que en general la doctrina atribuye al vocablo *globalización*.⁹

1.2. Intentos de definición. Algunas alternativas

Según se otorgue preponderancia a los aspectos referidos a la información, a la economía, a la política nacional e internacional o a la cultura

8. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 27; Grün, Ernesto, “La Globalización del Derecho”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N°2, 1998/1999, pp. 11-17, disponible en <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/2-2.pdf>, quien dice: “La globalización se distingue de la internacionalización que es definida como el medio para posibilitar a las naciones-estados de satisfacer sus intereses nacionales en áreas en las cuales son incapaces de hacerlo por sí mismas. La internacionalización implica cooperación entre estados soberanos mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía”, con cita de Spota, Antonio, “Globalización, integración y derecho constitucional”, en *La Ley*, 26/2/99, p. 1 y ss.; continúa diciendo, en la pp. 11-12, con cita del ex Secretario General de Naciones Unidas, Boutros Ghali, que “no existe una sino muchas globalizaciones, la de la información, de las drogas, de las pestes, de la ecología y naturalmente ante todo de las finanzas. Aparece una gran complicación porque las globalizaciones avanzan con velocidades diferentes”; también Barra, Rodolfo C., “Globalización y Regionalización”, Conferencia dictada en la Universidad de Bolonia, sede Buenos Aires, 19 de octubre de 1999, disponible en http://www.rodolfobarra.com.ar/Frames/Contents/Publicaciones/ElDerecho/Globalizacion_y_regionalizacion.html. Sobre el tema véase Squella, *op. cit. infra* en nota 40, que en p. 511 inicia un capítulo al que titula “Mundialización, internacionalización y globalización: ¿hablamos de lo mismo?”.

9. Olivencia, Manuel, “Globalización y Derecho”, en *ABC*, 25 de septiembre de 2007, disponible en www.almendron.com; en igual sentido Marrella, Fabrizio, “La nova *Lex Mercatoria*”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell’Economia*, dirigido por Galgano, Francesco, Volume trentesimo, CEDAM, Padua, 2003, p. 1 y ss. Farina, Juan María, “Derecho comercial y globalización”, *La Ley*, 2010-C, 1259, informa que Andrés Comte-Sponville señala una diferencia entre el término “mundialización” referido a todas las actividades susceptibles de trascender las fronteras nacionales (arte, ciencia, gastronomía, moda, etc.) del “capitalismo globalizado”.

en el significado actual de la globalización, se han esbozado una importante cantidad de *definiciones*.

Como ejemplo puede citarse la aproximación de Giddens: “la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia”.¹⁰

En sentido similar pero un poco más amplio, se ha dicho: “...ésta es propiamente la esencia de la globalización: una particular acción humana simultáneamente a otras provenientes indiferentemente de cualquier lugar, puede extenderse de una parte a la otra del mundo, puede llegar a cualquier otra parte del globo, anulando totalmente el espacio físico, esto es la distancia, y comprimiendo al máximo, cuando no anulando totalmente el tiempo necesario para el cumplimiento de la acción misma”, para lo cual estima que debe tenerse en cuenta que cada acción del hombre, cualquiera sea su objeto o su fin, es también una actividad de comunicación.¹¹

Beck sostiene que “La singularidad del proceso de globalización radica actualmente (y radicará sin duda también en el futuro) en la ramificación, densidad y estabilidad de sus recíprocas redes de relaciones regionales-globales empíricamente comprobables y de su autodefinición de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y de las citadas corrientes icónicas en los planos cultural, político, económico y militar”.¹²

10. Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67-68. Esta definición ha sido criticada por Ferrarese, María Rosaria, *Le Istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 14 y ss.; Farina, Juan María, “Derecho comercial y globalización”, *La Ley*, 2010-C, 1259, recuerda la definición del *Diccionario de la Real Academia Española*: “Globalización: Tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.

11. Baldassarre, Antonio, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002, p. 6.

12. Beck, *op. cit.*, p. 31; Grün, *op. cit.*, p. 11, dice: “La *globalización* ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común. Aunque puede ser discutible que ello lleve al bien común”, con cita de Martín, H. P. y Schumann, H. Véase también Bisso, Carlos E., *Globalización y Derecho*, UNLP, 2005-36, 01/01/2005, 726, quien refiere la definición del español Guillermo de la Dehesa, que dice: “la globalización como un proceso dinámico de creciente libertad e integración de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales”. El impacto sobre la cultura, en sentido amplio, ha sido también frecuentemente destacado: véase Albrow, Martin, “Travelling beyond local cultures”,

En una visión más acentuadamente económica, Stiglitz dice: “Fundamentalmente, es la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras. La globalización ha sido acompañada por la creación de nuevas instituciones; en el campo de la sociedad civil internacional...”¹³

Una mayor referencia al efecto político institucional surge de la definición de Susan Strange, que ve a la globalización como un proceso de “pase de consigna” de poderes siempre mayores de los estados al mercado.¹⁴

en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, Blackwell, Oxford, 2008, p. 135 y ss., que destacan la idea de nueva cultura y comunidad dentro del mismo territorio, por lo que las referencias cambian, p. 137.

13. Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, p. 37.; del mismo autor: Stiglitz, Joseph E., “Globalism’s discontents”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 208 y ss. Las citas posteriores se refieren al trabajo mencionado en primer término. Entre nosotros ha hecho una aproximación similar Sánchez Sorondo, Marcelo, “¿El ocaso de las naciones?”, en *El Estado en la Aldea Global*, 8^{vas} Jornadas Bancarias de la República Argentina, ABRA, julio de 2007, p. 89, quien dice: “La globalización es un proceso vigente en la circunstancia contemporánea, que se inicia en el ámbito económico-financiero; proceso producido por la expansión universal del mercado, cuyos agentes prioritarios son las empresas multinacionales. El mercado, como punto de irradiación del comercio y de la circulación dineraria, ha servido para respaldar en los países centrales el poder de los Estados mientras que, por el contrario, en los del Tercer Mundo configura una eventual amenaza a las soberanías nacionales. En ambos casos, la economía, esto es, la visión cultural *economicista*, priva sobre la política y sus lineamientos tradicionales”. En igual sentido: Aninat, Eduardo, *Reflexiones sobre la globalización, España y el FMI*, Fondo Monetario Internacional, San Sebastián, 2001, quien dice: “¿Qué es exactamente la globalización? Podemos definirla como la integración creciente de los países del mundo en todos los ámbitos y especialmente la internacionalización de las actividades económicas”; Barra, *op. cit.*, señala que “el sistema global no es sólo económico”.

14. Strange, Susan, *Chi governa l'economía mondiale*, Il Mulino, Bolonia, 1998, p. 57, citada por Ferrarese, *op. cit.*, p. 15., también Strange, Susan, “The declining authority of states”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 228 y ss., para quien el estudio de la economía y política global hace caer en cuenta a la autora de la necesidad de repensar el estudio de las relaciones internacionales; especialmente los estados deben reconocer su pérdida de poder ante el fenómeno global. Los mercados globales son hoy más poderosos que los propios estados.

Como se advierte, estas definiciones son indicativas de los distintos campos de estudio y de focalización del fenómeno desde diferentes ángulos.

Hasta aquí el objeto de mencionar algunas de las definiciones de las muchas que existen, es presentar un panorama en el que se advierte se acentúan para algunos el fenómeno de la información y de la comunicación; otros, sin abandonar tal primacía, destacan cómo se extiende a distintos planos (cultural, político, económico y militar, sin perjuicio de sus aspectos ambientales, sociales y urbanísticos).

En otra vertiente, varios autores prefieren centrar el fenómeno en su impacto económico. Mientras que finalmente se abraza como principal la erosión de los poderes del Estado nacional en beneficio del “mercado”, u organizaciones públicas o privadas internacionales o supranacionales.

Por nuestra parte, afirmaremos más adelante nuestra convicción en el sentido que la eclosión del fenómeno informático condensa el núcleo de la globalización, tal como hoy se presenta, y que de ese núcleo se desprenden sus otras múltiples, complejas y a veces contradictorias aristas del problema, todas las cuales lo integran.

1.3. En busca de sus orígenes

En este sentido, se afirma que el término “globalización” no es otra cosa que una expresión moderna referida a una problemática que se ha dado, con mayor o menor intensidad, a lo largo de la historia, por lo que se afirma que “es un fenómeno nuevo pero conectado a antecedentes previos”.¹⁵

Siempre se intenta, doctrinariamente, encontrar las raíces históricas de los institutos y aun de ciertos conceptos técnicos o jurídicos. Es cierto que desde el punto de vista de la expansión territorial de pueblos y culturas, de

Véase Zekos, Georgios I., “Cyberspace and Globalization”, en *Law, Social Justice & Global Development Journal* (LGD), 2002, disponible en http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos/, 2002, quien ensaya una definición diciendo: “globalización es generalmente definida como la desnacionalización del ámbito político, económico y social, que socava la habilidad de los estados soberanos en controlar las actividades en su territorio, en relación a la necesidad de encontrar soluciones a los problemas universales, como la polución del medio ambiente, en un nivel internacional”.

15. Cadena Afanador, Walter René, “La nueva *Lex mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho”, en *Papel Político* N°13, Bogotá, octubre de 2001, p. 101 y ss.

los dominios políticos, generalmente extendidos sobre la base de guerras y de fuerzas militares, que también llevaron al transplante –en mayor o menor medida– de sus instituciones jurídicas, pueden encontrarse ejemplos en la antigüedad muy remota.¹⁶ La única objeción, que desarrollaremos más adelante, es que tales antecedentes carecieron del carácter global o universal al que llega hoy la globalización.

En un breve excursus recordemos que algunos autores creen ver los primeros atisbos de una relativa globalización en la Edad Media, con la expansión del derecho común (sobre la base del derecho romano), el nacimiento del comercio y las negociaciones interestadales y lo que se ha dado en llamar la “primera *lex mercatoria*”.¹⁷ En igual sentido, un estudio de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina) establece que el proceso de internacionalización se remonta al surgimiento del capitalismo en Europa a fines de la Edad Media.¹⁸ En esa misma época Galgano sitúa la concurrencia

16. Ferrarese, *op. cit.*, p. 16 y ss., remite a las grandes migraciones asiáticas que rediseñaron gran parte del mundo y de la población mundial y a imperios presentes en la escena universal por cinco mil años, refiriéndose después al orden medieval, con cita de Grossi, Wallerstein y otros autores.

17. Sassen, Saskia, *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, Madrid, 2010, traducción de la edición original en inglés de 2006 por María Victoria Rodil, p. 59 y ss., con amplia consideración de las nociones de territorio y autoridad. “De esta manera, aunque en la Edad Media no existía una autoridad exclusiva determinada por la territorialidad, al menos algunas de las jurisdicciones superpuestas aspiraban a la autoridad única y superior”, p. 66. Después agrega: “Podría considerarse que la arquitectura organizativa de este complejo sistema presenta ciertos rasgos del Imperio moderno. No obstante, Wallerstein (1974) sostiene que la geografía feudal descentralizada, en su interacción con dos formas de autoridad centralizadas (Iglesia e Imperio), no constituye una economía mundial”, p. 67.

18. CEPAL (Comisión Económica para América Latina), “Globalización y Desarrollo”, CEPAL, Brasilia, mayo de 2002, estudio preparado para el 29º Período de Sesiones. “El proceso contemporáneo de internacionalización se remonta al surgimiento del capitalismo en Europa a fines de la Edad Media, a la nueva actitud científica y cultural que encarnó el Renacimiento, y a la conformación de las grandes naciones europeas y sus imperios. La expansión del capitalismo es el único fenómeno histórico que ha tenido alcances verdaderamente globales, aunque incompletos. Con mayor intensidad que otras regiones del mundo en desarrollo, la historia de América Latina y el Caribe ha estado estrechamente vinculada a esta evolución desde fines del siglo XV”, p. 18.

del derecho romano y de la *lex mercatoria*, a la que incluso hace prevalecer sobre aquél.¹⁹

Acerca de esta disputa sobre el inicio de la globalización también escribe Ulrich Beck. Explica que para muchos el inicio del sistema mundial capitalista se remonta al colonialismo del siglo XVI; para otros fue marcado por el advenimiento de las empresas internacionales; habiendo finalmente otra corriente de pensamiento que atribuye su gestación al tiempo en que se suprimen los tipos de cambio fijos o al colapso del bloque socialista oriental.²⁰

Ya en la Edad Moderna, un fenómeno común consistió en la expansión colonial de grandes potencias, sobre todo europeas, que junto con su dependencia política y pertenencia a un imperio, también implicó transplantes culturales, migraciones, reglas económicas impuestas por la metrópoli (como el monopolio), que Inglaterra, incluso, extendió a países como China y Japón.²¹ Además, en diversa medida, también existió un transplante de “nacionalidad”, credo religioso e instituciones jurídicas.²² En el caso

19. Galgano, *op. cit.*, p. 52, en cuya nota 3 dice: “Y el derecho canónico tenía una supremacía metodológica, habiendo aplicado al derecho el método, posteriormente generalizado, de la dialéctica escolástica, que elevaba a sistema orgánico un conjunto de preceptos, formando un cuerpo único, en cuyo interior todas las partes interaccionan. Sobre el punto se detiene difusamente Berman, *Diritto e Rivoluzione, op. cit.*, p. 155 y ss., quien ve en la que define como Revolución pontificia, realizada por Gregorio VII en el siglo once para someter bajo la guía del Papa la comunidad entera de los fieles, más allá de todo límite o confín político, la primera revolución transnacional de Occidente”.

20. Beck, *op. cit.*, p. 41, que en su nota 5 dice que el inicio de la globalización aparece ubicado en el tiempo de manera diferente:

Autor	Inicio	Denominación
Marx	Siglo XV	Capitalismo moderno
Wallerstein	Siglo XV	Sistema mundial capitalista
Robertson	1870-1920	Multidimensional
Giddens	Siglo XVIII	Modernización
Perlmutter	Final del conflicto este-oeste	Civilización global

El autor remite al respecto a J. N. Pieterse, “Der Melange-Effekt”, en U. Beck (comp.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Francfort, 1997.

21. Bunge, Mario, *Tres mitos de nuestro tiempo: Virtualidad, Globalización, Igualamiento*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2006, p. 30.

22. Berkowitz, Daniel - Pistor, Katharina y Richard, Jean-François, “Economic Development, Legality, and the Transplant Effect”, en *European Economic Review*, Volumen 47, Issue 1, Febrero 2003, pp. 165-195, especialmente Capítulo 2, “The transplant effect”

particular de Argentina –similar al de muchos países de Latinoamérica– rigieron leyes específicas dictadas por la metrópoli española (como las “Leyes de Indias”), acompañadas por la remisión a ordenamientos vigentes en España, específicamente los antecedentes del Fuero Juzgo, las Leyes de Castilla y en materia comercial las Ordenanzas de Bilbao,²³ muchas de las cuales siguieron aplicándose después de la independencia.²⁴ La elaboración de los códigos de derecho privado en nuestro país a partir de 1859 (sanción del primer Código de Comercio) en adelante, siguieron genéricamente los modelos franceses de 1804 y 1807,²⁵ sin perjuicio de la multiplicidad de fuentes del derecho contemporáneo a su redacción, como lo prueban las notas del propio Vélez Sarsfield al Código Civil y el trabajo de Amancio Alcorta y Obarrio con respecto al Código de Comercio.²⁶ La prueba de esa comunidad originaria de regímenes jurídicos está dada, entre otros ejemplos, por la adopción del Código de Comercio Argentino de 1859 por el Uruguay y la adopción del Código Civil de nuestro país por Paraguay.

y cuadro de los “transplantes” en pp. 21-24; Martin, Natalie, “The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”, Boston College 28 B.C., *International and Comparative Law Review*, 2005; Casse, Sabino, “The Globalization of law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 37 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 973, 2005.

23. Malagarriga, Carlos C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo I, 3ra. edición, TEA, Buenos Aires, 1963, p. 8.

24. Un caso particular fue el Código de Comercio Español de 1829, llamado de Sáinz de Andino, que fue sancionado y promulgado por Real Cédula dada en Aranjuez el 30 de mayo de 1829 y rigió durante algún tiempo en algunas provincias de la Argentina y otros países de Latinoamérica: Malagarriga, Carlos C., *op. cit.*, p. 16, que se refiere a la propuesta para el Estado de Buenos Aires, la ley de Mendoza de 1845 y la de San Juan de 1862; Siburu, Juan B., *Comentario del Código de Comercio Argentino*, Tomo I, 2ª edición, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1923, p. 188 y ss., quien dice “Cuando más tarde la Provincia de Buenos Aires fue incorporada a la Confederación, varias provincias adoptaron su Código de Comercio, mientras que otras permanecieron bajo el régimen de las leyes españolas”.

25. Véase Roullon, Adolfo A., *Código de Comercio*, coordinado por Alonso, Daniel F., La Ley, Tomo I, Buenos Aires, 2005, p. 5.

26. Alcorta, Amancio-Obarrio, Manuel, *Fuentes y concordancias del Código de Comercio*, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1887. También véase Siburu, *op. cit.*, p. 209 y ss.

Galgano también destaca que la interdependencia entre las economías nacionales, junto con el comercio internacional, se encontraría, en teoría, a principio del siglo XX y antes también, en la mitad del siglo XIX.²⁷

Algunos historiadores modernos señalan la evolución del proceso de globalización durante los últimos 140 años, cuya primera etapa se extiende de 1870 a 1913, producida por una gran movilidad de capitales y de mano de obra y un aumento del giro comercial por una gran reducción de los costos de transporte,²⁸ que se habría interrumpido con la Primera Guerra Mundial (1914-1918). En el mismo documento se afirma que la segunda etapa, después de la Segunda Guerra Mundial, tendría dos fases diferentes, la primera se extendería de 1945 a 1973, cuando se desarrollan instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, se expande el comercio de bienes entre países desarrollados, aun cuando subsiste la existencia de modelos de organización económica y una restringida movilidad de capitales y de mano de obra. La segunda fase fue a comienzos de la década del '70 como consecuencia de la caída del régimen de Bretton Woods, la crisis petrolera y la movilidad de capitales privados.

Una última etapa comprendería el último cuarto del siglo XX con la ampliación del libre comercio, la presencia de empresas transnacionales como sistemas integrados, la movilidad de los capitales y la tendencia a la homogenización de los modelos de desarrollo, aun cuando persisten restricciones al movimiento de mano de obra.²⁹

27. Galgano, *op. cit.*, pp. 30-31. Sin embargo, el autor también señaló, al hablar de la “*lex mercatoria*”, que la política sometió a la economía en los Estados absolutistas y separó a la economía del derecho con el advenimiento de la sociedad industrial, lo que finalmente produjo lo que llama la “Babel de los derechos nacionales”, p. 53 y ss. Una visión particular, referida a la globalización como “convergencia de los precios de la mercadería de alto consumo entre mercados distantes entre sí” es estudiada por Dobado, Rafael y Guerrero, David en *The integration of western hemisphere grain markets in the eighteenth century: early progress and decline of globalizations*, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid, publicado en www.ucm.es, quienes sostienen que, en esa dirección este mercado comenzó su desarrollo a fines del siglo XVIII y no “explotó” en 1820, como lo afirmaron a O'Rourke y Williamson en trabajos que citan.

28. CEPAL, *op. cit.*, Capítulo I, p. 18. En idéntico sentido: Montoya Alberti, Ulises, “La Globalización Jurídica” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 279 y ss.

29. CEPAL, *op. cit.*, Capítulo I, pp. 18-19, con cita de autores que acompañan estas

En general se estima que crecientemente a partir de la década de 1970, los grandes progresos en materia tecnológica, sobre todo los referidos a la información, acompañados de la rapidez de los transportes, generó lo que se ha llamado la “revolución de la globalización”.³⁰

Finalmente, hay quienes entienden que el proceso de globalización se ha iniciado en la década pasada, período que se corresponde con la implementación y expansión de Internet, así como al fin de los últimos regímenes socialistas con el ocaso de la guerra fría y la consecuente expansión del capitalismo.³¹

Por nuestra parte estimamos pertinentes estas dos miradas sobre el fenómeno, desde que, si bien desde 1990 el proceso se acentúa quizá vertiginosamente, desde 1970 se advierten los inicios de una “nueva era” que ya contenía la simiente de la actual configuración. De ello nos ocupamos a continuación.

1.4. El concepto de globalización y su causa generadora principal

Hemos identificado en el punto 1.3. las distintas opiniones sobre lo que llamamos “los orígenes” de la globalización.

Cierto es que muchos de los datos aproximados por los distintos autores y sus respectivas posiciones representan aspectos en los cuales se pueden descubrir tanto conquistas territoriales como el transplante cultural y jurídico en ciertas áreas y en determinadas épocas.

Sin embargo, a nuestro juicio, ninguno de tales precedentes –hasta que hace su aparición la eclosión de las comunicaciones a nivel mundial– es un antecedente del fenómeno concreto técnicamente dimensionable como

afirmaciones. En igual sentido: Capella, Juan-Ramón, en “La globalización ante una encrucijada jurídico-política”, en *Derecho y justicia en una sociedad global, Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, 2005, (22° Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social), p. 14, quien entre otras afirmaciones dice: “El crecimiento económico del cuarto de siglo posterior al período de reconstrucción posbélica estableció condiciones de interdependencia entre las distintas sociedades del planeta [...] El surgimiento de una grave problemática ecológica es la primera manifestación importante de lo que hemos acabado llamando *globalización*”.

30. McLuhan y Powers, *op. cit.*, p. 91 y ss., y Galgano, p. 30 y remisiones de su nota 31.

31. Farina, Juan María, *Derecho comercial y globalización*, La Ley, 2010-C, 1259.

verdadera *globalización*. En consecuencia, sea que se ubique el comienzo de esta etapa de mundialización de la información con comienzo en la década del '70 del siglo pasado, con una velocidad creciente en el último cuarto de siglo, o hacia fines de la década del '80 y principios de la de los '90, lo cierto es que *las características fundantes del moderno concepto de globalización se integran necesariamente con las mayores facilidades de intercomunicación rápida y a veces instantánea, directamente entre los sujetos individuales, por encima de las distinciones personales y de las fronteras nacionales.*

En un debate todavía inacabado se discute sobre el *eje central* de la actual globalización. Resumiendo al mínimo podemos señalar que una parte de los autores que tratan el tema entienden que la raíz originante del fenómeno reside, como hemos afirmado precedentemente, en el estado actual de las comunicaciones a nivel planetario,³² mientras que, por otra parte, se sostiene que el núcleo consiste en la expansión del comercio, la caída de las barreras a los flujos de mercaderías y capitales y la creciente aparición de reglas jurídicas adaptadas o facilitantes de ese comercio, muchas de las cuales no son de origen intraestatal.³³

32. Baldassarre, Antonio, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002, p. 5, donde comienza un apartado que se llama "La globalización como producto de la revolución cibernética". Krawietz, Werner, en "Sistemas jurídicos modernos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción", disponible en http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_08.pdf, destaca el rol de la comunicación y de la información en la elaboración e interpretación del derecho contemporáneo, en "épocas de transición".

33. Garrido Gómez, *op. cit.*, titula su capítulo 1.2. "La globalización económica como clave del resto de las globalizaciones", p. 23 y ss.; Ferrarese, *op. cit.*, p. 11, dice que la globalización no mira tanto la esfera económica como tal sino sus nexos con la esfera institucional. Entre las regulaciones con vocación de "universalidad" se destacan las normas contables llamadas "International Financial Reporting Standards. (IFRS), elaborados por el International Accounting Standards Board que va siendo adoptado por gran número de países y organismos de control (bursátil, bancario, de seguros, etc.). Sobre el tema existe mucha bibliografía, de entre ella puede verse: Teller, Marina, "Les normes comptables internationales: la transparence en question", en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, octubre-diciembre 2010, número 4, p. 671 y ss., con interesantes reflexiones.

De todos modos, nos coloquemos en una u otra posición, del elemento que se entienda como fundante, derivan las otras parcelas actuales sobre las que incide la globalización. Además de las comunicacionales, económicas, culturales y políticas que hemos de reseñar, también se destacan otras referidos a los perfiles ambientales,³⁴ a la criminalidad internacional³⁵ y, entre

34. Glenn, John, *Globalization. North-South perspectives*, Routledge, Nueva York, 2007, p. 28, quien en la nota 73 (p. 230) cita el trabajo de Saurin, Julián, "Global environmental degradation", en Thomas, Caroline (ed.), *RIO: Unravelling the Consequences*, Essex, Inglaterra y Portland, Oregon, USA, Frank Cass, 1994, p. 48; en igual sentido Beck; *op. cit.*, pp. 37-38 y ver CEPAL (Comisión Económica para América Latina), *Globalización y Desarrollo*, CEPAL, Brasilia, mayo de 2002, Capítulo 9, sobre "Globalización y sostenibilidad ambiental"; World Commission on Environment and Development, "From one earth to one world", en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 404 y ss.; International Forum of Globalization, "A better World is possible", en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 482 y ss., donde se citan diez principios para sociedades democráticas y sustentables (p. 487); Zekos, Georgios I., "Cyberspace and Globalization", en *Law, Social Justice & Global Development Journal* (LGD), 2002, disponible en http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos/, 2002; Méndez Francisco, Luis, "Globalización y medio ambiente", en Revista *INAFOCAM*, República Dominicana, Año 1, Vol. I, enero 2007, p. 23/41 y del mismo autor Méndez Francisco, Luis, "La globalización y el estado nacional", *Foro Internacional sobre Globalización "Alternativas a la globalización económica"*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 135-152, quien dice en esta obra "la globalización económica es esencialmente perjudicial para el medio ambiente, porque se basa en el consumo, la incontrolada explotación de los recursos, en el progresivo aumento de los residuos y en la producción orientada a la exportación"; también en sentido crítico Capella, Juan-Ramón, *op. cit.*, p. 17 y ss.; y en Shiva, Vandana, "Ecological balance in an era of globalization", en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 465 y ss. Compárese: Maljean-Dubois, Sandrine (dir.), "Le droit l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques: place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles", Reporte final de Investigación, mayo 2008, disponible en http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/170-RF_Maljean-Dubois_Droit_Environ.pdf. Un completo y reciente estudio realizado por la OCDE, llamado *Globalisation, transport and environment*, OECD Publication, París, 2010, disponible en www.oecd.org, trata los efectos directos e indirectos en el ambiente, con especial referencia a los transportes y una enunciación detallada de bibliografía y legislación universal.

35. El tema es de gran amplitud y por sí solo justificaría una monografía separada. Véase entre otros: Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Globalización y crimen organizado", Conferencia de Clausura de la Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la

otros, a los problemas sociales, incluidos los laborales, migratorios y de seguridad social, a la cultura y, en definitiva, en general a todos los temas vinculados con la actividad humana.

1.5. Debate sobre los aspectos positivos y negativos de la globalización

Se han escuchado enérgicas voces en contra y en favor de la globalización, de su conveniencia o inconveniencia. En todo caso, consideramos atinado no confundirla con una ideología o iniciativa económica o política. Se trata más bien de una realidad ya establecida y, como indica Zygmunt Bauman,³⁶ no se puede hacer nada para detenerla.

Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007; y del mismo autor “La globalización y las actuales políticas de la política criminal”, en *Direito e Cidadania*, Año 3, N°8, 1999-2000, pp. 71-96, Praia, Cabo Verde, reproducido por el Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha, que puede leerse en <http://www.cienciaspenales.net>. Desde otro ángulo se ha dicho: “El último capítulo indaga las expresiones radicales de la polarización: la tendencia actual a criminalizar los casos que se hallan por debajo de la norma idealizada y el papel de la criminalización de mitigar las penurias de la ‘vida errante’ al volver cada vez más odiosa y repugnante la imagen de su alternativa, la vida inmóvil. Se tiende a reducir la compleja cuestión de la seguridad existencial provocada por el proceso de globalización al problema aparentemente sencillo ‘de la ley y el orden’”, Bauman, *op. cit.*, p. 11, y posteriormente p. 138 y ss. con amplio tratamiento. David, Pedro R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Zavalía, Buenos Aires, 1999; Figueroa, Ana María, *Globalización jurídica, neoconstitucionalismo y crímenes de lesa humanidad*, LL, 2008-A, 981, quien se refiere particularmente a los crímenes de lesa humanidad.; Halliday, Terence C. y Osinsky, Pavel, “Globalization of law”, en *Annual Review of Sociology*, Vol. 32, pp. 447-470, agosto 2006, disponible en http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday_Osinsky_Globalization_and_Law.pdf, p. 462, se refieren a los crímenes de lesa humanidad y genocidio, mencionando los últimos casos respecto de Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona y Sudán; Anderson, Kenneth, “The rise of International criminal law: intended and unintended consequences”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N°2, EJIL, 2009; Mittelman, James H., “Global organized crime”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 235 y ss.

36. Ver Bauman, Zygmunt, *Mundo consumo. Ética del individuo en la aldea global*, 1ª edición, Paidós, Buenos Aires, 2010, p. 44, quien dice: “En realidad, la globalización parece hoy ineludible e irreversible. Se ha alcanzado (y se ha sobrepasado) el punto de no retorno. No hay vuelta atrás. Nuestras interconexiones y nuestra interdependencia son

En muchos casos encontramos posiciones con implicancias ideológicas que intentan definir a este fenómeno de forma positiva o negativa. Otras concepciones, creo de manera más acertada, ven al fenómeno como un instrumento, una herramienta de enorme potencial que pueden ser utilizada para beneficio de la humanidad, aunque también destacan que pueden serlo para su opresión y sometimiento. Por lo tanto el desafío, como explica Joseph Stiglitz, se encuentra en la manera de hacerla funcionar.³⁷

En el último tiempo se han multiplicado las movilizaciones “antiglobalización” alrededor del mundo. Los activistas la han señalado como un enemigo común y le asignan culpas de las más variadas cuestiones. Al nuevo enemigo se lo acusa de problemas que incluyen temas ambientales y laborales como relativos a las inequidades del capitalismo o la necesaria condonación de la deuda económica del Tercer Mundo. Como es de esperar, es en materia económica donde los reclamos invisten mayor fuerza y tienen como principales destinatarios a la OMC, al Fondo Monetario Internacional, al Banco Mundial, a los países desarrollados y a empresas multinacionales.

ya globales. Lo que ocurre en un lugar influye en las vidas y las oportunidades vitales de personas de todos los lugares. A la hora de calcular los pasos que dar en un sitio determinado, deben tomarse en consideración las respuestas de la gente de todos los demás lugares. Ningún territorio soberano, por extenso, poblado o rico en recursos que sea, puede proteger por sí solo sus condiciones de vida, su seguridad, su prosperidad a largo plazo, su modo de vida favorito o la seguridad de sus habitantes”. También Barra, *op. cit.*

37. Ver Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, p. 299 y ss.; Aninat, *op. cit.*, quien dijo, con cita de Amartya Sen, “cómo aprovechar los notables beneficios que nos ofrecen las relaciones económicas y el progreso tecnológico de forma que se preste la debida atención a los intereses de los grupos menos favorecidos y los más débiles. Yo añadiría que, en el caso de América Latina, esta tarea deberá centrarse en el aprovechamiento de los cambios tecnológicos para superar la apatía económica y social, revitalizar las fuerzas del cambio y la modernización y fomentar la movilidad social”. Olivencia, *op. cit.*, en una ocurrente frase, dijo: “En el Congreso de UNCITRAL, el jurista ruso Lebedev citó esta frase de un compatriota (Mark Rozovski): ‘Globalistas son los que van a McDonald’s; antiglobalistas son los que van a McDonald’s y después a una manifestación contra los globalistas [...] Parece muy *progre* oponerse a la globalización; pero no es útil ni razonable. Lo aceptado es aprovechar sus buenos frutos y separarlos de las cizañas de las injusticias”. En International Forum of Globalization, “A better World is possible”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 482 y ss., se resumen las críticas formuladas al proceso de globalización (p. 485 y ss.).

Imputan principalmente a este proceso de favorecer a los países más ricos y a esas empresas multinacionales. Entienden que el modelo de desarrollo económico en el marco de la globalización es insostenible, injusto y crea inequidad, produciendo desequilibrios en la capacidad de acción y decisión de los países, perjudicando a los más pobres.

Como mencionamos, lo central de las críticas se funda en las cuestiones económicas y políticas, con sus reflejos sobre la condición humana de los ciudadanos. En particular lo que se ha retratado con crudeza como “las riquezas son globales y la miseria es local”, produciendo una “despoblación cualitativa por la destrucción de economías regionales otrora capaces de mantener a sus habitantes”.³⁸

Al tratar en concreto algunos aspectos puntuales de la globalización, nos referiremos a otras críticas que desarrolla un sector importante de la doctrina, no sólo ni principalmente la doctrina jurídica sino la sociología, las

38. Bauman, citado por Beck, *op. cit.*, p. 87 y ss.; también Beck, Ulrich, en “La Paradoja de la Globalización”, en *El País*, Madrid, 5 de diciembre de 2002, dice: “La globalización, se afirma en un manifiesto del movimiento antiglobalización, es el último nombre en la historia del crimen para referirse a la acumulación de privilegios y riquezas y la democratización de la miseria y la desesperanza” (en lo sucesivo la remisión a Beck debe entenderse referida al libro –indicado *supra*– de Beck *Qué es la globalización*); Shiva, Vandana, “Ecological balance in an era of globalization”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 465 y ss.; en sentido muy crítico. Dussel, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, sexta edición, Trotta, Madrid, 2009, quien comienza su libro diciendo “nos encontramos ante el hecho masivo de la crisis de un ‘sistema mundo’ que comenzó a gestarse hace 5000 años, que está globalizando hasta llegar hasta el ultimo rincón de la Tierra, excluyendo paradójicamente, a la mayoría de la humanidad”, véase también pp. 5-8 y sus citas; Robinson, William I., “La globalización capitalista y la transnacionalización del Estado”, trabajo presentado al Taller Transatlántico sobre “Materialismo Histórico y la Globalización”, Universidad de Warwick, abril de 1998, disponible en <http://www.rci.net/globalizacion/2000/fg138.htm>. Ver *infra* nota 43; también Tomlinson, John, “Cultural Imperialism”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 317 y ss. Véase también al respecto: Carta Encíclica “*Caritas in Veritate*” del Sumo Pontífice Benedicto XVI sobre “El desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad”, disponible en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html, quien dice en el apartado 22: “...la riqueza mundial crece en términos absolutos pero aumentan también las desigualdades...”.

relaciones internacionales políticas y económicas y la concepción nacional o internacional del gobierno.

Como fue expresado con anterioridad, el proceso de globalización no vuelve sobre sus pasos.³⁹ Sus detractores lo saben; de ahí, que su lucha no se centra sólo en su eliminación. Buscan también su transformación. En este sentido, como ilustra Fernando Savater, uno puede estar a favor de la globalización y en contra de su rumbo actual, lo mismo que se puede estar a favor de la electricidad y contra la silla eléctrica.⁴⁰

Se reconocen a su vez aspectos positivos en tiempos de globalización. Esta nueva “interconectividad” ha ayudado a facilitar y extender el acceso de medicamentos y ayuda humanitaria mejorando los niveles de salud en regiones marginales. En el plano ambiental se menciona la creación de diferentes organismos ambientales internacionales dedicados al cuidado y

39. Ver nota 36 y Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 299; Bautista, Oscar Diego, “Ideología neoliberal y política de globalización. Medidas implementadas por los países globalizadores y cambios generados en los países globalizados”, disponible en www.ucm.es, quien dice: “El proceso de globalización no tiene marcha atrás, no se puede detener ni mucho menos revertir, la mezcla e intercambio de valores es ya una realidad, por lo que es necesario rescatar lo positivo de cada aspecto, en lo económico, en lo político, social y cultural”, concluyendo con una interesante frase de Vaclav Havel.

40. Ver Savater, Fernando, “Necesidad de la Filosofía en un Mundo Globalizado”, exposición oral en ocasión del “Programa Conferencias Presidenciales de Humanidades”, La Moneda, Santiago de Chile, octubre de 2002, disponible en <http://es.scribd.com/doc/52385476/Necesidad-de-La-Filosofia-en-Un-Mundo-Globalizado>; ver también Sánchez, Alberto M., “Globalización y Derecho Interno”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, discurso pronunciado en su acto de recepción como académico, San Juan, 2004, quien titula un capítulo “La globalización es un dato de la realidad y no es en esencia ni buena ni mala”, citando un discurso de Juan Pablo II y la opinión contraria de Hoffmann, de quien transcribe el siguiente párrafo: “En primer lugar, la globalización no es ni inevitable ni irresistible, sino que es, en gran parte, una creación norteamericana arraigada en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial y basada en el poderío económico norteamericano”. Véase también Squella, Agustín, “¿Quedan preguntas para la filosofía del derecho en un mundo globalizado?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N°39-2005”, IVR, Granada, p. 504 y ss., quien dice: “Como todos sabemos, vista, por así decirlo, desde la izquierda, la globalización ha pasado por tres distintos momentos: primero se la puso en duda o, directamente, se la negó; luego se reconoció que existía y se levantó en su contra la bandera de la ‘antiglobalización’; y ahora, junto con reconocer que es un proceso en marcha, se la quiere distinta y se promueve una ‘alterglobalización’”.

monitoreo de cambio climático, contaminación y protección animal. En otro enfoque, el mayor comercio transnacional, y por ende mayor competencia, que trae la globalización se afirma que ha beneficiado al consumidor ya que los productos han mejorado. Las empresas ahora se ven obligadas a elevar sus estándares y mejorar la calidad de productos y bajar sus precios para poder mantenerse competentes en el mercado. Al mismo tiempo, muchas compañías transnacionales han creado empleo en países desarrollados. De esta manera se los integra, pasando a formar parte de las estrategias de producción. Es cierto que lo han hecho por conveniencia debido al bajo costo de la mano de obra, por lo que muchos lo consideran explotación, pero igualmente, como escribe Stiglitz,⁴¹ para multitudes en el mundo subdesarrollado trabajar en una fábrica es ampliamente preferible a permanecer en el campo y cultivar arroz.

Como también dijo Stiglitz, crítico del estado actual del fenómeno, “Muchos, quizá la mayoría, de estos aspectos de la globalización han sido saludados en todas partes. Nadie desea que sus hijos mueran cuando hay conocimientos y medicinas disponibles en otros lugares del mundo. Son los más limitados aspectos *económicos* de la globalización los que han sido objeto de polémica, y las instituciones internacionales que han fijado las reglas y han establecido o propiciado medidas como la liberalización de los mercados de capitales (la eliminación de las normas y reglamentaciones de muchos países en desarrollo que apuntan a la estabilización de los flujos del dinero volátil que entra y sale del país)”.⁴²

41. Ver Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 30 y ss. En un sentido diverso, criticando la “injusticia mundial de los trabajos de explotación”, y proponiendo un modelo de responsabilidad (global) de conexión social: Young, Iris Marion, “Responsabilidad y justicia global: un modelo de conexión social”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 688 y ss.

42. Ver Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 37. Hannerz, Ulf, “The global ecumene”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (ed.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 105 y ss., destacan que se presentan asimetrías en la nueva organización social globalizada, asimetrías políticas, sociales, culturales, de modo de reconocer a la globalización ecuménica como “organización de la diversidad”. En International Forum of Globalization, “A better World is possible”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (ed.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 482 y ss., se enuncian “Diez principios para sociedades democráticas y sustentables”.

Como explica el conocido militante antiglobalización Michael Albert, “Los activistas de la globalización anticapitalista defienden la creación de vínculos globales de solidaridad y mutuamente beneficiosos que sirvan para fomentar la igualdad, la solidaridad, la diversidad y la autogestión. Globalizar la democracia y no la subordinación. Globalizar la sostenibilidad y no la rapacidad”.⁴³

Juan Pablo II concluyó que “Por tanto, es evidente que el problema no es la globalización en sí misma. Más bien, las dificultades surgen de la falta de mecanismos eficaces que le den su justa dirección. La globalización debe insertarse en el contexto más amplio de un programa político y económico ordenado al auténtico progreso de toda la humanidad. De este modo, servirá a toda la familia humana, no beneficiando sólo a unos pocos privilegiados, sino promoviendo el bien común de todos. Así, el verdadero éxito de la globalización se determinará en la medida en que permita a toda persona gozar de los bienes básicos: la alimentación, la vivienda, la educación, el empleo, la paz, el progreso social, el desarrollo económico y la justicia. Este objetivo no puede alcanzarse sin la guía de la comunidad internacional y una adecuada regulación por parte de las instituciones políticas de todo el mundo”.⁴⁴

43. Ver Albert, Michael, *Parecon: vida después del capitalismo*, Akal, Madrid, 2005, p. 11 y ss., disponible en http://books.google.es/books?id=JfNi7V9WnhYC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=antiglobalizacion+michael+albert&source=bl&ots=KSIpTM6iAw&sig=plgnbzKGvuUitva1oAJLpZqPc2Y&hl=es&ei=zmoTToONDubrogGEx9TeDQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCYQ6AEwAw#v=onepage&q&f=false; Robinson, *op. cit.*, quien dice: “Las clases populares en la edad de la globalización necesitan transnacionalizar sus luchas. La movilización de la burguesía transnacional desde arriba sólo puede ser contrarrestada por una movilización transnacional desde abajo”.

44. Frase tomada del discurso dirigido por Su Santidad Juan Pablo II a los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales en su IX Sesión Plenaria en el mes de mayo de 2003, *L'Osservatore Romano*, 16 de mayo de 2003. Es interesante la frase del presidente de honor del Club de Roma y Miembro de Número de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Ricardo Díez Hochleiter, quien prologando el libro de Olcese Santoja, Aldo, *El capitalismo humanista*, Marcial Pons, Madrid, 2009, dice: “La evaluación de la economía de libre mercado nos ha enseñado durante las recientes décadas que el éxito de una empresa ya no se puede medir tan sólo por sus resultados comerciales, pese a ser ello muy importante. La grave crisis financiera de nuestros días, con sus consecuencias tales como el déficit público y el creciente gran desempleo, obligan a un replanteamiento de la formación junto con un urgente reciclaje de los directivos empresariales así como de los respectivos miembros de los consejos de administración de las empresas, de

2. La Nueva Comunicación (la revolución de Internet)

A lo largo de la historia los avances tecnológicos fueron lentamente superando limitaciones temporales y espaciales, siendo la aparición de Internet un paso gigantesco. Es uno de los elementos más importantes de la globalización y, seguramente, la razón por la cual el término ha cobrado vida. Analizar la importancia, las diferentes aplicaciones y el impacto de esta poderosa herramienta de la comunicación merece un trabajo aparte. Sin embargo, creo pertinente una breve mención al respecto.

Internet nace y como herramienta potencia, en medida inusitada, los cambios que se venían produciendo en materia económica y comercial. En muchos países las empresas con el fin de no perder competitividad, debieron modernizarse y reestructurar sus telecomunicaciones. Internet posibilita esta nueva extensión de operaciones de profesionales, comerciantes y corporaciones por el mundo.⁴⁵

El comercio electrónico es uno de los vehículos novedosos presentados por Internet. Éste ha transformado muchos de los métodos que operan en el mundo de los negocios y el comercio. El comercio electrónico con respecto al comercio tradicional ofrece a las empresas notables ventajas relacionadas con el propio comercio y las mercancías. Posibilita nuevas y más estrechas relaciones entre cliente y proveedor, como también poder adquirir un canal

tal modo que se puede establecer el deseable gobierno corporativo a fin de que esas empresas se conviertan no sólo en motores de la economía y núcleos vitales de una prosperidad material, social y de conveniencia democrática, sino también portadoras de la justicia y protección social, además, de la humanización del trabajo, la solidaridad, la cooperación, el progreso tecnológico, el saber humano y la libertad en democracia. Todo eso se requiere tanto más ante el actual proceso irreversible de globalización, lamentablemente centrado aún sobre todo en redes de las grandes empresas multinacionales, mientras que la verdadera globalización de un mañana ya próximo deberá ser altamente beneficiosa para lograr una Humanidad realmente solidaria desde numerosos valores y metas comunes, con creciente respeto a las diferencias étnicas y a las respectivas raíces culturales”.

45. Como veremos en seguida la eclosión de los medios de comunicación sin fronteras y en tiempo real, no solamente facilitaron el comercio sino también intercambios culturales, sociales, políticos, ambientales, penales, entre otros aspectos. Véase Iudica, Giovanni, “Law & Globalization”, en *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, coordinada por Wald, Arnaldo, *Revista Dos Tribunais*, San Pablo, 2010, p. 173 y ss., especialmente el cap. 1, “Revolución tecnológica y comunicación”, con importantes referencias.

de comunicación y publicidad de alcance masivo. Al mismo tiempo facilita el logro de una forma de acceso evitando a sus intermediarios actuales. Por último, también permite establecer empresas virtuales o virtualizar las existentes.

Como vemos, el comercio a través de Internet es un nuevo instrumento de integración de los mercados internacionales. Constituye hoy un elemento muy importante en los grandes flujos comerciales y en los profundos cambios que se operan en el mundo de los negocios y las inversiones. Por eso el comercio electrónico, concebido inicialmente como medio complementario, en realidad se está proyectando como una tecnología para el cambio, que por su relación costo-beneficio está al alcance de todas las empresas.^{45bis} El derecho no está ausente de estas realidades pues una parte de la doctrina se ha dedicado al estudio de las reglas jurídicas que rigen el *e-commerce* y materias colindantes. La cibernética ha entrado a la justicia, no sólo como fuente de información sino también como manera de trámite de los distintos procesos.^{45ter}

Hemos tenido oportunidad de señalar que nuestro compatriota, el científico Mario Bunge, en un luminoso estudio⁴⁶ reconocía las virtudes del

45^{bis}. Véase la Ley Modelo de Uncitral sobre Comercio Electrónico de 1996, con la guía para su incorporación al Derecho Interno, enmendada en 1998, adoptada por muchos países y que influenció sobre la “Uniform Electronic Transaction Act”, adoptada por Estados Unidos en 1999; la “Declaration on Global Electronic Commerce” y “Il Work Programme on Electronic Commerce”, ambos de la World Trade Organization. Un elenco de las fuentes internacionales y nacionales (en Italia) y un estudio particularizado, puede verse en Santosuosso, Giovanni, *Il Codice Internet e del Commercio Elettronico. Aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, CEDAM, Milán, 2001. En igual sentido: Davidson, Alan, *The Law of Electronic Commerce*, Cambridge University Press, Melbourne, Australia, 2009, quien hace especial referencia a la legislación de Uncitral y la particular de Australia y Nueva Zelanda, y también referencias a la legislación de Estados Unidos y Reino Unido (Land Registration Act 2002 y Electronic Communications Act 2000). Vid.: Lorenzetti, Ricardo L., *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; Devoto, Mauricio, *Comercio electrónico y firma digital: La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, La Ley, Buenos Aires, 2001; Etcheverry, Raúl A. Illescas Ortiz, Rafael (dirs.), Supervisado y Coordinado por Fernández Escudero, Josué y Robles Martín-Laborda, Antonio, *Comercio electrónico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010; Iezzi, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet: Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ábaco, Buenos Aires, 2005; Conseil d’Etat: Section du rapport et des études, “Internet et les réseaux numériques”, Études adopté par l’assemblée générale

fenómeno, como una difusión instantánea de la información, la emergencia de los “colaboratorios” científicos, el ahorro del trabajo y las transacciones comerciales por Internet. Sin embargo, afirmaba que esta “revolución informática es, pues, tan ambivalente como las revoluciones técnicas anteriores”. En tal sentido contestaba apreciaciones de Marshall McLuhan, Jürgen Habermas, Niklas Luhmann, Jean Baudrillard, Manuel Castells y Anthony Giddens, entre otros, señalando la necesidad de rescatar los valores humanos por sobre la falacia de la sociedad virtual. También estimaba que “Ya por una de estas razones, ya por la otra, no es cierto que estemos marchando hacia la cibernación, esa sociedad ideal sin ciudades, negocios, locales de reunión, laboratorios, bibliotecas, ni campos de deportes: colección amorfa de individuos encerrados en sus casas, cada cual sentado frente a su pantalla, comunicándose con centenares de personas sin cara”. (La reflexión parece acercarse al relato de Aldous Huxley en su libro *Un mundo feliz*).⁴⁷ En suma, Bunge expresaba su preocupación por la falta de acceso de muchas personas que no están maduras para esta revolución informática, pues recién salen o aún continúan “en el fondo de la historia”, con el peligro de aumentar la brecha entre los que tienen y los que no. Terminaba diciendo “Tengamos en cuenta que hoy día el problema del cerebro curioso no es tanto conseguir información como evitar la sobrecarga de la misma”. Por su lado, Zygmunt Bauman expresó que “Las comunicaciones baratas inundan y ahogan la memoria en lugar de alimentarla y estabilizarla”.⁴⁸

A pesar del poco tiempo que transcurrió desde que se pronunciaron estas palabras, podríamos reconocer como ciertas algunas prevenciones, pero

du conseil d'État le 2 juillet 1998, La documentation française, Paris, 1998; Fernández Delpuch, Horacio, *Protección jurídica del software*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; del mismo autor: *Internet: Su problemática jurídica*, segunda edición actualizada, Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004; Carlino, Bernardo P, *Firma digital y derecho societario electrónico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, entre muchos otros.

45^{ter}. Senés Motilla, Carmen (coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010.

46. Bunge, Mario, *Tres mitos de nuestro tiempo: Virtualidad, Globalización, Igualamiento*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2006, p. 16 y ss.

47. Huxley, Aldous, *Un mundo feliz*; traducción der Ramón Hernández, Colección Diamante, Edhasa, Barcelona, 2007.

48. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 25.

es imposible hoy dejar de admitir que “el fax e Internet están cada vez más integrados a la autocomprensión cotidiana. Cualquiera puede hablar con otra persona en cualquier punto del planeta a la velocidad del rayo sin tener que depender de los canales gubernamentales ni diplomáticos” (Wirth, citado por Ulrich Beck).⁴⁹ Recientemente se ha afirmado por voces relevantes que las revoluciones políticas de nuestro entorno cotidiano (Túnez, Egipto, Libia, etc.) han sido producto de las comunicaciones por redes sociales y por eso se las llamó “revoluciones informáticas”.⁵⁰

Las mencionadas prevenciones pueden llamar al cuidado en la redacción de nuevas leyes y en la interpretación, *pero no son obstáculos que impidan que el derecho esté a la altura de la realidad a la cual sirve, pero también modela, contiene y, en cierta medida, promueve.*

En concreto, el derecho moderno recibe diariamente los efectos del escenario de la informática creando, por una parte, los instrumentos propios del fenómeno en sí, es decir, lo que se ha dado en llamar siquiera con sentido provisorio, “derecho informático”. Además, en nuestra materia, ya hemos asumido parte de esos fenómenos, sobre todo, en los denominados

49. Beck, U., *op. cit.*, p. 61, cita de la nota 18 de esa obra.

50. Vargas Llosa, Mario, “Vientos de libertad en Medio Oriente”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 19 de febrero de 2011, p. 31, dice: “Ahora bien, ese estado de cosas, que ha sido el de innumerables países a lo largo de la historia, jamás hubiera provocado el alzamiento sin un hecho determinante de los tiempos modernos: la globalización. La revolución de la información ha ido agujereando por doquier los rígidos sistemas de censura que las satrapías árabes habían instalado a fin de tener a los pueblos que explotaban y saqueaban en la ignorancia y en el oscurantismo tradicionales. Pero ahora es muy difícil, casi imposible, para un gobierno someter a la sociedad entera a las tinieblas mediáticas a fin de manipularla y engañarla como antaño. La telefonía móvil, Internet, los *blogs*, Facebook, Twitter, las cadenas internacionales de televisión y demás resortes de la tecnología audiovisual han llevado a todos los rincones del mundo la realidad de nuestro tiempo...”. Véase también Fuentes, Carlos, “Marchas que nos abren los ojos al mañana”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 4 de julio de 2011, p. 3, dice: “En España, son los jóvenes y los estudiantes quienes ocupan la Puerta del Sol y exigen políticas que los partidos no ofrecen. ¿Qué políticas? Nada menos que las de una sociedad posindustrial, tecnológica y movida por Facebook y Twitter. De ambos lados del Mediterráneo se perfila una nueva sociedad protagonizada, del Atlántico al Mar Rojo y de Siria a Yemen y Bahrein, por una generación de jóvenes desconocida antes de aparecer y portadora de una idea tan propia como la de la Revolución mexicana de 1910-1940: crear instituciones, sociedades, formas de vida que correspondan a la cultura local y sepan contribuir a la cultura global”.

tradicionalmente “títulos valores” que se han “desmaterializado” y en aquello que, al decir de Galgano, constituye una nueva metáfora en el mundo jurídico: los “productos financieros”⁵¹ que recaen sobre una “riqueza ausente” que corre el peligro de transformarse en “riqueza inexistente”, al decir de Paolo Spada y Monica Cossu.⁵² La cibernética también incide sobre la formación, la forma y la prueba de los contratos e, incluso, sobre su cumplimiento y abre el largo panorama del *e-commerce*. *Las viejas reglas de nuestros códigos parecen ya inapropiadas y requieren recibir la impronta de los nuevos escenarios bajo peligro de dejar al derecho fuera de escena.*⁵³

El mundo informático, además de crear sus propias y nuevas relaciones, incide sobre derechos fundamentales, como la identidad, el honor, la intimidad, que han dado lugar a importantes desarrollos particulares en la doctrina moderna, que debemos debatir y finalmente consensuar.⁵⁴ La sociedad de la información permite el acceso de emisión y recepción a un universo de personas, que muchas veces pueden permanecer en el anonimato y hasta producir perjuicios y cometer delitos. Las distintas situaciones en las que puede reflejarse el efecto de la informática obligan necesariamente a un replanteo, como ya ha ocurrido en el *habeas data*, el llamado “dinero virtual” y las operaciones de mercados también virtuales, por cantidades a veces superiores a los presupuestos de algunos países. *La llamada realidad virtual, en suma, también es una realidad jurídica y la doctrina y la práctica del derecho no pueden ignorarla para expandir tanto la democracia cultural como la económica.*

Con respecto a su incidencia en el ámbito jurídico, Internet plantea algunas dificultades únicas para la doctrina del Derecho Internacional Privado

51. Galgano, Francesco, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2010, pp. 20-21. Sobre este tema véase también Alegría, Héctor, “Instrumentos financieros o valores negociables ¿Una nueva categoría jurídica?”, en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 589 y ss.

52. Spada, Paola y Cossu, Monica, “Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente - divagazioni del giurista sul mercato finanziario”, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, julio-agosto 2010, p. 401.

53. Volveremos sobre estos temas jurídicos *infra* en el capítulo 5.

54. Véase Ricci, Annarita, “Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni”, en *Contratto e Impresa*, CEDAM, Padua, noviembre-diciembre 2010, p. 1297 y ss.

porque trasciende las fronteras políticas pero operando, al mismo tiempo, en un mundo legalmente compartimentalizado. En las transacciones tradicionales, los participantes saben con quién están tratando y dónde tienen lugar los hechos. La red permite transacciones entre personas que no se conocen y, en muchos casos, no pueden conocer la ubicación de su contraparte. Los usuarios de Internet tienen “direcciones” dentro de un espacio virtual, pero no están conectadas necesariamente con jurisdicciones físicas.⁵⁵

3. Globalización y economía

Como ya expusimos, una buena parte de los autores que, desde cualquier ángulo, enfocan la globalización, destacan como aspecto principal sus efectos sobre la economía.⁵⁶

Las críticas se han centrado mayoritariamente sobre estos aspectos. En tal sentido se habla que en la globalización “hay un mercado en vías de unificación a través de la elaboración de una zona planetaria de producción y de intercambios; firmas mundiales que gestionan este sistema de producción y comercialización; y una lógica financiera de rentabilidad que ha de ser lo más rápida posible y ha de explicar en última instancia el movimiento de esos flujos. Esta globalización converge en la que muchos han llamado Tercera Revolución Industrial. Revolución dirigida por la concentración de poder de decisión en multinacionales y la deslocalización de la producción. [...] históricamente la globalización es una fase del capitalismo moderno que

55. Ver Oyarzábal, Mario J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, disponible en: http://www.derechointernacional.net/privado/index.php?option=com_content&view=article&id=180:mario-j-a-oyaezabal-qinternet-y-territorialidad-conflictos-de-jurisdicciones-en-un-ambiente-digital&catid=360:parte-general-&Itemid=168. Bunge, *op. cit.*, pp. 16-17, donde dice: “El anonimato, la globalidad y la uniformidad serían totales. Estas características fueron bien captadas en una caricatura publicada hace unos años. Dos perros conversan frente a una computadora, y uno le dice al otro: *‘lo mejor de esto es que nadie advierte que uno es perro’*”.

56. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 23 y ss., y sus citas. Un completo estudio sobre los datos económicos referidos a la globalización, puede verse en: OECD, *Economic globalization indicators*, OECD Publishing, París, 2010, donde se hace un análisis de la globalización y de la crisis financiera ecuménica, p. 13 y ss.; al comercio y las inversiones, pp. 37-112; a la tecnología y el conocimiento, pp. 113-145; a las empresas multinacionales, pp. 153-203 y a las cadenas de valor como nueva forma de globalización, p. 207 y ss.

desbarata el sistema keynesiano...”.⁵⁷

Se dice que “La globalización divide en la misma medida que une: las causas de la división son las mismas que promueven la uniformidad del globo. Juntamente con las dimensiones planetarias emergentes de los negocios, las finanzas, el comercio y el flujo de información, se pone en marcha un proceso ‘localizador’, de fijación del espacio [...] Lo que para algunos aparece como globalización, es localización para otros; lo que para algunos es la señal de una nueva libertad, cae sobre muchos más como un hado cruel e inesperado”.⁵⁸ El autor menciona a continuación, y durante casi todo el libro, nuevas críticas, entre otras, que los procesos globalizadores incluyen una segregación, separación y marginación social progresiva;⁵⁹ la liberación y deslocalización de los capitales y fuentes de decisión, dejando “a los que están atados a la localidad las tareas de lamer las heridas, reparar los daños y ocuparse de los desechos”.⁶⁰

Estas críticas se extienden a muchos otros autores; así, por ejemplo, Bunge dice “La movilidad de capitales financieros tiene, pues, doble filo. Facilita las transacciones internacionales al tiempo que desestabiliza las finanzas nacionales [...] la libertad de comercio favorece principalmente a los exportadores más poderosos y a las empresas norteamericanas con sucursales en México, Indonesia, Tailandia o Filipinas. [...] Después de más de dos siglos de prédica no se ha probado con datos fehacientes que la globalización económica favorezca el desarrollo económico de las naciones subdesarrolladas”.⁶¹

57. Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 23-24 y sus citas de las notas 20 y 21. Arnaud, André-Jean y Fariñas Dulce, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, traducción de R. Escudero Alday, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 280 y ss.

58. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 8; Petras, James - Veltmeyer, Henry, *La globalización desenmascarada. El imperialismo del siglo XXI*, trad. Luis Rodolfo Morán Quiroz, Universidad Autónoma de Zacatecas - Porrúa, México, 2003, p. 11.

59. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 9.

60. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 16, y en p. 90 dice: “Ningún Estado –dice Passet en conclusión– puede resistir más allá de unos pocos días las presiones especulativas de los ‘mercados’”.

61. Bunge, M., *op. cit.*, pp. 32-33 y 40. Como señalamos, el autor considera la globalización como arrancando dos siglos antes de 2005. También el autor expresa: “En el curso

Un crítico de la globalización, Stiglitz, que sin embargo encuentra aspectos positivos y cree en la posibilidad de su superación, enuncia algunos de los temas negativos, como por ejemplo “los perjuicios a los países en desarrollo por las políticas guiadas por la ideología y por las desigualdades del sistema comercial mundial”,⁶² y “la globalización no ha conseguido reducir la pobreza pero tampoco garantizar la estabilidad”.⁶³ Luego agrega que “Occidente animó la liberalización comercial de los productos que exportaba, pero a la vez siguió protegiendo a los sectores en los que la competencia de los países en desarrollo podía amenazar su economía. [...] Al mismo tiempo, los negociadores de estos países mantuvieron los subsidios a los productos agrícolas y cerraron los mercados de estos bienes y los textiles, en los que los países subdesarrollados tienen una ventaja comparativa”.⁶⁴

El autor también considera que “La inversión extranjera directa ha cumplido un papel importante en muchos –pero no todos– casos de éxito en el desarrollo en países como Singapur y Malasia e incluso China. Dicho esto, hay aspectos negativos reales. Cuando llegan las empresas extranjeras a menudo destruyen a los competidores locales, frustrando las ambiciones de pequeños empresarios que aspiraban a animar la industria nacional. Hay muchos ejemplos de esto. [...] En ausencia de leyes estrictas sobre la competencia –o de una aplicación efectiva de las mismas– una vez que la

de las dos últimas décadas han ocurrido tres acontecimientos que dejan chicos a todos los demás. El primero es la desintegración del imperio comunista, con el consiguiente eclipse del ideal de la igualdad. El segundo acontecimiento es el triunfo político a escala cuasiplanetaria de la ideología neoliberal, que preconiza retrasar el reloj social en un siglo y *macdonaldizar* el estilo de vida de todos los habitantes del planeta. Y el tercero es la revolución informática, que ha transformado la manera de trabajar, comunicar, investigar e incluso comerciar de millones de personas”. Como hemos visto, nuestra opinión es parcialmente distinta a la expresada por el prestigioso autor, en especial con referencia al inicio de lo que propiamente puede llamarse *globalización*.

62. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 17.

63. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 32.

64 Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 98. Compárese Glenn, John, *Globalization. North-South perspectives*, Routledge, Nueva York, 2007, quien enumera las razones de los que llama “globalistas”, las de los “escépticos” y las de los “transformadores”, admitiendo que Krugman entiende próximos a los primeros y a los últimos, p. 34 y ss., y cita de la nota 137 (Krugman, Paul, “Growing world trade: causes and consequences”, en *Brookings Papers on Economic Activity*, 1995, pp. 327-362).

empresa internacional expulsa a los competidores locales emplea su poder monopólico para subir los precios. Los beneficios de los precios bajos fueron efímeros”.⁶⁵

Muchos de los autores que elaboran críticas, al mismo tiempo reconocen también ventajas. Siguiendo con la cita de Stiglitz, quien sin perjuicio de decir que para muchas personas la globalización no ha funcionado, expresa (y es interesante la cita textual): “Hoy la globalización es desafiada en todo el mundo: hay malestar con la globalización, y con sobrados motivos. La globalización puede ser una fuerza benigna: la globalización de las ideas sobre la democracia y la sociedad civil han cambiado la manera de pensar de la gente, y los movimientos políticos globales han llevado al alivio de la deuda y tratado de las minas terrestres. La globalización ha ayudado a cientos de millones de personas a alcanzar mejores niveles de vida, más altos de lo que ellas mismas, o la mayoría de los economistas, consideraban imaginable hace apenas poco tiempo. La globalización de la economía ha beneficiado a los países que han aprovechado esta oportunidad abriendo nuevos mercados para sus exportaciones y dando la bienvenida a la inversión extranjera. Pero los países que más se han beneficiado han sido los que se hicieron cargo de su propio destino y reconocieron el papel que puede cumplir el Estado en el desarrollo, sin confiar en la noción de un mercado autorregulado que resuelve sus propios problemas”.⁶⁶

En definitiva, no se trata de ignorar o suprimir la globalización si, como nosotros la concebimos, se apoya sustancialmente en la “revolución de la información”. Por el contrario, limitada a ese aspecto, la supresión sería tanto negativa como imposible.⁶⁷

Los efectos económicos de la globalización o, si se quiere, la utilización de la globalización para fines económicos, pueden ser objeto de críticas como de opiniones positivas.⁶⁸ Un juzgamiento objetivo lleva a tratar de superar lo negativo mediante políticas nacionales e internacionales⁶⁹ que se funden

65. Stiglitz, J., *op. cit.*, pp. 106-107.

66. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 343.

67. Estos caracteres también pueden atribuirse a otros aspectos de la globalización.

68. Ver por ejemplo Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 42 a 46 y Capítulo VI, p. 151 y ss.

69. Véanse las propuestas de Beck, *op. cit.*, Cuarta Parte: “Respuestas a la globalización”, p. 179 y ss., quien entre otras propuestas dice: “El choque de la globalización, característico

en la solidaridad, la superación de las desigualdades y paralelamente en el respeto por las individualidades, tanto personales como estatales (buena parte de los críticos de la globalización de la economía suponen la posibilidad de una superación mediante distintas fórmulas, referidas a contemplar su “rostro humano”).⁷⁰

4. Impacto sobre la soberanía estatal

Uno de los aspectos fundamentales que caracterizan al fenómeno actual de la globalización es el de la *erosión del poder de los Estados*.⁷¹

de la transición a la segunda modernidad, provoca paradojas y exigencias en términos políticos, porque *todos* los agentes y organizaciones, y esto en *todos* los ámbitos de la sociedad, *han* de confrontarse con la dinámica de la globalización que transforma los fundamentos. Ello ha de romper, de modo más interesante, el viejo esquematismo de derecha e izquierda”, p. 181.

70. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 341, quien antes dijo que la globalización había producido grandes beneficios, como hemos relatado, señalando que “el problema no es la globalización sino el modo en que ha sido gestionada” (p. 299), criticando sobre todo al Fondo Monetario Internacional, al Banco Mundial y a la Organización Mundial de Comercio, señalando después que “Creo que la globalización puede ser rediseñada para que haga realidad su buen potencial y creo que las instituciones económicas internacionales pueden ser rediseñadas para garantizar que ello se logre” (p. 300). Más adelante dice: “Ahora bien, no hay *un solo* modelo de mercado. Entre la versión japonesa de sistema de mercado y las versiones alemanas, sueca y norteamericana median notables diferencias. [...] Para los asiáticos hay una variedad de modelos asiáticos (*sic*) que han funcionado bien y esto es válido en Malasia y Corea tanto como en China y Taiwán, incluso tomando en consideración la crisis financiera global”. También señala que “persisten en nuestras democracias desacuerdos importantes sobre política económica y social”, que explica (p. 304). En relación a la ley concursal dice: “Lo que se necesita es una reforma de las quiebras que reconozca la especial naturaleza de las quiebras que derivan de perturbaciones macroeconómicas; se requiere un *sumercapítulo* 11, unas condiciones de bancarrota que faciliten la reestructuración y confieran una posición más sólida a la continuación de la gestión existente”, p. 328. Esto último lo hemos sostenido insistentemente en varios trabajos.

71. Grün, *op. cit.*, p. 15 y ss., con cita de Goodbar, Dalla Via y otros; Iudica, Giovanni, “Law & Globalization”, en *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, coordinada por Wald, Arnaldo, Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2010, p. 173 y ss.; López Ayllón, Sergio, “Globalización, Estado Nacional y Derecho”, en *Derecho, Estado y Globalización*, Coloquio de Filosofía del Derecho, XIV Congreso Interamericano de Filosofía y X Congreso Nacional de Filosofía, Puebla, México, 1999, especialmente p. 17. Méndez Francisco,

Esa erosión se materializa en la pérdida del monopolio del Estado en orden a ciertos campos de la *legislación* y a otros de la *jurisdicción* para la aplicación del derecho local o proveniente de otras fuentes.⁷²

En cuanto a lo primero, se ha modificado y quizá *pluralizado*, el régimen de fuentes del derecho, lo que será desarrollado en el próximo capítulo.

Luis, *La globalización y el estado nacional*, Foro Internacional sobre globalización, “Alternativas a la globalización económica”, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 135-152, quien, sin embargo, sostiene la superioridad funcional y ética del Estado, y termina diciendo: “Me parece válida la proposición de Guéhenno cuando afirma que el Estado cada vez es menos expresión de soberanía y la autonomía, en cambio es una entre otras instituciones organizadoras de la sociedad, ‘que pese a entrar en competencia con otros actores no desaparece, pero debe estar en situación de constante adaptación, de redefinición de sus competencias y ha de justificar modestamente, por medio de los servicios que presta, su existencia’”. Véase también Juan-Ramón Capella, *op. cit.*, quien habla de la “transmutación” de la soberanía estatal que consiste en que “se ha constituido una *soberanía nueva, supraestatal, difusa y policéntrica*” (p. 21). Huntington, Samuel P., “The clash of civilizations?”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 39 y ss., aplica su ya conocida tesis del *choque de civilizaciones*, y destaca “las mayores divisiones entre seres humanos y las fuentes de dominación son culturales. el choque entre civilizaciones domina la política mundial. El mundo se está convirtiendo en un lugar cada vez más pequeño, y las interacciones entre las distintas civilizaciones crecen (p. 40) [...] las identidades locales se modifican, por ejemplo, en temas de religión. (p. 41) [...] el choque de civilizaciones se produce en dos niveles: en un nivel micro, donde cada civilización pretende el control del territorio, y en un nivel macro, donde los estados de las distintas civilizaciones compiten por poder militar o económico, forcejeando bajo el control de las instituciones internacionales, y compitiendo por promover sus propios valores políticos y religiosos”, p. 43. Meyer, John W. - Boli, John - Thomas, George M. - Ramírez, Francisco O., “World society and the nation-state”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 78 y ss. expresan: “el proceso de formación de la sociedad global impacta sobre los estados-nación, en sus identidades, en sus intereses, en sus objetivos. Es respetándolos, organizándolos e integrándolos como se va creando la sociedad mundial”; en igual sentido Ohmae, Kenichi, “The end of the nation state”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 223 y ss., desarrolla la idea de pérdida del rol de estado como unidad de participación dentro de la economía globalizada.

72. Franzoni, Massimo, “L’interprete del diritto nell’economía globalizzata”, en *Contratto e Impresa*, dirigido por Galgano, Francesco, CEDAM, Padua, marzo-abril, 2010, p. 366 y ss. Compárese Visintini, Giovanna, “La circolazione delle giurisprudenze”, en *Contratto e Impresa*, enero-febrero 2011, CEDAM, Padua, p. 73, y ss.; Iudica, *op. cit.*, especialmente Capítulos 3 a 6, p. 180 y ss.

Digamos que además de las clásicas formas de creación del derecho internacional, con origen en la convención de dos o más Estados, se han generado fuentes *externas* de producción del derecho, que a veces surgen de organismos internacionales o plurinacionales dotados de tal capacidad.⁷³ En otros casos se trata del derecho emitido por organizaciones supranacionales⁷⁴ y, finalmente, por organizaciones no estatales o paraestatales.⁷⁵

73. Como por ejemplo la Organización de las Naciones Unidas y los distintos organismos que la integran, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Organización Mundial de la Salud, en los que, al decir de Galgano (*La globalización...*, *op. cit.*, p. 95), los Estados, conforme a una fórmula recurrente, para la actuación de estas entidades, dejan de ser soberanos *uti singuli* y permanecen soberanos *uti soci*. Véase Habermas, Jürgen, “¿Es posible una constitución política para una sociedad mundial pluralista?”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 107 y ss. donde presenta “un sistema con múltiples niveles” y concluye sosteniendo que “los múltiples rostros de la sociedad mundial pluralista, o múltiples modernidades, no encajan muy bien con una sociedad de mercado totalmente desregulada, a la que se le ha extraído su vertiente política. Esto privaría a las culturas no occidentales, tan influidas por otras religiones, de su capacidad para aprovecharse de los logros de la Modernidad utilizando sus propios recursos”.

74. Por ejemplo organizaciones de carácter regional como la Unión Europea, el MERCOSUR, el Pacto Andino, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); el North American Free Trade Agreement (NAFTA); la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), transformada en el Sistema de Integración Centroamericano (SICA) y el Mercado Común Centroamericano; la que une a los países caribeños originalmente llamada CARIFTA y hoy Comunidad Caribeña (CARICOM); la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ANSA; en inglés: Association of Southeast Asian Nations: ASEAN) y AFTA (Assean Free Trade Area); diversas instituciones africanas, incluso la OHADA: Organisation pour l’harmonization du Droit des Affaires, de los países francófonos subsaharianos, que incluso ha promulgado un texto de legislación societaria común. Sobre el tema ver con más amplitud Galgano, Francesco y Marrella, Fabrizio, *Diritto del Commercio Internazionale*, CEDAM, Padua, 2004, Parte I, Sección 2ª, pp. 28-62.

75. Iudica, *op. cit.*, p. 190 y ss., cap. 6; véase Galgano y Marrella, *op. cit.*, p. 62 y ss. y Capítulo 2º, Sección II, p. 59 y ss.; Halliday, Terence C. y Osinsky, Pavel, “Globalization of law”, en *Annual Review of Sociology*, Vol. 32, pp. 447-470, agosto, 2006, disponible en http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday_Osinsky_Globalization_and_Law.pdf, quienes dicen que: “los sucesores de los estados coloniales son ahora los gobiernos transnacionales (p. ej. la Unión Europea), las naciones hegemónicas y sus agencias (EEUU, agencias para el desarrollo, el Reino Unido bajo Thatcher), instituciones financieras internacionales (p. ej. FMI, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), cortes de justicia (p. ej. Corte Europea de Justicia, Corte Mundial), fundaciones privadas (p. ej. Fundación Ford) y las Naciones Unidas”, p. 455.

En cuanto a lo segundo (jurisdicción) se han creado organismos jurisdiccionales supranacionales en virtud de organizaciones de carácter genérico (como las organizaciones regionales, tipo Unión Europea),⁷⁶ y también en las resultantes de tratados de contenido particular, tal puede ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, suscripto el 22 de noviembre de 1969),⁷⁷ en cuyo Capítulo VIII se instituye la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷⁸ Además, la actuación tiene relevancia de tribunales arbitrales, generalmente de origen privado, a los que nos vamos a referir más adelante.

El tema de la erosión de las soberanías también ha motivado críticas de parte de la doctrina no sólo por la presencia de fuentes no nacionales aplicables al interior o en las relaciones de los Estados, sino también porque, en ciertos casos, algunos Estados o grupos de Estados (u organismos multilaterales) impulsan a otros la adopción de regulaciones internas,⁷⁹ o bien

76. En la que se constituyó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. De igual manera en el ámbito del MERCOSUR y de otras comunidades regionales también funcionan tribunales de Justicia con diferentes competencias. En la actualidad el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos (PO), firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004; en el Pacto Andino el Tribunal de Justicia Andino (sede en Quito, órgano jurisdiccional creado en 1996, entrando en funciones en 1999 y reformado en 2001); entre otros.

77. Incorporado en la legislación argentina por la Ley 23.054 del 19 de marzo de 1984 y posteriormente incluida como “Pactos Constitucionales” en la reforma de la Constitución de 1994, artículo 75, inciso 22. De los países de la región (Norte y Sudamérica) muy pocos no lo ratificaron (Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía y St. Vincent y Grenadines).

78. En Argentina se debate si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es o no una instancia superior a la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que ha sido analizado con precisas referencias a la doctrina nacional, a los fallos de la Corte Suprema de Justicia y a los de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Badeni, Gregorio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional superior de la Corte Suprema de Justicia”, en Anticipo de *Anales*, Año LIV, Segunda Época, Número 47, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, julio de 2009.

79. En el momento en que escribo este trabajo, la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional han reclamado de Grecia la adopción de severas medidas de ajuste económico, sancionadas recientemente. También sugieren algunas reformas a otros países, como España, Portugal, Irlanda e Italia. Un crítico de estas formas de actuar es el

instituyen tribunales penales especiales.⁸⁰

También se ha señalado que el poder ejercido por un Estado sobre su territorio no importa un límite a las fuentes del derecho ajenas al propio Estado ni a su jurisdicción, salvo principios de orden público o razones

Premio Nobel Joseph Stiglitz en *El malestar en la globalización*. Casualmente, y con igual sincronía, en el diario *La Nación* del 4 de julio de 2011 aparece un comunicado del Eurogrupo con relación a Grecia y el periódico la titula “Advierte la UE: Grecia perderá soberanía”, y, entre otros aspectos, dice: “Bruselas. Los ministros de Finanzas de la zona euro advirtieron ayer al gobierno griego que el país verá fuertemente limitada su soberanía al poner en marcha el plan de privatizaciones y asumir la pérdida de miles de empleos por la crisis. La eurozona liberó anteayer el último tramo del primer rescate a Grecia por un valor de unos 17.000 millones de dólares. El monto total de ese rescate, aprobado el año pasado, fue de 157.000 millones de dólares. El presidente del Eurogrupo, el primer ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker, fue el encargado de transmitir al gobierno griego la advertencia de los socios comunitarios: la ayuda de la Unión Europea (UE) y del Fondo Monetario Internacional (FMI) tendrá consecuencias desagradables. ‘La soberanía de Grecia será enormemente limitada’, dijo Juncker a la revista alemana *Focus*, en una entrevista publicada ayer”.

80. El *Estatuto de Roma* es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998 y, a la fecha de redacción de este trabajo, fue ratificado por 115 países, entre ellos la Argentina el 8 de febrero de 2001 (resalta la no ratificación por parte de Estados Unidos). Es un tribunal de justicia internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, sancionada el 26 de noviembre de 1968 por la Asamblea General de la ONU, fue adoptada por numerosos países y en Argentina mediante la Ley 24.584 del 23 de noviembre de 1995, a la que se aplica la parte final del inciso 22, del artículo 75 de la Constitución Nacional, es decir, sólo puede ser derogada por decisión de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara y denuncia por el Poder Ejecutivo, por tanto, tiene jerarquía constitucional. También véase la Convención Interamericana sobre la Desaparición forzada de Personas del 9 de junio de 1994, ratificada por Argentina por Ley 24.556 del 11 de octubre de 1995, art. VII. No es objeto de este trabajo tratar el tema del uso de la fuerza militar, con distintos fundamentos, para la intervención en Estados que no la solicitan (por ejemplo, Afganistán) o bien para crear tribunales criminales *ex post* (Baldassarre, *op. cit.*, Prefacio, p. IX a XI), los que fueron establecidos por las Naciones Unidas, entre otros, para tratar los casos de Yugoslavia, Ruanda y, según noticias periodísticas, contra el presidente de Libia, Kadafi. Parte de la doctrina niega que estos Tribunales puedan enmarcarse dentro del proceso de globalización.

constitucionales.⁸¹ Por eso se ha dicho que, en algunos campos, podría tratarse de un derecho difuso o dual,⁸² con debates sobre su validez y eficacia.⁸³

Sabino Cassese piensa que los ordenamientos públicos globales escapan al dominio del Estado para formar un derecho público no estatal, no pueden ser restringidos a cada Estado o tomados como extensiones de éstos. Más bien los superan y, como afirma el autor, se imponen.⁸⁴

81. Véase Baldassarre, *op. cit.*, Capítulo 3, p. 50 y ss., quien habla de la *desterritorialización de la economía de las relaciones sociales, semisoberanía o hipersoberanía* (p. 59 y ss.), de la expropiación universalística de la ciudadanía (p. 65 y ss.), y luego habla de lo que llama la “ingerencia humanitaria contra la soberanía estatal”, la “fuerza expansiva del *nomos global*” y la transformación del sistema internacional (p. 79 y ss.). Roland Robertson habla de la *glocalización*: “Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity”, en Featherstone, M., Lash, S. and Robertson, R. (eds.), *Global Modernities*, Sage, London, 1995. Véase Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 19, y la cita de la traducción española del último artículo, en la nota 9; Halliday, Terence C. y Osinsky, Pavel, “Globalization of law”, en *Annual Review of Sociology*, Vol. 32, pp. 447-470, agosto, 2006, disponible en http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday_Osinsky_Globalization_and_Law.pdf, señalan que Silbey dijo “el control sobre el territorio es reemplazado por ‘colonización de la conciencia’”; López Ayllón, *op. cit.*, p. 7 y ss., se refiere a los ámbitos de acción deslocalizados y sus problemas normativos.

82. Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al Estudio del Derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 2008, p. 267 y ss.

83. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 59; Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, con estudio preliminar de Jorge Salomoni, Buenos Aires, 2003, p. 30 y ss.; Barra, *op. cit.*, señala que “tal como está hoy planteada la globalización es un sistema inestable ya que no ha encontrado su punto de equilibrio”. Ferrajoli, Luigi, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, LL, 2005-F, 1199, desarrolla una severa crítica de la globalización desde el punto de vista del derecho, especialmente del derecho público, y dice que el vacío producido “...ha derivado en una anomia general y una regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales [...] como una suerte de nueva *Grundnorm* del así llamado nuevo orden político internacional”: del mismo autor, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 37 y ss. Véanse también al respecto los trabajos de: D’Aspremont, Jean, “The rise and fall of democracy governance in International law: a reply to Susan Marks”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N°2, EJIL, 2011, pp. 549-570 y Wheatley, Steven, “A democratic rule of international law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 2, p. 525/548. En sentido crítico, también Juan-Ramón Capella, *op. cit.*, p. 24 y FRASE, Nancy, “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”, en “Anales de la cátedra Francisco Suárez”, *cit.*, p. 70 y ss.

84. Cassese, *op. cit.*, p. 41; en sentido contrario ver De Sousa Santos, Boaventura, “El uso contrahegemónico del derecho en la lucha por la globalización desde abajo”, en *Anales*

Ellos responden a la exigencia de la *global governance*,⁸⁵ es decir, de controlar la globalización, con su formación histórica independiente a la de esos mismos Estados. Se presentan casi sin estructura, como un instrumento agregado de organizaciones generales, sectoriales y de acuerdos, fusionándose componentes nacionales e internacionales.

El mismo autor agrega que *global governance* presenta un carácter compuesto, en razón de los elementos jurídicos que lo integran, sean estatales, supranacionales e internacionales, de manera de encontrarse integrados e interdependientes; y un carácter funcional referido a los valores que se pretenden gobernar, siendo en este caso valores económicos y materiales.

Concluye así que: “en el *global governance* juega un rol dominante la administración, más que la política. Por ello para ésta no se plantean problemas propios de los cuerpos políticos de los Estados, como aquellos de la ciudadanía, la representación, la democracia, sino más bien los del *rule of law, expertise, accountability, speedy, fairness, due process of law, transparencia*”.⁸⁶

En su ya recordada obra sobre el tema, Galgano afirma: “La actual caída del gobierno público de la economía no es sólo el producto de una conversión al liberalismo. En la base política de las privatizaciones hay también, y

de la cátedra Francisco Suárez, *op. cit.*, p. 363 y ss., donde entre otras reflexiones dice: “La segunda forma de *fascismo social* es el *fascismo paraestatal*. Éste se refiere a la usurpación de los elementos que son patrimonio exclusivo del Estado (como la coerción y la regulación social) por actores sociales muy poderosos que, a veces, cuentan con la complicidad del Estado...” (p. 374) y “el *fascismo contractual* tiene lugar, en situaciones que ya hemos descrito en las cuales la discrepancia entre las partes de un contrato civil es tal que la parte más débil –vulnerable al no tener alternativa– acepta las condiciones impuestas por el más fuerte, por muy costosas y despóticas que sean”. Después se ocupa del *fascismo territorial*, el de la *seguridad*, el *financiero*, habiéndose referido antes al *fascismo del apartheid social*.

85. Dice el autor que: “el *global governance* [...] no se ha formado por superposiciones, sino por cooperación. Sus problemáticas principales no son las de la soberanía, las relaciones centro-periferia, la representatividad, sino las de las decisiones conjuntas, la colaboración y el *rule of law*”, Cassese, *op. cit.*, p. 44.; realiza una exposición crítica en varios artículos Teubner, Gunther, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005; véase también el comentario final de Riccardo Prandini, en la obra anterior, p. 191 y ss.

86. Cassese, *op. cit.*, p. 46 y sus notas respectivas.

quizás haya especialmente, un cambio más general de las condiciones y de los espacios dentro de los cuales se desenvuelve la competencia económica. Las condiciones de la competencia susceptible de correcciones políticas, y los espacios de competencia dentro de una economía nacional, no son concebibles en la actual economía transnacional. [...] El escenario resultante contradice la fórmula de Smith de la riqueza de las naciones. *La riqueza no tiene nación, las naciones no tienen riqueza*. También la idea misma de nación cambia de significado. [...] Se quiere sustraer de su área de influencia, para entrar en un área de influencia diferente. A la soberanía nacional, no asociada más a una riqueza nacional, le queda sólo un dato nominalista. La adhesión a entidades supranacionales es para los Estados una renuncia a la propia soberanía sólo en sentido formal. En términos sustanciales estas adhesiones nacen del conocimiento de que la dimensión nacional no es más la dimensión idónea para un efectivo ejercicio de la soberanía”⁸⁷ (los destacados son agregados).

Rafael Domingo, desde otra visión, afirma que la nueva realidad global tiene intereses comunes y que el nuevo orden social y jurídico contempla las necesidades humanas, tomando a la persona humana como nueva base de la estructura global, por lo tanto, la capacidad y reflexión jurídica debe modernizarse, siendo un desafío histórico y el punto de partida para la elaboración de un nuevo sistema. Según el autor, el derecho globalizado promueve

87. Galgano, *op. cit.*, pp. 36-37. Véase también: Escuti, Ignacio A., “Globalización y proyecto de reforma legislativa”, *LL*, 2005-F, 945, quien dice: “los países desarrollados marcaron la agenda de la globalización... aunque ello no implica la desaparición de los demás estados nacionales”; Held, David, “¿Hay que regular la globalización?”, en *Claves de razón práctica*, enero-febrero 2000, N°99, p. 4 y ss., se refiere al hablar de la transformación de la democracia a la existencia “*de comunidades de destinos superpuestas*”, esto es un estado de cosas en la que la suerte y las perspectivas de las diversas comunidades políticas son cada vez más interdependientes”, señalando después que “el proyecto aspira a especificar los principios y las medidas institucionales necesarios para poder exigir responsabilidad a las sedes, hay formas de poder que actualmente operan más allá del alcance de un control democrático”, p. 8; *idem* Held, David, “Los principios del orden cosmopolita”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.* p. 133 y ss.; Méndez Francisco, Luis, “La globalización y el estado nacional”, Foro Internacional sobre globalización, “Alternativas a la globalización económica”, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 135-152, ver *supra* nota 71.

nuevas instituciones que transforman el modo de actuar de los operadores internacionales, mitigando las iniquidades existentes entre personas y naciones. Todo este desarrollo se debe dar de manera gradual, tomando ya los avances producidos por el derecho internacional.⁸⁸

En definitiva, en nuestro criterio, deberemos tratar de equilibrar las ventajas para el aprovechamiento en beneficio de la humanidad en su conjunto y de una progresiva equiparación de los pueblos tendientes gradualmente al ideal de igualdad. La acción de la comunidad internacional, de los organismos plurinacionales, de las regiones y de los gobiernos también deberá tender a eliminar paulatina pero firmemente las llamadas desventajas de la globalización en los campos político, económico y social.

En este acápite nos queda referirnos a la posición de la *democracia política* frente a la globalización. A ese respecto, una importante bibliografía ha indicado la concepción de una parte de la doctrina en el sentido de la afectación del régimen democrático de gobierno por los avances de los ejes centrales de la producción de directrices políticas (y normativas) del mundo globalizado.⁸⁹ Garrido Gómez sostiene que “Así, como verá, la democracia es cada vez menos representativa, menos participativa y alcanza cotas menores de emancipación ciudadana. Al hilo de estos argumentos, el desplazamiento

88. Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, Capítulo 5, p. 98 y ss.

89. Baldassarre, *op. cit.*, *passim* y su extensa bibliografía. En su capítulo final propone un sistema que armonice ambas cuestiones, para lo cual propicia globalizar la solidaridad y crear una Agencia Mundial para el Desarrollo Global, p. 363 y ss., a pesar que en la página 248 había razonado que “el liberalismo global sin adecuados contrapesos ‘colectivos’ (*al momento no imaginables*) puede socavar seriamente, como hoy, la libertad humana y la democracia liberal. Con una diferencia: esta vez el problema es, justamente, global”. Véase también Ferrajoli, Luigi, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, LL, 2005-F, 1199; Galgano, Francesco - Marrella, Fabrizio, “Interpretación del contrato y *Lex mercatoria*”, en *Revista de Derecho Comparado*, N°3, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 7 y ss., hablan de “El advenimiento de la tecno democracia”, p. 24; Held, David, “¿Hay que regular la globalización?”, en *Claves de razón práctica*, enero-febrero 2000, N°99, p. 4 y ss.; Jáuregui, Gurutz, “Globalización y democracia”, en *Claves de razón práctica*, enero-febrero 2000, N°99, p. 12 y ss.; Zekos, Georgios I., “Cyberspace and Globalization”, en *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, 2002, disponible en http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos/, 2002. Ver *supra* citas de nota 83.

de los poderes de decisión jurídica origina una necesidad de organismos, de mecanismos y de sistemas supranacionales de coordinación. De esos procesos deriva una pulverización de los cauces de legitimación democrática a favor de una legitimación técnica apoyada en exigencias de funcionamiento que son inherentes a la estructura del sistema”.⁹⁰

A pesar de tales afirmaciones contundentes, hemos analizado que la mayoría de los autores, aun críticos, sostienen la posibilidad de la adecuación de los de sistemas democráticos a las exigencias de la sociedad global.⁹¹ Así lo reconoce el informe de la CEPAL cuando afirma que “A pesar

90. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 25. Véase también Galgano, *op. cit.*, en p. 93 y 94, dice: “La globalización impone un retroceso general de las instituciones de la democracia representativa. Tiende a cambiar la organización interna de cada Estado, dentro del cual las autoridades tecnocráticas tienen la delantera sobre las autoridades políticas, y siempre nuevas *authorities* independientes ocupan el lugar de los cuerpos electivos. Éstas son más abiertas a los circuitos internacionales, menos ligadas a intereses locales y más idóneas para dialogar dentro de la sociedad global. Este ‘déficit de la democracia’ invierte poderes supremos de decisión. [...] son apenas tecnocracias, desprovistas de investidura popular. La vocación democrática de nuestro tiempo requiere la elección directa de los cargos municipales y locales, no obstante nadie se opone a la designación directa (no electiva) de los hombres más poderosos de la Tierra, como son aquellos que gobiernan el costo del dinero”. Asimismo véase la obra citada, p. 211 y ss., el capítulo llamado “La legitimación alternativa de la democracia”. En este sentido, véase Ferrajoli, *La crisis de la democracia en la era de la globalización*, *op. cit.* especialmente p. 43 y ss., donde finalmente brega por un “Constitucionalismo mundial”.

91. Barra, *op. cit.*; Carta Encíclica “Caritas in Veritate”, *op. cit.*, apartado 24, donde dice: “En nuestra época, el Estado se encuentra con el deber de afrontar las limitaciones que pone a su soberanía el nuevo contexto económico-comercial y financiero internacional, caracterizado también por una creciente movilidad de los capitales financieros y los medios de producción materiales e inmateriales. Este nuevo contexto ha modificado el poder político de los estados. Hoy, aprendiendo también la lección que proviene de la crisis económica actual, en la que los poderes públicos del Estado se ven llamados directamente a corregir errores y disfunciones, parece más realista una renovada valoración de su papel y de su poder, que han de ser sabiamente reexaminados y revalorizados, de modo que sean capaces de afrontar los desafíos del mundo actual, incluso con nuevas modalidades de ejercerlos. Con un papel mejor ponderado de los poderes públicos, es previsible que se fortalezcan las nuevas formas de participación en la política nacional e internacional que tienen lugar a través de la actuación de las organizaciones de la sociedad civil; en este sentido, es de desear que haya mayor atención y participación en la *res publica* por parte de los ciudadanos”. Al respecto: Cassagne, Juan Carlos, “La Encíclica Caritas in Veritate

de estas dificultades, se sigue reconociendo que la democracia es la mejor manera de establecer una agenda de desarrollo y que el buen gobierno se caracteriza por un perfeccionamiento del diseño, la gestión y la evaluación de las políticas públicas, entendidas como una unidad analítica y operativa del gobierno”.⁹²

Como conclusión, una vez más, se trata de equilibrar el peso de la globalización en sus esferas económicas y políticas, con la vigencia de los principios democráticos proclamados, incluso, como esenciales en la pertenencia a algunos organismos regionales significativos.⁹³

(Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización)”, *ED Suplemento Administrativo*, 2010-399.

92. CEPAL, *op. cit.*, Parte I, p. 24, con citas de Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, 1999 y de Lahera, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas (LC/R. 1936)*, Santiago de Chile, 1999. Más adelante considera que “En tal sentido, se podría afirmar categóricamente que no tiene sentido fomentar la democracia como valor universal si no se permite que los procesos nacionales de representación y participación influyan en la determinación de las estrategias de desarrollo económico y social, y ejerzan una mediación de las tensiones propias del proceso de globalización [...] es poco realista postular simultáneamente las virtudes de la globalización y de la desintegración del Estado. El papel del Estado social y generador de externalidades tecnológicas e institucionales es y seguirá siendo importante. En un mundo de riesgos globales, la consigna de sustituir la política y el Estado por la economía es cada vez menos convincente”. En cuanto a la participación de las minorías, véase el trabajo de Kimlycka, Will, “Las bases morales y las funciones geopolíticas de las normas internacionales de los derechos de las minorías: Un estudio del caso europeo”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 173 y ss.

93. Organización de Estados Americanos (OEA), “Carta Democrática Interamericana”, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú, artículo 21: “Cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato. El Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos”.

5. Globalización y Derecho

5.1. Presentación

En consonancia con nuestra opinión, en el sentido de que la globalización se origina en la eclosión de las comunicaciones,⁹⁴ el papel del derecho se vincula necesariamente con esas realidades técnicas y sus consecuencias en los distintos campos que hemos analizado.⁹⁵

94. *Supra* punto 1.4. La globalización alcanza a distintas ramas del derecho, el derecho internacional, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho del trabajo, el derecho del consumo, el derecho de las comunicaciones, el derecho del medio ambiente, mercado de capitales, e incluso, entre otros, en los ámbitos de la resolución de conflictos. Al respecto, véase Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 95 y ss.; Brito, Mariano, “Globalización y derecho administrativo”, Instituto Electoral del Estado de México (IEEM), *Revista de Antiguos Alumnos*, ISSN 1510-4214, Año 4, N°13, diciembre 2001, pp. 76-82 disponible en http://socrates.ieem.edu.uy/articulos/archivos/513_globalizacion%20y%20derecho%20administrativo.pdf; Bruno, Eugenio A., “Aspectos legales de la globalización de los Mercados de Capitales”, *LL*, 2001-E, 1190 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 283; Kingsbury, Benedict, “The concept of ‘law’ in global administrative law”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N°1, EJIL, 2009. Compárese: Menéndez Menéndez, Aurelio, “El derecho mercantil como categoría dogmática”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, en memoria del Profesor Aníbal Sánchez coordinado por Andrés Juan Carlos Saénz García de Albizu, Aurora Martínez Flórez y Fernando Oleo Banet, Civitas-Thompson Reuters, Navarra, 2010, p. 45 y ss., quien señala que ciertas concepciones del derecho económico o de un ordenamiento del mercado como teorías sobre derecho mercantil, que tienen un carácter *totalizador*, refiriéndose después a ese derecho como un *sistema de unidades anclado en la superior estructura económica del mercado*.

95. Centralmente referidos a la economía y a la estructura política de los Estados; pero también en cuanto a sus evidentes consecuencias sociales, demográficas, ambientales, urbanísticas, etc. Un lúcido análisis de la relación entre derecho y globalización es el efectuado por Bonell, Michael J., “Un dialogo su globalizzazione e diritto”, en *Contratto e Impresa*, N°4-5, 2007, CEDAM, Padua, p. 1345 y ss. Una también lúcida visión del derecho en la sociedad “cada vez más cosmopolita, como es la globalización” y el rol de la teoría del derecho, con sus principales problemas y abordajes, puede verse en Twinning, William, “Teoría general del derecho” en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 596 y ss., donde destaca, entre otros temas, que la filosofía del derecho pierde contacto con la práctica jurídica y la realidad (p. 612) y que puede comprobarse una estrechez de miras, destacando la importancia del derecho no estatal (p. 618 y ss.), seguido de importantes reflexiones y extensa bibliografía. Un interesante trabajo referido casualmente a

Si bien no parece que el derecho sea el *generador* de esas primeras realidades, tampoco su papel es puramente instrumental o secundario. Los valores que necesariamente encierra todo sistema jurídico llevan a concluir que el derecho recoge ese contexto, lo modula y, finalmente, construye, como una obra de ingeniería social, la norma que regulará las conductas futuras.⁹⁶ Consecuentemente, estamos en el momento de estudiar los impactos de la globalización en los sistemas jurídicos, advirtiendo que se trata de un proceso de gran velocidad no sólo por los adelantos tecnológicos que se expanden con rapidez por el mundo⁹⁷ sino por acontecimientos de gran resonancia

los derechos intelectuales surgidos de inserciones en Internet, puede leerse en: Jongitud Zamora, Jaqueline, “Contradicciones de la globalización: surgimiento del copy-left”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, N°10, 2006/2007, pp. 141-174, disponible en www.filosofiyderecho.com/rtfd, quien señala que “el *copyleft* constituye una derivación del movimiento del *software* libre, como una flexibilización del *copyright*” (p. 164 y ss.), ideado por Richard Stallman. También: Montoya Alberti, Ulises, “La Globalización Jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 300, quien se refiere a las distintas ramas del derecho, pero considera que “es en el campo mercantil donde se puede apreciar en una mayor magnitud este proceso de globalización jurídica”.

96. Nos permitimos remitir a nuestro antiguo trabajo, Alegría, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 1975, en especial p. 28 y ss., donde concluimos que “En este sentido podremos volver a concebir al jurista actual como ‘experto de la vida asociativa, sea de su antigua función mediadora del equilibrio social’ o, según otros lo vieron, como ‘el técnico ingeniero de la forma jurídica, reservándole una constante actividad de creación y adecuación de la estructura jurídica a las exigencias de la vida asociada’”, p. 32 y las citas de las notas 16, 17 y 18. También remitimos a nuestro trabajo “La Justicia como valor en el derecho y en el proyecto de vida”, Conferencia pronunciada al recibir el “Premio Justicia 2009”, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires, 15 de octubre de 2009 (existe separata, edición del autor, Buenos Aires, 2010).

97. Galgano, *op. cit.*, pp. 20-21, donde después de afirmar que “el derecho no tardó en adecuarse”, señala, con relación a la revolución digital, que “Parece proyectar las relaciones entre los hombres fuera del tiempo y del espacio hacia un espacio no físico, el *cyberespacio*, por lo tanto es también Revolución espacial y Revolución multimedia. Es una suerte de espacio vacío en el derecho, donde las normas jurídicas son suplantadas por la tecnología, que ocupa su lugar, decretando el ocaso del derecho”; en sentido esencialmente similar: Rossi, Guido, “Crisi del capitalismo e nuove regole”, en *Rivista delle Società*, Giuffrè, sept.-oct. 2009, p. 929 y ss.

debido a los cuales estamos en curso de una nueva crisis económica *global*.⁹⁸

5.2. Las fuentes del derecho

Está generalizada la opinión de que con la globalización, tal como la hemos presentado hasta ahora, se ha trastocado el orden clásico de las fuentes del derecho.⁹⁹

El tema es de singular importancia, porque a la problemática propia de la identificación del concepto que debe atribuirse al giro *fuentes del*

98. Ver nuestros trabajos Alegría, Héctor, “La intervención del Estado en el saneamiento de la empresa”, publicado en *La Ley*, Suplemento de Concursos y Quiebras, noviembre de 2009 (sobre la base de la Ponencia del autor en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, 23 de septiembre de 2009); y en “La crisis global y los impactos (duraderos y pasajeros) en el derecho concursal. Enseñanzas y conclusiones”, en *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año I, N°1, septiembre de 2010, *La Ley*, Buenos Aires, 2010 (sobre la base de una disertación pronunciada en Santa Fe, Argentina, en Homenaje al Dr. Ricardo S. Prono, agosto de 2010), en los que analizamos algunas medidas excepcionales que caracterizan la etiología, los paliativos y sus posibles interpretaciones como precedentes para el futuro. Más adelante vamos a referirnos a la situación actual y a sus eventuales consecuencias sobre los cambios políticos y económicos en el equilibrio mundial y su impacto sobre los temas que hemos desarrollado hasta ahora. Véase también Santa María, Alberto, “Principi etici e cooperazione internazionale nei rapporti económico-finanziari”, *Giur. Comm.*, N°24.4, octubre-diciembre 2010, Giuffrè, Milán, p. 771 y ss., especialmente p. 786 y ss.; Fuentes Naharro, Mónica y Fernández Torres, Isabel, “Conclusiones de ‘The financial crisis inquiry report’”, sobre este informe aparecido el 27 de enero de 2011, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, dir. por Juan Sánchez-Calero Guilarte, N°121, enero-marzo 2011, pp. 191-205, quienes concluyen: “todavía hay mucho que aprender, mucho que investigar y mucho que arreglar. Ésta es nuestra responsabilidad colectiva”.

99. Sobre el tema un trabajo reciente de Pérez Luño, Antonio-Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, *La Ley*, Madrid, junio de 2011, trata con amplitud distintos aspectos, siendo interesante enumerar los capítulos de tal libro: I. “Itinerarios doctrinales de las fuentes del Derecho”; II. “Las fuentes del Derecho y su problemática actual”; III. “La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global”; IV. “¿Qué significa juzgar? La función judicial como fuente del Derecho”; V. “Aspectos y funciones de la equidad”; VI. “Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?”; VII. “Sobre la normatividad de los usos sociales”. Cada capítulo contiene una adecuada bibliografía y el autor recuerda en el Prólogo que se refirió al tema al ingresar a la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, el 12 de diciembre de 1993. Agradezco al Prof. Pérez Luño haberme participado de la aparición de su obra.

derecho,¹⁰⁰ se agrega la ruptura del esquema clásico del derecho nacional estatal de conformación “piramidal”, al decir de Kelsen y sus seguidores,¹⁰¹ con la aparición de “nuevas fuentes” producidas por organismos internacionales, públicos o privados, la fuerza jurígena de los contratos,¹⁰² la fuerza

100. Remitimos nuevamente al libro de Pérez Luño, citado en la nota anterior, p. 17 y ss. y su mención de las siete acepciones enumeradas por Légaz y Lacambra, y las catorce finalmente elaboradas por Barna Horvath, para concluir con su propia clasificación en las pp. 63 a 69, con análisis de las opiniones contemporáneas. Véase también Romero, Pilar, “Las fuentes de las normas de la modernidad a la posmodernidad”, Universidad Nacional del Centro, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/886/735>.

101. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 47 y ss. y en especial el Capítulo III llamado “De la pirámide kelseniana de la pluralidad de redes”, donde habla del pluralismo de fuentes y las tentativas de reconstruir un orden sistemático. Véase también: Dutrey Guantes, Yolanda, “La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado: de la tradicional reciprocidad a la universalidad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 2004, p. 271 y ss.; Prandini, Riccardo, “La ‘constituzione’ del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner”, en Teubner, *op. cit.*, p. 191 y ss.; Pérez Luño, Antonio-Enrique: “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, 2007, p. 495 y ss., expresa: “La morfología del ordenamiento jurídico, inferida de la concepción kelseniana, evocaba la imagen de una pirámide o estructura piramidal, cuyo vértice venía constituido por la *Grundnorm*. Frente a esa representación el actual significado de los sistemas jurídicos reclama una simbolización que se aproxima más a una *bóveda* que a una *pirámide*” (p. 510); Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *De la pyramide au reseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 2002. En este sentido véase: Frase, Nancy, “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 70 y ss.

102. Ver Galgano, *op. cit.*, Capítulo 4, p. 105 y ss. Véase también Roppo, Vincenzo, “Il contratto e le fonti del diritto”, en *Contratto e Impresa*, 2001-3, CEDAM, Padua, p. 1082 y ss., donde después de analizar el contrato como norma y sus evidencias empíricas, estudia las paradojas de la globalización, entre ellas, el mercado del derecho o los mercaderes del derecho y dice: “Podría decirse que *normas creadas a golpe del contrato*, porque el contrato hace la praxis; la praxis genera el uso y el uso crea la norma”, después estudia las fuentes heterónomas creadas por el contrato y el derecho externo, analizando las vertientes comunitarias de normas sobre contratos, donde afirma que “la reducida influencia institucional que Italia ejercita en Bruselas hace que el texto final de las directivas refleje generalmente modelos no italianos”; también se refiere a las fuentes administrativas nacionales e internacionales del contrato que “puede poner al estudioso del derecho de los

vinculante de la llamada “*lex mercatoria*”, y aun de reglas devenidas de los usos comerciales, sobre todo internacionales, y de la vagamente descrita “*soft law*”.¹⁰³

Esta realidad nos vuelve a plantear dos situaciones que ya hemos mencionado: a) la pérdida de vigencia del concepto de *nacionalidad*, como referido al poder absoluto y excluyente del Estado para implantar y juzgar sobre sus propias normas jurídicas; y b) la paralela pérdida del criterio de *territorialidad*, como base geográfica de referencia de la vigencia de las leyes y del poder del Estado.

Finalmente, esta múltiple entrada y variada naturaleza de las fuentes del derecho, que algunos describen como el *desorden global*,¹⁰⁴ requiere un

contratos un inédito problema de fuentes: el problema de la reserva de ley. [...] que puede llevar al interrogante de si esas fuentes subprimarias invaden un campo reservado exclusivamente a las leyes o de actos que tengan fuerza de ley”; refiriendo posteriormente a la tutela constitucional del contrato y de la libertad contractual.

103. Nos referimos a estos puntos en especial más adelante. Es interesante destacar, sin embargo, que Galgano dice, con respecto a la evolución del derecho en las décadas posteriores al fin de la Primera Guerra Mundial, que “...no faltan autores que a partir de la Primera Guerra Mundial, con una exasperación estatista y nacionalista propia del siglo veinte, descubren una crisis tan profunda en la tradición jurídica occidental, asaz más grave que todas las precedentes como para ‘conducirla virtualmente al colapso’. *El estatismo y el nacionalismo del derecho no son factores de progreso, sino de crisis del derecho*” (los resaltados son nuestros). Y después afirma “A esta posible objeción se puede, ante todo, replicar que, tal como ha sido repetido recientemente, ‘para hacer una verdadera revolución es necesaria más de una generación’. No debemos limitarnos a considerar lo que el nuevo sistema de las fuentes ha ocasionado hasta ahora, pero debemos considerar lo que ello puede producir en el futuro, justamente en razón de sus caracteres nuevos y específicos, o sea después de la transición [...] donde entran en competencia con el derecho del Estado-nación los derechos espontáneos, tal como la *lex mercatoria*, y además, gracias al *shopping* del derecho, los distintos derechos de diversos Estados-nación, produciendo un sistema de reglas de resultados cuya evolución resulta imprevisible”, pp. 42 y 43; De Miguel Berian, Iñigo, “¿El derecho, moneda de cambio? ‘Regulatory Competition’ en la era de la globalización”, en *Revista de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), N°2, 2007, p. 121 y ss., quien brinda un muy importante panorama de la competencia entre las leyes. Véase también: Petersen, Niels, “How rational is International law?”, *Oxford Journals - European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 4, pp. 1247-1262.

104. Valentino, Daniela, “Globalizzazione economica e *disorder of law*. Un esempio: la *battle of forms* e il principio del *mirror-image rule*”, en *Contratto e Impresa*, dirigido por

replanteamiento del concepto del derecho como *sistema*,¹⁰⁵ y también y consecuentemente, los conceptos de vigencia y validez.¹⁰⁶

Si bien algunos autores requieren para un rescate de la sistematicidad del “derecho de la globalización” la existencia de un poder central,¹⁰⁷ otros

Galgano, Francesco, CEDAM, marzo-abril, 2010, p. 392 y ss.; Baldassarre, *op. cit.*, p. 109 y ss., con especial referencia a las relaciones internacionales.

105. Block-Lieb, Susan y Halliday, Terence, “Incrementalisms in Global Lawmaking”, en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, 2007, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 964425, señala el incremento de fuentes y destaca además de muchos ejemplos, lo que llama incremento vertical y el incremento horizontal y la conjunción de ambos. Cassese, *op. cit.*, pp. 992-993, entiende que un sistema legal, unitario y cosmopolita todavía no está en el horizonte, y “...eso ayudaría a demostrar la extraordinaria habilidad de los instrumentos legales al momento de coexistir, de coincidir, de ordenarse, e incluso, integrarse”. En un interesante debate, Robert Alexy afirmó: “Corresponde a la naturaleza del derecho que tenga un carácter sistemático. Esto no excluye que, en determinadas circunstancias, se pueda utilizar un concepto de derecho más limitado, que se refiera únicamente a la promulgación dotada de autoridad y la eficacia social. No obstante el derecho es un ente complejo: no se agota en este rasgo” en *Debate*, moderado por Franz Wellman, el 27 de mayo de 2005, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, ya citado, p. 743 y ss., la frase está en p. 768.

106. Baldassarre, *op. cit.*, quien a partir de la p. 118 y ss. critica la falta de institucionalización del sistema global y lo que llama “ultraactividad del sistema dualístico”, e identifica como propio de la etapa preglobal y que si bien por razones comprensibles continúa la nueva etapa, perjudica el significado del sistema por ausencia de una autoridad institucional, pp. 121-122; Garrido Gómez, *op. cit.*, Capítulo II, es especial p. 60 y ss., y Capítulo III, p. 71 en adelante, con respecto a la sistematicidad.

107. Ver nota 89, Barcellona, Pietro, “Introduzioni a nuove frontiere del diritto”, en *Nuove frontiere del diritto*, Dedalo, Bari, 2001, dice que “en definitiva en el orden actual el individuo es un átomo en manos de cualquiera”, p. 6; también Ferrarese, *Le istituzioni...*, *op. cit.*, quien ve al derecho global como un sistema jurídico totalmente privatizado y sin autoridad, p. 57, y recuerda que cuando se habla de *global governance* para “dar cuenta de un universo institucional más abierto y menos formal, el término *governance* tiende a marcar una diferencia de significado de acuerdo al término *government* y a la idea de que este último implica un ejercicio de un poder centralizado en manos de un sujeto público”, p. 125; Barra, *op. cit.*, quien sostiene: “¿No debería existir un ente regulador global del mercado laboral globalizado? [...] Para la protección del proletariado globalizado, de todos los débiles y sometidos de la tierra, el Estado debe renacer, con un poder y fuerza global que le permita el diálogo adecuado con el turbocapitalismo globalizado”; Jáuregui, *op. cit.*, p. 17, quien estima necesario una integración política a nivel global “que sea un centro cuyas instituciones dispongan de jurisdicción sobre la actividad de los vigentes

creen en la posibilidad de reconocimiento de un sistema en el orden internacional.¹⁰⁸

Por tanto, el nuevo paradigma de las fuentes reclama la superación del modelo clásico, por lo que debe afrontarse con un nuevo método y una nueva mentalidad,¹⁰⁹ conclusión a la que adherimos.

5.3. Tendencia a las leyes uniformes y a las “leyes modelo”

Ya nos hemos referido a la particular situación creada en los ámbitos regionales integrados, en los cuales, según distintos grados de avance, se

estados nacionales”, sin quedar condicionada a la actividad de grupos u organizaciones corporativas. En contra: Rossi, Guido, “Crisi del capitalismo e nuove regole”, en *Rivista delle Società*, Giuffrè, sept.-oct. 2009, donde reflexiona, en el punto 4 de su trabajo, sobre *la utopía de una autoridad mundial*, y se aparta del pensamiento en el sentido de los iluministas, de Keynes y del Papa Benedicto XVI (en la Encíclica “Caritas in veritate”) concluyendo que el objetivo de una autoridad mundial “no se trata por cierto de un evento político fácilmente conseguible, ni siquiera al nivel simplemente europeo” (pp. 37-38).

108. Galgano, *op. cit.*, pp. 215-216, dice: “A una sociedad incapaz de expresar una representación democrática, como es la sociedad global, incapaz de legitimarse sobre la base del consenso político, no le queda otra posibilidad que confiar en el libre juego de las fuerzas de mercado y legitimarse solamente sobre la base del consenso económico. Sin embargo no es una sociedad incapaz de expresar su propio derecho. No conoce los modos de producción del derecho característicos de los Estados nacionales, como las leyes votadas por los parlamentos (o por los gobiernos bajo mandato de los parlamentos); puede, a lo sumo, conocer aquellas fuentes de producción del derecho que fundamentan su propia legitimidad en otras instituciones, que no son los procedimientos democráticos y hasta pueden prescindir de la existencia de una sociedad organizada en Estado”.

109. Pérez Luño, *El desbordamiento...*, *op. cit.*, p. 98 y ss. y en especial p. 101, quien dice: “Los ciudadanos y los juristas del siglo XXI deben ser conscientes de esa superación del marco territorial de los Estados nacionales, en lo que atañe al significado y operatividad de sus sistemas normativos. [...] Los esquemas rígidos de interpretación de las fuentes, basados en la soberanía estatal, en las fronteras nacionales y en compartimentos explicativos cerrados, son del todo inadecuados e insuficientes para captar los problemas de nuestro tiempo. Sea cual fuere la explicación que finalmente adoptemos sobre este fenómeno, cualquier deliberación que se precie de actual relativa a las fuentes jurídicas, requiere un enfoque universal...”. Soppini, Andrea, en “Un dialogo su globalizzazione e diritto”, en *Contratto e Impresa*, N°4-5, 2007, CEDAM, Padua, p. 1367, concluye después de interesante análisis que “puede observarse por tanto cómo del ordenamiento estatal entendido en el sentido de exclusividad, de carácter absoluto, queda bien poca cosa”.

sancionan normas genéricas a regir de manera uniforme en los Estados, o bien distintas clases de resoluciones que tienden a la “armonización del derecho”, las que deben ser adoptadas como lineamientos en leyes internas en los Estados, aun cuando no se trate de una transcripción textual.

Es momento ahora de referirnos a las llamadas “leyes uniformes”, que generalmente son objeto de tratados o convenciones internacionales que, si bien tienen destino a ser adoptadas “*in integrum*”, también suelen ser incorporadas a los derechos locales con algunas variantes que se entienden necesarias.¹¹⁰

En las últimas décadas también fueron redactados otros textos de leyes uniformes, por ejemplo, la “Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías”, suscrita en La Haya el 30 de octubre de 1985, también adoptada por numerosos países; y la “Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza”, adoptada por UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), en su Sesión de Viena de mayo de 1997, aceptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de noviembre de ese año; esta ley modelo, o bien su adaptación a leyes nacionales, fue incorporada por una cantidad importante de naciones.¹¹¹

110. Hace 80 años fueron suscritas las convenciones por las cuales se establecía la “Ley uniforme concerniente a la letra de cambio y al pagaré”, Ginebra, 7 de julio de 1930, con sus protocolos y anexos y la “Convención destinada a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letra de cambio y pagaré a la orden”, y finalmente la “Convención relativa al derecho de timbre, en materia de letra de cambio y pagaré a la orden”. Véanse las ratificaciones en Cámara, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Tomo I, con actualización jurisprudencial de Mark, Mariano H., LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 81; también en Ginebra se sancionó la ley uniforme concerniente al cheque junto con las convenciones destinadas a reglar ciertos conflictos de leyes en materia de cheques y la Convención relativa al derecho de timbre en materia de cheques, el 19 de marzo de 1931. Estas leyes uniformes fueron incorporadas textualmente o con adaptaciones a las legislaciones de una gran cantidad de países.

111. Ver Alegría, Héctor, *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, 2008, pp. 331-334 y remisión al estado actualizado de incorporación en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html. Además ver Marrella, *op. cit.*, p. 167, notas 21 y 22, que menciona una serie de guías y modelos contractuales de diversas organizaciones, en general, privadas; con relación a otras guías de las organizaciones internacionales véase un elenco en Marrella, *op. cit.*, pp. 171-175, donde menciona textos de la Comisión Económica para Europa (ECE), guías de UNCITRAL y del Banco para la Reconstrucción y Fomento (BIRS). Sobre el GATT y la OMC, véase, entre otros:

Finalmente, organismos internacionales han propuesto “directivas” para la redacción de diversas leyes en los países que desearan seguirlas.¹¹² Más adelante veremos iniciativas similares de origen privado.

5.4. *La lex mercatoria*

No existe, según la doctrina, una definición unívoca de la *lex mercatoria*.¹¹³ Recordando las diferencias entre la antigua y la nueva *lex mercatoria*,

Saravia Frías, Bernardo, *Organización Mundial de Comercio y Globalización*, LL, 2002-E, 1228.

112. En este caso no se trata de leyes modelo sino simplemente de bases o directivas, como por ejemplo los “Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia de derechos de los acreedores”, elaborado por el Banco Mundial en abril de 2001, la “Guía legislativa sobre la ley de insolvencia” de UNCITRAL, aprobadas en la sesión del 14 al 21 de junio de 2004 en Nueva York y adoptadas por la Asamblea General el 2 de diciembre de 2004, por Resolución 54/40. Véase el texto en castellano y comentario: *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, Morán Bovio, David, (coord.), La Ley, Madrid, 2006. Sobre los trabajos en materia jurídica de UNCITRAL puede verse: Block-Lieb, Susan y Halliday, Terence, “Incrementalisms in Global Lawmaking”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, 2007, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 964425, especialmente el Capítulo I, p. 5 y ss., con referencia particularizada. En materia contractual puede verse Bosch Capdevila, Esteve (Director) y Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya, *Derecho Contractual Europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, con análisis de diversas propuestas, incluso las llamadas “Roma I” y “Roma II” de la UE, con un trabajo de Joaquim-J-Forner-Delaygua, p. 51 y ss.; los “Principles of European Contract Law”; los Principios Landö (los que fueron citados también en el Proyecto del Código Civil Argentino de 1998), comentado por Isabel González Pacanowska, “Los Principios Landö”, p. 151 y ss.; los trabajos del grupo ACQUIS, con la versión del “Marco Común de Referencia” que funcionaría, al decir de Esther Arroyo Amayuelas, *op. cit.*, p. 209 y ss., como un *restatement* de principios europeos; el *Marco Común de Referencia Académico y el CFR*, comentado por Antoni Vaquer Aloy, p. 239 y ss., con otras interesantes aportaciones sobre esos antecedentes para el Derecho Contractual, Civil y Comercial, tanto interno como dentro de la UE. Sobre el tema véase también Vettori, Giuseppe, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, CEDAM, Padua, 1999, especialmente Capítulo 2, p. 849 y ss., con trabajos de Cesare Bianca, Carlo Castronovo y Ole Landö.

113. Sobre este tema remitimos al excelente trabajo de Marrella, Fabrizio, “La nuova *Lex mercatoria*”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell' Economia*, dirigido por Galgano, Francesco, Volumen XXX, CEDAM, Padua, 2003. Para la búsqueda

Galgano propone como definición “Es el derecho creado por la clase empresaria, sin la mediación de los poderes legislativos de los Estados y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados”;¹¹⁴ a su turno, Bertold Goldman, en 1979, decía que la *lex mercatoria* es un ordenamiento autónomo respecto al ordenamiento estatal y al internacional dotado de los caracteres accesibilidad, generalidad y predictibilidad.¹¹⁵ Ugo Draetta describe que “la *lex mercatoria* aparece por tanto en esta óptica como un verdadero y propio sistema normativo que funda su juridicidad en la efectividad, sea en el sentido de una concreta actitud a regular especies contractuales complejas, en relación a las cuales los ordenamientos internos se revelan inadecuados, sea en el sentido de capacidad de imponer como jurídicamente vinculantes a los operadores económicos, en virtud de la *opinio necessitatis* de los que se nutren los confines”.¹¹⁶

de una definición ver p. 21 y ss. con interesante tratamiento, remontándose a Cicerón, Malynes, Blackstone, Bouvier, en el pasado, preguntándose después si esas definiciones son válidas al inicio del tercer milenio, p. 24.

114. Galgano, Francesco, *Lex mercatoria*, 4ta. edición, Il Mulino, Bolonia, 2001, p. 73. Ferrarese, María Rosalía, “Un dialogo su globalizzazione e diritto”, en *Contratto e Impresa*, N°4-5, 2007, CEDAM, Padua, p. 1345 y ss., al comentar el tantas veces citado libro de F. Galgano *La globalización en el espejo del derecho*, contiene críticas a la *lex mercatoria* “en cuanto constituye una suerte de derecho *absolutus* y que es una especie de versión de los contratos redactados por las grandes *law firms*, que presenta el contrato en su versión más deslocalizada posible y construida como una entidad que camina exclusivamente sobre sus piernas, con soportes externos reducidos al mínimo. Es la inventiva jurídica de las grandes *law firms* americanas que se ha concentrado en esta dirección hasta casi disolver los puntos de conexión entre contratos y estados nacionales”, p. 1359, finalizando “pero propiamente la *lex mercatoria*, como la expone Galgano, se hace entender como dicotomía [...] de todas maneras incapaz de tener en cuenta la situación actual, hoy tenemos necesidad de otra imaginación para identificar la nueva dinámica que se instaura entre las múltiples fuentes del derecho y los espacios en las cuales se puede ejercitar como *fantasías jurídicas*”, p. 1363.

115. Goldman, Bertold, “La *Lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage international: réalité et perspectives”, en Clunet, 1979, pp. 475-479, citado por Marrella, *op. cit.*, p. 666.

116. Draetta, Ugo, “Il Diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti”, en la colección Studi e pubblicazioni della *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, N°22, CEDAM, Padua, 1984, p. 14.

Hemos tenido oportunidad de referirnos al tema en “El orden público y los contratos internacionales”,¹¹⁷ en el que desarrollamos los debates sobre la naturaleza de la *lex mercatoria* como cuerpo legal, su certeza, fijeza y determinación y, finalmente, a la pretendida dificultad de su acceso por tratarse de un contenido difuso,¹¹⁸ todo lo cual resulta analizado y contestado en ese trabajo, al que nos remitimos.

El tema ha sido largamente desarrollado en relación a la globalización por Galgano, quien concluye su tratamiento con una frase que compartimos y dice: “La *lex mercatoria* es fuente del derecho y en la actualidad constituye única fuente susceptible de generar derecho transnacional no solamente por ser *usus*, es decir, práctica constante de los tráficos sobre el mercado global, sino también por ser *usus* acompañado por la *opinio iuris*. Esto es así porque las cámaras arbitrales internacionales lo aplican con la convicción de que debe ser aplicado como sistema de verdaderas y propias reglas jurídicas, propias de la *business community*, y porque las mismas leyes y los mismos jueces de los Estados le reconocen esta aptitud reguladora”.¹¹⁹

Finalmente, el tema ha sido generalmente aceptado por la doctrina moderna,¹²⁰ además de ser consagrado, como veremos más adelante, por

117. Alegría, Héctor, “El orden público de los contratos internacionales”, publicado originariamente en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-3, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2088, p. 295 y ss. y reproducido en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, p. 381 y ss., especialmente p. 408 y ss.

118. Alegría, *op. cit.* en nota anterior, con citas de Boggiano, Antonio, “*Lex mercatoria non est lex*”, publicado en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* N°226, Buenos Aires, septiembre-octubre de 2007, p. 374 y ss.; y también las opiniones de Alpa, Lagarde, Feldstein de Cárdenas, Rivera y Draetta, pp. 408-411. Véase una opinión crítica en Teubner, Gunther, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005; también el excelente trabajo de Galgano, Francesco-Marrella, Fabrizio, “Interpretación del contrato y *Lex mercatoria*”, en *Revista de Derecho Comparado*, N°3, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 7 y ss.

119. Galgano, F., *La globalización en el espejo del derecho*, citado, Capítulo Segundo, pp. 51 a 85, especialmente pp. 84-85.

120. Véanse los trabajos citados precedentemente y Rivera, Julio César, *Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, LL 21/11/2005-F, 1005; Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Lex Mercatoria and its Current Relevance in International Commercial Arbitration*, p. 101 y ss., en De Cita, Zavalía, Buenos Aires, 2004, quien al finalizar menciona un pasaje de Lord Mustill, donde dice que la *lex mercatoria* posee

distintos tribunales, especialmente los arbitrales internacionales.¹²¹

5.5. Los contratos y su tendencia a la homogeneización

Elementos esenciales en la formación de la llamada *lex mercatoria* han sido y son los contratos. Tanto los contratos internacionales, como los nacionales que siguen modelos utilizables comúnmente dentro y fuera del país, con adaptaciones menores, en su caso, por muy específicas particularidades del negocio o ciertas normas imperativas o de orden público. Se atribuye, en general, a las grandes firmas internacionales de abogados la elaboración de estos modelos.¹²²

suficiente crédito intelectual para merecer un serio análisis, y todavía no tiene una aceptación generalizada como para escapar del ojo escéptico. Continúa diciendo que “en otras palabras la doctrina de *lex mercatoria* enfrenta un gran desafío a más de 40 años de su *revival* y en efecto, los fundamentos teóricos de la doctrina de la *lex mercatoria* son ahora más explícitos. Existen ahora diversas fuentes disponibles para su conocimiento y su mayor uso en la práctica es más apreciado por los árbitros, los hombres de negocios y los abogados”.

121. En este sentido es importante el conocido caso *Norsolor*. Fue en el laudo arbitral del caso “*Pabalk Ticaret vs. Norsolor*” (26 de octubre de 1979, N°3131), resuelto por la CCI (a través de los árbitros: Dr. Cremades, Prof. Ghestin y Dr. Steiner), donde se reconoció de manera oficial el concepto de *Lex Mercatoria* como fuente de derecho. En el caso específico se trataba de un contrato de compraventa y otro relacionado de comisión entre una empresa de Turquía y una empresa francesa y al no haber sido elegida voluntariamente la ley aplicable por las partes, el Tribunal optó por la aplicación de la *lex mercatoria*, dada la naturaleza internacional del contrato en cuestión, como instrumento para arribar a la solución más justa. Posteriormente el laudo fue apelado ante la Corte de París, entre los años 1981 y 1982, para terminar con su tratamiento en la Corte de Casación francesa el 9 de octubre de 1984. Marrella también hace referencia de él en su obra, completando e integrando la doctrina del laudo *Norsolor*, con la del laudo “*Primary Coal Inc. Vs. Compania Valenciana*”, donde se potenció la aplicación de la *lex mercatoria* en el tráfico internacional como mejor “mediadora” ante conflictos entre normas estatales (1° de septiembre de 1988, N°5953). Véase al respecto: Marrella, *op. cit.*, p. 320 y ss.; Jarvin, Sigvard-Derains, Yves, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer, Boston, 1990, p. 122 y ss.; Moreno, Francisco, “*Lex mercatoria*, derecho de la globalización sin Estado”, que puede consultarse en <http://www.liberalismo.org/articulo/423/258/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/>; también Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 132.

122. Galgano, *op. cit.*, p. 64, nota 24, con cita de Ferrarese, “*Il diritto al presente*”, y p. 105 y ss. dice: “El elemento dominante es la circulación internacional de los modelos transnacionales uniformes. En la mayor parte de los casos se trata de contratos atípicos: los

Una parte importante de la doctrina admite el rol principal de la *praxis* contractual en las relaciones económicas. El elemento que domina la escena jurídica es el contrato internacional.¹²³

Un trabajo relevante se refiere a la tendencia a la homogeneización de los contratos y sus efectos tanto en el ámbito internacional como en el nacional.¹²⁴ No es extraño a tal fenómeno la reconsideración de la autonomía

creadores no son los legisladores nacionales, sino las *law firms* americanas o los consultores de las increíblemente numerosas asociaciones internacionales de las más diversas categorías empresariales. En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato atípico. Su nombre, casi siempre un nombre inglés, testimonia el origen americano de esos modelos que se han difundido en el planeta entero: *leasing, lease-back, leveraged buy-out, merchandising, engineering, countertrade, project financing, factoring, put and call, forfaiting, out-sourcing, franchising, performance bond* y así sucesivamente. Las *laws firms* que los inventaron han satisfecho, sin duda, exigencias presentadas por sus comitentes. Sin embargo, ahora toda la economía mundial se nutre de esos contratos. Su idoneidad para satisfacer las exigencias de las empresas van más allá de la del comitente para el cual estos ‘mercantes del derecho’ los habían concebido. Quien hoy en el mundo estipula un *leasing* o un *outsourcing* no paga un *royalty* al creador del modelo contractual”, p. 106. Ver *supra* notas 48 y 114.

123. Marrella, *op. cit.*, p. 162, quien primero se refiere a los que se oponen a tal doctrina, académicos o prácticos, por su limitado conocimiento del fenómeno extrajudicial, señalando después que los textos realizados por las oficinas centrales de las multinacionales que se difunden a todo el planeta, lo que afirma que elimina los costos de transacción y que el empleo repetitivo de los modelos facilita la rápida conclusión de los contratos, máxime cuando en general los mandatarios no pueden acceder a modificaciones de la mayor parte de las cláusulas propuestas por la matriz. Véase: Roppo, *op. cit.*, en nota 102.

124. Marzorati, Osvaldo, “Los contratos internacionales (ensayo sobre la tendencia a la homogenización y sus efectos en la contratación local)”, en *Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año 1, N°2, La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2010, p. 213 y ss. Sobre el tema es importante el trabajo de Musy, Alberto M., *La comparazione giuridica nell’età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano in Italia*, Giuffrè, Milán, 2004, donde trata en el capítulo II sobre la circulación de los modelos de las “law firm” (p. 43 y ss.) y en el capítulo III la resistencia a la introducción del modelo de ley concursal americana en Italia (p. 122 y ss.) concluyendo (pp. 178-179) que “la vena pragmática sugiere al sociólogo, al economista neo-institucional, al historiador y al jurista comparatista medir la distancia entre los sistemas, distinguir las soluciones ofrecidas por los diferentes formadores (*de normas*) y no rendirse ante la aparente incommensurabilidad entre las reglas”.

de la voluntad a la que “se le abren fronteras impensables en el pasado”.¹²⁵ Debemos recordar que, mundialmente, se han adaptado normas estatales e, incluso, regionales, sobre protección del consumidor, lo que integra y de alguna manera limita los campos en los que se aplica la autonomía de la voluntad, sin por eso desconocerla.¹²⁶

A partir de estos contratos se elaboran gradualmente nuevas figuras que, después de recibir su *tipología social*,¹²⁷ se incorporan como institutos regulados a las legislaciones locales¹²⁸ o bien dan lugar a cuerpos orgánicos de origen privado o interestatal, que trataremos inmediatamente.

125. Remitimos a nuestro trabajo Alegría, Héctor, “La autonomía contractual frente al panorama actual del Derecho Mercantil”, comunicación con motivo de nuestra incorporación a la Academia Peruana de Derecho, que se transcribe en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, citado pp. 1 a 23, y su remisión a bibliografía, pp. 24 a 34. Ver también Rivera, Julio César, *Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, LL 2005-F, 1005.

126. Remitimos a nuestro trabajo Alegría, Héctor, “Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipos de Anales*, Año LIV, Segunda Época, N°47, noviembre 2009, que también apareció en La Ley, 2010-C, 821.

127. Lipari, Niccolò y Rescigno, Pietro (dirs.), Zoppini, Andrea (coord.), *Diritto civile*, Volumen III, “Obbligazione, II, il contratto in generale”, Capítulo VIII a cargo de Andrea Barenghi, Giuffrè, Milán, 2009, p. 295 y ss.; Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, p. 15 y ss.; Rescigno, Pietro, “Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)”, en *Contratto e Impresa*, 1990-1, CEDAM, Padua, p. 43 y ss. Además, en el derecho argentino hay una amplia bibliografía respecto a la tipicidad contractual que, para evitar repeticiones, puede verse en Alegría, Héctor, “Contrato de consultoría”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario (RDPC)*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2005, p. 49 y ss., reproducido en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, cit., p. 425 y ss., especialmente nota 6.

128. Como por ejemplo pasó en la Argentina respecto del *leasing*, primero por la ley 24.441 y después por la ley 25.248. Otros países han seguido cursos legislativos similares; Monateri, Giuseppe, “Globalización y Derecho Europeo de los Contratos”, en *Jurista*, N°82, Italia, disponible en http://www.revistapersona.com.ar/Persona85/85Monateri.htm#_ftn1.

5.6. *Los tipos y modelos contractuales elaborados por organizaciones no estatales*

Numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG) de distinta composición, con sedes en países diversos, tienen por objeto el estudio de modalidades contractuales que se presentan en el tráfico moderno. Sobre la base de tales estudios y, en muchos casos, después de numerosas reuniones de análisis, anteproyectos y proyectos, emiten un elenco normativo no estatal y, por tanto, no vinculante como lo son las leyes de los Estados, pero que admiten la invocación y sujeción a ellos por los privados y aun por los Estados o sus dependencias internas.

La enunciación de todos ellos no es el propósito de este trabajo, pues lo extendería innecesariamente. A título de ejemplo podemos mencionar algunos:

a) Los proyectos elaborados por UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), con sede en Roma, que, entre otros, ha confeccionado los siguientes, que fueron siendo adoptadas por los Estados miembros a través de Conferencias diplomáticas:

- i) “Principios sobre los contratos comerciales internacionales”, con redacciones en 1995, 2004 y 2010.¹²⁹

129. Con respecto a la versión de 1995 véase la publicación de UNIDROIT, Roma 1995; con relación a la de 2004 la publicación de la misma entidad, Roma, 2004, ambas con sus comentarios al pie, y en cuanto a la publicación de 2010 en www.unidroit.org. Véase sobre el tema, entre otros muchos autores, Oser, David, *The UNIDROIT principles of international commercial contracts: a governing law?*, Martinus Nijhoff, Leiden, Holanda, 2008, con remisión a una extensa bibliografía en pp. 165-178. Una visión crítica entre nosotros la manifestó Mosset Iturraspe, Jorge, *Regulación sobre contratos. Principios de Unidroit en países en vías de desarrollo y en la Argentina*, La Ley, 2001-F, 1425, Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 01-01-2009, 21; también véase Rivera, Julio César, *Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, LL 2005-F, 1005, en particular Capítulo IV, punto 4, donde expresa la acogida académica y legislativa de tales principios. Véase también Bonell, *op. cit.*, p. 1348, quien expresa que Galgano y otros importantes autores (Philip Kahn, Pierre Lalive, Clause-Peter Berger, James Gordlei, Frank Vischer y Fritz Juenguer), entienden que “los principios UNIDROIT importan un verdadero y propio salto de calidad”, porque “no son una simple compilación de principios esporádicos generales del derecho o de uso vigente [...] ellos representan una verdadera y propia codificación”. Un trabajo fundamental en

- ii) “Convención relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de bienes” (La Haya, 1964) y “Convención relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de bienes” (La Haya, 1964). Estas dos convenciones fueron posteriormente postergadas por la aparición de la “Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, realizada en Viena en 1980.
- iii) “Convención Internacional sobre contratos de viaje” (Bruselas, 1970), ratificada por Argentina mediante Ley N°19.918 de 1972.
- iv) “Convención relativa a una ley uniforme para la forma de un testamento internacional” (Conferencia diplomática sobre testamentos, Washington, 1973).
- v) “Convención sobre agencia en la venta internacional de bienes” (Ginebra, 1983).
- vi) “Convención UNIDROIT sobre factoring internacional” (Ottawa, 1988).
- vii) “Convención UNIDROIT sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente” (Roma, 1995), ratificada por Argentina mediante Ley N°25.257 de 2000.
- viii) “Ley Modelo de Franchising UNIDROIT” (Roma, 2002).
- ix) “Ley Modelo de Leasing UNIDROIT” (Roma, 2008), que había sido precedida por otros cuerpos dedicados al tema.

b) Las “Reglas” de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, entre las que se destacan (indicamos sus referencias en inglés porque no todas han sido traducidas al castellano):

- i) “Model International Sale Contract”, publicación N°556, 1997.
- ii) “Model Occasional Intermediary Contract”, N°619, 1999.

este caso es Fernández Rozas, José Carlos, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, Iprolex, 2004, pp. 35-78, quien destaca la falta de adecuación de las leyes estatales a las necesidades del comercio internacional, p. 53 y ss. Finalmente se refiere a la superación de la concepción estatal en la regulación de los contratos transnacionales (cap. 6, p. 73 y ss.).

- iii) “Model Commercial Agency Contract-2nd Edition”, N°644, 2002.
- iv) “Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003”, N°650, 2003.
- v) “Model Mergers & Acquisitions Contract 1-Share Purchase Agreement, N°656”, 2004.
- vi) “Model Selective Distributorship Contract”, N°657, 2004.
- vii) “Uniform Customs and Practice for Documentary Credits”, N°600, 2006.
- viii) “Model Confidentiality Agreement”, N°664, 2006.
- iv) “Model Turnkey Contract for Major Projects”, N°659, 2007.
- x) “International Standard Banking Practice”, N°681, 2007.
- xi) “Model International Trademark Licence”, N°673, 2008.
- xii) “Model International Transfer of Technology Contract”, N°674, 2009.
- xiii) “Incoterms 2010”, N°715, 2010.
- xiv) “Uniform Rules for demand guarantees. Including Model Forms”, N°758, 2010.
- xv) “Model Subcontract. Commission on Commercial Law and Practice”, N°706, 2011.
- xvi) “Model International Franchising Contract. 2nd Edition”, N°712E, 2011.

c) Aunque no exhaustivamente, vemos que otros organismos de origen privado han propuesto cuerpos de reglas, algunos se aplican a sectores particulares de la economía.¹³⁰ Así, por ejemplo, la Federación

130. Marrella, *op. cit.*, p. 89 y ss., que titula la Sección II del Capítulo I, “La *Lex mercatoria* a vocazione settoriale”, y también en p. 136 y ss., donde menciona, entre otros, el *International Accounting Standards Committee* (IASC). Comité Internacional de Normas Contables. Grupo compuesto por profesionales de Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia, Canadá y Japón, entre otros países, que periódicamente se reúnen para proponer normas contables de aplicación internacional (véase *supra* nota 33); el *Comité Maritime International*; la *International Shipping Federation* (ISF), que reúne a asociaciones de armadores; la *International Association of Independent Tanker Owners* (Intertanco), con sede en Oslo, que prepara formularios de contratos de utilización de naves cisternas; la *International Air Transport Association* (IATA), etc.

Internacional de Consultores Ingenieros (FIDI), que elaboró un documento de condiciones para contratos de obra de ingeniería civil,¹³¹ entre muchos otros.

5.7. *El arbitraje internacional y el arbitraje nacional*

Si bien el arbitraje reconoce precedentes muy antiguos, en las últimas décadas se ha notado un aumento del número de causas y la creación o incremento de actividad de instituciones arbitrales de carácter privado. Esto se aplica tanto en el ámbito internacional como en el nacional.¹³²

Se ha destacado universalmente la gran influencia del arbitraje, sobre todo el internacional, en relación a la recepción, en primer lugar de la *lex mercatoria*¹³³ y sobre principios generales¹³⁴ obrantes en documentos

131. Bunni, Nael G., *The FIDIC form of contract. The fourth edition of the Red Book*, 2ª ed., 4ª reimpresión, Blackwell Science, Oxford, 2004. En nuestro trabajo citado, *Contrato de Consultoría*, *op. cit.*, pp. 434-435, en la nota 24, también mencionamos numerosos estudios de organismos internacionales, algunos de vieja data: Naciones Unidas, *Desarrollo de los servicios de consultoría de gestión con referencia especial a América Latina*, New York, 1973; Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT, *Desarrollo de las exportaciones de servicios técnicos de consultoría de países en desarrollo*, Ginebra, 1986; OIT; en el Banco Mundial el *Standard Bidding Documents for the procurement of works-major contracts* (SBDW), Washington, 1995, con modificaciones posteriores (véase su relación con el contrato FIDIC en Bunni, *op. cit.*, cap. 22, p. 485 y ss.), y otras entidades al adoptar cláusulas o contratos modelo: en el Fondo Europeo para el Desarrollo (FED); en el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BECD), el *Procurement Policies and Rules for Projects Financed by the BECD*; en el Banco Asiático para el Desarrollo, la *Guidelines for Procurement of Goods, Works and Services Under Projects Financed by the Asian Development Bank* (1990) y la *Guidelines for Procurement Under Asian Development Bank Loans* (1994), y en otras entidades similares.

132. Un panorama actual puede verse en “Arbitraje”, en *Revista de Derecho Comparado*, N°11, Rubinzal-Culzoni, 2005; y en el Tomo “Arbitraje” en la Revista *DeCITA* “Derecho del Comercio Internacional”, dir. por Adriana Dreyzin de Klor y Diego P. Fernández Arroyo, N°2, 2004; McLaughlin Mitchell, Sara-Powell, Emilia Justyna, *Domestic Law goes global*, Cambridge, 2011, especialmente Capítulo 1, p. 1 y s.; Iudica, *op. cit.* cap. 7, p. 195 y ss.

133. Ver nota 121. Ver también Galgano, *La globalización en el espejo del derecho*, *op. cit.*, pp. 69-72. Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 121-123.

134. Pérez Luño, *op. cit.*, Capítulo VI, p. 213 y ss., con una visión crítica y realista de la expresión *principios generales del Derecho*. Alpa, Guido, “I Principi Generali”, en *Trattato*

internacionales, ya sea sancionados por los Estados, ya elegidos por las partes como ley aplicable¹³⁵ o, finalmente, ante la ausencia de una regla precisa necesaria para la resolución de causas.¹³⁶

Estos autores han hecho referencia a la importancia de la jurisdicción arbitral en el ámbito internacional, en las que obran una serie de entidades de actuación global o bien en regiones o países determinados, para el progreso y la aplicación concreta de la *lex mercatoria* y de los textos a los que nos hemos referido en este trabajo.¹³⁷

di Diritto Privato, dir. por Giovanni Iudica y Paolo Zatti, 2da. edición, Giuffrè, Milán, 2006, en particular p. 167 y ss.; Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ra. edición, Temis, Colombia, 2007, especialmente p. 243 y ss.

135. “Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010”, “Preámbulo: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (*). Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales...”.

(*) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones: “El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]”. Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula: “El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].”

136. Véase Marrella, *op. cit.*, pp. 390-489, con remisión a importantes precedentes arbitrales, en especial de la CCI, recordando después en p. 491 y ss. otras aplicaciones en arbitrajes administrativos e, incluso, en arbitrajes de equidad, donde menciona un precedente de la Cámara Arbitral de Milán (Laudo A-1795/51 del 01-12-1996), citado en p. 500 y ss., y también en arbitrajes *ad-hoc*, donde refiere precedentes en laudos de París sobre integración de la ley rusa, otro dictado en Roma y también un laudo dictado en Buenos Aires el 10 de diciembre de 1997, pp. 513-514; p. 301 y ss.; y p. 873 y ss., con relación a la *lex mercatoria* y los Principios UNIDROIT.

137. Domingo, Rafael, *The New Global Law*, *op. cit.*, pp. 110-112, donde luego de destacar la ruptura de la unidad jurisdiccional de los Estados y la influencia de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos

La mayoría de los códigos de procedimientos estaduales contempla la institución del arbitraje, ya sea nacional o internacional, y también se han ido incorporando leyes modernas que adaptan esas legislaciones a las realidades del arbitraje.¹³⁸ Paralelamente obran sistemas de arbitraje *institucional*, ya sea mediante tribunales permanentes de arbitraje, ya mediante tribunales compuestos por las personas elegidas en la lista preestablecida o bien entidades de *administración de arbitrajes*, que no tienen un elenco estable de árbitros sino que mantienen un cuerpo de reglas generales, fórmulas para la integración del tribunal concreto que entenderá en cada caso y aspectos administrativos.¹³⁹

Sin desarrollar exhaustivamente el tema, son destacables iniciativas internacionales de relevancia, como por ejemplo, la “Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, del 10 de junio de 1958, ratificada por una gran cantidad de naciones,¹⁴⁰ los protocolos referidos al arbitraje en el Mercosur¹⁴¹ y un texto elaborado por

arbitrales extranjeros, explica que “la razón es obvia: la naturaleza consensual del arbitraje es más cercana a la ley global que las imposiciones de los Estados por la ley internacional. El arbitraje es el instrumento efectivo por la globalización legal, sin límites territoriales o estaduales”.

138. Estos sistemas de origen estadual gobiernan, en general, los arbitrajes *ad hoc*, aunque también resultan aplicables ciertos aspectos a los arbitrajes institucionales, sobre todo en las materias arbitrables y en la validez y ejecución de los laudos. Un panorama en Iberoamérica puede verse en Conejero Roos, Cristian -Hierro Hernández-Mora, Antonio - Macchia, Valeria - Soto Coaguila, Carlos, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, Legis, Bogotá, 2009.

139. Ver Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, especialmente p. 20 y ss.; Feldstein de Cárdenas, Sara - Leonardi de Herbón, Hebe, *El arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 13 y ss.; Merino Merchán, José - Chillón Medina, José María, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 931 y ss.; Caivano, Roque J., *Arbitraje*, 2ª edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 67 y ss.

140. Ratificada por 146 naciones. El listado de esas ratificaciones y eventuales reservas realizadas por algunos países puede verse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Para Argentina la Ley 23.619.

141. Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Valle de las Leñas, Malargüe, provincia de Mendoza, 27/6/1992); Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Buenos Aires, 5/8/1994); Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia

UNCITRAL como cuerpo de reglas procesales para los arbitrajes, adoptado por la Resolución del 15 de diciembre de 1973, por la Asamblea General de las Naciones Unidas,¹⁴² y modificada en versión revisada de 2010.¹⁴³ Este Reglamento ha sido adoptado por numerosas instituciones arbitrales y es citado como fuente en la elaboración de las leyes modernas de arbitraje comercial.¹⁴⁴ También rige la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional”, suscripta en Panamá en 1975, ratificada por 19 países de la región.

5.8. La llamada *soft law*

5.8.1. Presentación

A la hora de relacionar el fenómeno de la globalización con el mundo jurídico, encontramos, dentro del elenco que venimos analizando, un tema que hace tiempo viene abriéndose paso en la doctrina internacional, con altas repercusiones prácticas. Nos referimos al concepto de *soft law*,¹⁴⁵

Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Asunción, 19/6/1997); Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile (Buenos Aires, 23/7/1998); Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR (Buenos Aires, 5/7/2002); Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y las Repúblicas de Bolivia y Chile (Buenos Aires, 5/7/2002).

142. Resolución 31/98, que fue acompañada por unas “Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral”. La CNUDMI es la traducción de la denominación de la Comisión a la que nos referimos antes como UNCITRAL (en castellano se denomina Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

143. La versión de 2010 fue adoptada por Resolución 65/22 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, revisada en mayo de 2010.

144. Cantuarias Salaverry, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, p. 27 y ss., y en especial pp. 90 a 94.

145. Mazuelos Bellido, Ángeles, “*Soft Law*; ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°8, p. 1 y ss., disponible en www.reei.org, especialmente punto 1 y sus notas respectivas, donde cita a G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi; quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain”, en

acuñado en origen por Lord McNair.¹⁴⁶

Si bien la extensión e influencia del tema excedería nuestro trabajo, intentaremos esbozar los puntos centrales de debate de este “globalizado” y “nuevo” concepto, que como ha sostenido el Prof. español Escudero Alday: “...en los últimos veinte años aproximadamente una nueva forma de derecho en el orden internacional viene gestándose, a la cual la doctrina, a partir del análisis e interpretación de la realidad jurídica ha denominado ‘*soft law*’”.¹⁴⁷ Como veremos esta realidad se extiende también al derecho privado.

Se ha dicho que el “*soft law*” es un término paradójico empleado para definir un fenómeno ambiguo. Paradójico, ya que desde un punto de vista clásico, el imperio de la ley es considerado usualmente “*hard*”, es decir, es obligatorio, forzoso o simplemente no existe. Ambiguo, debido a que la realidad que representa, considerando sus efectos legales tanto como sus manifestaciones, es difícil de identificar con claridad.¹⁴⁸ También se dijo “A veces da la impresión de que se utiliza este término de *soft law* como una especie de cajón de sastre, donde meter todo aquello que no encaja en las categorías tradicionales y que tiene una enorme potencialidad a la hora de causar

Nouveaux itinéraires en droit. Hommage a François Rigaux, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 59 y ss. Ver Association Henri Capitant, “Le droit souple”, Jornadas Nacionales, tomo XIII, Boulogne sur Mer, Dalloz, París, 2009; Thibierge, Catherine, “Le droit souple: Réflexion sur les textures du droit”, *RTDCivil*, Dalloz, París, 2003, p. 599; Bonifassi, Marie-Hélène, “Médiation organisationnelle et document juridique: vers une lecture complexe” en <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/44/02/79/PDF/>, especialmente p. 5, punto 2.3. “Du droit au droit mou”. En nuestro derecho nacional, véase el trabajo de Barberis, Julio A., “*Formación del derecho internacional*”, Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 282 y ss., entre otros. Véase *supra* nota 103.

146. Mazuelos Bellido, *op. cit.*, p. 1. Arnold Duncan McNair (1er. Barón de Gleniffer, 1885-1975) fue profesor de las Universidades de Londres, Cambridge y Liverpool, miembro y Presidente de la Corte Internacional de Justicia y Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos (1959-1975). Publicó una serie de libros y estudios de Derecho Internacional Público.

147. Escudero Alday, Rafael, “Una aproximación al concepto de *soft law*”, Conferencia impartida el día 15 de octubre de 2010 en el seno del XVI Seminario Hispano-italiano-francés de Teoría del Derecho, celebrado en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, p. 4.

148. Ver Dupuy, Pierre Marie, “Soft Law and the International Law of the Environment”, disponible en http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/CG_MA_3966.pdf

dificultades al intérprete del derecho”.¹⁴⁹ Sin la pretensión de despejar estas perplejidades, trataremos de dar un breve panorama sobre su estado actual y los debates de la doctrina en torno a esa noción, que parecería contradictoria e inasible.

5.8.2. Aproximaciones al *Soft Law*

Descifrar acabadamente qué se entiende por *soft law*, por tanto, es una empresa que ha dado lugar a muchas y disímiles elaboraciones dogmáticas, para llegar –la mayoría de ellas– a finalizar diciendo que nos encontramos en presencia de un concepto “vago y abstracto”, definido por oposición al concepto de *hard law*.

Podemos encontrar el inicio de este nuevo giro en los últimos decenios del siglo XX, donde comenzó a revisarse la teoría tradicional de las fuentes del derecho,¹⁵⁰ lo que alcanzó a todo el derecho, en particular al privado y en el campo público; se constata el papel preponderante que empezaron a adoptar distintos organismos internacionales dentro de un nuevo orden económico internacional.

Dentro de ese contexto, Escudero Alday afirma, en una de las miradas, (siempre con relación al derecho internacional público), que “los procesos de globalización de las relaciones políticas, económicas y sociales han contribuido sobremanera al progresivo alejamiento del Estado y sus tradicionales mecanismos de regulación. En esta tendencia también ha influido la ideología de muchos de los Gobiernos habidos en los años ochenta del siglo pasado, claramente favorables a las tesis de la desregulación de las relaciones sociales o, en particular, partidarios de la salida del Estado de la economía y el mercado. Todos estos factores han contribuido a la existencia en el

149. Escudero Alday, *op. cit.* en nota 147, cita de Sarmiento, Daniel, “La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*”, en *Cuadernos de Derecho Público* N°28, p. 221 y ss., disponible en www.danielsarmiento.es; una visión poco favorable a la adopción del *soft law* como fuente, señalando sus defectos puede verse en el importante trabajo de Laporta, Francisco J.: “Globalización e imperio de la ley: algunas dudas westfalianas”, publicado en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, citado, p. 143 en adelante, donde analiza la función de la ley en el sentido de norma imperativa y critica al *soft law* por su carácter difuso y meramente voluntario.

150. Véase Capítulo 5.2 e *infra* este Capítulo, punto 4.

ámbito teórico e intelectual de un cierto consenso respecto a la sobrecarga de legislación, su creciente ineficacia y la consecuente necesidad de adaptar la producción normativa de esta nueva realidad”.¹⁵¹ Considera así que es dentro de esta tendencia hacia la “autorregulación” que se dio paso al ingreso del llamado *soft law*, como herramienta para proponer y no imponer, para recomendar y no obligar.

Si se entiende por *hard law* el derecho vinculante, imperativo, cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción, el *soft law* sería aquel derecho “laxo”, “flexible” y “no vinculante”, manifestado (en el ámbito internacional) generalmente a través de recomendaciones, buscando como principal objetivo el consenso entre los Estados y la adopción voluntaria de estas regulaciones, como signo de ese consenso y de esa integración a la comunidad internacional. Esta descripción *por comparación*, para parte de la doctrina contemporánea no es la más conveniente, lo que desarrollaremos más adelante. Tampoco queda reclusa la noción al citado espacio (relaciones entre Estados), ampliándose a temas propios del derecho privado, nacional e internacional. En efecto, como veremos, los llamados “códigos”¹⁵² de conducta, de responsabilidad social, de gobernanza¹⁵³ y ciertas “declaraciones”. “principios” y hasta “directivas”¹⁵⁴ son adoptadas por los particulares (empresas e individuos), por agrupaciones de ellos, gremiales o no, y hasta por organismos o entes plurinacionales, estatales, privados o mixtos.

151. Escudero Alday, *op. cit.*, pp. 1-3.

152. Es paradójico que se llame “código” a algo bien diverso de los Códigos de fondo tradicionales, dice Paclot, Jean, “La juridicité du code AFEP/MEDEP du gouvernement d`entreprise des sociétés cotés”, en *Revue des sociétés*, julio-agosto 2011, N°7-8, París, Dalloz, p. 401, con cita de Oppetit. Dado su origen generalmente profesional (en el sentido francés) que recoge las prácticas y las tendencias del mercado, se los suele llamar “*codes-parroquets*” (códigos loro).

153. Neologismo surgido de la adaptación al español del término inglés *governance*, usualmente utilizado en el giro *corporate governance*. Sobre el tema la bibliografía nacional e internacional es muy extensa.

154. Esta “directivas” son distintas de las que llevan el mismo nombre en sede de la Unión Europea y que tienden a la armonización del derecho de los países, los que no necesitan transcribirlas literalmente sino adaptarlas al derecho de cada uno, pero respetando sus principios.

5.8.3. Tipología. Casos y diferencias

5.8.3.1. Casos

Barberis considera que son tres las principales acepciones del término *soft law*, siempre, por ahora, dentro del derecho internacional público: a) las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b) las normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente; y c) las normas que se hallan en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales, en los acuerdos políticos, entre los gobiernos, en los “*gentlemen’s agreements*”, en ciertos códigos de conducta, en declaraciones conjuntas de presidentes o de ministros de Relaciones Exteriores, en directivas adoptadas por consenso en conferencias internacionales, etc., que en conjuntos formarían un “orden jurídico intermedio”.¹⁵⁵

Llegaríamos de esta manera a la idea que los distintos instrumentos de “*soft law*” vienen como complementarios a la normativa clásica, vinculante de los distintos ordenamientos positivos, superando en una primera etapa la diversidad de los mismos y estableciendo estándares de conducta con vocación de uniformidad.

Estas normas podrán traducirse en recomendaciones, principios, consejos, declaraciones, pautas reguladoras, como por ejemplo el *Libro Blanco* de la OIT,¹⁵⁶ o bien, dentro del ámbito empresarial (empresas multinacionales, ONG’s), son conocidos los códigos de buenas prácticas o códigos de

155. Barberis, *op. cit.*, p. 282/283.

156. Recomendaciones del Libro Blanco en América Central y República Dominicana: *La dimensión laboral en América Central y la República Dominicana: Fortaleciendo el cumplimiento y mejorando la capacidad*, el que tiene como objetivo fortalecer las capacidades de las instituciones de la administración nacional y local del trabajo, mediante la prestación de asistencia técnica para la planificación, la mejora de los sistemas de información y la formación de los inspectores y del personal relevante para la aplicación de las leyes, disponible en www.ilo.org. En relación a otro documento de la OIT, la “*Declaración sobre Justicia Social por una justa globalización*” (2008), véase el análisis de Maupian, Francis, “New foundation or new façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a fair globalization”, en *European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 3, pp. 823-852.

conducta,¹⁵⁷ donde se establecen parámetros para cumplir objetivos de buen gobierno. No podemos dejar de mencionar el medio ambiente¹⁵⁸ como uno de los tópicos centrales sobre el que versan muchas de estas propuestas.

Este tema se encuentra profundamente vinculado a la elaboración y formación del Derecho Internacional, donde es más difícil adoptar normas vinculantes entre los estados, en ausencia de un órgano legislativo universal y en razón de la relevancia jurídica¹⁵⁹ que pueden tomar las resoluciones de ciertos organismos internacionales,¹⁶⁰ como ser la Asamblea General de Naciones Unidas. Estas pautas, en principio no obligatorias, si son adoptadas por los diferentes Estados, dan lugar al desarrollo de un derecho uniforme dentro de la comunidad internacional.

Fue 1999 que las Naciones Unidas, a través de su entonces Secretario Kofi Annan, anunció el texto de la Declaración denominada “Pacto

157. Fernández Rozas, José Carlos, “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 2001, pp. 81-215, disponible en www.ucm.es.

158. Dupuy, Pierre-Marie, “Soft Law and the International Law of the environment”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12:420.

159. Al respecto el excelente trabajo de Virally, Michel, “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, en *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 2, 1956, pp. 66-96.

160. Un ejemplo relevante es la “Declaración sur l’intégrité, la probité et la transparence dans la conduite des affaires et de la finance internationales”, emitida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el 20 de mayo de 2010, disponible en <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=261&Lang=fr&Book=False>. La misma organización, a través del Consejo Consultivo Laboral Andino, en octubre de 2003, publicó las *Directrices para las empresas multinacionales*, dirigidas a gobiernos, sindicatos, empresas, organizaciones no gubernamentales, recomendando la utilización del documento como herramienta de protección de los derechos de los trabajadores. En orden de política social, fue en 2006, que la OIT emitió en Ginebra la “Declaración tripartita de principios sobre empresas multinacionales y política social” (disponible en: www.ilo.org), invitando a los gobiernos de los Estados miembros de la OIT, a las organizaciones de los trabajadores y de empleadores y empresas multinacionales a observar estos principios con el objeto de establecer un “nuevo orden económico internacional”. Véase también: *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2010*; estas directivas fueron actualizadas en 2011, siendo la quinta vez desde su adopción en 1976.

Mundial” o “*Global Compact*”, como instrumento para promover el diálogo social en la comunidad global y conciliar los intereses de las empresas con la sociedad civil. El instrumento consta de 10 principios relacionados al medio ambiente, los derechos humanos, el trabajo y la corrupción. En su portal de Internet, donde se publican los objetivos y rasgos esenciales del Pacto, la Organización afirma que: “El Pacto es un marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de los negocios y los mercados. Aquellas empresas que se adhieren al Pacto Mundial comparten la convicción de que las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de un mercado global más estable, equitativo e incluyente que fomente sociedades más prósperas. Las empresas, el comercio y la inversión son pilares esenciales para la paz y prosperidad. Pero en muchas áreas las empresas están ligadas a serios dilemas, como pueden ser la explotación, la corrupción, la inequidad y otras barreras que frenan la innovación y el espíritu empresarial. Las acciones empresariales responsables construyen confianza y capital social, al mismo tiempo que contribuyen al desarrollo y mercados sustentables”.¹⁶¹

Los ejemplos se reproducen en el derecho privado, tanto nacional como internacional, donde proliferan –como dijimos– “códigos” de gobierno, de ética o responsabilidad social empresariales y otro género de cuerpos con descripciones de conductas esperadas de ciertos destinatarios.

5.8.3.2. *Hard Law* y *Soft Law*

Como anticipáramos, a la hora de definir el concepto de *soft law*, muchos autores presentan la dicotomía con su pretendidamente antagónico concepto de *hard law*.¹⁶²

161. “Pacto Global” (UN), disponible en <http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>. El Pacto Global, en este marco, se inserta como ejemplo en la lista de iniciativas orientadas a prestar atención a la dimensión social de la globalización. Kofi Annan, al presentar el proyecto, dijo que la intención del Pacto Global es “dar una cara humana al mercado global”. Un desarrollo del contenido del instrumento, puede verse en Borgiaq, Fiammetta, “La soft law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali”, en *Giur. Comm.*, N°24.2, abril-junio 2010, Giuffrè, p. 319 y ss.

162. Sarmiento, Daniel, “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, en *Cuadernos de Derecho Público* N°28, p. 221 y ss., disponible en www.danielsarmiento.es.

En contraposición con el “*hard law*”, el término “*soft law*” es utilizado para abarcar un amplio espectro en el que se distinguen diferentes formas y niveles de flexibilidad. En este sentido, la opción entre “hard” y “soft” no es estrictamente binaria, como explican Abbott y Snidal.¹⁶³

Continúan diciendo que al optar por el “*hard law*” para dirigir sus relaciones, los actores nacionales e internacionales reducen costos de transacción, aumentan su credibilidad, expanden sus estrategias políticas disponibles y evitan problemas de contratación parcial o incompleta. Como contrapartida, su adopción implica una restricción de su conducta y, en el caso de los Estados hasta de soberanía. Una legislación flexible es más fácil de implementar que una rígida. Esto es especialmente cierto cuando los actores son estados celosos de su autonomía y cuando las cuestiones a tratar amenazan su soberanía. Asimismo, una legislación flexible ofrece formas más efectivas para lidiar con la imprevisibilidad, especialmente cuando se inician procesos en los cuales los actores sólo pueden lograr un entendimiento de su impacto con el correr del tiempo. Otro beneficio es que facilita compromisos entre actores con diferentes intereses y valores o con distintos horizontes temporales o grados de poder.¹⁶⁴

Siguiendo la misma línea, observamos que el “*hard law*” reduce los costos poscontractuales de administración y ejecución de acuerdos pero la adopción de un contrato muy duro implica costos muy significativos en un principio. Una gran ventaja de las “softer forms” es que implican, en términos generales, un menor costo contractual.

Después de estos conceptos, podemos avanzar sobre otras aristas técnicamente más debatidas.

163. Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, Vol. 54, p. 421, 2000, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1402966>.

164. Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, *op. cit.* en nota anterior; vid. también Paclot, *op. cit.* p. 401 y ss.

5.8.4. Vinculación con la teoría de las fuentes y efectos vinculantes del *soft law*

Muchos son los autores que se cuestionan la validez o repercusión jurídica que pueden tener estos cuerpos de conductas esperadas, en relación a los actos gubernamentales necesarios para su adopción, a la oponibilidad que pudieran tener frente a otros Estados que también las acepten¹⁶⁵ o respecto de los particulares en las distintas jurisdicciones. También, en el ámbito privado, sobre la necesidad de su incorporación contractual o comercial para su eficacia.

Los juristas han venido intentando evaluar este nuevo escenario, en el esfuerzo de aportar nuevas definiciones, como por ejemplo, la de Del Toro Huerta, al decir que: "...la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo dicotómico tradicional".¹⁶⁶

5.8.4.1. Vinculación con la teoría de las fuentes

Suelen afirmar los estudiosos de este tema que un "denominador común" de todas las ideas sobre *soft law* es que se trata de normas no vinculantes, por oposición –como dijéramos– a las normas *hard law*, que al ser *imperativas* su incumplimiento viene acompañado de la correlativa *sanción*.¹⁶⁷

Sostuvo Guastini que las normas no vinculantes son susceptibles de hacer referencia a varias cuestiones, como ser: 1) Orden vs. Consejo;

165. Mazuelos Bellido, loc. cit.; D'Aspremont, Jean, "Softness in international law: a self-serving quest for new legal materials", en *European Journal of International Law*, Vol. 19, Issue 5, pp. 1075-1093, donde explica los distintos tipos de "softness". Véase también Dupuy, *op. cit.*, p. 430, quien dice: "...el criterio utilizado para identificar las leyes 'soft' no debiera ser formal, basado en el carácter vinculante o no vinculante del documento, sino substancial, dependiendo de la naturaleza y especificidad en la conducta requerida de los Estados".

166. Del Toro Huerta, *op. cit.*, punto II.

167. Escudero Alday, *op. cit.*, pp. 9-10.

2) Sanción vs. No sanción; 3) Justiciabilidad vs. No justiciabilidad; 4) Regla vs. Principio; 5) Fuente de derecho vs. No fuente de derecho.¹⁶⁸

La cuestión nos reenvía al tratamiento sobre las fuentes del derecho realizado *supra* (punto 5.2.), siendo oportuno extendernos ahora sobre algunos costados particulares de interpretación doctrinal.

La que se ha llamado “teoría tradicional”, reconoce que la norma *jurídica* necesariamente debe reconocer ciertos *caracteres*, como la sanción por órgano dotado de esa potestad, la adecuación a la “pirámide jurídica” que supere el *test* de legitimidad, y la existencia de una “norma de sanción”.¹⁶⁹ Como es sabido estos principios tienen formulación dispar según las distintas corrientes y autores.¹⁷⁰

Pero desde hace tiempo viene sugiriéndose que esta visión “legalista” del derecho debe ser repensada,¹⁷¹ señalándose, por una parte, que antes que los “*caracteres*” del derecho formal, deberíamos preguntarnos por sus *funciones*¹⁷² y que cabe “cambiar los paradigmas, y admitir el brote nuevo, la diversidad, la pluralidad, el desorden creador de fuentes [...] superar la noción reductora de las fuentes *del* derecho, que reenvía necesariamente a las fuentes formales, y admitir la existencia de fuentes *de* derecho”.¹⁷³

Entrando ya directamente al tema del llamado *soft law* se resalta, como antes referimos, la emergencia de las fuentes privadas no estatales y la necesidad de admitir, en consecuencia, en las sociedades *posmodernas* del

168. Escudero Alday, *op. cit.*, p. 8.

169. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2007, p. 23 y ss.

170. Aftalión, Enrique - Vilanova, José - Raffo, Julio, *Introducción al derecho*, 4ª Edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 397 y ss.; Geny, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique* (1899), Preface of Raymond Saleilles; existe segunda edición, LGDJ, París, 1954.

171. Carbonnier, Jean, *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*, traducción de Luis Díez Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, sostenía que “el derecho es más pequeño que el conjunto de las relaciones entre los hombres, pero más grande que las fuentes formales del derecho”, capítulo 1, p. 11.

172. Paclot, Jean, “La juridicité du code AFEP/MEDEP du gouvernement d'entreprise des sociétés cotés”, en *Revue des sociétés*, julio-agosto 2011, N°7-8, Dalloz, París, p. 396.

173. Paclot, loc. cit., con referencia también a Jestaz, Phillipe, “Sources délicieuses...remarques en cascade sur les sources du droit”, *RTDCivil*, Dalloz, París, 1993, p. 93.

hard law y del *soft law*.¹⁷⁴

Sobre este tema se reconoce que las *fuentes formales* de una y otra pueden ser diversas¹⁷⁵ y que por lo tanto su carácter vinculante puede ser puesto en duda con los parámetros clásicos, sin embargo, para los sostenedores de las tesis que estamos desarrollando, debemos rescatar su *fuerza normativa*, es decir, su distinta función en cuanto, si bien tienen una *geometría variable*¹⁷⁶ son aptas, como modelos que guían la acción, teniendo efectividad en su aplicación social¹⁷⁷ incidiendo en el cambio general de comportamientos.

Se suele citar una frase de Bruno Oppetit, quien dijo al respecto “La juridicidad no puede estar subordinada a la existencia de una sanción coercitiva bajo pena de confundir el derecho con la fuerza: hay reglas no sancionatorias o ‘inefectivas’, en derecho internacional, en derecho constitucional y en derecho privado, que, sin embargo, siguen siendo normas de derecho”.¹⁷⁸ En suma, en esta posición moderna, el llamado *soft law* estatuye normas jurídicas, de distinta efectividad, flexibilidad e intensidad.¹⁷⁹

174. Ver Association Henri Capitant, “Le droit souple”, Jornadas Nacionales, tomo XIII, Boulogne sur Mer, Dalloz, París, 2009; Thibierge, Catherine, “Le droit souple: Réflexion sur les textures du droit”, *RTDCivil*, Dalloz, París, 2003. p. 599.

175. Lo que es una objeción que se levanta frente a esta tesis, por cuanto nos encontraríamos frente a reglas de derecho no adoptadas por autoridad competente y eventualmente “no obligatorias” o “no judicializables”. Ver Paclot, *op. cit.* en nota 172, y De Miguel Asensio, Pedro A., “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad*, BOE- AEPDIRI, Madrid, 2003, p. 47 y ss., donde dice: “En la regulación de ciertas actividades de carácter típicamente transnacional, el significado del Derecho como conjunto de normas vinculantes cuya efectividad aparece asociada al poder público se difumina, ante el creciente significado de los usos comerciales, códigos de conducta y otros instrumentos flexibles (o de *soft-law*) cuya eficacia resulta fundamentalmente de la adhesión de las partes”.

176. Paclot, *op. cit.*, p. 399, quien habla también de “intensidad variable”.

177. Thibierge, Catherine, *La force normative: naissance d'un concept*, Bruylant, Bruselas, 2009 y Paclot, *op. cit.*, p. 400 y ss. Es decir, los interesados la toman como guía efectiva de conducta y tiene alta consideración social.

178. Oppetit, Bruno, *Le droit hors de la loi*, citado por Paclot, *op. cit.*, p. 403, y su nota 64.

179. Paclot, *op. cit.*, dice: “Por su textura el Código [se refiere el Código de buen gobierno empresario. N. del A.] responde a las diferentes funciones del derecho –que no consiste únicamente en prohibir y prescribir– sino que consiste también a modelar los comportamientos. Desde este punto de vista, responde plenamente a las aspiraciones de nuestra

Frente a esta tesis, otra parte de la doctrina llega a la conclusión de que estamos en presencia de normas que van a proponer conductas determinadas, no a imponerlas, cuyo elemento también constitutivo vendrá dado por la adhesión voluntaria de los destinatarios. Pero a pesar de todo, y por lo que a nuestro tema respecta, se afirma que el “*soft law*” no puede ser vehículo idóneo para realizar el ideal del imperio de la ley porque no se presenta ante sus destinatarios en los mismos términos que el “*hard law*”: “El imperio de la ley exige conformidad para que el derecho sea efectivo y hace de la conformidad una cuestión de general preocupación internacional” (Shelton, 2000: 9). Y las normas del “*soft law*” son de adhesión voluntaria y la conformidad con ellas está siempre bajo sospecha. En todo caso, esa conformidad no proviene de su propia naturaleza normativa sino de la contingente presencia de factores y causas contextuales, como la presión social o la fortaleza de la sociedad civil, y es siempre discutida y discutible (Haas, 2000). No puede por tanto cumplir con las tareas que le encarga el imperio de la ley. Dejar a la voluntad de los actores que lo acepten o no lo acepten es incompatible con ese ideal.¹⁸⁰

Por eso, dentro de este análisis ha sido fundamental pensar o repensar las fuentes del Derecho, y si nos encontramos –o no– frente a una nueva fuente. En derecho internacional, dijo Mazuelos Bellido, “Hoy es comúnmente aceptado que las resoluciones no constituyen una nueva ‘fuente’ de Derecho Internacional y que, de reputarse obligatoria para los Estados miembros por su contenido, deben reconducirse a algunas de las ‘fuentes’ reconocidas por el Derecho Internacional, principalmente los tratados o la costumbre internacional”.¹⁸¹

Barberis, sin embargo y en la misma rama, con un criterio quizá más amplio afirma que “el orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de

época, que prefiere la regulación a la reglamentación y que manifiesta una cierta desconfianza frente a imposición estatal”, p. 399. Debe tenerse en cuenta que respecto de los “Códigos de Buen Gobierno Corporativo”, existen variadas subclases con características diversificadas.

180. Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Derecho y Justicia en una sociedad global, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, 2005, p. 262.

181. Mazuelos Bellido, *op. cit.*, p. 6 y ss.

creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”.¹⁸²

Resulta importante la postura de Escudero Alday al decir que “que un acto normativo sea o no fuente del derecho depende de la existencia de una norma que lo califique como tal. Así, las normas de *soft law* no serían vinculantes en este último sentido, el de ser una fuente del derecho, al no existir otra norma que así lo establezca”.¹⁸³

El mismo autor, encuentra la “salida” al considerar que las normas de *soft law* pueden formar parte de los principios generales del derecho, como parámetros interpretativos, y así, como “criterios de interpretación autorizados”, probar la costumbre internacional y juzgar la actuación de un Estado.

En nuestro concepto, las “normas” de este tipo (*soft law*) no son *iguales* a las leyes en sentido formal “ordinario”, son leyes en sentido material y la apreciación de su fuerza vinculante y su posibilidad de coerción exige un análisis detenido, que es arduo, pero al que no se puede renunciar sin hacerlo, al mismo tiempo, a la evolución del derecho en el mundo moderno. Éste exige la renovación de las fuentes, lo que es intenso en el derecho mercantil.¹⁸⁴

5.9. Globalización, Derechos Humanos y Comisiones Internacionales

No puede dejar de mencionarse la expansión del tratamiento de los derechos humanos, a través de normas legales nacionales e internacionales. Si bien no suele vincularse la globalización a este tema, lo cierto es que criterios generales y textos concretos son adoptados para ser aplicados en una generalidad de países.¹⁸⁵

182. Barberis, *op. cit.*, p. 257 y ss.

183. Escudero Alday, *op. cit.*, p. 13 y ss.

184. Magnier, Véronique. y Paclot, Yann, “Les nouveaux modes de élaboration des règles commerciales”, en *Quel code de commerce pour demain? Bicentenaire du code de commerce*, coordinado por Pascal Bloche y Sophie Schiller, LexisNexis-Litec, París, 2007, p. 3 y ss.

185. Alegría, Héctor, *Humanismo y Derecho de los negocios*, LL, 2005-E, 952 y en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 173 y ss., especialmente p. 182 y sus citas. También: Mushkat, Roda, “Incomplete Internalization and Compliance with human Rights law: a reply to Ryan Goodman and Derek Jinks”, en *European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 2, pp. 437-442.

Si bien ha existido un importante debate sobre el sesgo europeizante de las declaraciones básicas sobre derechos humanos,¹⁸⁶ en verdad algunos lineamientos básicos han ido cobrando consenso universal e, incluso, incorporación en las Constituciones políticas.¹⁸⁷

Paralelamente, y fuera de las materias puramente económicas, una serie de comisiones para el seguimiento de la observancia de los derechos humanos han sido constituidas y operan en el ámbito internacional y en el interno de algunos países. Al mismo tiempo se han constituido tribunales

186. McLaughlin, Mitchell y Powell, *op. cit.*, p. 198 y ss.; Barra, *op. cit.* Véase también Andruet, Armando S. (h.), *La autonomía del hombre frente a la globalización, en perspectiva jurídica*, ED, 191-710, con relación al derecho a la privacidad y a los avances para la identificación de las personas. Ver también Cassese, *The globalization...*, *op. cit.*, p. 984 y ss., sobre estos temas y en especial con relación a la Corte Europea de Derechos Humanos, consecuencia de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (4/11/1950) y la constitucionalización de algunos de estos derechos.

187. *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2010, donde se incorporan los siguientes Tratados: *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* (aprobada en la Novena Confederación Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscripta en esa ciudad el 22/11/69); *Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo* (adoptados por resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abiertos a la firma en la ciudad de Nueva York el día 19 de diciembre de 1966); *Convención para la prevención y la sanación del delito de genocidio* (aprobada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas); *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (suscripta en la ciudad de Nueva York el 13 de julio de 1967); *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980); *Convención contra tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984); *Convención sobre los derechos del niño* (adoptada por la asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York –Estados Unidos de América– el 20 de noviembre de 1989); *Enmienda al Art. 43 de la Convención sobre los derechos del niño* (adoptada en Nueva York –Estados Unidos de América– el 12 de diciembre de 1995); *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* (celebrada el 9 de junio de 1994, en la ciudad de Belém do Pará, República Federativa del Brasil); *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad* (adoptada por la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968).

para el tratamiento de delitos, en particular los vinculados al genocidio.¹⁸⁸

Es decir, podemos afirmar una cierta *globalización* en orden a la legislación sobre derechos humanos y al juzgamiento incluso internacional o supranacional de las conductas de los Estados y de los particulares con relación a su efectiva materialización.

5.10. *La globalización hoy*

El panorama sobre la base en la cual se han elaborado muchos de los precedentes que hemos citado en este trabajo es anterior a la crisis *global* de 2008 o, por lo menos, no la han podido considerar en su profundidad actual y en las consecuencias futuras sobre las diversas instituciones.

Sin analizar puntualmente cada uno de los aspectos de esta crisis, que aún está cursando, podemos advertir que ciertos paradigmas que parecían casi inamovibles están siendo revisados o bien modificados en la práctica, o de manera refleja, por la actuación de los Estados, de los grupos de Estados o regiones y, finalmente, de los particulares.¹⁸⁹

La hegemonía de los llamados “países centrales”, básicamente Estados Unidos de Norteamérica y los Estados congregados en la Unión Europea, se ha visto afectada por esta crisis, razón por la cual han debido adoptar medidas extraordinarias e, incluso, soportes económicos y planes de emergencia para solventarla, evitar en algunos casos el *default* y defender las respectivas monedas de la erosión provocada por acontecimientos concurrentes a la generación de aquellas crisis.

188. Ver nota 80 y McLaughlin, Mitchell y Powell, *op. cit.*, p. 98 y ss., donde se refiere, además de la Corte Penal Internacional, a las repercusiones de las declaraciones de derechos humanos en los países llamados del “*Civil Law*”, a los “*Common Law*”, a los de la “*Islamic Law*” y a los que tienen un *sistema mixto*. Sobre este tema Teubner, Gunther, en “Sociedad global- justicia fragmentada. Sobre violación de derechos humanos por actores transnacionales ‘privados’”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, cit., p. 551 y ss., con un abordaje crítico.

189. Richard, Efraín Hugo, *Globalización y crisis financiera: daños y responsabilidad*, ED, 232-645, 2009, quien se refiere fundamentalmente a las consecuencias y responsabilidades de la crisis financiera y se remite a sus anteriores trabajos: *Derecho y economía, el desafío del siglo XXI* (ED, 196-982) y *La crisis argentina y la mundialización financiera* (ED, 196-915).

Tampoco puede ya ignorarse que China emerge como la segunda potencia económica mundial, adoptando parámetros cercanos a la concepción liberal de la economía, aún manteniendo un régimen político básicamente marxista.¹⁹⁰

Muchos países emergentes han evitado el ojo de la tormenta y, paradójicamente, han mantenido y hasta han incrementado sus economías. Hoy se debate la consistencia del euro como moneda común y la rigidez que significa frente a países con dificultades que se van profundizando,¹⁹¹ y estos debates se replican con diversa intensidad con relación al dólar, máxime cuando, al momento de redactar este trabajo, el Congreso de los Estados Unidos no ha decidido un tema crucial como es la ampliación del endeudamiento estatal para el cumplimiento de sus obligaciones.¹⁹²

Quizá sea difícil sentar las coordenadas de los nuevos paradigmas, aunque es claro que los cambios, si bien pueden no ser copernicanos, calarán profundo en el estado de cosas anterior.¹⁹³

190. El economista argentino Juan José Llach escribió un estudio en el diario *La Nación*, de Buenos Aires, el 22 de julio de 2011, p. 19, donde trata el tema y que titula “Asoma un nuevo mundo” y subtítulo “La crisis europea y un orden global liderado por Asia y los países emergentes”, donde entre otras cosas dice: “La incertidumbre sobre el futuro de la economía global es grande y los pronósticos son muy arriesgados”, cuando antes había dicho “si se ignoraran por un momento las fronteras nacionales la mejor solución del problema sería un salvamento de Europa por parte de China y Medio Oriente, el primero ya insinuado por el Ministro Wen Jiabao. No hace falta mencionar las filosas aristas geopolíticas de esta alternativa”, reseñando después las fuertes cantidades de dinero que tienen los fondos soberanos estatales de los países emergentes y las cuantiosas reservas externas de esos países.

191. Son conocidos los casos de Irlanda, Grecia, Portugal y turbulencias en Italia y España. Incluso, en algunos casos se ha llegado a decir que la medida sanitaria más eficiente podría ser la salida de algún país de la zona del euro y la resolución del *default* de una manera más *clásica*, con recortes de la deuda y refinanciamientos consiguientes.

192. Si Washington no aumenta su límite máximo de endeudamiento antes del 2 de agosto y se ve obligado a incumplir sus compromisos de deuda “llevará al sistema financiero al caos y afectará enormemente a la economía mundial”, dijo Ben Bernanke frente a los preocupados integrantes del Comité de Servicios Financieros de la Cámara de Representantes. Para evitar el *default*, viene enfatizando la Fed., es necesario elevar el techo legal de la deuda pública estadounidense en las próximas dos semanas (fuente IEco, diario *Clarín*, sitio web, 14 de julio de 2011, sobre cables de AFP, AP y DPA).

193. Véase *supra* nota 98; y Fernández Rozas, José Carlos, “Gobernanza y supervisión de los mercados financieros internacionales tras la crisis de 2008”, en *El Cronista del estado social y democrático de Derecho*, ISSN 1889-0016, p. 26/35, disponible en www.ucm.es.

Todo ello nos confirma que lo perdurable de la globalización es, fundamentalmente, la revolución de la información. Las demás consecuencias dependen del mantenimiento de un *statu quo* que no podemos dudar que se ha conmovido y que provocará que las extensiones económicas, políticas, culturales y de los demás campos que hemos analizado quedarán sometidas a escrutinio y a eventual modificación.¹⁹⁴

El derecho deberá mantener su misión en el fortalecimiento o redefinición de las instituciones y en la consecución de un orden mundial justo.

194. El impacto de la crisis sobre la globalización ha sido estudiado, entre otros, en el trabajo de la OCDE, citado *supra* en nota 56.