

GLOBALIZACIÓN E IMPERIO DE LA LEY. ALGUNAS DUDAS WESTFALIANAS *

Francisco J. LAPORTA

EN su trabajo póstumo *Power and Prosperity*, el economista Mancur Olson se preguntaba por qué las economías de muchos de aquellos países de la antigua Unión Soviética y otros países emergentes que por fin se habían adaptado a los presupuestos teóricos y prácticos de la economía de mercado no se habían visto, sin embargo, recompensadas con la prosperidad que ese modelo económico promete a todos los que siguen sus reglas. El núcleo de su respuesta estaba en un largo párrafo que quizás resulta elemental para un jurista pero que al parecer puede ser original y digno de ser recordado como una tesis innovadora en el mundo de los economistas. El texto dice así:

«Para hacer efectivas todas las ventajas del comercio tiene que haber un sistema jurídico y un orden político que aplique los contratos por la fuerza, proteja los derechos de propiedad, ejecute los acuerdos de las hipotecas, suministre el marco para las sociedades de responsabilidad limitada, y facilite un mercado de capital duradero y amplio que haga que las inversiones y los préstamos sean más líquidos de lo que lo serían de otro modo. También tiene que darse la expectativa de que estas ordenaciones duren algún tiempo.

Sin tales instituciones una sociedad no podrá recoger con seguridad todos los beneficios de un mercado, ni producir eficientemente bienes complejos que exigen la cooperación de mucha gente a lo largo de un periodo extenso de tiempo, o conseguir las ganancias de otros acuerdos multipersonales y multiperiódicos. Sin el correcto entorno institucional, un país se verá limitado a aquellos intercambios comerciales que se refuercen por sí mismos (*self-enforcing*).

Para hacer efectivas las ganancias de transacciones complejas y las que se producen en un periodo largo de tiempo, los individuos en una sociedad no necesitan sólo de la libertad de comercio, sino también del derecho a establecer títulos seguros de propiedad o de hipoteca. Deben tener garantizado el acceso a tribunales imparciales que aplicarán por la fuerza los contratos que hacen, así como el derecho a crear nuevas formas de organización y cooperación extensiva, tales como las sociedades por acciones» (Olson 2000,185).

* Este trabajo es la conferencia que pronuncié ante el plenario del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho celebrado en Granada en junio de este año. Durante su elaboración he recibido apoyos y sugerencias de Juan Carlos Bayón, Elías Díaz, María Luisa Espada, Javier García Verdugo, Liborio Hierro y Alfonso Ruiz Miguel. A todos ellos vaya mi reconocimiento.

Olson concluye afirmando que consideraciones análogas valen también para la producción. Si no existieran reglas jurídicas como esas, también los procesos de producción de bienes serían débiles y aleatorios, y sólo podrían configurar una economía enteca basada en el mero intercambio ocasional de productos inmediatos o perecederos.

Veinte años antes, James Buchanan había recordado que algunas limitaciones normativas de la conducta de cualquier persona respecto de las demás, la renuncia a la violencia, la posición de cada uno respecto al acceso a recursos, bienes y servicios, y los términos en los que se produciría la aplicación forzosa de esas pautas normativas, tendrían necesariamente que estar presentes en el momento inicial del contrato constitucional, pues de lo contrario no podríamos ni siquiera pensar la economía de mercado. El derecho y la ley aparecían así como una prioridad racional para el funcionamiento extensivo y sistemático de la economía de mercado y aparecían, además, con las características de un *bien público*, es decir, como un bien que no era susceptible de ser producido por el mercado mismo (Buchanan, 1975, ch. 7). El mercado, pues, no era anómico.

La sugerencia de Olson y la construcción de Buchanan tienen una inmediata relevancia para enfocar el tema de este ensayo, pues ambos establecen una relación crucial entre economía de mercado libre y sistema jurídico, una relación tan importante que sugiere que el derecho es nada menos que condición de posibilidad de la economía de mercado. Es decir, afirman que la preexistencia del derecho es necesaria para poder pensar el funcionamiento adecuado del mercado. En realidad esto no es más que un eco actualizado y riguroso de la vieja voz hobbesiana. A veces olvidamos que al lado de la celeberrima afirmación sobre la vida del hombre en el estado de naturaleza como «solitaria, pobre, sórdida, bestial y breve», se encuentra un párrafo anterior de increíble intuición: «En una condición tal, no hay lugar para la industria porque el fruto de ella es incierto; y en consecuencia, no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los productos que puedan ser importados por mar, ni edificios adecuados, ni instrumentos para mover y remover aquellas cosas que exijan mucha fuerza; no hay conocimiento de la faz de la tierra, ni cálculo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad...» (Hobbes, 1996, 89). Una idea como esta es extraordinariamente relevante para cualquier aproximación a las relaciones entre economía global e imperio de la ley. Lo que a nosotros nos toca ahora es tratar de comprender cómo se está resolviendo este problema en un momento histórico en que se afirma, por un lado, que la economía de mercado está adquiriendo una creciente implantación global mientras que se constata por el otro lado que los parámetros de regulación jurídica se desdibujan entre el Estado territorial, llamado westfaliano, y ciertas pautas o estándares globales cuya naturaleza y alcance seguramente están todavía por determinar. En efecto, en sentido estricto no parece existir ningún derecho «global», y la pregunta es si puede pensarse una economía global de mercado con un tipo de derecho que no es global, y, sobre todo, si ese tipo de derecho responde a las exigencias que demanda hoy el ideal del imperio de la ley, concebido incluso en términos no demasiado ambiciosos.

I

Empezaré con algunas breves acotaciones sobre la noción de globalización que voy a emplear aquí y sobre los distintos sentidos de la idea de imperio de la ley que

pueden traerse a colación. Aceptando una conocida propuesta de definición se entenderá aquí por globalización

«un proceso (o conjunto de procesos) que encarna una transformación en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales –evaluada en términos de su extensión, intensidad, velocidad e impacto– y que genera flujos transcontinentales e interregionales y redes de actividad, interacción y ejercicio del poder» (Held, MacGrew, Goldblatt & Perraton, en Held & McGrew, 2001, 68).

Se trata en verdad de un proceso muy complejo de interacciones humanas que se elevan con toda facilidad sobre las fronteras estatales establecidas y determinan la existencia de toda una trama de relaciones políticas, económicas, culturales y sociales que parece flotar por encima de los ámbitos locales, regionales y nacionales para constituirse en una suerte de nueva civilización transnacional. Aunque históricamente hayan existido siempre ejemplos de relaciones de todo tipo que se elevaban sobre las fronteras de las comunidades, la extensión, intensidad, velocidad e impacto que han adquirido hoy, y que esa definición nos recuerda, han de considerarse rasgos que marcan una diferencia cualitativa respecto de aquellos procesos anteriores en la historia. Cómo establecer la naturaleza de esa diferencia cualitativa es otra cuestión; para unos estriba en la presencia masiva de actores privados, para otros en el medio de comunicación que se usa. Sea ello como fuere, lo que realmente comporta es que las interacciones de esos actores y los estados de hecho producto de ellas tienen una rápida y evidente repercusión incluso en regiones alejadas, lo que genera una fuerte interdependencia tanto entre los Estados como entre los distintos segmentos de las sociedades civiles, por remotas que sean.

No creo necesario entrar a discutir los pormenores del debate globalización/antiglobalización (remito para ello a Held & MacGrew, 2002a). Asumiré sin embargo que la globalización es en gran medida un proceso irreversible. Como se ha dicho, no vamos a encontrar ninguna forma de hacer volver al geniecillo al interior de la botella. Como el clásico aprendiz de brujo, la criatura que hemos alumbrado entre todos seguirá practicando más o menos torpemente sus experimentos cualquiera que sea el resultado de éstos. Me siento además tentado a decir que, en una medida grande e inquietante, lo que tenemos ante nosotros obedece y obedecerá a la lógica de una acción colectiva de inmensas proporciones, que determina un alto grado de anonimato e impersonalidad en las acciones y reacciones globales y, como consecuencia de ello, una importante tasa de impredecibilidad en los resultados. Me parece por ello que la tarea de «conducir» o «reconducir» los complejos procesos de la globalización será extraordinariamente difícil, si es que puede ser llevada a cabo.

II

Por lo que respecta al otro componente de mi título, voy a utilizar la expresión «imperio de la ley»^{*} en tres acepciones o sentidos que representan a su vez tres

^{*} No pretendo tomar aquí posición sobre el contenido de la noción de imperio de la ley, sino simplemente estipular algunos significados de la misma para confrontarlos con los problemas de la globalización. Para una aportación reciente sobre la historia y el concepto cfr. Tamanaha, 2004.

grados o, por así decirlo, escalas de *densidad* del concepto. La primera acepción –la más inmediata de todas, pero quizás también la más ineludible– hace referencia a la mera existencia de normas jurídicas eficaces como pautas que organizan la violencia en la sociedad, establecen los derechos de propiedad y las formas del intercambio económico, y están razonablemente protegidas por una agencia de aplicación coactiva. Es un sentido que, de nuevo, puede extraerse con claridad del pensamiento hobbesiano cuando enumera las competencias anejas al poder soberano. En primer lugar, el poder de prescribir «... reglas mediante las cuales todo hombre pueda conocer qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por sus conciudadanos»; y, unido a él, el «derecho a la jurisdicción» pues sin la decisión de las controversias no hay protección de un súbdito contra las injurias de otros; las leyes relativas al *Meum* y al *Tuum* son vacías, y permanece en todo hombre, a partir del apetito natural y necesario de la propia conservación, el derecho a protegerse a sí mismo mediante su fuerza privada, lo que es la condición de la guerra y contrario al fin para el que toda república es instituida» (Hobbes, 1996, 125). Por tanto, de acuerdo con este primer sentido, imperio de la ley es tanto como existencia y vigencia de leyes a las que apelar ante jueces y tribunales. Puede decirse que, en este sentido, cualquier orden jurídico vigente y eficaz –por injusto que fuere de acuerdo con otro tipo de consideraciones– podría considerarse una realización inicial de la noción de imperio del derecho.

El segundo grado o escala de densidad de esa noción pretende ir un poco más allá. De acuerdo con él, el ideal de imperio de la ley exigiría que se vieran vinculados por las leyes no sólo los particulares que interactúan en la sociedad, sino también los poderes públicos, y, en consecuencia, sus actos puedan ser también examinados en procedimientos judiciales que controlen su legalidad. Es una dimensión del imperio de la ley que, desde su formulación en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, se transmite a través de la teoría alemana del *Rechtsstaat* y la noción inglesa del *rule of law*. Se trata del principio de legalidad en la actuación del poder, por ejemplo, del principio de legalidad penal o fiscal, del principio general de legalidad de la Administración. Expresa la idea de que la ley y el derecho tienen supremacía sobre los actos arbitrarios del poder. Como lo expresó Dicey, significa «... la absoluta supremacía o predominio de la ley regular como opuesta a la influencia del poder arbitrario, y excluye la existencia de la arbitrariedad, de las prerrogativas, o incluso de la autoridad ampliamente discrecional por parte del gobierno. Los ingleses son gobernados por la ley, y sólo por la ley; entre nosotros un hombre puede ser castigado por una violación de la ley, pero no puede ser castigado por nada más» (Dicey 1982, 120).

Y por último, hay un tercer sentido –el más denso quizás desde un punto de vista ético– que presupone los dos anteriores. Es el que adscribe a la noción de imperio de la ley la exigencia compleja de que el ordenamiento jurídico esté configurado en su núcleo más importante por reglas generales y abstractas que administren un tratamiento formalmente igual para todos sus destinatarios, razonablemente estables, de fácil conocimiento público, carentes de efectos retroactivos, y accionables ante los tribunales. Se trata de una acepción de «imperio de la ley» que, como es sabido, es muy cercana a las exigencias éticas de la justicia formal. El autor que viene ineludiblemente aquí a colación es Lon Fuller (Fuller, 1969).

III

Pues bien, tratemos de ver, aunque sea sólo en términos muy generales y en atención a la discusión, cómo se ha globalizado o se está globalizando el derecho, y si el estado actual de ese proceso de globalización puede ser considerado suficiente como para edificar a partir de ese nuevo derecho global algunos de los sentidos o grados de densidad que hemos estipulado para el concepto de imperio de la ley. Y creo que todos compartirán conmigo la convicción de que por lo que respecta al primer sentido, es decir, a la definición del *meum* y el *tuum* mediante reglas coactivas, y a la prohibición penal de los daños a los demás, el Estado nacional es la instancia en la que está residenciado por el momento el derecho. Aquí no hay ninguna o casi ninguna globalización jurídica. Los derechos de propiedad y el derecho penal no han emprendido todavía el vuelo por encima de las fronteras para ser regulados por una norma de alcance global. Se encuentran aún regulados y reforzados en el ámbito de los Estados llamados westfalianos. Es decir, que no existe ninguna regla jurídica supranacional y global en la cual se reconozcan y protejan coactivamente los derechos de propiedad, ni existe tampoco (o, como veremos después, existe sólo con mucha precariedad) ninguna regla jurídica coactiva de naturaleza global sobre la definición y el castigo de los delitos. Tampoco hay ningún juez, o corte o tribunal global al que acudir para que lo haga. El capital financiero puede volar por encima de las fronteras, pero la titularidad jurídica de ese capital permanece al calor del derecho estatal. La polución y la lluvia ácida son transnacionales, pero las normas que las permiten o impiden limitarlas son todavía nacionales. Pues bien, creo que esta afirmación puede generalizarse a efectos de la discusión, y proponer que se acepte que, pese al extendido fenómeno de la globalización y al indudable impacto que muchas acciones tienen más allá de las fronteras, muchos de los aspectos más cruciales de la vida y las actividades económicas de la inmensa mayoría de los individuos y corporaciones que habitan el planeta de la globalización se hallan todavía regulados por normas jurídicas domésticas. La globalización comunicativa, económica o social no ha ido acompañada de una paralela globalización jurídica. Las acciones globales se hallan insuficientemente reguladas, y, pese a que esto ha podido ser considerado en tiempos como una virtud, puede hoy detectarse en la literatura especializada una clara denuncia de esta situación, y una fuerte demanda de regulación para el proceso globalizador (Gilpin, 2000; Held, 2004; Stiglitz, 2002).

Me propongo ahora subrayar esa asimetría entre globalización socio-económica y globalización jurídica para introducir lo que me parece la más importante fuente de incógnitas y perplejidades que genera el proceso globalizador. El desacoplamiento entre la innegable naturaleza global de muchas acciones y actividades económicas, y la predominante naturaleza estatal de las normas jurídicas en que se sustenta produce consecuencias perversas, que están en la base de mucho del malestar que ha creado la globalización. Esta gran paradoja de que las acciones globales se sustenten en normas jurídicas domésticas, y que esas normas jurídicas sean sin embargo impotentes para regular muchas de las dimensiones y efectos que tienen esas acciones globales es lo que quiero traer en primer lugar a la reflexión. Veamos algunas de esas consecuencias.

La primera de ellas es que aquellas comunidades nacionales o estatales que no dispongan de un derecho interno lo suficientemente eficaz e idóneo, simplemente

no participan en el proceso de globalización o lo hacen solamente como meros afectados pasivos. Dado el déficit evidente de derecho global, muchas de las actividades globales de los actores del proceso de globalización necesitan dos puntos de apoyo jurídico, el derecho nacional del que nacen y el derecho nacional sobre el que se proyectan. Y si falta éste, la acción global es imposible. Las grandes corporaciones multinacionales simplemente no realizan actividades económicas en aquellos países que no han satisfecho razonablemente el programa hobbesiano. Uno de los más evidentes beneficios de la globalización económica, como es el flujo de inversión extranjera directa hacia lugares y economías que la necesitan, no tiene sencillamente lugar allí donde no puede afirmarse que exista un Estado articulado y eficaz. Las sociedades jurídicamente desarticuladas están, por eso mismo, excluidas de los beneficios potenciales del proceso de globalización.

Sin embargo, parece que hay algunos efectos de la globalización que se dan en sentido inverso, y que nos van a llevar a una sorprendente conclusión. Uno de los caracteres de ese proceso global, como he dicho ya, es el potencial impacto que una acción o estado de cosas que se produzca en cualquier lugar puede tener para el resto del planeta. Las consecuencias de la deforestación, la lluvia ácida, las enfermedades infecciosas, los tremendos problemas de las poblaciones refugiadas, las migraciones humanas no reguladas, etc. pueden tener su origen en cualesquiera países y producir un gran impacto sobre el resto. En una comunidad desarticulada jurídicamente pueden originarse hechos que las redes formales e informales del mundo global transportan hacia lugares remotos. Esta evidencia ha determinado un brusco giro en la percepción de la importancia que puede tener *para todos* ese déficit estatal y de articulación jurídica. Entendidas como productos de ese déficit, esas consecuencias desastrosas pueden en efecto demandar la construcción o reconstrucción de instituciones jurídicas y políticas en aquellas comunidades carentes de ellas. Por ejemplo, la suposición de que el llamado «terrorismo internacional» es un producto de la debilidad institucional de algunos países en los que se origina y desde los que se puede expandir, ha determinado que algunos sectores del pensamiento neoconservador norteamericano propongan ahora, tras el 11-S, un importante programa de *state-building* donde propusieron antes una severa dieta de adelgazamiento estatal (Fukuyama, 2004). La confesión de Milton Friedman de que antes abogaba por la privatización a toda costa, pero ahora se ha dado cuenta de que el imperio de la ley es más importante (citado en Fukuyama, 2004, 38) no es más que una sorprendente anécdota de ese nuevo camino. Pero de cualquier modo que se interprete el 11 de septiembre, lo cierto es que, por una suerte de astucia de la razón se ha puesto de manifiesto que algunos de los eventuales efectos negativos del proceso de globalización no pueden ser prevenidos ni combatidos sin la existencia de una articulación jurídica y política fuerte en todas las comunidades humanas. Y aquí viene la gran paradoja de que les hablaba antes. Tanto si queremos que las comunidades humanas disfruten de los potenciales beneficios de la globalización como si pretendemos que no sufran las consecuencias negativas de ésta, la solución que parece imponerse es que se doten de un orden jurídico eficaz y bien articulado, es decir, de un Estado bien implantado y riguroso. Es en esos espacios de desarticulación política y jurídica donde se pueden producir los perjuicios y se pueden impedir los beneficios del proceso de globalización. En pocas palabras: en pleno momento histórico de globalización nos sale al paso la necesidad de seguir construyendo el Estado westfaliano.

IV

Si en punto a derechos de propiedad y a derecho penal carecemos claramente de un derecho global, entonces podríamos presentar el panorama que tenemos ante nosotros con una imagen como esta: una variada y tupida red de actores globales (corporaciones multinacionales, organizaciones no gubernamentales, grupos y asociaciones humanas, también individuos, etc.) cuyas acciones y actividades trascienden los límites fronterizos y sobrevuelan por ello un territorio que, sin embargo, está definido predominantemente en términos de fronteras como un ingente mosaico de órdenes políticos y jurídicos yuxtapuestos. Ya sé que esto es una exageración que exige muchas matizaciones, pero permítaseme que mire ahora a la realidad exclusivamente desde el doble plano de la pervivencia del Estado westfaliano, por debajo, y la existencia, por encima de él, de toda la trama actual de las actividades globales. Es necesario para el argumento que quiero ahora presentar.

Contemplado desde arriba, el panorama se ofrece al actor global como un variado menú jurídico-político para la acción —económica o de cualquier otra naturaleza— que quiera realizar. Es lo que se ha llamado «poligamia de lugar» o «multilocalismo», condición de acuerdo con la cual se ofrece al actor la posibilidad de entablar relaciones diversificadas con los diferentes lugares jurídicos: «las diversas reglas en vigor en los distintos lugares pueden ser objeto de selección. Los sujetos, cambiando de lugar, pueden, a despecho de un estatuto de ciudadanía que todavía les marca, entrar en contacto con universos normativos distintos del propio» (Ferrarese, 2000, 46). Entonces el mapa jurídico-político que yace bajo la visión del actor global se nos aparece como una gigantesca propuesta en la que puede elegir de acuerdo con sus preferencias e intereses. Es el derecho «à la carte». Ha surgido muchas veces ante nosotros en las discusiones económicas sobre la llamada «deslocalización», mediante la que las grandes empresas descoyuntan espacialmente el proceso productivo ubicando cada una de sus fases bajo un ordenamiento jurídico distinto, y cambiando de ordenamiento cuando ello satisface su interés. Pero se trata, mucho más allá de eso, de una condición inherente al momento actual de la globalización. Los actores globales «están dotados de movilidad y pueden permitirse un *shopping trip* entre ordenamientos jurídicos nacionales diferentes» (Cassese, 2002, 57). Desde el intachable Sr. Pérez que disfruta del turismo sexual para llevar a cabo prácticas aberrantes que serían delictivas en su propio país hasta esas empresas que se ubican en lugares donde, por ejemplo, las condiciones del trabajo humano no están protegidas por las leyes. El poderoso alcance de la globalización nos permite así elegir las normas jurídicas, una condición que, si no es nueva en la historia, es sin embargo cotidiana en los tiempos actuales. Con ello se intensifica una práctica de novedosas consecuencias: la competencia entre órdenes jurídicos para atraer al consumidor de normas, sean las grandes corporaciones multinacionales, sea el turista, sea quien sea el actor global. Los ordenamientos se disponen de forma que sean atractivos para el agente económico, resultando así que se configuran en función de la mejor satisfacción de los intereses que quieren atraer. Aquellos que sean más capaces de presentarse con la condición de «paraísos jurídicos» para la actividad que interesa al actor global, serán los preferidos por éste. Esa competencia determina paradójicamente una convergencia de ordenamientos que puede ser el primer paso hacia una uniformidad de contenidos norma-

tivos, pero presenta la cara oscura de que está determinada por los intereses dominantes en el mercado global de ordenamientos. Aquellos ordenamientos que logren ofrecer los menores costes de transacción serán los ordenamientos elegidos.

Uno de los aspectos más inquietantes de esa nueva condición de mercado de ordenamientos que tiene la globalización como proceso es que al actor global lo que le interesa de las normas jurídicas bajo las que prefiere cobijarse es simplemente que sean eficaces y estén en vigor. No cuestiona su legitimidad. Si son convenientes para él acude a amparar su actividad bajo ellas. Desde esta perspectiva la globalización puede ser un proceso de consolidación y apoyo de regímenes políticos ilegítimos. Y desde luego, un proceso en el cual la existencia del segundo y tercer sentido de la idea de imperio de la ley no se dé en absoluto. La economía global de mercado sólo parece necesitar el primer grado de densidad del imperio de la ley. No necesita que los actos normativos de las autoridades del país al que acude estén sometidos al control de legalidad ni fiscalizados por tribunales independientes. Las dictaduras más incontroladas han podido ofrecer a los actores globales nichos de actuación atractivos. Tampoco necesita que cumplan con las exigencias formales del concepto de «lo correcto». Le preocupa quizás la estabilidad de las leyes, pero no su retroactividad, ni su generalidad, ni siquiera su condición pública. Los estudios sobre corrupción política internacional (cfr. Malem, 2000) han detectado prácticas sistemáticas de compraventa de normas en vigor por parte de las grandes corporaciones multinacionales. No sólo es que juzguen legítima a toda agencia de poder que haya logrado imponer un orden jurídico eficaz, sino que juzgan también aceptable que algunas de esas agencias dispongan de los recursos de los pueblos que gobiernan, sea cual sea el origen de su legitimidad, y no cuestionan la condición de las normas jurídicas bajo las que desarrollan sus negocios si esas normas jurídicas son propicias para su actividad.

V

Hemos visto, pues, que los actores globales son capaces de elegir las normas jurídicas de acuerdo con sus preferencias. Esto vale también para el derecho penal. Convendrá ahora recordar algunos extremos relativos al derecho penal de la globalización, porque, como nos recordaba Dicey, la idea de la legalidad del castigo es uno de los ingredientes básicos del imperio de la ley. En efecto, el sometimiento del uso de la fuerza a la legalidad es el núcleo del segundo grado de densidad de la noción de imperio de la ley tal y como la he expuesto antes. Y es además algo que puede ser afirmado de las dos grandes tradiciones jurídicas: desde el § 39 de la Carta Magna hasta el artículo 7 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Seguramente por ello tiene hoy un reconocimiento muy explícito en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: «No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed» (art. 11).

El imperio de la ley se condensa aquí en el principio de legalidad penal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Y se diversifica en un conjunto de exigen-

cias sobre la naturaleza de las leyes penales: *sine lege stricta* (prohibición de la analogía en la aplicación de la ley penal), *sine lege scripta* (negación del derecho consuetudinario cambiante), *sine lege praevia* (no retroactividad), *sine lege certa* (no indeterminación de la descripción penal, del «tipo» penal). Pues bien, nuestra pregunta es ¿hay un derecho penal global? Y la respuesta no puede ser más que negativa. No es preciso sino recordar las limitaciones que tiene el alcance de la Corte Penal Internacional, que se ha considerado, sin embargo, como un gran éxito de la diplomacia. Se aplica a una muy limitada panoplia de delitos: genocidio, delitos contra la humanidad, crímenes de guerra; se basa todavía en el principio de territorialidad, pues los Estados tienen que aceptar la jurisdicción, y como es sabido, dos de los grandes protagonistas del proceso de globalización, Estados Unidos y China, no han firmado ese compromiso; funciona además siguiendo el principio de complementariedad: sólo entra en funcionamiento si los tribunales nacionales no lo hacen; no tiene poder para exigir a un Estado que obedezca sus decisiones; y para concluir, puede suponerse que con la oposición de Estados Unidos su apoyo financiero será insuficiente, y por tanto su independencia quedará amenazada. No creo estar exagerando si afirmo que su labor hasta el día de hoy puede considerarse irrelevante.

El derecho penal sigue firmemente anclado en el principio de territorialidad, y el derecho global se jacta de haber superado tal principio. El derecho penal, como regulación del uso de la fuerza, está íntimamente conectado con la idea de soberanía territorial, y tiene definida su vigencia básicamente por el territorio. En el territorio del Estado se aplica la ley penal del Estado; en el territorio del Estado se rehúsa la aplicación de la ley penal extranjera. El derecho global, por su propia naturaleza, tendría que aspirar a que la descripción de las conductas delictivas, los procesos de investigación y la jurisdicción penal superaran las barreras fronterizas, pero esto no es así. Más bien ocurre lo contrario. Lo que ha aparecido con la globalización ha sido una nueva delincuencia internacional muy difícil de combatir, pues utiliza los cambios de jurisdicción territorial, las diferencias nacionales en la tipificación de delitos y los cambiantes principios del derecho de extradición (negativa a extraditar a los nacionales del propio país, etc.) para configurar una suerte de «paraísos penales» que, como los llamados «paraísos fiscales», sirven precisamente para hurtarse al imperio de la ley. Y no sólo eso: aquellos que, como la Administración del presidente George W. Bush, pretenden desarrollar procedimientos en los que las garantías del derecho penal civilizado no existan, proceden a «desterritorializar» a los detenidos (en Guantánamo u otros países, por ejemplo) para poder operar al margen del derecho estatal. Esta utilización del territorio de la ley penal denota por sí misma la pobreza del derecho global en términos de derecho penal. Igual que ella, la aparición de una nueva delincuencia transnacional se sustentan en esa asimetría evidente entre los aspectos económicos y sociales de la globalización y su contrapartida jurídica. Pero esa asimetría es, en términos jurídicos, de crucial importancia, porque introduce una duda sobre la concepción misma del derecho que parece implicar el proceso globalizador. La idea del derecho como un sistema normativo que regula el uso de la fuerza (Bobbio, 1965) parece quedar estancada en los márgenes de la territorialidad, pero el derecho transfronterizo de la globalización pretende volar sin apelación aparente a la coacción. ¿Hemos, pues, de pensar en otro derecho? Luego veremos en qué condiciones puede esto hacerse.

No quiero abandonar el tema del derecho penal de la globalización sin llamar la atención sobre algunos problemas filosóficos ulteriores. Son algunas cuestiones de principio que surgen cuando sumergimos en el medio ambiente de la globalización algunos elementos importantes de la teoría jurídica del delito. La elaboración alemana de una teoría general del delito como *acción típica*, *antijurídica* y *culpable* pasa por ser una de las más importantes contribuciones de la ciencia jurídica continental europea a la construcción de un derecho penal garantista y moderno. Por lo que respecta a la antijuridicidad como expresión del principio de legalidad ya hemos observado cómo el derecho global no parece tener una propuesta satisfactoria. En consecuencia, en relación con la tipicidad, es decir, con la descripción precisa y perfilada de las acciones-tipo punibles, tampoco. Veamos ahora brevemente dos problemas que pueden experimentar los otros dos miembros de la famosa ecuación doctrinal.

Si es cierto, como tanto se afirma, que una de las dimensiones que la globalización cuestiona es la dimensión espacial, entonces la idea misma del delito como «acción» que tiene lugar en el espacio puede estar rodeada de incógnitas. En virtud de las nuevas tecnologías y de las redes globales de comunicación, la noción de acción humana y la percepción del resultado de dicha acción corren el riesgo de quedar perfectamente descoyuntadas. El problema del llamado *locus commissi delicti* aparece ante nosotros con todo su vigor, pues en el espacio cancelado de la globalización no podemos saber dónde se origina la acción y dónde se producen sus resultados. El viejo problema de aquellos delitos que se inician con una acción a este lado de la frontera y terminan con un resultado en el otro lado se multiplica aquí exponencialmente. Hasta el punto de que podemos afirmar que la idea misma de acción humana se desdibuja tanto que puede correr el riesgo de no poder ser concebida como un universo de hechos sometido a los métodos probatorios comunes.

Y por lo que respecta a la categoría de la «culpabilidad» los problemas no son menores. Los grandes delitos de la globalización, los delitos contra el medio ambiente o los delitos económicos, rara vez son delitos de personas físicas. Suelen ser cometidos por grandes corporaciones, es decir, por personas jurídicas. Y el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es de una extremada complejidad (Bacigalupo, 1998). Hay una recomendación del Consejo de Europa de 20 de octubre de 1988 que traslucía esa dificultad:

«1. Enterprises should be able to be made liable for offences committed in the exercise of their activities, even when the offence is alien to the purposes of the enterprise.

2. The enterprise should be so liable, whether a natural person who committed the acts or omissions constituting the offence can be identified or not».

Esta recomendación, sin embargo, ha sido escasamente eficaz porque no ha podido ir más allá del ámbito de los países del Consejo. Sin embargo, además de la responsabilidad civil –que por cierto en raras ocasiones se asume– debería poder articularse en esa línea del Consejo de Europa una responsabilidad penal para los grandes actores de la globalización, porque algunos importantes bienes públicos están cotidianamente amenazados por las actividades de esos actores. El problema es que ello tiene necesariamente que poner en cuestión toda una teoría jurídica que había enlazado la culpabilidad con procesos psicológicos personales que no se dan

en las personas jurídicas. La actividad de una gran corporación global puede estar tan desagregada y ser su funcionamiento tan anónimo que pueda ser afirmado que «nadie» realizó esas acciones punibles.

VI

En este trabajo se mantiene un cierto escepticismo implícito sobre las posibilidades del derecho global para una suficiente realización del ideal del imperio de la ley. Creo que hay una aceptación general de que el núcleo de ese ideal descansa en una visión del derecho tal y como lo vivimos en los Estados llamados *westfalianos*. Es decir, en una experiencia del derecho como aparato normativo de carácter coactivo y pretensión de vinculatoriedad en un ámbito territorial, mayor o menor, pero acotado en el espacio. Esto, naturalmente, no tiene que significar que se persista en una visión meramente espacial y estatal de la realidad jurídica, como si el mapa jurídico del mundo fuera sólo como una suerte de mosaico de espacios jurídicos aislados e impenetrables. Si la realidad del derecho se nos presenta hoy como un fluido transnacional o global es porque el derecho desborda con agilidad los límites de las fronteras, y las normas jurídicas, igual que las acciones económicas o las condiciones medioambientales, producen impactos que van mucho más allá del ámbito en el que tienen vigencia. Lo que el escepticismo subyacente, sin embargo, pretende transmitir es que un ideal tan exigente como ese no ha podido todavía dar el paso hacia esas formas de derecho transnacional o global. Allí donde adquiere dimensiones verdaderamente transnacionales lo hace sobre la base de los clásicos fundamentos del derecho internacional: las normas de conflicto y los tratados. Que las normas de conflicto se hayan revelado como insuficientes para resolver los litigios transnacionales y los tratados se hayan multiplicado exponencialmente en los últimos veinte años (se habla de la existencia de más de 50.000 tratados internacionales en vigor) es una muestra más de la complejidad e intensidad de las relaciones por encima de las fronteras, pero no afecta al núcleo de la cuestión: tanto las normas de conflicto como la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, reenvían al derecho interno de los Estados para sostener la vinculatoriedad de las normas, y con ella la realización del imperio de la ley.

No voy sin embargo a explorar ese territorio, ni tampoco a abundar en la extensa literatura sobre organismos internacionales, como las Naciones Unidas, o regionales, como la Unión Europea, porque parece aceptarse en la literatura especializada que la globalización en su dimensión jurídica aspira a ir más allá de las coordenadas que definen el derecho internacional, es decir, se acepta y se postula que el derecho global pretende ser algo más que un derecho internacional desarrollado. Por ello prefiero observar un poco más de cerca tres ingredientes institucionales y normativos de ese nuevo tipo de derecho y reflexionar sobre lo que pueden aportar para la realización de las exigencias del imperio de la ley. Esos tres ingredientes son la conocida como *lex mercatoria*, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, por último, la naturaleza del llamado *soft law*. Para concluir realizaré una reflexión sobre la naturaleza de los diferentes tipos de normas internacionales y sus posibilidades para la realización del imperio de la ley.

VII

Una parte importante de la literatura sobre globalización gusta de poner como ejemplo o modelo del tipo nuevo de derecho que trae consigo ese proceso transnacional la nueva *lex mercatoria*, una suerte de regulación de los actos de comercio internacionales que se pretende que surge más allá de los Estados y se impone sin recurrir a su coacción. Vale la pena que analicemos ese nuevo derecho desde la óptica de la teoría jurídica.

La denominación de «*lex mercatoria*» que se ha impuesto en la literatura sobre globalización para referirse a este nuevo desarrollo del derecho no es caprichosa. Se remite explícitamente al fenómeno que se produjo en la Edad Media con el derecho de los comerciantes. Por encima de las normas jurídicas y las jurisdicciones locales, los comerciantes medievales fueron desarrollando un derecho espontáneo, es decir, no producido deliberadamente por autoridad local alguna, un derecho basado en las convenciones y usos de comercio que tenía pretensión de aplicarse universalmente y tenía como destinatarios, no actos definidos por coordenadas territoriales, sino a los comerciantes como sujetos deslocalizados espacialmente y sometidos a una jurisdicción especial (los llamados «Consulados») (Fernández Rozas, 2003, cap. I). Pues bien, en el proceso actual de globalización uno de los ingredientes jurídicos más característicos es precisamente un derecho del comercio internacional cuyos rasgos generales son aproximadamente los mismos: presunta espontaneidad, desarrollo convencional, independencia y superación de las fronteras estatales y establecimiento de una suerte de agencia de solución de conflictos mediante el arbitraje: «El desenvolvimiento de esta nueva *lex mercatoria* de proyección universal, que constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el denominado Derecho privado de la Economía, como vía de superar las insuficiencias del “método clínico” de los conflictos de leyes y los modestos resultados alcanzados por el “método preventivo” de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje» (*ibid.*, 79-80).

¿En qué consiste dicho derecho? Respecto a sus componentes más fuertes y característicos hay muchas discusiones. No se trata de legislación mercantil internacional que proceda de los tratados, ni tampoco del producto del llamado «derecho uniforme», sino de «un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción común de su carácter vinculante». Se ven acompañadas además por la existencia de una Cámara de Comercio Internacional (ICC: International Chamber of Commerce) con autoridad para establecer esas reglas y procedimientos y a la que se une una Corte Internacional de Arbitraje de gran reputación (*ibid.*, 89, 99). Las reglas que establece, y son seguidas en miles de transacciones mercantiles internacionales, son relativas a usos uniformes sobre créditos documentarios, contratos-tipo o contratos estandarizados, condiciones generales de venta, *standard agreements* (transporte, construcción, etc.), cláusulas-tipo (compraventa, limitación de responsabilidad, etc.). Todo parece pues dibujarse como un derecho elaborado más allá del Estado, y aunque es opinión compartida que no flota en el aire, sino que tiene algunos importantes puntos de apoyo en el

derecho interno de los Estados (por ejemplo, las sociedades se constituyen y domicilian en el derecho interno, y los litigios se resuelven con frecuencia en jurisdicciones nacionales), es sin embargo un derecho muy extendido y con unas características que a primera vista parecen sorprendentes. Tratemos de ver un poco más detenidamente dentro de ellas.

Aunque se ha llegado a afirmar que la nueva *lex mercatoria* tenía como fundamento nada menos que el derecho natural (De Ly, 2001, 167), lo cierto es que un examen un poco detenido de su contenido predominante explica muchas cosas. En efecto, a pesar del elevado número de transacciones que se registran con arreglo a los estándares de este nuevo tipo de derecho, se ha puesto de manifiesto que las labores de arbitraje no son tan arduas, sino más bien escasas; algunos estudios empíricos llegan incluso a afirmar que los laudos que utilizan solamente ese derecho son muy pocos (Dasser, 2001) y que los conflictos surgen muy raramente, y cuando surgen se solventan en jurisdicciones internas, lejos de la flexibilidad y adaptabilidad de la *lex mercatoria*. Ahora bien, tanto su origen extraestatal como su difusión, como su escaso nivel de conflictividad pudieran tener una explicación que quiero proponer: en una gran medida se trata de instrumentos jurídicos que *facilitan* las transacciones comerciales internacionales mediante el establecimiento de los ingredientes formales de los contratos y su interpretación. No se refieren tanto al contenido de cada una de esas transacciones como a las formas legales en que se articulan. Y si esto es así, entonces puede decirse que todos aquellos que toman parte en las actividades del comercio internacional tienen un interés compartido en la eficacia de tales cláusulas homogéneas, pues ello facilita genéricamente el comercio. Se trataría pues de un interés común y compartido por los agentes sociales que haría surgir un tejido institucional destinado a satisfacer ese interés. En términos económicos podría afirmarse que la información compartida y generalizada sobre las formas de los contratos y su aplicación haría posible que *para todos* disminuyeran los costes de transacción (North, 1990), y ello configuraría un escenario de coincidencia de intereses.

Si esto es así entonces podemos representarnos a la nueva *lex mercatoria* como la solución de un problema de coordinación mediante una «convención» (Lewis 1969). Su carácter convencional, consuetudinario, se explicaría precisamente por la naturaleza del problema que trata de resolver, que es un problema en el que la coincidencia de intereses entre los agentes se superpone a los aspectos conflictivos del tráfico mercantil. Las reglas establecidas por la Cámara de Comercio serían aceptadas entonces como la solución a ese problema de coordinación, y los laudos arbitrales serían más bien una declaración del derecho aceptado por todos que una solución al conflicto. También daría esto respuesta al supuesto carácter autorreforzatorio de este derecho, que puede así ignorar los mecanismos de coacción del Estado. Las pautas que resuelven problemas de coordinación se autorrefuerzan porque todos los agentes están interesados en seguirlas y ninguno en quebrantarlas, pues eso sería tanto como ir contra el propio interés. Y, por último, ello proporcionaría también una explicación satisfactoria a ese componente de «exclusión» que a veces se atribuye a este tipo de derecho. Se dice, en efecto, que la *lex mercatoria* opera afirmándose a sí misma frente a quien no la sigue, y excluyéndole del comercio internacional, pero esto admite quizás una explicación en términos menos agresivos: en la medida en que algún agente ignora las pautas mediante las que se coordinan los intereses en el tráfico global, establece unas relaciones mercantiles cuyos costes de

transacción le excluyen de la competencia. No se trata por tanto de una expulsión del mercado sino de una suerte de estrategia suicida de autoexclusión.

Se han dado algunas otras interpretaciones semejantes de este tipo de derecho, algunas de las cuales son muy atendibles: que se forma en virtud de la iteración de un problema del tipo del dilema del prisionero, o que se forma a partir de la protección que todos los agentes comerciales procuran a su propia reputación (Furger, 2001) pero prefiero dejarlas aquí de lado y proponer la visión del mismo como solución compleja a problemas de coordinación entre agentes comerciales en el mercado global. Ello permite llegar a dos conclusiones que pueden ser de interés y que someto a discusión. Por un lado, mediante este tipo de derecho se alcanza alguno de los objetivos de alguno de los grados de densidad del ideal del imperio de la ley, en particular se alcanza para esta esfera de la actividad económica un grado razonable de predecibilidad, lo que parece ser una condición de contexto extremadamente importante para llevar a cabo actividades de esa naturaleza. Pero su alcance es muy limitado como realización del imperio de la ley, pues desde punto y hora en que tales actividades abandonen el marco mencionado de identidad de intereses y penetren en el ámbito de los conflictos de intereses, la *lex mercatoria* ya no sirve para ordenar las conductas: muestra su condición de ley desarmada y ley no vinculante. Si, como yo pienso, la solución de los problemas de justicia pertenece a éste último espacio, entonces la ley global de los mercaderes no sirve para hacer justicia.

VIII

Si ha habido una institución que haya sido puesta como ejemplo o paradigma de organismo característico de la globalización, esa ha sido la Organización Mundial del Comercio (OMC). Incluso se ha producido en torno a ella un interesante debate sobre sus posibilidades para proponerse como ejemplo de una posible «gobernanza global» o de una deseable «constitucionalización» del derecho internacional (cfr. Zapatero, 2003, cap. XIII). Convendrá pues también girarle una breve visita por dentro. No voy, naturalmente, a describírsela pormenorizadamente como institución (el lector español encontrará una buena presentación en Díaz Mier, 1996, y el lector inglés en Jackson, 1998), sino solamente a subrayar algunos de sus aspectos característicos para dar una interpretación de la naturaleza de la fuerza vinculante de sus directivas. La OMC es una organización fruto de un gran acuerdo internacional de carácter comercial cuyo objetivo genérico es obtener el más amplio grado posible de liberalización en materias comerciales. Su origen en el GATT se centró básicamente en las tarifas aduaneras y su supresión para una cierta gama de productos comerciales. Actualmente su regulación es muy abundante e incluye normas y condiciones para productos mercantiles de todo tipo, incluida la regulación y liberalización de servicios. No sólo se ocupa de problemas de reducciones de aranceles sino también de todas aquellas medidas estatales que puedan perjudicar la liberalización económica: cupos impuestos, licencias de importación o subvenciones de cualquier tipo. No se trata aquí, como es obvio, de indagar en toda esa masa ingente de regulación, sino de ver su estructura de funcionamiento y sus consecuencias para nuestra reflexión. Se trata de un organismo transnacional que decide mediante la técnica de la delibera-

ción y el consenso, tratando de obtener, tras exhaustivas negociaciones, algunos acuerdos de mínimos que revisten fuerza normativa. Como se ha escrito, su foro de negociaciones permanentes y sus Rondas periódicas constituyen «un auténtico *mercado de reglas*» (Zapatero, 2003, 538). En ellas los miembros de la Organización negocian e intercambian disciplinas comerciales para sus productos e intereses, y expresan el resultado de esas negociaciones en normas jurídicas transnacionales vinculantes para los miembros. Además, tiene vigor en la organización la cláusula llamada «de nación más favorecida», de acuerdo con la cual aquellos miembros que establezcan bilateralmente con otro un régimen especialmente beneficioso para un determinado producto están obligados a generalizar ese régimen a todos los Estados miembros. Ello permite hablar de una razonable propiedad de «generalidad» en las normas allí emanadas.

Las normas de la OMC tienen como destinatarios directos a los Estados miembros, sus principios, reglas y decisiones se imponen al derecho interno de éstos, obligando a modificar aquellos extremos de sus ordenamientos jurídicos que los contradigan. Y, lo que es más importante, la Organización dispone de un mecanismo para resolver los conflictos: el sistema de solución de diferencias puede considerarse como un conjunto de reglas secundarias por las que se reside en un órgano neutral la solución de conflictos y desacuerdos, la interpretación de las normas de la organización y las decisiones al respecto. Dicho sistema, además, viene funcionando con razonable eficacia y alto grado de acatamiento por parte de los miembros. Utilizando la terminología de Hart, vemos aquí que se ha dado un posible paso desde el «mundo prejurídico» al mundo propiamente jurídico, pues podemos deslindar en él tanto reglas primarias como reglas secundarias. Y es, como digo, un mundo legal que se superpone al derecho estatal. La cooperación internacional ha producido aquí un verdadero derecho global, pues, por encima de las fronteras, unas reglas jurídicas conocidas y generales son aplicadas por una agencia independiente. Por eso la OMC ha sido propuesta alguna vez como modelo del futuro derecho global.

Para analizarlo más detenidamente hay que preguntarse por la razón o el fundamento de la capacidad vinculante de sus reglas y decisiones. Entre ella y los Estados miembros no existe ninguna agencia que imponga esas decisiones. Por encima de ella tampoco, como lo demuestran los difíciles problemas a que dan lugar los conflictos entre decisiones de la Organización y tratados internacionales de medio ambiente. ¿Dónde obtiene, pues, esa vinculatoriedad? Creo que puede responderse a esta pregunta desde la moderna teoría de los bienes públicos globales, que ha sido considerada como una herramienta útil para entender algunos de los problemas propios de esta nueva situación de las relaciones económicas transnacionales (Kaul, J., Grunberg, I., Stern, M. A., 1999; y Marín Quemada, J. M., García-Verdugo, J., 2003). Si miramos a la OMC como un club que administra un bien público global es posible que aparezcan ante nosotros algunas razones que expliquen ese indudable éxito regulador que ha tenido. Los bienes públicos se caracterizan por dos rasgos: la imposibilidad de exclusión y la no rivalidad en el consumo. Imposibilidad de exclusión es tanto como decir que si el bien existe no es posible evitar que lo consuman todos y cada uno de los agentes. No rivalidad en el consumo significa que el consumo de ese bien por un agente no disminuye la cantidad de bien disponible para los demás. Los bienes públicos globales añaden a esas dos características la de que sus beneficios han de ser cuasi-universales en

términos de países, gentes y generaciones (Kaul & Grunberg & Stern, 1999, 10-11). El problema más grande de los bienes públicos, como es sabido, es que, demostrado que si existen pueden ser disfrutados por todos sin exclusión y que no hay competitividad alguna en su consumo, entonces ningún agente tiene motivación alguna para producirlos y son por tanto de difícil provisión privada. En todo caso, el mecanismo del mercado no tiende a la provisión de tales bienes. Y este es sin duda uno de los problemas más serios con que se topa hoy el proceso de globalización, pues si se trata de un fenómeno cuyo motor básico es el mecanismo del mercado, es entonces difícil que genere bienes públicos. Esto, sin embargo, no sucede en la OMC. ¿Por qué? La respuesta puede ser que el bien público que administra no es un bien público puro, sino un bien público impuro. Se trata de lo que técnicamente se denomina un «bien público de club». Estos bienes tienen la característica de que la propiedad de «imposibilidad de excluir» no se da en ellos plenamente: algunos agentes económicos pueden ser excluidos parcialmente del consumo del bien, pasando éste así a ser un bien público puro solamente para aquellos agentes que son miembros del club. Y parece ser el caso con la OMC. El bien público que administra es el mercado liberalizado de mercancías, es decir, el estado de cosas que consiste en que el mercado internacional de bienes y servicios carezca de dificultades arancelarias, u obstáculos económicos o jurídicos de tipo alguno. Y la capacidad que tiene es la de permitir o impedir el acceso a ese mercado a los ciudadanos y mercancías de los Estados. La imposibilidad de exclusión se ve así limitada, pues todo Estado que quiera formar parte del club tiene que realizar una serie de concesiones arancelarias y jurídicas que se han llamado «ticket de entrada». Permanecer fuera de la OMC puede suponer enajenarse muchas posibilidades de realizar transacciones comerciales más allá de las fronteras, pues a las restricciones arancelarias que un Estado pretenda imponer, le responden los Estados miembros con unas restricciones arancelarias equivalentes. Sólo dentro del club se beneficia uno del bien público que el club administra. Y para estar dentro del club es preciso cumplir con las normas de éste. De ahí la fuerza normativa de sus reglas. Su eficacia es indudable: ha producido la práctica desaparición de las negociaciones bilaterales en materia de comercio internacional.

Esta naturaleza privilegiada que tiene la OMC determina que sus miembros, que son Estados soberanos, no quieran salir de ella y acepten la existencia en su interior de condicionamientos claros de su soberanía. Y que acepten también la vigencia de un «entendimiento» mediante el que se crea un sistema de solución de diferencias que funciona en dos niveles, mediante una primera instancia y una apelación, y cuyos fallos son aceptados por los miembros. No es este el momento, ni yo el más competente, para llevar a cabo un análisis del sistema jurídico interno de la OMC. Sólo pretendo aquí poner de manifiesto la vía más exitosa de las que hasta ahora se conocen para poner en pie un conjunto normativo vinculante más allá del Estado nacional. Pero no puede decirse que sea un orden legal equivalente al orden estatal. El derecho de la OMC es flexible, sus normas se obtienen por consenso, y no faltan en él las tentaciones del «free rider» y los forcejeos para encontrar «cláusulas de escape», especialmente por los países más poderosos. Ello no obstante, puede decirse que se derivan de él razonables grados de predecibilidad y de generalidad de la norma. Más difícil sería afirmar que se da en su seno un auténtico sometimiento del poder al derecho. Desde luego las diferentes instituciones de la organización están sometidas a sus propias normas, pero no puede olvidarse que

debido a algunos notorios déficit de democracia en el proceso de elaboración normativa y de toma de decisiones, los grandes poderes económicos (Estados Unidos y Unión Europea principalmente) han obtenido privilegios y regímenes de excepción en perjuicio de terceros países, también miembros, que no pueden acceder en condiciones de igualdad a esos mercados internos. Aquí la norma es injusta. Pero no puede decirse que no exista esa norma.

IX

Utilizando la terminología que se ha unido a los aspectos jurídicos de la globalización, podríamos decir que, tal y como se ha presentado aquí, la noción de imperio de la ley presupone siempre de algún modo un *hard law*, y la globalización parece mostrar su perfil jurídico característico a través de alguna de las variantes de lo que ha sido llamado *soft law*. Es necesario ahora por tanto pararse a reflexionar sobre las posibilidades de ese nuevo derecho «blando» para transportar las exigencias del imperio de la ley. Y lo primero que salta a la vista cuando empezamos a hacerlo es que las soluciones más «blandas» que propone la globalización se ofrecen precisamente para los problemas más «duros» que suscita. En efecto, si contemplamos la globalización como un proceso de extrema intensificación de las relaciones transnacionales, llevado a cabo sobre todo por agentes *privados* cuyos intereses entran en *conflicto* con frecuencia, entonces nos hallamos en un escenario en que las situaciones del tipo del dilema del prisionero tienen que multiplicarse. Son, además, me parece, las situaciones que más provocan lo que se llama ya arquetípicamente el malestar o descontento con la globalización. Más allá de la autorregulación convencional de situaciones de coordinación, y más allá de las instituciones internacionales y del derecho internacional ordinario, entramos en el ámbito de los conflictos de intereses en un mundo anómico. ¿Es el *soft law* capaz de lidiar con ellos?

Aunque siempre han existido en todas las ramas del derecho internacional normas «blandas», en el sentido de declaraciones exhortatorias y grandes principios, en la actualidad se han extendido enormemente. Esta realidad normativa «blanda» tan difícil de aprehender ha venido siendo estudiada usualmente mediante el procedimiento de ponerla en contraste con el tradicional derecho de los tratados concebido como *hard law* (Hillgenberg, 1999), pero a mi juicio es mejor tratar de entenderlo de modo autónomo y presentarlo con sus caracteres propios. Esos caracteres pueden sintetizarse así: nace con frecuencia a partir de actores no estatales, es decir, emana de agencias que no tienen autoridad legislativa nacional o internacional, suele contener términos vagos e imprecisos, está articulado de forma no-vinculante, y se basa en la adhesión voluntaria o en medios no-jurídicos de reforzamiento (Chinkin, 2000, 30) Es decir, es una suerte de derecho no vinculante que surge por la participación y recursos de actores no gubernamentales en la construcción e implementación de las pautas de la llamada «gobernanza». Es de naturaleza predominante si no únicamente, voluntaria: se ha escrito así con toda claridad que «cualquier participante es libre de abandonar en cualquier momento, adherirse o no adherirse a él, sin invocar el poder sancionatorio del Estado» (Kirton & Trebilcock, 2004, 9). Quizás no sea inútil mostrar algunos ejemplos característicos: los

estándares laborales de la Organización Internacional del Trabajo, los códigos de responsabilidad para las grandes corporaciones multinacionales, los acuerdos sobre desarrollo sostenible y las conclusiones de la Cumbre de Río, las pautas anti-corrupción en el comercio internacional y las directivas de transparencia para las grandes empresas, los cánones de la Organización Internacional para la Estandarización, las recomendaciones sobre la conservación de especies y la biodiversidad, etc. Se trata de acuerdos formalmente normativos que no son, sin embargo, vinculantes, producto a veces de comités de expertos, organizaciones no-gubernamentales o grandes corporaciones bancarias que no aspiran a la imposición forzosa y plantean por ello un problema fundamental: el del sometimiento a ellos (*compliance*). Se han dado en favor de su existencia muchos argumentos: es un método rápido y experimental de regular que no tiene por qué pasar por las penalidades usuales para la firma y ratificación de un tratado, evita la burocratización, es muy flexible, da entrada a la sociedad civil, evita muchas veces los procedimientos engorrosos de incorporación a los derechos nacionales, estimula la coordinación de legislaciones, invita a intentar relaciones de cooperación difíciles de obtener por las vías comunes, etc. Y hay, en efecto, que atender a la fuerza de esas razones. No son seguramente razones estrictamente jurídicas, pero tienen mucha fuerza. Muchos de los instrumentos en que se contiene el *soft law* incorporan exigencias morales y ponen en el escenario de la deliberación pública informaciones y opciones éticas importantes. Suelen estar dotados de cierta *auctoritas* por su elaboración independiente y experta, de forma que inadvertidamente invierten la carga de la prueba, y aquellos Estados, organismos, agencias o corporaciones que no los adoptan se ven obligados a justificar públicamente su desacuerdo. En ese sentido, pueden ser un cauce muy interesante de orientación del debate público, y pueden constituir –en muchos casos lo hacen– una apelación al consumidor para que castigue con su conducta la inobservancia de pautas que se han considerado colectivamente como correctas.

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

X

Conclusión provisional: la posibilidad de pensar el imperio de la ley en el complejo proceso de globalización pende de la naturaleza de las normas jurídicas que articulen y gobiernen ese proceso. Y tanto en el derecho internacional como en el

ámbito de las interacciones globales informales encontramos algunas normas que no pueden cumplir esa tarea y algunas que pugnan con dificultades por hacerlo. Para una rápida aproximación a los tipos de normas que podemos hallar en el ámbito de las relaciones internacionales voy a utilizar dos criterios, uno con más sabor material (Goertz & Diehl, 1992) y uno más inclinado a lo formal (Abbot, Keohane, Moravcsik, Slaughter, Snidal, 2000). De acuerdo con el primero podría establecerse una tipología de normas internacionales utilizando tres parámetros: el grado en que la norma entra en conflicto con el interés propio; la importancia de las sanciones a que apela; y su relación con la moralidad y la deontología. De acuerdo con ello estos autores han distinguido tres tipos de normas: *normas de cooperación*, cuyo contenido se corresponde con el interés del destinatario y no necesitan por ello sanciones, pero tienen un pobre sabor deontológico; en segundo lugar, *normas descentralizadas*, que entran en conflicto con el propio interés, su poder sancionador es difuso y basado en la disposición de los actores a asumir esas sanciones, pero tienen un aspecto deontológico importante; y en tercer lugar, *normas hegemónicas*, que entran también, total o parcialmente, en conflicto con el interés de sus destinatarios, prevén la aplicación de sanciones por una agencia centralizada, y han de tener un cierto grado de legitimación (Goertz & Diehl, 1992, 640). El segundo criterio utiliza tres parámetros diferentes: la *obligación*, es decir, el grado de vinculatoriedad de la norma; la *precisión* con la que la norma define la conducta que exige, autoriza o prohíbe; y la *delegación*, que significa que la norma prevé la existencia de un tercero al que se ha conferido autoridad para interpretar y aplicar las normas y para resolver disputas (Abbot, Keohane, Moravcsik, Slaughter, Snidal, 2000, 401). En este caso los autores no enumeran tipos de normas, pues los tres parámetros se conciben como un continuo en uno de cuyos extremos estarían normas expresamente no vinculantes, redactadas con gran vaguedad y dejadas al albur de la diplomacia para su interpretación y aplicación, y en el otro extremo encontraríamos reglas vinculantes (*ius cogens*), muy precisas y elaboradas, y confiadas para su aplicación a una corte internacional, una organización autorizada o el propio derecho interno de los Estados. Al fenómeno de que las normas internacionales se acerquen a este polo del continuo le llaman los autores «legalización» de la política mundial.

No es necesario decir que si estamos en el mundo de las normas puramente cooperativas, o de las normas no vinculantes, redactadas con vaguedad en un tono simplemente exhortatorio y confiadas sólo a la diplomacia y a la negociación, a las que pueda darse conformidad en función de los momentos y los contextos, el ideal de imperio de la ley estará lejos de poder ser realizado. A medida que nos vayamos acercando a cuerpos de normas «legalizados», es decir, a esas normas llamadas por algunos autores «hegemónicas», que se superponen a los intereses de sus destinatarios, son vinculantes y son aplicadas por agencias imparciales, iremos acercándonos a la realización de ese ideal. Ese complejo fenómeno económico, social, tecnológico y político que llamamos globalización camina muy despacio en esa dirección. A veces, incluso para deleite de algunos autores, parece pretender ubicarse simplemente en un mundo más fáctico que formativo, un mundo más de «networks» que de normas, más de información, contacto y negociación que de gobierno y prescripción de conductas. Las normas que hemos ido encontrando en él parecen más bien inspiradas en la coordinación y cooperación entre intereses coincidentes que en el conflicto de intereses. En el panorama actual de las relacio-

nes transnacionales sólo procesos como el de la Unión Europea parecen cumplir con los requisitos precisos para incorporar el ideal del imperio de la ley. Y sin embargo ese proceso es llamado por muchos economistas «regionalización», y es mirado como una potencial amenaza frente a la globalización, pues no es sino la construcción de una suerte de Estado múltiple con clara base territorial y límites económicos de frontera. Sin embargo es el que se aproxima más a la legalización necesaria para realizar el imperio de la ley. Quizás las respuestas globales a las preguntas de Olson con que iniciamos estas páginas se encuentren mucho más en el territorio de la construcción de unidades políticas y jurídicas supranacionales que en el de las redes privadas transnacionales en un mundo pretendidamente anómico. Quizás el camino nos lo enseñe mucho más Europa, con todas sus dificultades, que aquellos que fabulan un mundo jurídico flotante por encima de todo que siempre, sin embargo, tiene algún punto de apoyo oculto a la sombra de Hobbes.

REFERENCIAS

- ABBOTT, K. W., KEOHANE, R. O., MORAVCSIK, A., SLAUGHTER, A. M., SNIDAL, D. (2000): «The Concept of Legalization», *International Organization*, 54, 3.
- APPELBAUM, R., FELSTINER, W., GESSNER, V. (eds.) (2001): *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford, Portland (Oregon).
- BACIGALUPO, S. (1998): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona.
- BOBBIO, N. (1965): «Law and Force» en *The Monist*, XLIX, 1965 (Aparecido como «Diritto e Forza» en *Rivista de diritto civile*, XII, 1966, y en traducción española como «Derecho y fuerza», en Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres editor, Valencia, 1980).
- BUCHANAN, James M. (1975): *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, Chicago/London.
- CASSESE, S. (2002): «El espacio jurídico global», en *Investidura como Doctor Honoris Causa del Excmo. Sr. D. Sabino Cassese*, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo.
- CHINKIN, Ch. (2000): «Normative Development in the International Legal System», en Shelton, (2000).
- DASSER, F. (2001): «Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic», en Appelbaum, Felstiner, Gessner (2001).
- DE LY, F. (2001): «Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalisation and International Self-regulation», en Appelbaum, Felstiner, Gessner (2001).
- DÍAZ MIER, M. A. (1996): *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, Editorial Síntesis, Madrid.
- DICEY, Albert V. (1985): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis. Liberty Fund (original de 1885).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2003): *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Colegios Notariales de España, Madrid.
- FERRARESE, M. R. (2000) *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna.
- FUKUYAMA F. (2004): *State-Building. Governance and World Order in the Twenty-first Century* (traducción española *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Ediciones B, Barcelona).

- FULLER, L. (1969): *The Morality of Law*, Yale University Press, (ed. Revisada), New Haven and London.
- FURGER, F. (2001): «Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance», en Applebaum, Felstiner, Gessner (2001).
- GILPIN, R. (2000): *The Challenge of Global Capitalism. The World Economy in the 21st Century*, Princeton University Press, New Jersey.
- GOERTZ, G., Diehl, P. F. (1992): «Toward a Theory of International Norms. Some Conceptual and Measurement Issues», *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 36, n.º 4, December.
- HAAS, P. (2000): «Choosing to Comply: Theorizing from International Relations and Comparative Politics», en Shelton (2000).
- HELD, D. (2004): *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Polity Press, Cambridge.
- HELD, D. & MCGREW, A. (2001): *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate*, Polity Press, Cambridge.
- HELD, D. & MCGREW, A. (2002a): *Globalization/Anti-Globalization*, Polity Press and Blackwell Publishers Ltd, Oxford. (Hay traducción española *Globalización/Antiglobalización*, Paidós), Barcelona.
- HILLGENBERG, H. (1999): «A Fresh Look at Soft Law», en *European Journal of International Law*, vol. 10, n.º 3.
- HOBBS, T. (1996): *Leviathan*. Edited by Richard Tuck. Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge.
- JACKSON, J. H. (1998): *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, The Royal Institute of International Affairs, Chatham House Papers, London.
- KAUL, J., GRUNBERG I., STERN, M. A. (1999): *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, Oxford University Press, New York, Oxford.
- KIRTON J. J., TREBILCOCK, M. J. (2004): *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate, Adershot.
- LEWIS, D. (1969): *Convention. A Philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford.
- MALEM, J. (2000): *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona.
- MARIN QUEMADA, J. M., García-Verdugo, J. (2003): *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, Ariel, Barcelona.
- NORTH, D. C. (1990): *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge.
- OLSON, Mancur (2000): *Power and Prosperity. Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*, Basic Books, New York.
- SHELTON D. (ed.) (2000): *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford.
- STIGLITZ, J. (2002): *Globalization and its Discontents*, Allen Lane, London.
- TAMANAH, B. Z. (2004) *On The Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ZAPATERO, P. (2003): *Derecho del comercio global*, Thompson-Civitas, Madrid.

RESUMEN

El autor parte de la afirmación de que la economía de mercado no crea, sino que presupone, la existencia de un orden jurídico, y de que la idea de imperio de la ley tiene diversos grados de densidad. Trata de reflexionar sobre las formas que adopta el derecho de la globalización y acaba por concluir que sólo cuando ese derecho adquiriera los rasgos que exhibe el derecho interno de los Estados actuales, llamados westfalianos, podrá afirmarse que las experiencias e intercambios económicos globales estarán sometidos al imperio de la ley. Para llegar a esa conclusión se examina la naturaleza de las normas jurídicas que integran los ordenamientos que se consideran típicos del presunto orden jurídico global, tales como la nueva «lex mercatoria», las normas de la Organización Mundial del Comercio, o el llamado «soft law». Por último se sugieren los rasgos que habrían de tener las normas jurídicas internacionales que acompañaran a la globalización para que pudiera alcanzarse el grado de densidad máximo que transmite la idea de imperio de la ley.