

Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial* **

Aldo Mascareño

Doctor en Sociología. Académico del Departamento de Sociología la Universidad Alberto Hurtado.

amascaren@uahurtado.cl

The law is what the court finally decides

Hans Kelsen

Resumen

La constitución de una sociedad mundial trae consigo el desarrollo de operaciones jurídicas con un creciente carácter supranacional acopladas a las constelaciones jurídicas nacionales, aunque también con relativa autonomía de ellas. En este artículo se propone distinguir entre cuatro regímenes jurídicos: el nacional, el internacional, el supranacional y el neoespontáneo. El primero es el clásico modelo propio del estado nacional, el segundo se constituye por la asociación entre estados soberanos, el tercero surge de la delegación de potestad de estos estados a foros jurídicos especializados y el cuarto emerge sin vinculación al estado a partir de las operaciones autónomas de distintos espacios funcionales. Ejemplos característicos de este último caso, son la *lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex digitalis*, entre otros. El artículo revisa inicialmente la tesis de la sociedad mundial y luego, sobre ese horizonte, propone el despliegue de los cuatro regímenes jurídicos que dan forma a un derecho de la sociedad mundial.

Palabras claves

Sociedad mundial, regímenes jurídicos, Derecho de la sociedad mundial.

* Recibido el 4 de octubre de 2007 y aprobado por el Comité Editorial el 6 de diciembre de 2007.

** Las ideas desarrolladas en este trabajo fueron expuestas por el autor en el Primer Seminario de Política Criminal, organizado por el Centro de Estudios de Derecho penal de la Universidad de Talca dentro del marco del proyecto Fondecyt N° 1060410 titulado "Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal". Este trabajo ha empleado materiales de investigación y se apoya en reflexiones teóricas del Proyecto Fondecyt N° 1040266. Agradezco a Raúl Carnevali su invitación a aportar a su investigación sobre derecho y multiculturalismo, realizada paralelamente dentro del marco del Proyecto Fondecyt N° 1060410. A Elina Mereminskaya en tanto agradezco sus valiosos comentarios, aportes y precisiones técnicas en todo el texto, y en especial en lo referido al arbitraje comercial internacional. También a Daniel Chernilo por las discusiones que me han permitido delinear algunas de las ideas del texto. De sus errores y omisiones soy el único responsable.

Abstract

The constitution of a world community brings along the development of juridical operations with a growing supranational character attached to the national legal constellations, though with relative autonomy from them. In this article it is intended to distinguish four legal systems. These are: The national legal system, the international, the supranational and the neo spontaneous one. The first one is the classical model characteristic of the national state, the second system is constituted by the association of sovereign states, the third one results from the delegation of power of these states to specialized juridical forums and the fourth system arises without any links to the state starting from the autonomous operations of different functional spaces. Characteristic examples of this last case, are the "lex mercatoria, lex sportiva, lex digitalis", among others.

Key Word

World community, legal systems, world community law

1. Introducción

La problemática central derivada de la constitución evolutiva de una sociedad mundial a inicios del siglo XXI, aquella que pone en relación conflictiva contextos globales supranacionales con espacios regionales y territoriales de carácter estatal nacional, puede ser claramente observada en la evolución del derecho. Es en este campo donde pueden encontrarse dogmáticamente las mayores objeciones a la constitución de una sociedad mundial y, específicamente, a la formación de un sistema jurídico diferenciado a escala universal: el estado nacional sería el depositario de la potestad jurídica, por tanto la legitimidad y la realización de cada decisión de derecho no pueden provenir desde el exterior, sino que debe ser rastreada en el interior de las estructuras jurídicas estatales, y debe ser posibilitada y ejecutoriada por él en el marco de las condiciones constitucionales de cada estado. Puesto esto en términos de sociología jurídica, se obtienen tres importantes conclusiones: (a) se pasa por alto la influencia que por lo menos desde la segunda mitad del siglo XX ha tenido el desarrollo de estructuras y semánticas de carácter universal supranacional en cada espacio regional y en el territorio estatal, (b) se sobrevalora la figura del estado como unidad que conduce y define los acontecimientos que tienen lugar al interior de sus fronteras y (c) se subvalora la autonomía de organizaciones y actores transnacionales para establecer modalidades propias de autorregulación en diferentes campos, modalidades a veces paralelas a las definidas por el estado, a veces incluso contrarias a él.

En este artículo pretendemos mostrar una posición alternativa. Por medio de la indagación de cuatro niveles interrelacionados de derecho: el derecho nacional, el internacional, el supranacional y los regímenes globales de derecho neoespontáneo, buscamos dar cuenta de la creciente evolución de una sociedad mundial y con ello también de la paulatina pero

constante diferenciación de nuevos regímenes jurídicos sin anclaje estatal (en diferentes grados, derecho supranacional y neoespontáneo), que presionan a los estados y a instituciones regionales a adaptar sus estructuras internas a nuevas situaciones y a aceptar la autorregulación normativa de actores y organizaciones supranacionales. Con esto, no afirmamos la disolución del estado nacional como figura jurídico-política, ni tampoco la pérdida de su potestad de ejecutar decisiones de derecho en el marco de sus fronteras. La idea de sociedad mundial no es equivalente a la idea de estado mundial, de modo tal que una vez constituida ella, éste se extinga. Sociedad mundial más bien presupone al estado, lo contiene como un momento de su operación, e indica que en tanto diferenciación segmentaria de una única sociedad mundial en formación, el estado nacional está hoy obligado a acoplarse a las consecuencias de una diferenciación funcional tanto estructural como semántica de carácter universal.

Para dar cuenta de esta tesis, se despliega en primer lugar, la idea de sociedad mundial como interrelación ascendente y descendente entre el nivel global de la diferenciación funcional, los espacios regionales y los territoriales (2), para luego sobre este marco desplegar la tesis de un sistema jurídico de la sociedad mundial con una función específica (3), pero también multinivelado, es decir, estratificado en un régimen jurídico nacional, internacional, supranacional y neoespontáneo (4), cada uno con características particulares pero con una función común (5) que posibilita la interrelación de estos niveles de manera ascendente y descendente y la construcción de un único sistema jurídico de la sociedad mundial (6). Concluye el texto con una breve recapitulación de la posición del derecho en la sociedad mundial (7).

2. Diferenciación funcional, región y estado en una sociedad mundial en formación

En este texto, sociedad mundial no se entiende puramente en el sentido formal de unidad de todas las comunicaciones posibles,¹ tampoco de modo exclusivo como diferenciación funcional y expansión organizacional que integra lo territorial y lo regional en la diferenciación global,² y tampoco únicamente como una sociedad mundial de actores laterales universales y sistemas basada en sociedades nacionales territoriales.³ Todos estos acercamientos aportan sin duda a la definición aquí propuesta de sociedad mundial como articulación emergente de los niveles territorial, regional y global, es decir, la articulación de: a) territorios nacionales y espacios locales (territorio), con b) organizaciones, instituciones y actores supranacionales (región), y c) los espacios operacionales de la diferenciación funcional y los sistemas simbólicos (global).

¹ Véase LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. Sobre el mismo tema en su versión original, aún basada en el concepto de interacción, véase LUHMANN, Niklas. "Die Weltgesellschaft". En: LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung 2*. Wiesbaden: VS Verlag, 2005, pp. 63-88.

² STICHWEH, Rudolf. *Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen*. Frankfurt: Suhrkamp, 2000.

³ WILLKE, Helmut. *Symbolische Systeme*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2005.

Diferenciación funcional es el modo característico de organización de la sociedad moderna, es decir, sistemas como la política, el derecho, la economía, con lógicas de funcionamiento que traspasan las fronteras nacionales y que posibilitan respuestas institucionales localmente diferenciadas pero comparables y operativamente homogéneas entre sí. Son fundamentalmente los sistemas laterales mundiales,⁴ es decir, las organizaciones, los actores transnacionales, las redes de coordinación las que permiten a la vez homogeneidad y especificidad en la sociedad mundial:⁵ los estados permiten la mantención de una lógica política en distintas regiones, los mercados y empresas la mantención de una lógica económica, los tribunales la mantención de una lógica jurídica. Pero a la vez estas lógicas abstractas posibilitan que cada espacio territorial específico pueda adecuar las respuestas institucionales a sus propias tradiciones, posibilidades y expectativas. Los sistemas operan con alta homogeneidad procedimental en distintas regiones del globo, y en aquellas donde otras formas de diferenciación prevalecen (segmentaria, centro-periferia, estratificada), las presiones de adaptación a las exigencias de la diferenciación funcional aumentan constantemente.⁶

En términos estrictamente luhmannianos, la sociedad moderna puede ser crecientemente descrita como sociedad mundial. Ella supone una comprensión desterritorializada de lo social como comunicación que integra todos los posibles horizontes de mundo —sea de individuos o colectivos— como horizontes de un único sistema comunicativo universal en el que se incluyen todas las posibilidades de comunicación.⁷ En otras palabras, no hay comunicación más allá de la sociedad mundial.

Si bien esta idea de sociedad mundial se sigue lógicamente de los planteamientos de Luhmann, ella refleja una imagen algo formal y empíricamente poco empleable para dar cuenta de la interrelación entre el nivel operativo-estructural general de la sociedad mundial en formación, el nivel local del estado territorial y el nivel regional en tanto agregación de espacios sociales con una distinguible afinidad institucional o semántica. De cualquier modo, entendido en ese nivel de generalidad, el concepto de sociedad mundial permite afirmar tres cosas: (a) que a inicios del siglo XXI ya no es posible encontrar islas de socialidad.⁸ Es decir, no existen regiones del globo para las cuales la coordinación bajo las exigencias de una comunicación sistémicamente diferenciada, no tenga consecuencias importantes, en muchos casos decisivas, para los ordenamientos regionales y/o nacionales a

⁴ WILLKE, Helmut. *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.

⁵ STICHWEH, Rudolf. *Die Weltgesellschaft*.

⁶ Sobre esto pueden verse varios pasajes en LUHMANN, Niklas. "Sinn als Grundbegriff der Soziologie". En: HABERMAS, Jürgen y LUHMANN, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971, pp. 25-100. También LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. Asimismo, en la versión más completa de esta teoría, LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*.

⁷ Véase especialmente LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*.

⁸ FUCHS, Peter. Conferencia del 18 de abril de 1999, Universidad de Essen. En: *Niklas Luhmann – Beobachtungen der Moderne*, Freiburger Reden – Denker auf der Bühne. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme Verlag, 2000.

lo largo del planeta;⁹ (b) que son estos ordenamientos regionales y nacionales los que permiten la variabilidad empírica de los diversos complejos sistémicos que caracterizan la sociedad moderna;¹⁰ y (c) que dada esta creciente universalidad de la sociedad mundial, el análisis sociológico de cualquier contexto regional no puede ser hoy llevado a cabo con prescindencia de las referencias a tales condiciones estructurales y semánticas.¹¹ Tanto la creciente consolidación del proceso de diferenciación funcional de sistemas en el plano estructural como el creciente predominio de un horizonte semántico universalista, exigen una mirada de la sociedad que intente acoplar el espacio geográfico donde la observación se sitúa con procesos globales de carácter supranacional.¹²

En este sentido, para una aproximación más empírica a la observación del proceso de constitución de una sociedad mundial, los planos que deben ser vinculados son tres niveles emergentes relacionados entre sí por influencias ascendentes y descendentes: la diferenciación funcional de alcance global, la figura del estado nacional como unidad territorial y la idea de región como espacio con una unidad institucional y semántica identificable. Que se trate de *órdenes emergentes*¹³ significa tres cosas: (a) que son niveles no sólo analíticamente distinguibles, sino *ontológicamente* distinguibles, es decir, tienen modos de organización, distinciones y referencias sustantivas diferentes; (b) que cada uno de estos estratos muestra una alta autonomía operativa, es decir, sus formas estructurales y semánticas logran altos grados de reproducción interna, lo que les permite variar constantemente bajo parámetros conocidos; y (c) que gracias a su autonomía operativa estos órdenes emergentes muestran también alta interdependencia con los otros niveles, de modo tal que las transformaciones en un nivel constituyen irritaciones que pueden ser aceptadas o rechazadas por los otros, pero que en ningún caso les son indiferentes y tienen consecuencias recíprocas para sus formas de funcionamiento. Simplificado esquemáticamente, el modelo es como sigue:

⁹ STICHWEH, Rudolf. *Die Weltgesellschaft*. En español puede verse MEREMINSKAYA, Elina y MASCAREÑO, Aldo. "La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno". En: MARTINIC, María Dora (Ed.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Lexis-Nexis, 2005, pp. 1391-1427.

¹⁰ STICHWEH, Rudolf. "On the genesis of world society: Innovations and Mechanisms". En: *Working Papers*, Institut für Weltgesellschaft, Universität Bielefeld, 2004. También STICHWEH, Rudolf. "Die Weltgesellschaft – Strukturen eines globalen Gesellschaftssystems jenseits der Regionalkultures der Welt". En: *Working Papers*, Institut für Weltgesellschaft, Universität Bielefeld, 2004.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Vol. 3. Frankfurt: Suhrkamp, 1998. En español puede consultarse LUHMANN, Niklas y DI GIORGI, Rafaella. *Teoría de la sociedad*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, Triana, 1998.

¹² CHERNILO, Daniel y MASCAREÑO, Aldo. "Universalismo, particularismo y sociedad mundial: Obstáculos y perspectivas de la sociología latinoamericana". En: *Persona y Sociedad*, Vol. XIX, N° 3, 2005, pp. 17-45.

¹³ ARCHER, Margaret. *Cultura y teoría social*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1997.

Cuadro 1: Niveles de la sociedad mundial

	Sociedad mundial		
	Nivel estatal nacional	Nivel regional	Nivel global
Modo de organización	Estado nación	Institucionalidad regional	Diferenciación funcional
Distinción central	Centro/periferia	Regional/local	Sistema/entorno
Distinción secundaria	Inclusión/exclusión	Inclusión/exclusión	Inclusión/exclusión
Referencia sustantiva	Territorio	Espacio	Comunicación

La diferenciación funcional, cuya radicalización puede rastrearse en el siglo XIX, supone la distinción de esferas operativas diferenciadas que contribuyen a la resolución de problemas sociales creados por la misma sociedad en el transcurso de su evolución. La política se ocupa principalmente del problema del orden, para lo cual traza decisiones colectivas vinculantes que afectan directamente a una población circunscrita a un determinado territorio.¹⁴ En el nivel sistémico global esta función vale para todo territorio, pero en todo territorio a la vez las decisiones tomadas son distintas. Es decir, la diferenciación funcional no obliga a la unidad de decisiones, pero sí promueve la unidad de la función y la generación de instituciones de relativa homogeneidad en esos territorios: un poder ejecutivo, instituciones de administración, procedimientos eleccionarios, instituciones de control de decisiones. En el plano jurídico, el derecho como sistema funcionalmente diferenciado se ocupa fundamentalmente de problemas regulatorios, para lo cual busca el aseguramiento de determinadas expectativas normativas que mediante procedimientos legislativos son consideradas dignas de aseguramiento.¹⁵ Esta función vale igualmente para todo *territorio*, para todo *espacio regional* y para los *contextos globales* expresados en las formas de derecho supranacional y de derecho neoespontáneo. De este modo, nuevamente, la diferenciación funcional del derecho no conduce necesariamente al aseguramiento de las mismas expectativas normativas, pero sí fomenta el hecho que cuando determinadas expectativas buscan ser aseguradas se recurra a instituciones que operan con relativa homogeneidad y que se forman tanto en el nivel estatal-nacional, en el regional como en el global: tribunales, constituciones, reglamentaciones, procedimientos de decisión jurídica.

De manera similar acontece para la economía, la educación, la religión, el arte, la ciencia, la intimidad. Todos ellos constituyen sistemas operativamente clausurados de comunicación diferenciada, acoplados entre sí por los distintos rendimientos que cada uno ofrece a su entorno: el derecho pone a disposición del entorno sus mecanismos regulatorios, los que se concretizan, por ejemplo en la política, por medio de la constitución, en la economía por medio de contratos, en la intimidad por los aseguramientos jurídicos del matrimonio, en la

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt, 2000.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

ciencia por medio de patentes y restricciones a la experimentación (con seres humanos, con el medioambiente). La política lo hace de modo similar. Pone a disposición de otras esferas sus decisiones colectivas vinculantes: por ejemplo con el derecho vía disponibilidad coercitiva de las decisiones jurídicas, con la economía vía programas de inversión y restricciones impositivas, con la ciencia vía programas de investigación y desarrollo, con la esfera de la intimidad por medio de estrategias de control o fomento de la natalidad o, en términos generales, por medio de programas de seguridad social.

Sin embargo, si la sociedad mundial sólo se entiende desde este plano formal, el concepto se vuelve aporreado y vacío, pues no da cuenta de las tensiones e influencias ascendentes y descendentes que esa misma diferenciación funcional genera en su relación con la dimensión *territorial* del estado nacional ni con la esfera *espacial* en el plano regional. En este sentido, la referencia sustantiva de tipo comunicativo de la diferenciación funcional debe ser realizada no sólo en una escala global, sino también en el marco territorial y regional. Más aún, la diferenciación funcional puede ser entendida como un producto evolutivo que emerge de la creciente homogeneidad operativa de las instituciones locales y regionales. Es precisamente ese carácter emergente y autónomo de la diferenciación funcional el que es capaz de fomentar también transformaciones en esos espacios en un movimiento ascendente y descendente de alta continuidad, dinamismo y tensión. Esto puede ser visto del modo siguiente.

El nivel estatal nacional, cuya referencia sustantiva es el *territorio* y su modo de organización el estado-nación, opera internamente mediante una distinción entre centro y periferia, donde primariamente el centro es la capital estatal y la periferia se extiende hasta los límites políticamente definidos. Pero esa misma distinción se replica internamente: la capital tiene también centro y periferia, los diversos centros urbanos constituyen el centro de periferias rurales o suburbanas, incluso los propios ordenamientos funcionales pueden ser vistos de este modo: la corte suprema como centro del sistema jurídico nacional, la bolsa de comercio como centro del sistema financiero, la casa de gobierno como centro del sistema político. Puesto que la diferenciación funcional, sin embargo, opera desde lo *global* con referencia a lo local, no sólo los centros se ven sujetos a fuertes presiones globales. Movimientos sociales y políticos territorialmente periféricos adoptan lógicas globales de oposición a sus gobiernos y de oposición a la oposición local; productores rurales comercian sus productos y establecen contrataciones internacionales incluso bajo regulaciones jurídicas supranacionales; cortes supremas fallan atendiendo a dogmáticas o principios del derecho supranacional. Del mismo modo, variaciones o episodios locales periféricos pueden provocar restabilizaciones estructurales globales de la diferenciación funcional en tanto esos episodios sean significativos también para otros territorios periféricos, por ejemplo en las violaciones a derechos humanos, en actos de terrorismo, en las controversias comerciales, en las innovaciones científicas. En tal sentido, la distinción centro/periferia, dominante en el espacio territorial, parece acoplada a la distinción sistema/entorno de la diferenciación funcional. Claro es que a la diferenciación funcional, por su sensibilidad local, le resulta más simple procesar la tensión que proviene desde el *territorio*: acepta o rechaza variaciones vengan del centro o la periferia. Para un estado

territorial, por el contrario, sujeto a esta distinción, le es más difícil procesar la tensión que provoca el orden global, pues la distinción territorial centro/periferia no acepta que exista un centro extraterritorial con capacidad para especificar en su interior acontecimientos o estructuras.

El nivel regional, cuya referencia sustantiva es el *espacio* y su modo ordenamiento lo constituye una organización regional (generalmente de estados, pero también de actores), opera internamente mediante una distinción entre región y localidad, donde la región es un orden emergente basado en la asociación de localidades múltiples cuya unidad define un espacio regional que siempre muestra un nivel mayor o menor de institucionalización. Ejemplos claros de región lo constituyen la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones, la comunidad comercial de Asia Pacífico, pero también asociaciones de actores: productores regionales, asociaciones deportivas, pueblos indígenas de zonas específicas (andinos, latinoamericanos, subsaháricos), redes de escuelas o universidades, de municipios. En este sentido, el nivel regional opera sobre un sustrato más abstracto que el estado nacional: el *espacio*, no directamente el *territorio*; aunque tampoco se constituye con pura referencia al tipo de comunicación específico, como lo hace la diferenciación funcional. Ciertamente el espacio constituye una indicación en la comunicación que se transforma en una semántica estabilizada en los arreglos institucionales de aquellos que se consideran miembros de la región (aunque también para los que están excluidos de ella). Pero esa indicación semántica remite, a la vez, a actores situados en territorios específicos, los que por su mayor o menor distancia geográfica, precisan de una denominación más general que los incluya, la de *espacio regional*.¹⁶ De este modo, la región es un orden emergente a partir del territorio y acoplado de igual manera a la diferenciación sistémica. Sea se trate del estado o de actores territoriales, su asociación en una institucionalidad regional espacial los impulsa tanto a la creación de esa nueva institucionalidad como a la transformación de las condiciones locales territoriales: los estados se asocian y crean la Unión Europea, pero ese orden, por su carácter emergente, también impulsa cambios en las estructuras de los países miembros: estandarización de procedimientos, tratamientos equivalentes en cuestiones comerciales, homogenización de marcos jurídicos, fomento de la negociación política en bloque frente a otras regiones.

Tanto la región espacial como el territorio estatal nacional constituyen, por tanto, formas de realización empírica de la diferenciación funcional global y a la vez contribuyen a ella y la tensionan con demandas de adecuación o inadecuación (inclusión/exclusión) de los modos de operación sistémicos a las condiciones espaciales o territoriales. El ordenamiento del sistema jurídico supranacional no es insensible a las violaciones a derechos humanos dentro del territorio; el sistema económico mundial no es insensible a las fluctuaciones de las bolsas locales, como las crisis financieras de México y Brasil en los años noventa, de Rusia

¹⁶ STICHWEH, Rudolf. "Raum und moderne Gesellschaft. Aspekte der sozialen Kontrolle des Raums". En: KRÄMER-BADONI, Thomas y KUHLM, Klaus (Ed.). *Die Gesellschaft und ihr Raum. Raum als Gegenstand der Soziologie*. Opladen: Leske + Budrich, 2003, pp. 93-102. También STICHWEH, Rudolf. "Zentrum/Peripherie-Differenzierung und die Soziologie der Stadt: Europäische und globale Entwicklungen", 2006. (www.unilu.ch/files/13stwwstadt_europa.pdf, consultado en agosto 2007).

y China posteriormente lo muestran. Y a la vez, sin duda, cuando esas variaciones territoriales (en el estado nacional) o espaciales (en la institucionalidad regional) son incorporadas en el nivel global de la diferenciación funcional, ellas son válidas para todo territorio y todo espacio regional.

Una distinción relevante cruza también los tres niveles de la sociedad mundial: la distinción inclusión/exclusión. Por medio de ella estos niveles emergentes ponen atención en la participación/no-participación de personas o unidades mayores (organizaciones, estados) en sus respectivos rendimientos. El nivel global de la diferenciación funcional no sólo observa la inclusión o exclusión de personas en rendimientos políticos, económicos o jurídicos, sino que también al poner atención al nivel espacial regional, puede indicar que ciertas regiones están más excluidas que otras de los rendimientos que ofrecen los sistemas y calificarlas como *regiones subdesarrolladas*; o si la mirada es puesta en el territorio, como *estados subdesarrollados*. Este es el modelo de Wallerstein del sistema mundial,¹⁷ o más radicalmente el modelo desarrollista desplegado por Cepal en los años cincuenta del siglo pasado,¹⁸ que extendió la distinción territorial centro/periferia a la observación de la sociedad mundo. La subcomplejidad de estos modelos para la descripción actual de la sociedad mundial es clara. Atribuyen demasiada relevancia a la dimensión territorial, la esencializan, y subvaloran las constelaciones supranacionales de sistemas diferenciados y semánticas crecientemente universales de la sociedad mundial. No logran observar la alta inclusión que existe en territorios o regiones periféricas.

Cierto es que la diferenciación funcional se origina en Europa una vez en los siglos XVII y XVIII y desde ahí se irradia hacia otras regiones del globo.¹⁹ Pero sólo en esa situación histórica puede hablarse para el mundo de regiones centrales donde predomina la diferenciación funcional y regiones periféricas donde predominan otras formas de diferenciación (segmentaria, estratificada). La situación evolutiva a inicios del siglo XXI es muy distinta, y si bien esas otras formas de diferenciación no desaparecen (no lo hacen para la región Europa tampoco), el primado de la diferenciación funcional se deja ver en toda región y territorio, como más arriba ha sido descrito. Este primado, sin embargo, no alcanza a explicar las consecuencias de la diferenciación funcional en el plano territorial y en el espacio regional. Con la distinción inclusión/exclusión la diferenciación funcional puede reconocer constelaciones espaciales o incluso territoriales donde existen problemas de integración entre personas, organizaciones y rendimientos sistémicos:²⁰ pobreza, inequidad, diferencias en la calidad y cantidad de rendimientos en seguridad social o en educación en distintos estados, diferencias en la distribución de la inclusión jurídica. Para el estado nacional, la referencia primaria de la inclusión/exclusión es la pertenencia y soberanía

¹⁷ WALLERSTEIN, Immanuel. *World-Systems Analysis: An Introduction*. Durham, North Carolina: Duke University Press, 2004.

¹⁸ LARRAÍN, Jorge. *Theories of development. Capitalism, colonialism and dependency*. Cambridge: Polity Press, 1989.

¹⁹ STICHWEH, Rudolf. *Die Weltgesellschaft*

²⁰ RODRÍGUEZ, Darío. *Organizaciones para la modernización*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2004.

nacional. Por ello, los ordenamientos políticos nacionales rechazan mediante la semántica de la *intromisión en asuntos internos*, indicaciones de otros países sobre cuestiones que se consideran propias. Por ello también los ordenamientos jurídicos nacionales son reacios a la aceptación de sentencias y dogmáticas externas, incluso cuando acuerdos internacionales han previsto estas situaciones.

Aplicada internamente en el nivel estatal nacional, la distinción inclusión/exclusión se cruza con la distinción centro/periferia y conduce a su relativización: en el centro también hay exclusión, en la periferia también hay inclusión. Eso lleva a complejizaciones modelísticas para acoplar las distinciones e incluso referirlas al nivel regional y global. Se crean índices nacionales para determinar condiciones de inclusión/exclusión de la población del territorio frente a los rendimientos de sistemas funcionales globales (el índice de desarrollo humano por ejemplo, del PNUD); luego se agregan esos índices para obtener un panorama primero regional y luego global de las condiciones de inclusión/exclusión. Esto tiene repercusiones en institucionalidades regionales y globales, que toman medidas para fomentar la inclusión en determinados campos, lo que conduce a variaciones en la diferenciación funcional a nivel global.

En el campo de la educación, por ejemplo, el mejoramiento de las condiciones de inclusión locales (en el nivel estatal) ha conducido a la formación de redes regionales de escuelas que comparten sus experiencias, innovan en mecanismos pedagógicos y generan una presión descendente sobre sus estados por modificaciones regulatorias o financieras.²¹ En el nivel superior de la diferenciación funcional global ello conduce a restabilizaciones en los modos de acoplamiento estructural entre educación, política, economía y sistema jurídico, las que quedan a disposición de otros espacios regionales y territorios para nuevas modificaciones. En el campo de los derechos humanos —otro ejemplo— las situaciones locales de discriminación por raza, género o etnia, son recogidas por institucionalidades regionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, European Court of Human Rights), las que buscan formas normativas y de persuasión para el cumplimiento de esos derechos en el nivel estatal. Ello igualmente genera una motivación ascendente al cambio en el nivel funcional global, en tanto expectativas normativas antes no resguardadas jurídicamente se incluyen en las decisiones de derecho y, por efecto de la supranacionalidad de la diferenciación funcional, generan presiones descendentes de expansión a otros espacios regionales y territorios.

En el nivel regional, en tanto, la distinción inclusión/exclusión opera de una manera doble: primero para distinguir a los participantes de los arreglos institucionales regionales mediante reglas de mantención de ellos y de incorporación de los excluidos que aspiran a inclusión. Paralelamente, la distinción opera de modo temático. A través de su institucionalización el nivel regional indica qué queda excluido de sus preocupaciones y

²¹ SMITH, Andrew y WOHLSTETTER, Priscilla. "Reform through School Networks: A New Kind of Authority and Accountability". En: *Educational Policy*, Vol. 15, No. 4, 2001, pp. 499-519. Sobre el mismo tema, VEUGELERS, Weil y ZIJLSTRA, Henk. "Redes de escuelas: una herramienta poderosa". En: *Cuadernos de Pedagogía*, 319, 2002, pp. 64-68.

cuál es el tema de interés central: el libre comercio, los derechos humanos, los problemas ecológicos. Los espacios regionales institucionalizados tienen, por tanto, modos propios de observación descendente (hacia el *territorio*) y ascendente (hacia la diferenciación funcional *global*); influyen en ambos niveles en medida similar a su dependencia de ellos. Las temáticas incluidas así como sus miembros pueden variar en el tiempo. La comunidad europea se expande desde un acuerdo comercial restringido a adoptar incluso (en todo caso aún sin éxito) una forma constitucional. El fracaso de esta iniciativa muestra la relevancia que aún puede tener el nivel *territorial* y los logros alcanzados la alta estandarización del nivel *espacial regional* y capacidad de la diferenciación funcional *global* para adaptar sus rendimientos a espacios diversos.

Entender la constitución de la sociedad mundial bajo esta perspectiva, muestra los aportes y limitaciones de las teorías de la globalización para explicar esta misma temática. Ulrich Beck distingue entre tres conceptos: globalismo, globalidad y globalización.²² Con el primero indica la pretensión de entender el proceso desde una perspectiva puramente económica que oscurece las dimensiones políticas, ecológicas, culturales y civiles de la nueva situación. Con el segundo quiere indicar que desde hace ya tiempo vivimos en una situación de sociedad mundial donde la política estatal nacional ya no es capaz de integrar o determinar la generalidad de relaciones sociales. Con el tercer concepto, Beck apunta al proceso en el cual "sucumbe la soberanía del estado-nación y es cruzada por actores transnacionales, sus oportunidades de poder, sus orientaciones, identidades y redes".²³ Beck es claro y preciso en situar la idea de globalización más allá de cuestiones económicas, pero falla en entender que la soberanía estatal no tenga nada que decir en el marco de una sociedad mundial,²⁴ y por ello mismo es incorrecta su apreciación de que vivimos 'desde hace ya tiempo' una situación de sociedad mundial en la que el nivel territorial y el estado carecen de relevancia. La sociedad mundial es un proceso en constitución y permanente evolución que incorpora las relaciones ascendentes y descendentes entre un nivel global, espacial regional y territorial. Los tres niveles son necesarios para su formación pues se apoyan e irritan mutuamente: se apoyan por ejemplo en la ejecución de sentencias de un derecho supranacional en el marco jurídico estatal nacional, en la adopción de políticas orientadas a la equidad en el acceso a servicios estatales; se irritan cuando no hacen estas cosas y generan situaciones regionales de exclusión de los rendimientos previstos por la diferenciación funcional global.

Una contribución más abstracta en este tema es la que ofrece Anthony Giddens.²⁵ Mediante el concepto de *disembedding*, Giddens intenta capturar lo que él entiende propio de la globalización: "el desprendimiento de las relaciones sociales de los contextos locales de interacción y su reestructuración en episodios indefinidos del espacio-tiempo".²⁶ Dado su anclaje en la acción, esta concepción de globalización sigue ligada a una noción territorial

²² BECK, Ulrich. *Was ist Globalisierung?* Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

²³ BECK, Ulrich. *Was ist Globalisierung?*, p. 29.

²⁴ CHERNILO, Daniel. *A Social Theory of the Nation State*. London: Routledge, 2007.

²⁵ GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.

²⁶ GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*, p. 25.

de espacio: globalización es la reproducción de acciones en otros territorios. No se abre la puerta al orden emergente de la región como espacio distinto al territorio ni a la diferenciación funcional como orden global. Más aún, Giddens excluye explícitamente la diferenciación funcional de su esquema de globalización: "[La diferenciación funcional] no aborda satisfactoriamente el tema del distanciamiento espacio-tiempo. Las nociones de diferenciación o especialización funcional no están bien situadas para tratar con el fenómeno de la puesta entre paréntesis de tiempo y espacio en sistemas sociales".²⁷ El problema es que Giddens entiende el concepto de sistema social a la manera antigua, como estado-nación, lo que es congruente con su idea de globalización como acción expandida territorialmente, pero insuficiente para captar la inespacialidad de la diferenciación funcional y las diferencias de temporalidad que cada sistema construye. Precisamente por esas características de la diferenciación funcional en el nivel global es que se generan tensiones con los niveles inferiores del espacio regional y del territorio. Los tiempos de la innovación científica y tecnológica son mayores que la capacidad de absorción de estados-nacionales fundamentalmente preocupados de su aseguramiento territorial; los tiempos y cualidad de las decisiones jurídicas en los múltiples regímenes neoespontáneos de derecho son profundamente distintos a los tiempos y características de los ordenamientos jurídicos nacionales, generalmente anclados en su propia dogmática y sujetos a sus propios procedimientos. Esto, y no sólo la replicación de la acción en territorios diversos, es lo que provoca el juego recíproco entre los distintos órdenes emergentes de la actual sociedad mundial en formación.

El movimiento ascendente y descendente entre estos niveles es precisamente lo que queremos observar ahora a propósito de las formas diferenciadas de régimen jurídico existentes en la actualidad. El campo político, el económico, el científico, el religioso también se prestan para un análisis de este tipo, pero si el derecho tiene la función de asegurar expectativas normativas cualquiera sea el sustrato sistémico que ellas tengan, entonces la observación del derecho permite una mayor amplitud de visión sobre otras esferas y a la vez posibilita una mejor plausibilización de la formación de la sociedad mundial como acoplamiento de distintos niveles emergentes: el *territorial* constituido en el estado nacional, el *espacial* estructurado sobre una institucionalidad regional y el *global* organizado sobre la base de la diferenciación funcional de sistemas.

3. Estructura del derecho en la sociedad mundial

La existencia de una sociedad mundial, como se observa en la sección anterior, no supone la homogeneidad de ella. Ya desde un punto de vista empírico esa posición se torna insostenible. Las distintas regiones y territorios desarrollan particularidades estructurales y semánticas que impiden pensar en una sociedad mundial como un espacio homogéneo de comunicación. Por otro lado, el despliegue de sistemas funcionales a nivel global promueve la observación de la sociedad desde la perspectiva de cada sistema, de modo tal que esa

²⁷ GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*, p. 22.

única sociedad se desagrega y se interpreta de manera heterogénea, lo que conduce a una virtualización de la sociedad y a su lectura como diferencia o como *unitas multiplex*.

Por ello la definición de sociedad mundial se debe realizar en un nivel más abstracto que el nivel empírico: en términos de las influencias mutuas y relaciones estructurales y semánticas entre distintos sistemas y los distintos niveles de sociedad mundial. Sociedad mundial es, en ese sentido, la emergencia de un orden social caracterizado porque ninguno de sus niveles territoriales, regionales o globales está, en principio, fuera del alcance de las influencias estructurales o semánticas de los otros. Sea por aceptación o rechazo, o por una forma activa de indiferencia, nadie puede reclamar autarquía en la sociedad mundial. Esto es precisamente lo que define ese orden como complejo y emergente: complejo porque a pesar de esa presión de conexión no es posible conectar todo con todo a cada momento, dada la alta densidad de relaciones, lo que produce una alta dosis de conflicto; y emergente porque en los intentos de conexión nadie puede tener presente sólo su propio espacio, su propia lógica. Lo que resulta entonces de las múltiples referencias externas es un orden social que no se reduce a sus componentes, los que de ese modo dejan de ser componentes y deben entenderse como condiciones de posibilidad.

La existencia de un derecho o de una política de la sociedad mundial, tiene también el mismo problema. No existe un orden jurídico a nivel nacional igual a otro cuando se los observa empíricamente. Sin embargo, cuando la mirada gana en abstracción es posible identificar modos operativos que permiten hablar no sólo de regímenes jurídicos en el nivel nacional e internacional —lo que en todo caso es ya conocido— sino también de un régimen jurídico supranacional y de regímenes neoespontáneos de derecho. La descripción de ellos en términos concretos la observamos más adelante. Lo que ahora se requiere es la identificación de esas orientaciones operativas basales de los regímenes jurídicos que hacen posible hablar de un sistema jurídico de la sociedad mundial. El cuadro siguiente puede ilustrar esta estructura esquemáticamente:

Cuadro 2: Orientaciones operativas basales del derecho en la sociedad mundial

	Niveles de régimen jurídico			
	Nacional	Internacional	Supranacional	Neoespontáneo
Función	Aseguramiento de expectativas normativas			
Diferencia formal	Codificación / programación			
Diferencia operativa	Recht / Unrecht			
Modo operativo	Decisión jurídica			
Símbolo operativo	Validez jurídica			
Base operativa	Tribunales			
Objetivo interno	Justicia			

Función del derecho es el aseguramiento de un cierto tipo de expectativas a las cuales los individuos no renuncian a pesar de que ellas pueden verse decepcionadas con regularidad,

estas son las expectativas normativas.²⁸ Por cierto no todas las expectativas normativas son aseguradas por el derecho, sino sólo aquellas que caen en su ámbito y que por tanto se juridifican. Por eso el aseguramiento de expectativas es evolutivamente variable, es decir, las expectativas aseguradas por el derecho cambian; como respuesta a ello, el derecho también cambia y se desarrollan sus distintos niveles. Esto también permite especificar la diferencia entre regímenes jurídicos y regímenes generales de regulación o *governance*, de los cuales los jurídicos son una dimensión. Los primeros deben mostrar la estructura reseñada en el Cuadro 2, es decir, deben asegurar expectativas normativas sobre la base de una distinción jurídica que los habilita para tomar decisiones válidamente vinculantes en el espacio de tribunales de justicia. Los regímenes de *governance* que no sean jurídicos no toman decisiones de este tipo, sino que promueven y establecen coordinaciones en múltiples espacios: políticos (mesas de negociación, consejos, comités), económicos (consorcios, concesiones), científicos (comités de ética, estandarizaciones de publicación e investigación), educativos (redes de escuelas, *partnerships*).²⁹ En este texto observamos sólo los primeros.

Todos los regímenes jurídicos operan sobre la base de una distinción formal y una operativa. La distinción formal es la diferencia entre codificación y programación. Por codificación se entiende el esquematismo binario de la decisión jurídica, es decir, quién está en lo correcto jurídicamente. Ya el tratamiento de las expectativas normativas según la función del derecho produce una bifurcación entre confirmación y no confirmación de la conducta empleada por cada uno para asegurar sus expectativas normativas. Cuando la conducta es confirmada por la decisión jurídica entonces se le asigna el valor positivo de la distinción operativa, es decir, el valor *Recht* (derecho; conforme a derecho); cuando la conducta es rechazada, se le asigna el valor negativo *Unrecht* (no derecho; no conforme a derecho).³⁰ De todos modos, el tratamiento de la conducta no conforme a derecho debe hacerse también jurídicamente, es decir, conforme a derecho. En otras palabras: según lo que indique el procedimiento y la programación jurídica en tales casos.

La programación en tanto, supone la diferenciación temática en cuerpos legales positivos diferenciados que pueden emplearse para la orientación de la decisión jurídica. Se trata de cuerpos legales tanto procesales como sustantivos. La codificación se aplica al caso en función de la programación jurídica existente. Si ella no existe, es decir, si no hay derecho previo, él tiene que escenificarse de algún modo, como se realiza, por ejemplo, en el *common law* con la referencia a los *hard cases*.³¹ De ese modo, se produce una triangulación entre codificación, programación y caso, que es resuelta por una decisión, el modo operativo de todo derecho.

²⁸ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*.

²⁹ WILLKE, Helmut. *Systemtheorie entwickelter Gesellschaften. Dynamik und Riskanz moderner gesellschaftlicher Selbstorganisation*. Weinheim, München: Juventa, 1993. Del mismo autor puede verse WILLKE, Helmut. *Systemtheorie II: Interventionstheorie*. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlag, 1996; también WILLKE, Helmut. *Ironie des Staates*. Frankfurt: Suhrkamp, 1996.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*.

³¹ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*.

La decisión resuelve algo, en principio, indecidible,³² pues de otro modo se trataría sólo de un reconocimiento de la decisión, es decir, de algo ya decidido. La decisión sobre el caso, que vincula codificación del derecho y programación jurídica, es el mismo acto desde donde emana la validez de la decisión. La decisión es válida porque pone en juego el procedimiento que el derecho se ha dado a sí mismo y emplea los recursos que ese procedimiento le permite emplear. En corto: el derecho se valida a sí mismo. No hay necesariamente una fuente de legitimación externa que apoye la decisión jurídica, aunque tampoco una que pueda rechazarla. Del mismo modo, cuando el derecho recurre a principios debe juridificarlos para emplearlos, los debe incorporar a su esquema procedimental. Legitimaciones externas promueven aceptación o rechazo de la decisión jurídica en el entorno del sistema, pero no pueden cambiarla,³³ salvo que por presiones externas el sistema se ponga en movimiento y la cambie por otra decisión jurídica. En este mismo sentido, las expresiones de los políticos contra las decisiones de tribunales sólo se pueden explicar por su habitual ignorancia, o en el mejor de los casos, por intereses estratégicos electorales. Pero la crítica es siempre cínica, en tanto los procedimientos se discuten legislativamente antes de que operen autónomamente como estructura jurídica.

La base operativa del sistema son los tribunales. Se puede decir también que tienen una función simbólica: representan prohibición de la denegación de justicia. Es decir, si existe un tribunal, él debe en algún momento decidir jurídicamente según la codificación *Recht/Unrecht* ante las conductas de personas naturales o jurídicas que intentan resguardar sus expectativas normativas. En ellos los jueces están obligados a la decisión; no lo están en los medios, no lo están en su esfera privada, pero sí en tanto asumen el rol decisorio en tribunales. La existencia de tribunales es, por tanto, un claro indicador del funcionamiento de un régimen jurídico en los términos aquí descritos. En palabras de Luhmann: "Que los tribunales deban decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico, para la argumentación jurídica".³⁴

Finalmente, el derecho se concibe a sí mismo a través de la idea general de justicia: su objetivo es impartir justicia en el sentido de la prohibición de su denegación. La fórmula tiene un valor semántico y simbólico; semántico porque mediante ella el sistema logra construir la idea de unidad de su diferenciación interna: todo lo que se hace en el sistema, desde su función, su codificación, programación y sus formas operativas, se hace para sus actores y para aquellos en el entorno con el objetivo de impartir justicia. La fórmula condensa la contingencia, es decir, la diferencia operativa y temporal del sistema en un término unívoco —de ahí su designación como *fórmula de contingencia*.³⁵ El valor simbólico de la fórmula, en tanto, es el que permite construir el principio de la prohibición de la denegación de justicia, con el cual el sistema se autoimpone en definitiva la

³² DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos, 1997.

³³ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 317.

³⁵ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*.

obligación de la decisión jurídica para disolver la triada codificación-programación-caso, y pone con ello constantemente al sistema en movimiento.

Con esta autoobligación a la decisión impulsada por la prohibición de la denegación de justicia, el sistema también logra desparadojizarse. Su paradoja consiste en tener que decidir sobre el derecho y el no derecho con derecho, es decir, con uno de los lados de la distinción y no con un tercer valor intermedio, neutral o externo. Para crear la idea de esta neutralización interna, el derecho desarrolla procedimientos de decisión y exigencias argumentativas que recurren a principios, pero a la vez ese procedimiento y su argumentación tienen que ser hechas conforme a derecho. Con esa circularidad de compulsión por la desparadojización del sistema se activa el derecho en términos operativos y no puede dejar de decidir cuando es compelido a hacerlo. Así asegura su continuidad.

Que esta estructura no sólo aparece en el plano nacional, puede constatarse por la creciente existencia de foros jurídicos (tribunales) en el plano internacional, supranacional y neoespontáneo (regímenes privados) que tienen lugar en los distintos niveles de sociedad mundial, todos ellos orientados por la función de aseguramiento de expectativas normativas a través de la codificación *Recht/Unrecht* y las diversas programaciones (procedimientos, reglamentaciones) que para cada ámbito se despliegan, así como por el elemento activador de la prohibición de la denegación de justicia. Esto es lo que se observa en las secciones siguientes.

4. Niveles de régimen jurídico en la sociedad mundial

En una investigación reciente sobre el despliegue del debate cosmopolita desde las aproximaciones del derecho natural premoderno hasta su forma contemporánea en Habermas, Daniel Chernilo ha recogido, siguiendo a Kant, las tres formas de régimen jurídico propuestas por el filósofo alemán: un derecho político, un derecho de las relaciones entre estados (derecho de gentes) y un derecho cosmopolita referido a "la necesidad de un tipo nuevo de regulación de las relaciones entre estados soberanos y los ciudadanos de esos estados y ha de fundarse en la pertenencia de los individuos a una especie humana que es concebida sin restricciones de ninguna clase".³⁶ A esto le denomina, en conexión con la tradición naturalista de observación del derecho, *ontología estratificada*. En su forma fundamental, ella seguiría presente en los últimos escritos de Habermas³⁷ como órdenes complementarios de régimen jurídico en la sociedad moderna, ahora sin embargo fundados no en la naturaleza humana, como en la tradición de Hobbes a Dworkin, sino "en los principios de la soberanía popular y los derechos humanos",³⁸ a los que de todos modos habría que interrogar en lo que respecta a su distanciamiento naturalista.³⁹

³⁶ CHERNILO, Daniel. "Universalismo y cosmopolitismo en la teoría de Jürgen Habermas". En: *Estudios Públicos*, 106, 2007, pp. 175-203, p. 182.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Zwischen Naturalismus und Religion*. Frankfurt: Suhrkamp, 2005.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Der gespaltene Westen*. Frankfurt: Suhrkamp, 2004.

³⁹ FINE, Robert. *Political Investigations. Hegel, Marx, Arendt*. London: Routledge, 2001.

Desde la clasificación desarrollada en estas páginas, el derecho nacional y el internacional se mantienen como tales. Las diferencias o, más bien complementariedades, se inician a partir de lo que aquí denominamos régimen jurídico supranacional. El derecho cosmopolita podría entenderse como la dimensión pública de un régimen jurídico *supranacional*. Este tipo de régimen jurídico —el supranacional— se caracteriza por la delegación de autonomía decisional que los estados soberanamente realizan en favor de un foro jurídico independiente cuyas decisiones deben ser en principio acatadas por sus miembros, precisamente por la delegación institucionalizada de autonomía que han realizado previamente. No se trata, en este sentido, de un régimen *internacional*, pues en ellos los estados mantienen su soberanía decisional, no la delegan en una entidad independiente a la que posteriormente se someten.

En los años sesenta, Hahn hablaba de instancias *intergubernamentales*,⁴⁰ en las que un consejo de gobiernos representativo “delega poderes o parte de ellos a un pequeño cuerpo deliberativo de *policy-making*”.⁴¹ Realizar esa delegación hacia instancias jurídicas tiene como consecuencia que “una corte compele a las partes a aparecer ante ella y a aceptar sus juicios”.⁴² De cualquier modo, la delegación puede no ser absoluta y por cierto está siempre referida a los tratados internacionales que la inspiran. Tallberg ha identificado tres momentos fundamentales en este proceso de delegación. Ellos son: a) la decisión de conferir autoridad a instituciones supranacionales, generalmente basada en la eficiencia decisional, b) el diseño institucional de esa delegación, que asegure los mecanismos de control e implementación decisional, y c) las consecuencias que se derivan de las decisiones tomadas por las instancias supranacionales.⁴³ Como se observa, la delegación implica un modo de *outsourcing* de los estados nacionales cuando los costos esperados de ocuparse de determinados temas son más altos que lo que se pierde transfiriendo esa responsabilidad a instancias externas especializadas de carácter supranacional.⁴⁴

Las instituciones que resguardan derechos de tipo cosmopolita, como la ICC (International Criminal Court) o la ECHR (European Court of Human Rights), adhieren a este tipo de supranacionalidad. Ellas se centran en la relación entre ciudadanos del mundo y estado, y entre ciudadanos. Se puede decir: aseguran las expectativas normativas de los ciudadanos

⁴⁰ HAHN, Hugo. “International and supranational public authorities”. En: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 26, N° 4, 1963, pp. 638-665.

⁴¹ HAHN, Hugo. “International and supranational public authorities”, p. 665.

⁴² HELFNER, Laurence y SLAUGHTER, Anne-Marie. “Toward a theory of effective supranational adjudication”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 107, N° 2, 1997, pp. 273-391, p. 283.

⁴³ TALLBERG, Jonas. “Delegation to supranational institutions: Why, how, and with what consequences?” En *West European Politics*, Vol. 25, N° 1, 2002, pp. 23-46.

⁴⁴ Al respecto véase MARTINS, Mario y MAWSON, John. “The programming of regional development in the EC: Supranational or international decision-making?”. En: *Journal of Common Market Studies*, Vol. 20, N° 3, 1982, pp. 229-244. También YEE, Albert. “Cross-national concept in supranational governance: State-society relations and EU policy making”. En: *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 17, N° 4, 2004, pp. 487-524. Véase igualmente GRUBER, Lloyd. *Ruling the world: Power and the rise of supranational institutions*. Princeton NJ: Princeton University Press, 2000.

en términos públicos (derechos humanos) frente a expectativas estatalmente representadas, las que crecientemente buscan ser individualizadas por el derecho ante las exigencias de la técnica jurídica de sanción penal.⁴⁵ Pero del derecho cosmopolita no es preocupación central el derecho en materias económicas y comerciales. Tribunales como la ECJ (European Court of Justice), el órgano de apelación de la WTO (Appellate Body en la World Trade Organization) o los tribunales del ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), constituyen ejemplos en este campo. En ellos se regulan dos tipos de relaciones: entre estados (aranceles, tarifas) y entre estados y personas (inversión extranjera). En ambos casos, los estados han delegado su autonomía decisional a un tribunal respectivo, por ello no se trata de regímenes internacionales, sino supranacionales —aun cuando la regulación operada por el tribunal haga referencia a estados.

Por otra parte, al observar los problemas jurídicos desde un punto de vista normativo-moral de carácter universalista, el derecho cosmopolita no logra dar cuenta en toda su extensión de los regímenes jurídicos neoespontáneos. Estos regímenes emergen en el marco de la creciente complejidad de la diferenciación funcional en la relación del derecho con otros sistemas, especialmente el sistema económico, aunque también en la relación con espacios como la ciencia, los medios digitales, el transporte, la construcción, el deporte.⁴⁶ En ellos se forma crecientemente derecho material sin estado, sin legislatura nacional y, más aún —lo que es decisivo para su distinción como otro régimen jurídico— sin tratados internacionales suscritos por estados. Es decir, el estado nacional no participa ni como impulsor, ni como delegador de autoridad decisional, ni como espacio de referencia de la decisión jurídica. Se trata aquí siempre de la relación entre particulares en materias específicas no vinculadas al orden público.

Sin embargo, en las decisiones de derecho neoespontáneo también aparecen principios normativos universalistas del derecho cosmopolita —tal como sucede en el derecho nacional e internacional. El principio *bona fide* al que se recurre en materias de *lex mercatoria* puede constituir un ejemplo de esto.⁴⁷ Lo que esto muestra, sin embargo, no es la absorción ni una superioridad jerárquica del derecho cosmopolita sobre el régimen neoespontáneo (o sobre los otros), sino la interrelación que existe entre los distintos niveles jurídicos emergentes (véase la sección siguiente). En este caso, puede decirse que el derecho cosmopolita es un mecanismo de heterorreferencia del sistema jurídico mundial que le permite a éste: a) abrirse cognitivamente a las discusiones morales sobre principios, b) juridificarlas e incorporarlas como elementos estrictamente jurídicos en el proceso decisional y, de ese modo, c) contribuir a la desaparadojización del sistema mediante la decisión. Los principios, no obstante, no predefinen la decisión: siempre hay que decidir

⁴⁵ FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 2005.

⁴⁶ TEUBNER, Gunther. “Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?”. En: DIETER, Simon y WEISS, Manfred. *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden: Nomos, 2000, pp. 437-453.

⁴⁷ MEREMINSKAYA, Elina. “Buena fe contractual en la jurisprudencia chilena e internacional”, *La Revista de Derecho de la Universidad Central de Chile*, año IX, N° 4, 2003, pp. 255-275.

quién tiene la *buena fe* de su parte, es decir, siempre hay que decidir quién está en *Recht* y quién en *Unrecht* materialmente.

Bajo estas consideraciones, parece plausible diferenciar una cuarta forma de régimen jurídico en la ontología estratificada de Kant y Habermas, la del régimen jurídico *neoespontáneo*. Esquemáticamente, en términos de sus relaciones estado-personas, esta estructuración de niveles puede verse del modo siguiente:

Cuadro 3: Regímenes jurídicos según relación estado-personas

Relaciones entre:	Niveles de régimen jurídico			
	Nacional	Internacional	Supranacional	Neoespontáneo
Estados	-	+	+	-
Estados-personas	+	+	+	-
Personas	+	-	-/+	+

De todos modos, el nivel de derecho neoespontáneo responde también a la complementariedad y balance mutuo que se exige entre los niveles nacional, internacional y supranacional;⁴⁸ está relacionado con ellos, por ejemplo en la mencionada referencia a principios o en declaración de nulidad contractual por tribunales domésticos.⁴⁹

En síntesis, los regímenes jurídicos nacionales están asociados a estados territoriales y su preocupación central es la relación entre personas y entre el estado y las personas. El nivel internacional es originalmente un derecho de la relación entre estados, en los que la decisión debe contar con la anuencia de sus representantes; sólo luego de la Segunda Guerra Mundial, aparece el particular como sujeto de derecho internacional, con lo que el derecho internacional se abre a la relación entre personas y estados.⁵⁰ Esto promueve la emergencia de un derecho supranacional, en el que los estados delegan su autoridad de decisión a órganos autónomos frente a los cuales deben responder. Así, el derecho supranacional es un régimen que puede regular las relaciones entre estados en determinadas materias, generalmente económicas, entre estados y personas, como lo hace el derecho cosmopolita sobre la base de la producción de principios, o en ocasiones entre personas, si las violaciones contra derechos fundamentales se individualizan en términos de sanción penal. Finalmente, los regímenes jurídicos neoespontáneos no emplean al estado ni como

⁴⁸ Véase CHERNILO, Daniel. *A Social Theory of the Nation State*. Ver también sección VI en este texto.

⁴⁹ Al respecto véanse los detallados trabajos de MEREMINSKAYA, Elina. "Los cambios en la jurisprudencia chilena ante los nuevos vínculos comerciales con Estados Unidos y Europa", *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2, 2004, pp. 173-190; y también MEREMINSKAYA, Elina. "Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional". En: *Foro de Derecho Mercantil*, No. 12, 2006, pp. 91-129.

⁵⁰ MEREMINSKAYA, Elina. "Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XV, 2003, pp. 59-73.

referencia ni como fundamento, y regulan prácticas sistémicas de actores que operan transnacionalmente y para los cuales está abierto qué tipo de derecho es aplicable.

5. Composición de los regímenes jurídicos de la sociedad mundial

Si es posible hablar de un sistema jurídico en la sociedad mundial, entonces ese sistema debe cumplir dos condiciones: su modo de operación debe ser lo suficientemente abstracto para que pueda funcionar en los distintos niveles de sociedad mundial, y a la vez lo suficientemente específico para captar las particularidades de cada nivel. Lo primero es lo que ha sido constatado en las secciones anteriores; lo segundo es lo que se expresa en esta sección y en el cuadro siguiente de modo esquemático:

Cuadro 4: Niveles de régimen jurídico en la sociedad mundial

	Niveles de régimen jurídico			
	Nacional	Internacional	Supranacional	Neoespontáneo
Función	Aseguramiento de expectativas normativas privadas y públicas			Aseguramiento de expectativas privadas
Problema central	Manejo de riesgo interno	Manejo de riesgo externo	Manejo de riesgos regionales/globales	Manejo de riesgos sistémicos
Modo de regulación	Control	Control	Coordinación normativa	Coordinación sistémica
Procedimiento basado en	Potestad	Persuasión	Conocimiento experto temático	Conocimiento experto sistémico
Legitimidad	Democrática	Democráticamente basada	Delegada/derivativa	Derivativa
Base operativa	Tribunales	Tribunales internacionales	Tribunales supranacionales	Tribunales neoespontáneos

En primer lugar llama la atención la existencia de cuatro niveles de régimen jurídico en la sociedad mundial. Esta sección intenta plausibilizar esa idea. El orden *nacional* se corresponde con el nivel territorial de sociedad mundial; el orden *internacional* con el nivel regional, el orden *supranacional* oscila entre espacios regionales y globales, y el orden *neoespontáneo* opera en el nivel global de la diferenciación funcional, en las zonas de contacto de derecho y otros espacios funcionales. No se trata de un derecho basado en costumbres al que Hayek calificó de espontáneo,⁵¹ sino propiamente de reglamentaciones

⁵¹ HAYEK, Friedrich von. *Law, Legislation and Liberty. Volume 1: Rules and Order*. London: Routledge & Paul, 1973.

jurídicas a los que Gunther Teubner da el nombre de derecho neoespontáneo.⁵² Igualmente es posible entender el orden internacional en términos evolutivos como un primer paso o como condición de posibilidad del nivel supranacional (aunque no del neoespontáneo); en este sentido, tratados internacionales pueden dar origen a la formación de una institucionalidad regional supranacional —como en el caso de la Unión Europea— pero el nivel de emergencia debe definirse para cada caso.

En lo sucesivo, reviso el cuadro expuesto en sus seis dimensiones. Agrupo las dos primeras, en tanto remiten a la orientación funcional del derecho (a), y analizo en conjunto las cuatro últimas, en tanto apuntan a su dimensión más operativa (b).

(a) En el nivel nacional, las expectativas aseguradas por el derecho se dividen, en términos de la perspectiva interna del derecho, en un derecho público y uno privado; a nivel internacional y supranacional, se trata de derecho público, aunque con otros contenidos sustantivos. El derecho neoespontáneo, en tanto, se ocupa de derechos de tipo privado. Las expectativas normativas que resguarda el derecho nacional, están asociadas al marco de las expectativas asegurables en la relación entre personas y entre personas y el estado en un territorio política y jurídicamente definido; en el nivel internacional se trata de la relación entre expectativas de distintos órdenes estatales.⁵³ En el nivel supranacional las expectativas aseguradas se observan en el contexto de organizaciones de carácter supranacional formadas por iniciativa de los estados miembros, pero cuya potestad jurídico-decisional ha sido traspasada a un tribunal autónomo frente al cual los estados, en principio, se someten. En el nivel de derecho neoespontáneo, en tanto, se trata de expectativas relacionadas a la continuidad de las operaciones sistémicas que emergen como fruto de condiciones de globalización avanzada: transacciones internacionales en el campo económico, regulaciones informáticas, deportivas, entre otras. Respectivamente se puede hablar aquí de la *lex mercatoria*, *lex digitalis*, *lex sportiva*, *lex constructionis*, *lex financiera*.⁵⁴ Las instituciones que respaldan este ordenamiento jurídico son también de tipo supranacional en un amplio sentido, pero no han sido formadas por iniciativa de estados, sino por las exigencias de las prácticas sistémicas que regulan.

⁵² TEUBNER, Gunther. "Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?".

⁵³ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.

⁵⁴ Varios textos pueden ser consultados en este tema. Para una aproximación de los conflictos entre regímenes jurídicos neoespontáneos, véase FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Para un acercamiento a las bases de los regímenes neoespontáneos, véase TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell, 1993. Sobre cómo los regímenes neoespontáneos afectan a la imagen tradicional del derecho, véase TEUBNER, Gunther. "Des Königs viele Leiber. Die Selbsteonstruktion der Hierarchie des Rechts". En: *Soziale Systeme*, N° 2, 1996, pp. 229-256. (<http://www.soziale-systeme.ch/leseproben/teubner.htm>, consultado en agosto 2007). Sobre el mismo tema, TEUBNER, Gunther. "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus". En: *Basler Schriften zur europäischen Integration*, N° 21, Europainstitut der Universität Basel, 1997, pp. 3-35. Específicamente sobre la *lex mercatoria*, véase TEUBNER, Gunther. "Breaking Frames: Economic Globalization and the emergence of *lex mercatoria*". En: *European Journal of Social Theory*, Vol. 5(2), 2002, pp. 199-217.

En términos del problema central que están llamados a resolver, los niveles de régimen jurídico comienzan a diferenciarse. En el nivel nacional e internacional esto puede definirse respectivamente como el manejo del riesgo interno y externo. Bajo condiciones modernas, el riesgo tiene lugar como producto del carácter decisional involucrado en el proceso de reducción de complejidad de la sociedad moderna. Complejidad significa que vivencias y acciones de cada uno ya no pueden ser vinculadas a cada vivencia y cada acción de otros. Eso obliga a decidir, y en cada decisión siempre se dejan alternativas posibles de lado, lo que supone un riesgo inevitable e incommensurable que se reproduce de modo permanente.⁵⁵

El riesgo tiene alcance territorial, regional y global, y por ello los riesgos que ponen en peligro el posible aseguramiento de expectativas normativas son tratados en esos distintos niveles de régimen jurídico. En este sentido, el derecho se articula como un sistema de reglas que operan para manejar los riesgos que afectan el aseguramiento de expectativas normativas. A pesar de los esfuerzos de Ulrich Beck por definir el riesgo a nivel de la sociedad mundial,⁵⁶ no existen riesgos que afecten del mismo modo a todos los sistemas funcionales, a todas las regiones o todos los territorios. Los riesgos se distribuyen disipativamente en la sociedad mundial según el sistema que los produzca y cada sistema, institucionalidad regional o estado territorial, los trata de modo distinto. El ordenamiento jurídico nacional se ocupa del manejo de riesgos asociados al quebrantamiento de expectativas normativas al interior del estado; el ordenamiento jurídico internacional se ocupa de riesgos vinculados con el quebrantamiento de expectativas normativas de carácter interestatal o regional. Entre los primeros están las materias que se regulan en derecho público y privado; entre los segundos se trata de materias públicas (intercambios comerciales, fronteras, confrontamientos bélicos, extradición, derechos humanos) para los cuales se constituyen acuerdos de carácter internacional que pueden también derivar en organizaciones de alcance supranacional, como sucede en el caso de la inversión extranjera (ICSID) o en materias de responsabilidad penal individual (ICC).

El nivel supranacional asegura las expectativas normativas de individuos y grupos frente al riesgo que implican las expectativas de los estados en particular o asociados en el nivel internacional. Se expresa aquí uno de los más relevantes elementos que diferencian al nivel internacional del supranacional. El nivel internacional se regula por la expresa participación de estados nacionales en organizaciones internacionales como la UN. Los estados no sólo concurren a la creación del organismo, sino también a los continuos procesos decisionales que tienen lugar.⁵⁷ En este nivel, un panel de expertos jurídicos produce la decisión, pero para su realización ella tiene que ser aprobada por los representantes políticos de los estados que concurren en el acuerdo. En el nivel supranacional en cambio, el aseguramiento de las expectativas normativas se desplaza plenamente a un órgano independiente. Las

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2006.

⁵⁶ BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2007.

⁵⁷ HELFNER, Laurence y SLAUGHTER, Anne-Marie. "Toward a theory of effective supranational adjudication".

decisiones de éste no tienen que aprobarse por los estados sujetos a la convención.⁵⁸ Los estados nacionales deben, primeramente, delegar la capacidad de regulación jurídica de estas organizaciones en determinadas materias, pero una vez que lo hacen, le entregan a ellas la capacidad de decisión jurídica respecto a la resolución de conflictos, sin que para ello los estados deban discutir, acordar o votar la aprobación de la decisión. Las multas y sanciones por el no cumplimiento de compromisos contraídos, indican la posición subordinada de los estados frente a este tipo de organizaciones supranacionales. Ciertamente los estados pueden no cumplir estas decisiones jurídicas, pero ese es un problema fáctico, no normativo que, por lo demás, también sucede en el nivel nacional o internacional.

En el nivel neoespontáneo se trata del aseguramiento de expectativas normativas de actores que operan en un nivel global especialmente vinculados a espacios específicos de la diferenciación funcional. Helmut Willke ha denominado a las constelaciones que estos actores producen *sistemas laterales mundiales —laterale Weltsysteme*.⁵⁹ Se trata de una combinación de lógica funcional, temáticas específicas, conocimiento altamente especializado y mecanismos regulatorios que escapan al control del estado nacional y frente a los cuales, éste puede, en el mejor de los casos, reaccionar. Por su especificidad, estos sistemas laterales mundiales no están interesados en una visión de totalidad y de armonía generalizada (como aún puede estarlo el nivel supranacional), pero en su campo sistémico específico de acción pueden operar globalmente y sin distinción de espacio geográfico, sea éste territorial o regional.

Los modos de autorregulación jurídica que tienen lugar en el marco de los sistemas laterales mundiales, han sido denominados por Gunther Teubner como regímenes privados neoespontáneos de derecho: “Las exigencias sociales sobre este derecho autocreado de la sociedad mundial no son primeramente una regulación política de procesos sociales, sino que surgen de necesidades de derecho originarias de seguridad de expectativas y resolución de conflictos”.⁶⁰ Se trata de regímenes privados pues Teubner busca enfatizar que el horizonte de legitimación en estos espacios no se basa en el estado nacional. El acoplamiento constitucional entre derecho y política que caracterizó la evolución del estado nacional territorial, la conformación de regímenes internacionales basados en la decisión de los estados y su transformación en instancias supranacionales a las cuales, después de todo, el estado ha cedido su autoridad decisional, ya no tiene lugar en los regímenes neoespontáneos. Por el contrario, ellos basan en la formación de una variedad de constituciones parciales que acoplan el derecho con otros sistemas laterales mundiales:

“El foco central de la formación de derecho se desplaza a regímenes privados, es decir, a los contratos entre *global players*, a la regulación privada de mercado a través

⁵⁸ ZUMBANSEN, Peer. “Transnational law”. En: SMITHS, Jan (Ed.). *Encyclopedia of Comparative Law*. London: Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 738-754.

⁵⁹ WILLKE, Helmut. *Global governance*. Bielefeld: transcript, 2006.

⁶⁰ TEUBNER, Gunther. “Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?”, p. 440.

de empresas multinacionales, a la creación de reglas internas en organizaciones internacionales, a sistemas de negociación interorganizacionales, a procesos de estandarización de alcance mundial”.⁶¹

Sólo desprendiéndose de las expectativas de estados nacionales —esto es, sin tomarlo como referencia, como fuente de legitimación o como destinatario de sus decisiones regulatorias— los regímenes neoespontáneos pueden manejar los riesgos sistémicos que emergen para los actores en sistemas laterales mundiales y que amenazan sus propias expectativas normativas.

(b) El derecho de los niveles nacional e internacional está estrechamente asociado al poder político. Se trata de sistemas jurídicos estrictamente acoplados a la política y a una concepción de estado como estado soberano, el que, como tal, dispone de la potestad para hacer cumplir las leyes que se han formado en un proceso legislativo democráticamente organizado.⁶² En el nivel internacional, sin embargo, la potestad de los estados nacionales se organiza, en términos formales, heterárquicamente, de acuerdo al principio de igualdad de soberanía en base a su reconocimiento mutuo,⁶³ de modo tal que en foros de este nivel, las decisiones de tribunales jurídicos internacionales derivan en mecanismos de persuasión de un estado sobre otro en torno a la conveniencia/inconveniencia de aceptar/no aceptar la decisión tomada. La persuasión puede basarse en criterios de una *fair* argumentación, pero también en operaciones de *lobby* e imposición. Estos problemas de facticidad en la aceptación o no aceptación de las decisiones se operan mediante sanciones generalmente económicas que determinados estados nacionales pueden promover y realizar aun contra el código *Recht/Unrecht* con que opera el derecho. La decisión puede ser justa pero inconveniente por *razones de estado*.

En el sentido de una sanción internacional observó también Kelsen el tema de la guerra. Se trata de una guerra legítima en tanto un estado haya transgredido una norma de derecho internacional, lo que en estos términos debe calificarse como delito. El problema con ello está en el carácter difuso de la guerra como sanción, lo que viola el principio de responsabilidad personal en materia penal. Sobre estas consideraciones Kelsen propone su idea de un tribunal permanente a nivel internacional dotado de jurisdicción obligatoria, como una solución duradera al problema del ordenamiento jurídico que él llama internacional: “Esto significa que todos los Estados de la Liga constituida por ese tratado están obligados a renunciar a la guerra y las represalias como medios de resolver conflictos,

⁶¹ TEUBNER, Gunther. “Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?”, p. 441.

⁶² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2000.

⁶³ Para una perspectiva clásica sobre este tema, véase KELSEN, Hans. “International peace – By court or government?”. En: *The American Journal of Sociology*. Vol. 46, N° 4, 1941, pp. 571-581; también SOHN, Louis. “The many faces of international law”. En: *The American Journal of International Law*. Vol. 57, N° 4, 1963, pp. 868-870. En una aproximación más actual, SLAUGHTER, Anne-Marie. “International law and international relations theory: A dual agenda”. En: *The American Journal of International Law*. Vol. 87, N° 2, 1993, pp. 205-239.

a someter todas sus disputas sin excepción a la decisión del tribunal, y a cumplir sus decisiones de buena fe".⁶⁴

Lo que en estos términos describe Kelsen, es el régimen jurídico supranacional, según la clasificación expuesta en estas páginas. La idea del tribunal permanente —del cual llega incluso a proponer un proyecto de constitución, el 'Pacto de una Liga Permanente para el Mantenimiento de la Paz'⁶⁵— es para Kelsen una aspiración, que recién hoy puede comenzar a verse realizada en la ICC. Lo que él observa en términos concretos es lo que efectivamente puede describirse como régimen internacional, es decir, un orden en el que la soberanía estatal de tipo político tiene el control general sobre la situación:

"El derecho internacional general es derecho primitivo, y como cualquier derecho primitivo, es altamente descentralizado. A diferencia de un derecho nacional técnicamente desarrollado, no instituye órganos especiales autorizados para establecer en un procedimiento legal la existencia de hechos concretos determinados por el derecho, de manera tal que las consecuencias preescritas de ese modo por el derecho puedan ser adjudicadas a esos hechos. El derecho internacional general deja esas funciones al interés de las partes. Esto es de especial importancia en el caso del delito. La cuestión de si un estado ha violado el derecho internacional, y por tanto, los intereses legalmente protegidos de otro estado, no es, de acuerdo al derecho internacional general, decidido por una autoridad imparcial como una corte, sino por los estados que están en conflicto. Ellas son las únicas autoridades empoderadas por el derecho internacional general para decidir la cuestión".⁶⁶

De este modo, es un estado el que decide si el otro violó su derecho. La situación parece estar siempre volviendo sobre el tema de la soberanía estatal y sobre el control vía el medio poder que en tales casos se puede ejercer. En este sentido, parece ser no sólo analíticamente posible sino también sustantivamente necesario distinguir entre un régimen jurídico internacional, en el que los estados deciden, de un régimen jurídico supranacional con tribunales independientes de los estados, como se formula en el propio proyecto de Kelsen sobre la Liga Permanente.

El proyecto de Liga Permanente establece la composición de un tribunal independiente, en el que incluso la ciudadanía de sus miembros "queda en suspenso durante su función como miembro del Tribunal... [y] no pueden ejercer ninguna función política o administrativa ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional".⁶⁷ Un punto de la descripción de Kelsen es, sin embargo, de alto valor para entender el carácter de los regímenes supranacionales e incluso neoespontáneos: la centralidad de la experticia que los miembros del Tribunal deben poseer. Kelsen propone que el Tribunal esté constituido por 17

⁶⁴ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*, p. 47.

⁶⁵ Véase KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*, pp. 137-155.

⁶⁶ KELSEN, Hans. "International peace – By court or government?", p. 607.

⁶⁷ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*, p. 141, art. XIV y XV.

miembros, todos ellos “peritos en derecho internacional”.⁶⁸ En propuestas alternativas de modificación a este articulado, Kelsen cambia la composición y experticias del Tribunal a dos tercios de expertos en derecho internacional y un tercio de expertos en derecho penal.

Importante es, sin embargo, no tanto la composición del tribunal, sino la condición de que él esté compuesto por un panel de expertos y no por políticos —y si acontece que algún político sea experto en algo, entonces debe dejar de ser político para participar del foro. En este sentido, el conocimiento pasa a ser un recurso basal tanto en el plano supranacional como neoespontáneo. En palabras de Willke:

“un elemento central de la *global governance* es crear y manejar organizaciones específicas como instituciones globales y rincones especializados de contextos globales: la WTO para el sistema económico global, la WHO para el sistema global de salud, el Basel Committee para el sistema financiero global, el World Bank y el IMF para los contextos globales de desarrollo, etc. El recurso crucial de todas esas instituciones es conocimiento. Estas instituciones de *governance* ejemplifican la transición de una sociedad industrial a una del conocimiento, y su rol más desafiante en la *global governance* es proveer una base para la *smart governance*”.⁶⁹

Experticia y conocimiento son las bases sobre las que se funda el procedimiento en los tribunales de los regímenes supranacionales y neoespontáneos. Es decir, no se trata ya de una legitimación de tipo democrático en el sentido clásico del término: una legislación que obtiene su legitimidad de un principio de mayoría a partir de un sustrato nacional.

Puesto que el nivel del estado nacional se ve desbordado y enfrentado a estos regímenes supranacionales, y puesto que la nacionalidad del estado nacional es el mayor obstáculo para la neutralidad en el campo supranacional, la fundamentación democrática como procedimiento de mayoría no es alternativa en este nivel. Se requeriría de un estado mundial con un parlamento mundial para realizar algo de esta naturaleza, pero precisamente esto constituiría la reproducción del ordenamiento nacional ahora a escala mundial, lo que tendría como consecuencia la disolución de la heterogeneidad creada precisamente a partir del desprendimiento de la unidad estatal. Kelsen lo formula del modo siguiente: “Esto quiere decir que la solución del problema de una paz duradera puede buscarse únicamente dentro del marco del derecho internacional, es decir, mediante un organismo cuyo grado de centralización no exceda al del tipo corriente de comunidades internacionales”.⁷⁰ Demás está decir que Kelsen piensa en la Liga Permanente y lo que califica de ‘internacional’ es que lo que aquí entendemos por supranacional. Kelsen es conciente de la heterogeneidad alcanzada en la sociedad moderna; habla de las “diferencias

⁶⁸ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*, p. 138.

⁶⁹ WILLKE, Helmut. *Smart governance. Governing the global knowledge society*. Frankfurt, New York: Campus, 2007.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*, p. 46.

culturales entre las naciones del mundo".⁷¹ Entretanto esas diferencias son más que puramente 'culturales' —sea lo que sea lo que esto signifique.⁷² Se trata ahora de diferencias estructurales, semánticas, simbólicas, procedimentales, normativas, operativas que se expanden tanto en el nivel global de la diferenciación funcional de la sociedad mundial, en su nivel regional, como en la dimensión territorial.⁷³ No existe un punto arquimédico en ese mundo desde el cual se pueda reducir la heterogeneidad a la unidad. Por ello, esperar la unidad desde el nivel estatal nacional sólo porque él se ha fundado en un procedimiento de legitimación democrático mayoritario y éste se muestre evolutivamente como el único posible, parece altamente inadecuado cuando se rebasan los niveles estatales de ordenamiento territorial y el problema de legitimación se plantea en los niveles emergentes de los órdenes regionales y globales.

Frente a esta carencia de legitimación democrática hay dos posibilidades no necesariamente excluyentes: o se recurre a la idea de principios universales de derecho y se funda la legitimidad de los órdenes supranacionales y neoespontáneos de un modo moral,⁷⁴ o se acepta la idea de *legitimidades derivativas*⁷⁵ como nuevas formas de construir legitimación en el contexto emergente de la sociedad mundial. Así como la democracia evolucionó como procedimiento de la legitimación en el orden estatal nacional, así también otras formas de legitimación surgen de los intersticios de interacciones supranacionales en la emergente sociedad mundial. Organizaciones, comunidades epistémicas, actores supranacionales, espacios operacionales altamente especializados, en suma, actores semipúblicos, cuasiprivados y privados —sistemas laterales mundiales— dan origen a estas legitimidades derivativas que se instalan como equivalente funcional y sustantivo de la legitimidad democrática clásica del estado nacional. Formas de estas legitimidades derivativas son el conocimiento, la experticia, la reputación, la solidaridad, la confianza, la imparcialidad, el *fairnes*,⁷⁶ generadas ellas en las prácticas operativas de diversos espacios regionales o globales con el fin de dotar a los participantes de esas prácticas de un sustrato normativo que permita una cierta predecibilidad en ellas, y que por tanto abra la posibilidad de formar expectativas normativas en tales campos.

De cualquier modo, una fundamentación moral no es ajena a la legitimidad derivativa. El marco de regulación procedimental propuesto por Habermas o por Rawls se funda a sí mismo en su legitimidad: se autoindica como imparcial o como *fair* porque cumple con los pasos que el mismo procedimiento señala se deben cumplir para que la decisión tomada

⁷¹ Kelsen, Hans. *La paz por medio del derecho*, p. 46.

⁷² Véase Carnevalli, Raúl. "El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno". En: *Política Criminal*, N° 3, 2007, pp. 1-28.

⁷³ Véase Mascareño, Aldo. "Sociología de la cultura". En: *Estudios Públicos*, 105, 2006, pp. 61-112.

⁷⁴ Véase Habermas, Jürgen. *Zwischen Naturalismus und Religion*. También Habermas, Jürgen. *Der gespaltene Westen*.

⁷⁵ Willke, Helmut. *Smart governance. Governing the global knowledge society*.

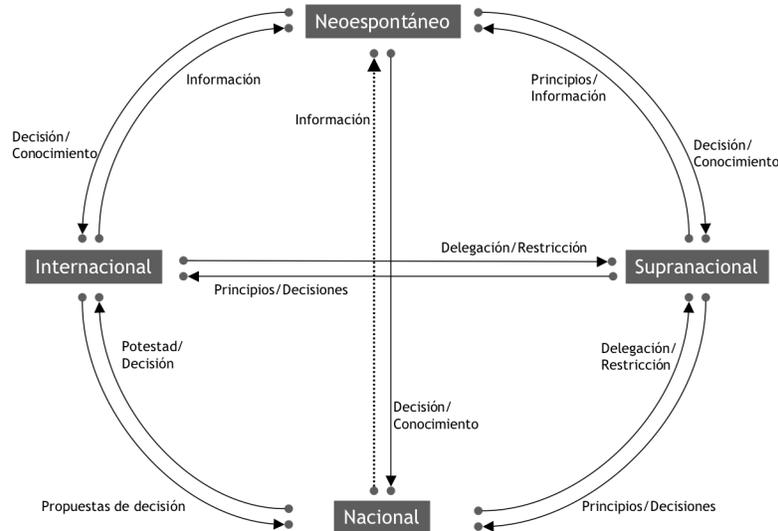
⁷⁶ Willke, Helmut. *Smart governance. Governing the global knowledge society*.

pueda calificarse de justa.⁷⁷ Es un modo de legitimación autoproducido, tan autoproducido como el procedimiento científico o el jurídico. Una forma de neonaturalismo, sin embargo, puede provenir de la combinación de ese modo de fundamentación procedimental de la legitimidad con formas sustantivas basadas en la idea de derechos humanos que se entienden consustanciales a la especie humana.⁷⁸ Como en todos los casos, esto genera asociaciones entre niveles (contribuye a la formación de expectativas normativas) pero también problemas de coordinación entre ellos (*colisión de regímenes*).⁷⁹ Esto es lo que se revisa en la sección siguiente.

6. Relaciones ascendentes y descendentes entre los niveles de régimen jurídico en la sociedad mundial

Como ya va quedando claro, los cuatro niveles de régimen jurídico de la emergente sociedad mundial no operan de modo aislado. Una serie de múltiples prestaciones tienen lugar entre ellos. De ahí se derivan formas sinérgicas de coordinación ascendente y descendente de los regímenes, pero también colisiones entre lógicas parciales al interior de cada uno de los niveles y entre ellos. El esquema siguiente puede simplificar la visión de esas relaciones:

Figura 1: Prestaciones entre niveles de régimen jurídico



⁷⁷ Véase al respecto HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Madrid: Alianza, 1998. También RAWLS, John. *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós, 2002.

⁷⁸ FINE, Robert. *Political Investigations. Hegel, Marx, Arendt*.

⁷⁹ FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*.

Tanto como los niveles de la sociedad mundial se interrelacionan entre sí y producen su emergencia (ver sección II), los regímenes jurídicos forman distintas estructuras de acoplamiento que dan cuenta de lo que puede denominarse sistema jurídico de la sociedad mundial (ver sección III), organizado en cuatro dimensiones analítica y empíricamente distinguibles (ver sección IV) con una composición diferenciada (ver sección V) pero interrelacionada (ver esta sección).

En la Figura 1 puede apreciarse una propuesta de estas relaciones entre regímenes. Básicamente se trata de la transferencia de decisiones, conocimientos, información y delegación. La potestad, elemento central a nivel de regímenes nacionales democráticos, sólo se transfiere al nivel internacional; hacia el supranacional se delega. Como se ha dicho, son en definitiva los estados nacionales representados en foros internacionales los que aceptan (o rechazan) —bajo consideraciones políticas— las decisiones de los espacios jurídicos respectivos. En este sentido, el nivel internacional sólo contribuye con propuestas de decisión, específicamente por medio de *standards and recommended practices*. Ejemplificador es el caso de ICAO (Internacional Civil Aviation Organization). Dedicada a la regulación de características materiales, rendimientos, personal y procedimientos en materia de aviación, esta organización dispone de un cuerpo de quince expertos, nombrados por los estados miembros, que informan al consejo general, formado por representantes de esos mismos estados, acerca de la unificación de estándares y prácticas. Sus propuestas son vinculantes sólo en la medida que los estados lo aprueben: “En la fecha de aplicabilidad, los estados deben implementar las medidas a menos que, por supuesto, hayan notificado diferencias [...] Los estados son invitados a informar al Consejo del no cumplimiento”.⁸⁰ Una situación similar es la de IMO (Internacional Maritime Organization). Las descripciones de esta propia organización muestran los límites del nivel internacional: “When a Government accepts an IMO Convention it agrees to make it part of its own national law and to enforce it just like any other law. The problem is that some countries lack the expertise, experience and resources necessary to do this properly. Others perhaps put enforcement fairly low down their list of priorities”.⁸¹

Bajo estas condiciones, parece ser una pregunta abierta si el nivel internacional constituye efectivamente un régimen jurídico si sus decisiones son regularmente sometidas a una consideración política de los estados nacionales. Observado el problema desde un punto de vista clásico probablemente no, pero parece claro que estos foros internacionales emplean legitimidades derivativas sobre la base de experticias. El problema es que ese tipo de legitimación se enfrenta directamente a la legitimación democrática de los estados nacionales y en ese desbalance evolutivo deben recurrir a la persuasión para impulsar sus decisiones. Probablemente por esto el movimiento hacia regímenes supranacionales sea creciente en las últimas décadas.

⁸⁰ ICAO. “Making an ICAO standard”, 2007. (www.icao.int/icao/en/anb/mais/index.html, consultado en agosto 2007).

⁸¹ IMO. “Introduction to IMO”, 2007. (www.imo.org, consultado en agosto 2007).

En la base de la constitución de regímenes jurídicos supranacionales se encuentra la delegación de autoridad decisional que los estados transfieren a ellos (ver sección V). Un ejemplo de esto es la WTO (World Trade Organization). La WTO, en tanto organización supranacional, asume los acuerdos internacionales de libre comercio consignados desde 1947 en adelante en el GATT (General Agreement on Trade and Tariffs). El modo operativo del GATT se basaba en negociaciones entre los estados miembros. Luego de la Ronda de Uruguay, cuyos acuerdos se firman en 1994, se da origen a la WTO en 1995. El DSB (Dispute Settlement Body) de la WTO es el que hace la diferencia en términos de regímenes jurídicos. El procedimiento de resolución consiste en una primera instancia de revisión a través de paneles de expertos. La decisión del panel puede ser recurrida ante el Appellate Body. La decisión de esta instancia es definitiva. En detalle, el proceso es el siguiente: 1) consultas entre las partes en conflicto; 2) si no hay éxito, el afectado solicita el establecimiento de un panel; 3) luego de seis meses, el panel entrega su decisión vinculante al DSB; 4) las partes pueden recurrir ante el Appellate Body; 5) en plazo máximo de 90 días, este cuerpo entrega su decisión al DSB, el que adopta la resolución del panel y las modificaciones del Appellate Body; 6) el afectado dispone de un plazo para la aplicación; 7) de no hacerlo, las partes pueden pedir la suspensión de los compromisos con el denunciado ante el DSB.⁸²

La formación de la WTO y, específicamente de su DSB, constituye el momento de delegación de la capacidad decisional del nivel nacional e internacional hacia el supranacional en el campo específico del comercio internacional. Parece claro en esta instancia cómo el régimen supranacional opera con todas las características de un sistema jurídico descritas en la sección III: asegura expectativas normativas sobre la base de una codificación jurídica dotada de validez procedimental en tribunales que se especializan en las materias de decididas.

En el caso de la formación de la European Union (EU) acontece algo similar. Desde la firma de los tratados de 1957 que establecieron la European Economic Community y la European Atomic Energy Community, se habla de una institucionalidad supranacional en Europa: "El nuevo elemento introducido en esos tratados (en contraste con los modelos tradicionales de otros tratados internacionales) es el concepto de supranacionalidad. Debe decirse que en la actualidad la existencia de este elemento en un tratado regional es vista como un criterio básico del grado en el cual el tratado en cuestión promueve la unificación e integración de los estados signatarios en una única entidad legal".⁸³ El concepto no estaba explícitamente incorporado en los tratados, pero se introducía por la *back door* en varios de sus articulados especialmente en relación a materias procedimentales, como el voto de mayoría, que compele a los estados a aceptar las decisiones del Consejo General. Entonces, tanto como ahora, esto no significaba la pérdida plena de soberanía estatal, sino la

⁸² WTO. "How the GATS is administred", 2007. (www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/cbt_course_e/c4s4p1_e.htm, consultado en agosto 2007).

⁸³ EFRON, Reuben y NANES, Allan. "The Common Market and Euratom Treaties: Supranationality and the integration of Europe". En: *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 6, N° 4, 1957, pp. 670-684, p. 672.

combinación de delegación en algunas materias especialmente de orden jurídico-económico a la European Court of Justice (ECJ) y la mantención de una autonomía política controlada en otras instancias como el Consejo General o el Consejo Económico y Social.⁸⁴

En la actualidad la ECJ es el tribunal jurisdiccional de la Unión; componen este régimen jurídico además el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Función Pública. Por medio de su jurisprudencia, la ECJ "ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el derecho comunitario dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del derecho comunitario), descartando para ello cualquier disposición contraria del derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria (primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional)".⁸⁵ Con un nivel elevado de complejidad jurídica, la ECJ supone en la actualidad distintos procedimientos: 1) colaboración de jueces nacionales con jueces comunitarios para la aplicación unitaria del derecho comunitario; el ECJ responde mediante un dictamen vinculante; 2) recurso por incumplimiento: el Consejo General requiere al estado miembro acerca de su incumplimiento, si éste no responde, la ECJ establece sentencia como multa coerciva; 3) recurso de anulación: solicitud de anulación de algún acto institucional interpuesto por estados o particulares; 4) recurso por omisión: presentado ante actos de omisión de las instituciones comunitarias; 5) recurso de casación: se limita a cuestiones de derecho contra Tribunal de Primera Instancia de la Unión; 6) revisión: interpuesto ante decisiones del Tribunal de Primera Instancia contra el Tribunal de Función Pública.⁸⁶ Sus temas no sólo están restringidos al campo de disputas económicas como en la WTO, sino que su competencia se expande a campos como circulación de personas, igualdad de derechos laborales, derechos fundamentales, ciudadanía europea. En el sentido de Teubner se puede hablar de una constitucionalización social de la Unión, observada en la semántica jurisprudencial de la ECJ bajo el principio del *rule of law*⁸⁷ —que aquí debería entenderse en su expresión más literal como primacía del derecho y no de un principio de mayoría democrática.

Como se aprecia, el desarrollo de la Unión Europea muestra con claridad las relaciones ascendentes y descendentes entre la emergencia de regímenes supranacionales, formas de organización internacional y estados nacionales. En este punto se aprecia también la problemática a la que se enfrenta la formación de una Constitución europea en un sentido político, vista ahora desde el plano también supranacional de un derecho cosmopolita. Uno de los principales impulsores de esta iniciativa es Jürgen Habermas. Habermas busca establecer a nivel de una constitución europea los principios implícitos en el derecho

⁸⁴ EFRON, Reuben y NANES, Allan. "The Common Market and Euratom Treaties: Supranationality and the integration of Europe".

⁸⁵ EJC. "The Court of Justice of European Communities", 2007. (www.curia.europa.eu/en/instit/presentationfr/index_cje.htm, consultado en agosto 2007).

⁸⁶ EJC. "The Court of Justice of European Communities".

⁸⁷ LINDSETH, Peter. "Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: The example of the European Community". En: *Columbia Law Review*, Vol. 99. N° 3, 1999, p. 628-738.

cosmopolita que de todas maneras ya están incorporados en los procesos de decisión de las organizaciones supranacionales y en estados democráticos:

“Después de todo, la constitucionalización supranacional se apoya en derechos fundamentales, principios de derecho y hechos punibles, que emergen de los procesos de aprendizaje democrático y que se han cultivado en el marco de los estados nacionales constituidos democráticamente [...] Esto vale no sólo para la Carta de las Naciones Unidas [...] sino también para el conjunto de contratos del GATT y la WTO. La praxis de producción de derecho y de resolución de controversias de la World Trade Organization atienden, junto a los fundamentos de derecho acostumbrados (como la no discriminación, la reciprocidad, la solidaridad, etc.), crecientemente también a la protección de los derechos humanos”.⁸⁸

Siendo las cosas de este modo, tres precisiones pueden establecerse: a) el derecho cosmopolita constituye un acoplamiento entre lógica jurídica y principios morales a los que se puede recurrir en situaciones diversas para la argumentación de decisiones jurídicas que de todos modos requieren más que principios para realizarse como decisión. En este sentido, el cosmopolitismo no se trataría estrictamente de un régimen jurídico, sino de un espacio de apertura cognitiva del sistema jurídico de la sociedad mundial para su observación y juridificación del entorno moral ; b) el derecho cosmopolita refleja este horizonte de principios para otros regímenes jurídicos —incluido el derecho neoespontáneo— los que en la praxis jurídica, y ante la creciente especialización de los campos que regulan, recurren crecientemente a formas de legitimación derivativas combinadas con principios generales que fundamentan la argumentación de las decisiones; c) si los principios ya están a disposición de los regímenes jurídicos a través del derecho cosmopolita, entonces la razón por la que Habermas impulsa la creación de una constitución europea es genuinamente política: “Esto es propio de un proyecto tal, y se hace más necesario porque el debate sobre la nueva constitución ha puesto a la orden del día la pregunta irresuelta y reprimida de la ‘finalidad’ del proceso de unificación”.⁸⁹ En este contexto ‘finalidad’ significa a qué Europa es la que se aspira y cuál es su identidad.

‘Solidaridad entre iguales’ es la fórmula que emplea Habermas para condensar la respuesta a estas preguntas. Pero el principio de la solidaridad ya parece estar juridificado y posicionado al menos en las formas de régimen jurídico descritas; y no sólo éste, sino también otros principios que ponen el acento en la pertenencia de los individuos no a una unidad política sino a la especie humana: la no discriminación, la buena fe, el trato justo y equitativo, y la protección de los derechos humanos. Esto probablemente esté adquiriendo su forma más clara en la aún compleja pero real formación de otra entidad supranacional: la ICC (International Criminal Court), pero también puede apreciarse en la jurisprudencia del ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), que resuelve por un

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Der gespaltene Westen*, p. 139.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Der gespaltene Westen*, p. 72.

panel de expertos de modo vinculante, por ejemplo, sobre la base de los principios de ‘no discriminación’ y ‘trato justo y equitativo’ que el estado nacional debe otorgar a un inversionista extranjero;⁹⁰ o la CAS (Court of Arbitration of Sports), también organizada sobre panel de expertos en base a principios como *fairness* procedimental, trato igualitario y a jurisprudencia de *lex sportiva* y *lex ludica*.⁹¹ Es decir, llevar estos principios a una Constitución política, como es la opción de Habermas, se puede entender como la politización —bajo el modelo constitucional clásico del estado democrático— de los regímenes supranacionales, cuyo modo de legitimación efectivo ha discurrido por un carril distinto: por una constitucionalización social de modelos autorregulativos que por sí solos, morfogénica y evolutivamente, se han dado los procedimientos, mecanismos de decisión y principios que se reflejan en el ordenamiento cosmopolita —y no sólo uno (la solidaridad entre iguales), sino varios de ellos.

Porque se trata precisamente de principios postconvencionales, tanto los regímenes jurídicos supranacionales como los neoespontáneos han podido operar en espacios completamente diversos de maneras equivalentes, de modo tal que en la práctica tienen lugar decisiones vinculantes sobre los más variados problemas a través de distintos procedimientos basados en principios equivalentes. En este sentido, parece mejor seguir confiando en el derecho como mecanismo para la realización de los principios fundamentales y no trasladar nuevamente el problema a la arena política, o más aún, a los terrenos pantanosos de la moral; es decir, optar más que nunca por el *rule of law*, ahora a nivel supranacional, y por la juridificación de los espacios en los que esto se requiera. La aspiración de *una* finalidad y de *una* identidad, sea para Europa o para cualquier región supranacional, únicamente puede poner dificultades a esta coordinación contingente que caracteriza a la emergente sociedad mundial,⁹² o sólo puede ser entendida como una autodescripción política cuando se persiguen determinados objetivos estratégicos.⁹³

Los regímenes neoespontáneos reflejan esta diferenciación con mayor fuerza aún. Como se ha dicho, emergen en las zonas de contacto del derecho con otros espacios de especialización funcional en el nivel global de la sociedad mundial. Que surjan en este espacio no implica, sin embargo, que no establezcan relaciones con los otros regímenes jurídicos. Ya se observa su vinculación con los principios reflejados en el nivel supranacional. Del mismo modo recogen información desde los otros espacios y producen un conocimiento jurisprudencial altamente especializado en las materias que tratan. Sus modos de legitimación son derivativos, fundamentalmente basados en la experticia y

⁹⁰ ICSID. Art. 26 del Convenio que establece el CIADI, 2007. (www.worldbank.org/icsid, consultado en agosto 2007).

⁹¹ FOSTER, Ken. “*Lex sportiva* and *lex ludica*: the Court of Arbitration for Sport’s Jurisprudence”. En: *Entertainment and Sports Law Journal*, 2006. (<http://go.warwick.ac.uk/eslj/issues/volume3/number2/foster>, consultado en agosto 2007).

⁹² MASCAREÑO, Aldo. “Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo”. En: STAMFORD, Artur (Ed.). *Sociologia do Direito - Na Prática da Teoria*. Curitiba: Juruá, 2007.

⁹³ MASCAREÑO, Aldo. “La cultura chilena como ficción real”. En VICUÑA, Manuel (Ed.). *El Chile del Bicentenario. Aportes para el debate*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2008.

conocimiento de especialistas e igualmente sus argumentaciones entroncan con principios del nivel supranacional en todo caso juridificados, es decir, se decide en derecho, no por principios. Un ejemplo de estos regímenes jurídicos es el del arbitraje comercial internacional. Este constituye un procedimiento de solución de controversias de tipo jurisdiccional, es decir, el proceso concluye con una sentencia vinculante para las partes y surge de la autonomía de la voluntad de los mismos involucrados. El lugar del arbitraje puede ser elegido libremente por las partes. Las normas del proceso arbitral no se ajustan a ningún derecho procesal nacional, sino que son creadas por las partes, por el propio tribunal arbitral,⁹⁴ o sobre la base de la normativa elaborada por la Internacional Bar Association (IBA): las Reglas sobre la Producción de las Pruebas, una propuesta regulatoria que armoniza las características del *civil law* y del *common law* en materia arbitral y las ajusta a las necesidades específicas del arbitraje. A este procedimiento arbitral se le denomina *lex mercatoria*.⁹⁵

Es, sin embargo, en materias sustantivas donde se puede observar de mejor modo el carácter neoespontáneo de este régimen jurídico. En el arbitraje, la solución de la controversia en cuanto al fondo se realiza en virtud de normas jurídicas, a menos que las partes explícitamente faculden al tribunal (delegación) para actuar como amigable componedor o *ex aequo et bono* (en equidad). La autonomía de la voluntad les permite también a las partes pactar la aplicación de normas de derecho,⁹⁶ pudiendo elegir entre leyes nacionales y normas supranacionales como las de los principios generales de derecho o los principios de UNIDROIT (Institut International pour l'Unification du Droit Privé), a su vez una organización supranacional orientada a la armonización de los regímenes privados de derecho. Si las partes no estipulan la ley aplicable, el tribunal está facultado para definirla pudiendo resolver el caso con referencia a la *lex mercatoria* o en base a la recopilación cuasi-oficial de los principios de derecho, como son los de UNIDROIT.⁹⁷

Otro caso de régimen jurídico neoespontáneo y que muestra las relaciones que se establecen con otros niveles es el de la *lex digitalis*, las normativas regulativas de Internet. Michael Hutter identifica seis espacios donde estas normas aparecen: 1) tratados internacionales, 2) derecho nacional público, 3) derecho nacional privado, 4) acuerdos mutuos, 5) reglas informales de conducta, 6) estándares técnicos.⁹⁸ Uno de los primeros intentos de sistematización de estas normas hacia fines de los años ochenta es Netiquett,

⁹⁴ UNCITRAL. Arts. 19 y 20 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, 2007. (www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, consultado en agosto 2007).

⁹⁵ NOTTAGE, Luke. "The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration". En: *Legal Studies Research Paper*, N° 6, 51, 2006.

⁹⁶ UNCITRAL. Arts. 28.1 y 28.3 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, 2007. (www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, consultado en agosto 2007).

⁹⁷ UNIDROIT. "Réalizations d'UNIDROIT", 2007. (www.unidroit.org/french/presentation/achievements.htm, consultado en agosto 2007).

⁹⁸ HUTTER, Michael. "Efficiency, viability, and the new rules of Internet". En: *European Journal of Law and Economics*, II, 2001, p. 5-22.

que abarca desde reglas de cortesía en el intercambio de mensajes hasta sanciones y normas quasi-legales.⁹⁹ El despliegue de Internet en los años noventa supera el modelo Netiquett y hace necesaria no sólo una nueva sistematización, sino también una institucionalización de la normativa ante la falta de conocimiento y de capacidad regulatoria de los estados nacionales en esta materia.¹⁰⁰ La institucionalización no podía ser sino virtual. Hacia fines de los años noventa se crea un procedimiento basado en el derecho contractual de arbitraje virtual a través del CLI (Cyberspace Law Institute). Los tribunales virtuales conocen las disputas y establecen sus decisiones de acuerdo a la *lex digitalis*: “Las sanciones son aplicadas fácilmente en tanto las *net-courts* controlan el acceso a los puntos de la red y de este modo están capacitadas para borrar a los violadores de los dominios”.¹⁰¹ En la comunidad que sustenta y acepta estas decisiones parecen operar dos formas de legitimidad derivativa, la eficiencia y la viabilidad: los actores construyen reglas según sus evaluaciones de costos (eficiencia) y estas evolucionan de modo autorregulativo (viabilidad), esto sin perjuicio de que en las decisiones de las *net-courts* se pueda recurrir a principios supranacionales como forma de fundamentación y argumentación.

La legitimidad derivativa de la eficiencia también opera para ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers); e igualmente, en su modo de solución de controversias puede verse también el acoplamiento entre los distintos niveles. La regulación del *cybersquatting* (la apropiación de nombres de dominio por terceros que luego venden los dominios a precios superiores a los costos de registro), es en extremo complicada y exige una alta inversión de tiempo para los tribunales nacionales, más aun cuando los problemas son con particulares extranjeros. A partir de un informe de WIPO (World Intellectual Property Organization) —a su vez una organización internacional con su propio modo de solución de controversias supranacional basado en arbitraje y mediación— formulado ante consulta Estados Unidos sobre el sistema de nombres de dominio, ICANN establece en 1999 la llamada UDRP (Uniform Dispute Resolution Policy).¹⁰²

El procedimiento de ICANN es altamente más eficiente que la posibilidad de un proceso judicial a nivel nacional. ICANN exige a las firmas que inscriben dominios incorporar la UDRP como condición general de su administración comercial.¹⁰³ Ante una colisión de nombres de dominio, la UDRP prescribe el procedimiento siguiente: un panel administrativo en instituciones nacionales de registro acreditadas ante ICANN ordena borrar o traspasar el nombre de dominio a la firma demandante. Si el poseedor del nombre de dominio no establece a su vez una demanda ante un tribunal nacional dentro de diez días

⁹⁹ HOFFMANN, Gero y KUHLMANN, Dirk. “Regulierung und Selbstregulierung im Internet”, 1995. (<http://gromit.prz.tu-berlin.de/derek/internet>, consultado en agosto 2001).

¹⁰⁰ MEFFORD, Aron. “Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet”, 1997. (www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/mefford.html, consultado en enero 2001).

¹⁰¹ HUTTER, Michael. “Efficiency, viability, and the new rules of Internet”, p. 31.

¹⁰² ICANN. “Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy”, 2007. (www.icann.org/udrp/udrp.htm, consultado en agosto 2007).

¹⁰³ CALLIES, Graf-Peter. “Globale Zivilregimes. Lex mercatoria und ICANN UDRP”, 2004. (www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Mitarb/GChtml, consultado en mayo 2006).

luego de recibida la decisión del panel, éste ordena la transferencia del dominio, siempre y cuando el demandante compruebe en el procedimiento que: "1) el nombre de dominio en disputa es idéntico o se confunde con una marca sobre la que el demandante tiene derechos; 2) el demandado no tiene derechos o intereses legítimos en el nombre de dominio; y 3) el nombre de dominio ha sido registrado y usado maliciosamente".¹⁰⁴ El panel decide en un procedimiento por escrito y ante los documentos presentados.

Varios elementos son relevantes en el marco de la *lex digitalis* para el análisis desarrollado aquí: a) inicialmente emergen tribunales neoespontáneos para la regulación del ciberespacio (*net-courts*), pero dada su complejidad y expansión se crean instituciones cuasi-neoespontáneas como ICANN, con algunas características de organización supranacional; b) no hay precisamente delegación de potestad hacia ICANN por parte de estados nacionales, pero sí éstos solicitan su concurso; c) en esto parecen influir las legitimidades derivativas del conocimiento y la eficiencia con que ICANN puede llevar a cabo sus procesos decisionales; d) ICANN mismo se acopla al régimen jurídico nacional a través de la interposición de un recurso del demandado ante la decisión del panel administrativo, no obstante la UDRP opera supranacionalmente; e) las decisiones son vinculantes, por tanto, ICANN opera como tribunal jurisdiccional.

Sin constituir aún un régimen jurídico neoespontáneo, pero con una estructura similar que probablemente conduzca a ello, la ISO (Internacional Organization for Standardization) es una organización no gubernamental formada por una red de agencias de estandarización en 157 países y orientada a identificar los estándares requeridos por el comercio, la industria, las telecomunicaciones, así como también últimamente en materias medioambientales, sectores de servicios, seguridad y prácticas organizacionales.¹⁰⁵ Con más de 3000 grupos de expertos que desarrollan estándares, la ISO explícitamente no realiza certificaciones ni control, ni tiene autoridad para imponer los estándares desarrollados. La implementación legal de ellos corre por cuenta de los regímenes nacionales de modo voluntario a través de distintas agencias y comités de la UN,¹⁰⁶ es decir, *voluntariamente* en el marco de los acuerdos y tratados de implementación realizados en esta organización internacional. Sin embargo, los estándares han llegado a constituirse en requerimientos de mercado, de la industria y de la construcción, por lo que la emergencia de colisiones entre agentes privados y con ello la necesidad de una instancia eficiente de resolución de conflictos, puede preverse con alta probabilidad. De cualquier modo, en relación a los requerimientos de mercado, ISO tiene ya un estatus de observador en la WTO, una organización con un procedimiento supranacional de solución de controversias (el Appellate Body —véase supra); en el caso de la industria y la construcción se puede estar cerca de una colisión de regímenes especialmente en el desarrollo de estándares ambientales por parte de ISO, pues precisamente son las exigencias en esta materia las que buscan ser externalizadas al

¹⁰⁴ CALLIES, Galf-Peter. "Globale Zivilregimes. Lex mercatoria und ICANN UDRP", p. 19.

¹⁰⁵ ISO. "ISO in brief. International standards for a sustainable world", 2007. (www.iso.org, consultado en agosto 2007).

¹⁰⁶ ISO. "Overview of the ISO system", 2007. (www.iso.org/iso/en/aboutiso/introduction/index.html, consultado en agosto 2007).

derecho estatal nacional por asociaciones de ingenieros mediante el régimen supranacional denominado *lex constructionis*.¹⁰⁷

Una serie de condiciones de posibilidad para la emergencia de un régimen jurídico neoespontáneo parecen estarse cumpliendo con ISO; su viabilidad —en el sentido de Hutter— se probabiliza crecientemente. Entre estas condiciones están: a) se trata de una materia técnica de alta especialización y alta expansión en distintos espacios funcionales y organizaciones a nivel global; b) es un rendimiento intensivo en conocimiento y experticia, por tanto, con alta legitimación derivativa en espacios especializados; c) la adopción de las normas ISO es más eficiente, especialmente para los espacios comerciales e industriales, que el desarrollo de acuerdos internacionales sobre la materia; d) la propia estructura de ISO está ya organizada en comités técnicos, es decir, posee una estructura similar a aquella en la que se basan los paneles de expertos en otros regímenes neoespontáneos y supranacionales; e) como organización ISO mantiene relación con agencias de estandarización a nivel nacional, esto también le brinda una posibilidad de operación similar a ICANN (por medio de una UDRP por la cual se guían las agencias nacionales); f) relación estrecha también mantiene ISO con los distintos niveles de régimen jurídico: con el supranacional a través de WTO, con el nacional a través de la adopción jurídica de normas, con el internacional a través de su relación con UN. Estos frentes parecen ofrecer una vía para la formación de una instancia de arbitraje en controversias y disputas entre privados en este campo, es decir, un régimen jurídico en propiedad con tribunales que toman decisiones vinculantes. Por ahora al menos, este nuevo régimen jurídico neoespontáneo es sólo latente, aunque por cierto se trata ya de un régimen regulatorio global.

7. Más allá del derecho

Algunos lineamientos básicos para entender la formación actual de la sociedad mundial y la contribución del derecho a su emergencia se han presentado en estas páginas. La plausibilidad de esta propuesta se ha puesto a prueba con el caso de un sistema mundial del derecho organizado sobre distintos niveles emergentes de régimen jurídico: el nacional, el internacional, el supranacional y el neoespontáneo, todos ellos organizados sobre una estructura jurídica equivalente, referidos sustancialmente a problemas y espacios distintos, pero articulados en términos de las consecuencias de sus decisiones, las transferencias de legitimidad y conocimiento y los intercambios de información.

En este sentido, se puede decir que la emergencia, diferenciación y acoplamiento de los distintos regímenes jurídicos es uno de los espacios operacionales de las sociedades modernas que contribuye a la emergencia, diferenciación y acoplamiento de los diversos niveles de sociedad mundial. Pero no es el único. Es decir, procesos de tipo *bottom-up* y

¹⁰⁷ FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*.

top-down similares a los que ocurren en el derecho se pueden encontrar en otras esferas de operación. En la ciencia es posible distinguir entre universidades y laboratorios nacionalmente localizados, redes y organizaciones supranacionales de investigación desde temas sociales hasta físicos y farmacéuticos, y modalidades neoespontáneas en los múltiples centros de experticia en investigación de mercado, industrias, comercio, o en foros virtuales en internet. En la salud se encuentran desde centros de atención local y hospitales, organizaciones internacionales (WHO) y supranacionales (MSF) y modalidades de salud neoespontáneas como la homeopatía o técnicas orientales de relajación. En la economía se observa desde la pequeña empresa ligada al territorio hasta consorcios internacionales y múltiples formas neoespontáneas de mercado que se originan en las zonas limítrofes de la economía con otras esferas: los sitios de compraventa virtual, pornografía, soborno, tráfico de drogas, economía informal entre otros. Incluso en la esfera de la intimidad es posible encontrar la distinción de estos niveles: desde las familias territorialmente localizadas, pasando por la regulación civil internacional y las situaciones migratorias transnacionales hasta las transformaciones de género en contextos globales, y las modalidades de intimidad neoespontáneas en comunidades virtuales y modos anónimos de encuentro, sea sexual o de compañía mutua.

En otros términos —como debía ser— el derecho no constituye una excepción en esta tendencia a la constitución de una sociedad mundial multiniveladamente integrada, sino la norma.

Abreviaturas

CAS	Court of Arbitration of Sports
CLI	Cyberspace Law Institute
DSB	Dispute Settlement Body
ECHR	European Court of Human Rights
ECJ	European Court of Justice
EU	European Union
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICAO	Internacional Civil Aviation Organization
ICC	International Criminal Court
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IMF	Internacional Monetary Found
IMO	Internacional Maritime Organization
ISO	Internacional Organization for Standardization
MSN	Medicins Sans Frontiers
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
UDRP	Uniform Dispute Resolution Policy
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Comisión on Internacional Trade Law
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
WHO	World Health Organization
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization