

GLOBALIZACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: ALTERNATIVAS A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL CENTRADA EN EL ESTADO

Gunther Teubner *, **

I. ¿ACCESS TO CYBERSPACE?

MEDIANTE un espectacular proceso, e invocando la libertad de opinión, un grupo de adversarios de la globalización intenta imponer judicialmente su acceso a una institución de internet. Demanda a un *host provider* comercial, que ofrece en sus ordenadores en red a *content providers* la posibilidad de crear páginas *web*. El *host provider* había entrado ya tiempo atrás en la diana de fiscales y demandantes colectivos privados, puesto que algunas de las páginas *web* contenían pornografía infantil y propaganda nazi. El proveedor debía reaccionar, por un lado, frente a la resolución del *Tribunal de Grande Instance* de París, auto de 20 de noviembre de 2000, en virtud del cual Yahoo Inc. queda obligada a bloquear para los usuarios franceses el acceso a las subastas de objetos nazis¹. Por otro lado, el *host provider* reaccionaba frente a recientes tendencias hacia la co-regulación público-privada de internet en Europa y en los Estados Unidos, conforme a las cuales la responsabilidad del *provider* se hace depender de su cooperación con las instituciones estatales². En consecuencia, el *provider* bloquea con medios electrónicos todas aquellas páginas *web* respecto de las cuales evalúa como demasiado alto el riesgo de que se entablen procesos en la jurisdicción penal o civil. El bloqueo afecta también a grupos políticos considerados radicales. Es entonces que el grupo de adversarios de la globalización intenta imponer mediante una demanda civil el acceso a las páginas *web* del *host provider*.

* Agradezco su colaboración crítico-constructiva a Graf-Peter Calies y a Vaios Karavas.

** Título alemán: «Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie», publicado en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ TGI Paris, Ordonnance de référé du 20 nov. 2000, <http://www.juricom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm>. Esta sentencia confirmó la anterior sentencia de 22 de mayo de 2000, en la que se requería a Yahoo a suprimir el acceso a páginas de subasta de objetos vinculados a la época nazi; TGI Paris, Ordonnance de référé du 22 mai 2000, <http://222.juricom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>.

² EE.UU.: 1990 Protection of Children from Sexual Predators Act, Section 42 U.S.C. § 13032; 1998 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. 512 (C). Europa: Directiva 2000/31.

El caso une en un solo haz, como una lupa los rayos solares, un cúmulo de problemas fundamentales que la digitalización de la comunicación genera. No sólo se someten a debate cuestiones técnico-jurídicas como el deber de examen de los proveedores privados, la censura de contenidos mal vistos por parte de instancias privadas, de un posible derecho subjetivo a la admisión en diversas instituciones de internet, de la vigencia y efectividad de normas nacionales en el espacio transnacional de internet y del efecto sobre terceros de derechos fundamentales en el *cyberspace*³. Por el contrario, se plantea la cuestión, más fundamental, de un derecho político de acceso universal a la comunicación digital, y, en última instancia, el problema de la exclusión de los procesos globales de comunicación. En el trasfondo se plantea la cuestión teórica de si se halla ínsito en la lógica de desarrollo de la diferenciación funcional que a los códigos binarios de los sistemas funcionales globales se superponga la diferencia entre inclusión y exclusión⁴. ¿Se está convirtiendo el binomio inclusión/exclusión en el metacódigo del siglo XXI, que mediatiza todos los demás códigos, socavando, sin embargo, simultáneamente la propia diferenciación funcional, y dominando con el potencial explosivo de la exclusión de grupos de población enteros otros problemas socio-políticos?

Entre los muchos problemas que plantea nuestro caso, quisiera escoger uno: ¿cómo reacciona la teoría constitucional frente a los desafíos que derivan de las tres grandes tendencias actuales –digitalización, privatización y génesis de redes globales– para el problema de la inclusión/exclusión? Es así cómo habría que formular, a diferencia de la cuestión de la constitución estatal de los siglos XVIII y XIX, la «cuestión constitucional» de hoy. Si entonces en Alemania se trataba de disciplinar al poder político absoluto a través de su vinculación jurídica, hoy se trata de disciplinar dinámicas sociales completamente distintas. Esta es, ante todo, una cuestión para la teoría. ¿Logra elaborar las diferencias determinantes con cuya ayuda quepa generalizar y reespecificar el concepto constitucional de la tradición nacional-estatal de modo acorde a los tiempos? ¿Es posible, entonces, hacer fructíferas las tradiciones de la constitución nacional-estatal, modificándolas simultáneamente de tal modo que hagan justicia a las nuevas situaciones problemáticas de la digitalización, privatización y génesis de redes globales?⁵

³ Respecto de estas cuestiones, en particular sobre la libertad de expresión en internet FRYDMAN/RORIVE, «Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), pp. 41-59; HOLZNAGEL, «Meinungsfreiheit oder Free Speech im Internet: Unterschiedliche Grenzen tolerierbarer Meinungsäußerungen in den USA und Deutschland», *Archiv für Presserecht* 9 (2002), pp. 128-133; HOLZNAGEL, «Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States of America and Germany», en ENGEL / KELLER (ed.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Nomos, Nomos, Baden-Baden, (2000), pp. 9-42; PICHLER, «Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit und neue Medien: Zwischen interessengerechter Auflösung von Rechtsgutkollisionen und "Zensur"», *Archiv für Presserecht* 5/6 (1999), pp. 429-439; GOLDSTONE, «A Funny Thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs. Private in Cyberspace Speech», *Colorado Law Review* 69 (1998), pp. 1-70.

⁴ Vid. al respecto, en el marco de una teoría de la sociedad mundial, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, (1993), pp. 582 ss. Respecto de exclusión/inclusión desde la perspectiva de la teoría de los sistemas y postestructuralista STÄHELI / STICHWEH (ed.), *Exclusion and Socio-Cultural Identities: Systems Theoretical and Postructuralist Perspectives*, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2002.

⁵ De modo incisivo respecto de transmisión de experiencias históricas y oportunidades de futuro de un Derecho global en el ámbito fronterizo entre Estado y sociedad ZUMBANSEN, «Spiegelungen von

II. REACCIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Generalización y reespecificación acordes a los tiempos: es en este problema en el que emplean infructuosamente todas sus energías aquellos ambiciosos intentos que postulan una constitución mundial más allá del Estado-Nación. Este es el caso de los intentos jurídicos de elevar artificiosamente la Carta de las Naciones Unidas al rango de Derecho constitucional mundial, que, desde este punto de vista, habría sido puesto en vigor por la comunidad internacional y legitimaría el ejercicio de violencia político-global⁶. Sin embargo, también afecta a una serie de esfuerzos filosóficos que piensan, más allá de *Kant*, una constitución mundial universalista, de acuerdo con la cual la creación a escala mundial de nuevas instituciones y procedimientos ha de servir a la génesis de un centro federativo y foro de una política interior mundial⁷. Frente a todos estos intentos debe formularse la objeción de que no llegan suficientemente lejos en la generalización del concepto tradicional de constitución para la situación actual y no lo reespecifican con el cuidado necesario, trasladando en lugar de ello de modo acrítico las circunstancias nacional-estatales a la sociedad mundial. En particular, queda fuera de consideración cuáles serían las modificaciones que debería experimentar el concepto de constitución en relación con la soberanía, el colectivo organizado, la jerarquía de decisiones, la agregación organizada de intereses y la formación democrática de voluntad en caso de que en el plano mundial no aparezca un equivalente del Estado⁸.

Más realista resulta el punto de partida de aquellos intentos que toman en consideración una clara disociación de Estado y constitución y piensan expresamente en una constitución global sin Estado mundial. Recientemente se ha hecho intenso uso de esta construcción innovadora en el debate constitucional europeo, y también en el plano mundial se intenta detectar elementos jurídico-constitucionales en el proceso en curso de una política internacional que no dispone de una instancia central en cuanto sujeto/objeto de una constitución⁹. Especialmente el intento de ver en la con-

“Staat und Gesellschaft”: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte», en ANDERHEIDEN / HUSTER / KIRSTE (ed.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Steiner, Stuttgart, 2001, pp. 13-40.

⁶ Extensamente FASSBENDER, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1998), pp. 529-619; DUPUY, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1 (1997), pp. 1-33.

⁷ HÖFFE, «Königliche Völker»: Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie, Frankfurt: Suhrkamp, 2001; HABERMAS, *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt: Suhrkamp, 1998; RAWLS, «The Law of Peoples», en SHUTE / HURLEY (ed.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books, 1993, New York.

⁸ Una brillante crítica de las «grandes fantasmagorías normativas» de una política de la sociedad mundial se encuentra en SCHÜTZ, «The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environmenting Systems, and Observing World Society», en TEUBNER (ed.), *Global Law Without A State*, Dartmouth Gower, Aldershot, 1997, pp. 257-293.

⁹ Respecto del debate europeo JOERGES / MENY / WEILER (ed.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer* (Florence: Robert Schuman Centre, 2000), Robert Schuman Centre, Firenze, 2000; DI FABIO, «Eine europäische Charta», *Juristenzeitung* 55 (2000), pp. 737-743; BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Nomos, Baden-Baden, 1999; *id.*, «Zweierlei Verfassungsrecht», *Der Staat* 39 (2000), pp. 163 ss.; sobre la constitución de la comu-

vivencia de Estados nacionales una diferenciación secundaria-segmentaria de la política mundial, y de identificar en su interacción un orden espontáneo de naturaleza secundaria, una «constitución mundial de la libertad», atribuye a una constitución mundial reespecificada de este modo, como acoplamiento estructural entre política mundial descentral y Derecho, contornos completamente distintos¹⁰. Sin embargo, tampoco aquí la generalización va lo suficientemente lejos como para que pudiera hacer justicia a la descentralización de lo político en la sociedad mundial. En particular, tal constitución espontánea de las relaciones interestatales ha de lidiar con el problema de si (y, en caso de respuesta afirmativa, en qué medida) puede incluir agentes no estatales en el proceso internacional en cuanto sujetos constitucionales.

De este déficit, a su vez, parten las posiciones que constituyen a agentes tradicionalmente no reconocidos como sujetos de Derecho internacional público expresamente como sujetos constitucionales¹¹. Estos agentes son, por un lado, organizaciones internacionales, empresas multinacionales, sindicatos internacionales de trabajadores, corporaciones de intereses y organizaciones no gubernamentales en cuanto partícipes de procesos de toma de decisión global-políticos, y, por otro lado, los individuos –sólo reconocidos de modo titubeante y marginal por el Derecho internacional público como sujetos de Derecho– en cuanto titulares de derechos fundamentales y humanos. Tales concepciones reconocen implícitamente que los procesos de la digitalización y de la puesta en red global son impulsados de manera determinante por agentes no estatales, cuya existencia debería ser reconocida también por una constitución mundial. La cuestión que se plantea, sin embargo, es la de si basta una ampliación meramente personal del proceso de constitucionalización, o si, por el contrario habría que introducir también estructuras y procesos completamente distintos.

Finalmente, dan un paso más las ideas en torno al efecto horizontal de los derechos fundamentales, que ya no sólo afirman la existencia de posiciones jurídico-fundamentales exclusivamente frente a instituciones políticas, sino también frente a instituciones sociales, especialmente, frente centros de poder económico. Se imponen los correspondientes deberes de protección a instituciones estatales, a efectos de enfrentarse a la puesta en peligro de los derechos fundamentales en sectores lejanos al Estado¹². Aunque este debate en el ámbito internacional está dando

nidad internacionald UERPMANN, «Internationales Verfassungsrecht», *Juristenzeitung* 56 (2001), pp. 565-573; TOMUSCHAT, «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», *Recueil des Cours* 1993, pp. 195-374.

¹⁰ Siguiendo a HAYEK, OETER, «Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer "Verfassung der Freiheit"», en BRUNKHORST / KETTNER (ed.), *Globalisierung und Demokratie: Wirtschaft, Recht, Medien*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 208-224.

¹¹ Respecto de esta opción FISCHER-LESCANO, «Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88 (2002), pp. 349-378, 371 ss.; WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review* 65 (2002), pp. 317-359; WALTER, «Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law», *German Yearbook of International Law* 44 (2001), pp. 170-201.

¹² RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; JARASS, «Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung», en BADURA / DREIER (ed.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, pp. 35-53; PREEDY, «Fundamental Rights and Private Acts: Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment», *European Review of Private Law* 2000, pp. 125-133.

tan sólo sus primeros pasos, teniendo en cuenta las vulneraciones masivas de los derechos humanos por parte de agentes no estatales, sí constituye un indicio de la necesidad de ampliar las discusiones jurídicas acerca de la constitución mundial más allá de las meras relaciones interestatales¹³.

III. TESIS: CONSTITUCIONALIZACIÓN SIN ESTADO

Frente a las construcciones de la tradición constitucional, no cabe duda de que estos tres esbozos constituyen ampliaciones dramáticas; a pesar de ello, generan la clara sensación de que en última instancia no son capaces de desligarse de la fascinación de la arquitectura del Estado-nación, sino tan sólo persiguen compensar las evidentes insuficiencias de ésta mediante todo tipo de reparaciones, edificios anexos, reformas, nuevos sótanos y decoraciones de fachada: en conjunto, haciendo más compleja la construcción en lugar de edificar de nueva planta. Sin embargo, el defecto de construcción se halla ya en el hecho de que la constitución queda *centrada en el Estado*¹⁴. Teniendo en cuenta la valentía que implica repensar la constitución en dirección a la globalidad política, teniendo en cuenta el proceso interestatal, incluyendo a agentes sociales hasta los efectos estructurales de los derechos fundamentales hacia la sociedad, estas concepciones siguen ancladas en un entendimiento de la constitución como liberación y limitación de la acción estatal-política.

Simultáneamente, quedan vinculadas a una extraña distinción, entre cuyos polos oscilan continuamente¹⁵. Por un lado se afirma que la constitución se limita institucionalmente a los procesos políticos, pero simultáneamente pretende constituir de ese modo a la sociedad en su conjunto. La Nación se constituye en la organización política del Estado. Esta oscilación entre constitución política y constitución social es trasladada sin más a la sociedad mundial. Con tal de que se logre la constitucionalización de las instituciones estatal-políticas en las relaciones internacionales, se pretende que sólo de ello resultará una constitución adecuada para la sociedad mundial. Si esta extraña distinción ya resultaba problemática en el seno del Estado-nación, en la sociedad mundial ha quedado definitivamente obsoleta. ¿Qué es, sin embargo, lo que está en el ángulo ciego de la distinción? ¿Una constitución mundial completa? ¿Una red de Constituciones nacionales? ¿Una constitución jurídica autónoma? ¿O qué otra cosa?

¹³ Respecto del efecto frente a terceros de los derechos fundamentales en el contexto europeo cfr. SCHINDLER, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten: Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und Drittwirkungslehre*, Berlin: Duncker-Humblot, 2001; CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: Oxford University Press, 1996; PAUST, «Human Rights Responsibilities of Private Corporations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35 (2002), pp. 801-825; MUCHLINSKI, «Human Rights and Multinationals: Is There a Problem?», *International Affairs* 77 (2001), pp. 31-48.

¹⁴ En este sentido, con la claridad deseable, WALKER (nota 11), quien es partidario de un pluralismo constitucional.

¹⁵ Sobre este argumento LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 201, 207 s., 217.

Si se renuncia a centrar el concepto de constitución en el Estado para iluminar el ángulo ciego, se abre la perspectiva sobre las posibilidades reales de una constitucionalización sin Estado. Para los teóricos de la constitución, ello constituye la infracción de un tabú. Una constitución sin Estado es para ellos en todo caso una utopía, y, además, mala¹⁶. Sin embargo, esta fórmula precisamente no implica una reivindicación abstracta y normativa para un tiempo futuro lejano e inseguro, sino que afirma la existencia de una tendencia real que hoy es susceptible de ser observada a escala global. La tesis reza: emergencia de un cúmulo de Constituciones civiles. La constitución de la sociedad mundial no se hace realidad exclusivamente en las instituciones representantes de la política internacional, tampoco puede acontecer en una constitución global que abarque todos los ámbitos sociales, sino que se genera, por incremento, en la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial¹⁷.

Las luchas existentes en internet en torno a la *cyberanarchy*, a la regulación estatal y la comercialización son conflictos constitucional-políticos de primer rango en cuyo decurso caótico lo que lentamente va perfilándose no es otra cosa que el Derecho de organización de una constitución digital¹⁸. No es casualidad que la famosa y a veces denostada *Declaration of the Independence of Cyberspace* haga uso del énfasis político-constitucional de los padres fundadores y declare frente a los «Gobiernos del mundo industrial, cansados gigantes de carne y acero, yo vengo del ciberespacio, el nuevo hogar de la mente..., el espacio social global que estamos construyendo para ser naturalmente independiente de las tiranías que perseguís imponernos. Ni tenéis derecho moral alguno para gobernarnos ni poseéis medios de coerción que verdaderamente hayamos de temer»¹⁹.

Cada vez son más los litigios que se plantean ante tribunales nacionales y tribunales internacionales de arbitraje en los que se decide acerca de la vigencia de derechos fundamentales en el ciberespacio²⁰. Uno de los muchos problemas de

¹⁶ Especialmente claro en GRIMM, «Braucht Europa eine Verfassung?», *Juristenzeitung* 50 (1995), pp. 581-591.

¹⁷ Una tesis similar es defendida por WALKER (nota 11) y WALTER (nota 11), pp. 188 ss.; queda aún por ver si también reconocerían una versión más radical del pluralismo jurídico, que presuponga una constitucionalización sin Estado, cuando se trate de *governance regimes* privados.

¹⁸ Cfr. el debate, conducido explícitamente en términos jurídico-constitucionales, entre LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, y JOHNSON / POST, «The New "Civic Virtue" of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace», 1998, <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html>

¹⁹ BARLOW, *Cyberspace Declaration of Independence*, 2002, http://www.eff.org//Publications/John_Perry_Barlow

²⁰ Respecto de la problemática de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales en los conflictos de internet relativos a los dominios *vid.* GOLDSTEIN, «ICANNsucks.biz (And Why You Can't Say That): How Fair Use of Trademarks in Domain Names is Being Restrained, Fordham Intellectual Property», *Media & Entertainment Law Journal* 12 (2002), pp. 1151-1186; MUELLER, *Ruling the Root-Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, 2002, pp. 245 ss.; BLACKMAN, «The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: A Cheaper Way to Hijack Names and Suppress Critics», *Harvard Journal of Law & Technology* 15 (2001), pp. 211-256; NAJARIAN, «Internet Domains and Trademarks Claims: First Amendment Considerations», *Journal of Law & Technology* 41 (2001), pp. 127 ss., también en http://www.idea.piercelaw.edu/articles/41/41_1/5.Najarian.pdf; SORGEN, «Trademark Confronts Free Speech on the Information Superhighway: "Cybergrippers" Face a Constitutional Collision», *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 22 (2001), pp. 115-152.

derechos fundamentales de la constitución de internet se plantea en nuestro caso. La cuestión de si existe un derecho de acceso a un *host provider* en internet ha de decidirse con base en una discusión de los principios de inclusión de la comunicación digital²¹. No son los principios, dirigidos a la acumulación de poder y a la formulación de políticas, de una constitución política, sino los principios dirigidos a la libertad de comunicación y a sus amenazas electrónicas de una constitución de internet –que, a su vez, aún han de ser elaborados en el curso de la constitucionalización– los que constituyen la *sedes materiae* de las normas jurídicas de una constitución digital²². La cuestión abierta en nuestro supuesto de partida es si la nueva corregulación privada-pública puede dejar en manos de empresas privadas, a través de estímulos económicos, la definición de los límites de la libertad de opinión en internet²³.

Para ampliar la zona de combates: desde Seattle hasta Génova, en las salas de conferencias y en la calle tienen lugar luchas en torno a una constitución económica mundial cuyos resultados darán a las instituciones internacionales Banco Mundial, FMI y OMC un impulso constitucional. Están en formación una constitución global de la ciencia y una constitución del sistema global de salud en los apasionados debates –internos y externos a la ciencia– en torno a la investigación con embriones y a la medicina reproductiva, y se buscan equivalentes adecuados a la ciencia y a la medicina para derechos fundamentales tradicionales, referidos al Estado. Y desde el 11 de septiembre de 2001 hay cada vez más intentos de institucionalizar con mayor intensidad los conflictos entre las religiones mundiales mediante órganos, jurídicamente constituidos, de debate interreligioso.

IV. TRES TENDENCIAS DE DESARROLLO

Tal exigencia, la de cambiar la perspectiva desde la constitución estatal única de la Nación a las muchas Constituciones civiles de la sociedad mundial, naturalmente plantea de modo inmediato la cuestión de cuáles son las circunstancias que justifican repudiar para la sociedad mundial el modelo nacional-estatal de una constitución exclusivamente política, modelo que aparentemente ha mostrado su valía a lo largo de siglos. De modo muy esquemático y considerablemente simplificado quisiera esbozar tres tendencias evolutivas que privan al pensamiento cons-

²¹ Vg. las resoluciones de la Audiencia de Bonn MMR 2000, 109, y del Tribunal Superior de Colonia, MMR 2001, 52, que intentan adecuarse a la problemática paralela del acceso a un *chat room* de un *provider* con una extraña mezcla de modelos intelectuales pertenecientes al derecho de propiedad y al de contratación. Al respecto, LADEUR, «Rechtsfragen des Ausschlusses von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet: Zur Absicherung von Kommunikationsfreiheit durch netzwerkgerichtetes Privatrecht», *Multimedia und Recht* 5 (2002), pp. 787-792, quien reclama explícitamente un Derecho privado adecuado a la red.

²² En favor de una reformulación del derecho fundamental a la libertad de opinión adecuada a internet, en el contexto de los conflictos en torno a dominios de internet, KARAVAS/TEUBNER, «<http://www.CompanyNameSucks>: Grundrechte gegenüber “Privaten” im autonomen Recht des Internet?», en Hoffmann-Riem/Ladeur (ed.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

²³ FRYDMAN / RORIVE (nota 3).

titucional centrado en el Estado de su base y son susceptibles de hacer plausible empírica y normativamente un *societal constitutionalism*.

Diagnóstico I: dilema de la racionalización

En este punto, es la *theory of societal constitutionalism*, desarrollada por el sociólogo estadounidense David Sciulli la que ofrece primeros puntos de arranque²⁴. Partiendo del dilema de los procesos de racionalización de la Edad Moderna analizado en profundidad por Max Weber, Sciulli plantea la cuestión de cuáles son las fuerzas que se oponen a una tendencia evolutiva masiva que se manifiesta en cuatro impulsos:

1) Fragmentación de las lógicas de acción, con las consecuencias de diferenciación exacerbada, pluralización y cierre recíproco de esferas de sentido separadas: cada uno de los ámbitos de acción sociales desarrolla su propia caprichosa racionalidad formal, que se halla en un conflicto insoluble con las racionalidades de otros ámbitos.

2) Carácter dominante del cálculo instrumental en cuanto única racionalidad que halla reconocimiento por encima de los distintos ámbitos: partiendo de la colisión de racionalidades de la edad moderna, sobre todo en economía y en política, pero también cada vez más en los demás sectores de acción se impone exclusivamente la lógica del cálculo instrumental.

3) Sustitución global de la coordinación informal por organización burocrática: en todos los ámbitos vitales se extienden cada vez más organizaciones formales, estructuradas jerárquicamente y provistas de conocimientos expertos como titulares de la racionalidad formal.

4) Progresivo encerramiento en las «carcasas de servidumbre del futuro»: especialmente fuera de la política, en los distintos ámbitos sociales aumenta la organización formal de la acción, cuyas consecuencias conducen a una orientación completa del individuo con base en reglas.

Esta deriva finaliza de modo inevitable para el conjunto de la sociedad en una situación de intensa competencia por posiciones de poder e influencia social, control social altamente formalizado y autoritarismo político y social. Más allá de ello, tiene carácter de dilema, ya que cualquier intento consciente de ganar control colectivo sobre la deriva queda atrapado en esa lógica, intensificando tan sólo la deriva²⁵.

De acuerdo con Sciulli, la única dinámica social que en el pasado ha trabajado de modo efectivo contra esta deriva evolucionaria, y que puede presentar resistencia en el futuro, se encuentra en las instituciones de un *societal constitutionalism*:

²⁴ SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 42 ss.; cfr. también íd., *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, New York, 2001; íd., «The Critical Potential of the Common Law Tradition», *Columbia Law Review* 94 (1994), pp. 1076-1124; íd., «Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality», *British Journal of Sociology* 39 (1988), pp. 377-407.

²⁵ SCIULLI, *Theory* (nota 24), p. 56.

«Sólo la presencia de instituciones de restricción procedimental externa (de ejercicios inadvertidos o sistémicos de poder colectivo) dentro de una sociedad civil puede abonar la posibilidad de un orden social no autoritario bajo condiciones modernas»²⁶.

Desde su punto de vista, lo decisivo es la institucionalización social de los procedimientos de creación de normas no racionales (en el sentido del *rational choice*), que en el plano empírico cabe identificar en *collegial formations*, es decir, en las formas específicas de organización de las profesiones y de otras instituciones sociales productoras de normas y deliberativas, «habitualmente se encuentra no sólo en institutos públicos y privados de investigación, en redes artísticas e intelectuales, y Universidades, sino también en parlamentos, tribunales de justicia y comisiones, asociaciones profesionales, y, a estos efectos, en los departamentos de investigación de compañías públicas y privadas, los cuerpos que crean normas en organizaciones sin ánimo de lucro, e incluso las direcciones de compañías públicas y privadas»²⁷.

La consecuencia normativa es la de legitimar públicamente la autonomía de tales *collegial formations*, garantizarla políticamente y asegurarla jurídicamente. Más allá de las garantías de autonomía históricamente realizadas para las esferas religiosas, los agentes de la negociación colectiva laboral, las asociaciones libres, estas garantías han de regir también respecto de «cuerpos deliberativos dentro de las modernas sociedades civiles, así como asociaciones profesionales y sedes de práctica de los profesionales dentro de compañías, Universidades, hospitales, redes artísticas y otros foros»²⁸.

Esta teoría del *societal constitutionalism* tuvo sus precursores en las ideas respecto del *private government* en los EE.UU. y respecto de la codecisión y otras formas de democratización de segmentos sociales en Europa que colocaron especialmente a las organizaciones formales bajo una presión de constitucionalización²⁹. En el momento actual, puede conectar con algunos recientes puntos de partida post-rawlsianos de la teoría deliberativa de la democracia, que, yendo más allá de los agentes políticos, intenta identificar potenciales de democracia en instituciones sociales en el marco nacional e internacional y extrae consecuencias normativo-institucionales³⁰. Lo importante en esta perspectiva está en que la democratización deliberativa no se ve de modo limitado a las instituciones políticas, sino que es observada explícitamente en su extensión a agentes sociales en el contexto nacional e internacional³¹. Más importantes aún son las características paralelas

²⁶ SCIULLI, *ibíd.*, p. 81.

²⁷ SCIULLI, *ibíd.*, p. 80.

²⁸ SCIULLI, *ibíd.*, p. 208.

²⁹ SELZNICK, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, University of California Press, Berkeley, 1992, pp. 229 ss.; SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, Russell Sage, New York, 1969; HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, Neuwied, 1962 (5.ª ed. 1996, Frankfurt: Suhrkamp).

³⁰ DORF/SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2003; COHEN / SABEL, «Directly-Deliberative Polyarchy», *European Law Journal* 3 (1997), pp. 313-342.

³¹ GERSTENBERG/SABEL, «Directly Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?», 2002, pp. 289-341; COHEN/ROGERS, «Can Egalitarianism Survive Internationalization?», en Streeck (ed.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, M: Campus, Frankfurt, 1998, pp. 175-193.

respecto de la teoría constitucional de la sociología de sistemas, que revela una lógica evolutiva muy similar de expansión sistémica y su limitación. Desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, el papel histórico de la constitución, y especialmente de sus derechos fundamentales, no se agota en someter a normas la organización estatal y en proteger posiciones jurídicas individuales, sino que consiste primariamente en asegurar la multiplicidad de la diferenciación social frente a tendencias de dominación³². Desde la perspectiva histórica, las Constituciones se generan como contraefecto de la emergencia de esferas de acción autónomas que es típica de sociedades modernas. En cuanto en el sistema político se generan tendencias expansionistas que amenazan con arruinar el propio proceso de diferenciación social se producen conflictos sociales que tienen como consecuencia que se institucionalicen derechos fundamentales en cuanto contrainstituciones sociales de la constitución precisamente en aquellos ámbitos en los que la diferenciación social estaba amenazada por sus tendencias inherentes a la autodestrucción. Los conflictos individuales entre ciudadano y burocracia administrativa sirven simultáneamente al aseguramiento jurídicamente institucionalizado de una autorrestricción de la política.

De ello deriva una determinación general de la función de las Constituciones en el proceso de la modernización. El famoso doble movimiento de *Polanyi*, de imposición del mercado y creación del manto protector de instituciones culturales, halla aquí su generalización si se tiene en cuenta la correspondiente dinámica evolutiva también de otros sistemas sociales expansivos³³. En el proceso de la constitucionalización, de lo que se trata es de liberar el potencial de dinámicas altamente especializadas mediante su institucionalización social. Sin embargo, simultáneamente también se trata de institucionalizar mecanismos de autorrestricción frente a su expansión al conjunto de la sociedad, que en última instancia se dirige contra la propia diferenciación funcional. Tales tendencias de expansión se manifiestan en constelaciones históricamente muy diversas, anteriormente sobre todo en la política, hoy más bien en la economía, la ciencia, la tecnología y en otros sectores sociales. El fortalecimiento de la autonomía de esferas de acción como movimiento contrario a tendencias de dominación parece ser el mecanismo general de reacción que actúa tanto en las Constituciones políticas de la tradición como en las Constituciones civiles emergentes. Si la tarea central de las Constituciones políticas estaba –junto con la organización del Estado– en preservar a la autonomía de otras

³² Respecto del punto de partida de teoría de sistemas de los derechos fundamentales como institución, LUHMANN, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965. Sobre su elaboración en diversos contextos, LADEUR, «Helmut Ridder's Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie», *Kritische Justiz* 32 (1999), pp. 281-300; GRABER/TEUBNER, «Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere», *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), pp. 61-74; GRIMM, «Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung», en id. (ed.), *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1987, pp. 192-211; WILLKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975.

³³ POLANYI, *The Great Transformation: Politische und Ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995; una interpretación análoga del Derecho de la economía como Derecho de colisión se encuentra en AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

esferas de acción frente a su instrumentalización política, en las Constituciones políticas del momento actual, probablemente de lo que se trate es de asegurar posibilidades de articulación de las llamadas lógicas de acción «no racionales» frente a la tendencia de racionalización dominante, y ello se hace luchando en prolongados conflictos para obtener y garantizar institucionalmente espacios de autonomía para la reflexión social³⁴.

Pero, ¿no debería convertirse esto en el cometido más elevado precisamente de una constitución genuinamente política de la sociedad mundial? Este prejuicio, firmemente asentado, probablemente sea difícil de remover. Sin embargo, hay cambios en la relación de fuerzas entre la política y otros sectores sociales de la globalización que obligan a tomar en consideración una ulterior modificación profunda de los procesos de constitucionalización y sus titulares.

Diagnóstico II: globalización policéntrica

La génesis de la sociedad mundial no se produce bajo el liderazgo de la política internacional, sino que en todo caso es acompañada por ésta –véase la globalización del terrorismo– de modo reactivo. Tampoco puede ser equiparada con la red global de la economía, frente a cuyas convulsiones todos los demás ámbitos vitales tan sólo reaccionan. Por el contrario, la globalización es un proceso policéntrico, en el que diversos ámbitos vitales superan sus límites regionales y constituyen respectivamente sectores globales autónomos³⁵. Es un «fenómeno multidimensional que implica diversas áreas de actividad e interacción, incluyendo el campo económico, político, tecnológico, militar, cultural y medioambiental»³⁶.

³⁴ Sobre tal perspectiva acerca de la constitucionalización del Derecho privado, TEUBNER, «Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft», en *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 169-214; íd. «Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften* 2000, pp. 388-404; íd. «Nach der Privatisierung: Diskurskonflikte im Privatrecht», en Meier-Schatz (ed.), *Die Zukunft des Rechts*, Helbig & Lichtenhahn, Basel, 1999, pp. 128-161; TEUBNER, «Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes», *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998), pp. 234-265. Ulteriores análisis: CALLIESS, «Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 24 (2002), pp. 185-216; ZUMBANSEN, «The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation», *Juridicum* 3 (2002), pp. 32-40.

³⁵ La perspectiva de una globalización policéntrica es defendida por teorías muy diversas; así, por ejemplo, por la teoría neoinstitucional de una cultura global, MEYER/BOLI/THOMAS/RAMÍREZ, «World Society and the Nation-State», *American Journal of Sociology* 103 (1997), pp. 144-181; por la teoría posmoderna del pluralismo jurídico, SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995; por teorías sociológicas de sistemas de la sociedad mundial diferenciada, STICHWEH, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000; y por distintas versiones de una sociedad civil global, GÜNTHER/RANDERIA, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Reimers, Bad Homburg, 2001; SHAW, «Die Repräsentation ferner Konflikte und die globale Zivilgesellschaft», en Beck (ed.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1998, pp. 221-255.

³⁶ HELD, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge, 1995, p. 62.

El resultado es una multiplicidad de *global villages* autónomas, que despliegan separadamente, en cuanto ámbitos de función autónomos, una dinámica propia a escala mundial que no resulta controlable desde fuera. Por lo tanto, la globalización no significa sencillamente capitalismo global, sino la realización a escala mundial de la diferenciación funcional³⁷.

Entonces, para la cuestión que nos ocupa resulta decisivo que la globalización de lo político, en comparación con otros subsistemas se encuentra relativamente estancada y probablemente seguirá siéndolo en los próximos tiempos. Teniendo en cuenta la notoria debilidad de las instituciones de las Naciones Unidas, la política mundial sigue siendo en lo nuclear política internacional, esto es, un sistema de interacción de Estados nacionales autónomos, en el que lentamente van incluyéndose también organizaciones internacionales, sin que éstas estén en condiciones de sustituir al mundo de los Estados o siquiera lo puedan hacer pasar a un segundo plano. En esta asimetría de subsistemas sociales plenamente globalizados y mera internacionalización de la política, la constelación antes aludida –en la que las instituciones políticas con su propia constitución pudieran constituir simultáneamente a la sociedad en su conjunto– carece de base. En continuación de antiguas concepciones de una sociedad política en la que el monarca representaba a la sociedad en cuanto su cúspide, el Estado-nación aún fue capaz de hacer creer más o menos que el subsistema «política» en su constitución del Estado constituía simultáneamente al conjunto de la nación, aunque pronto se empezó a advertir lo quebradizo de esta construcción. Lo muestran las recurrentes ideas respecto de una constitución económica autónoma, o también de otras Constituciones de sectores parciales, del mismo modo que las concepciones que apuntan a una vigencia originaria y no meramente ordenada por el Estado de los derechos fundamentales en la sociedad civil³⁸. En todo caso, respecto de la sociedad mundial es sencillamente imposible mantener tal pretensión.

En cambio, con lo dicho no se quiere negar el hecho de que en la política internacional y en las organizaciones internacionales en sentido estricto está teniendo lugar un proceso real de constitucionalización, tal y como es observado por muchos iusinternacionalistas; muy al contrario, así se da relieve a esta realidad³⁹. La prueba más clara de ella está en el desarrollo de derechos humanos con fuerza vinculante respecto de los poderes de Estados nacionales⁴⁰. En la perspectiva que aquí interesa, lo único decisivo es que se trata de la lenta configuración de una constitución parcial de la sociedad mundial, de la constitucionalización de la política internacional que ya no puede plantear una pretensión de *pars pro toto*. De este modo, el

³⁷ LUHMANN (nota 15), pp. 220 ss. Ulteriores análisis en ALBERT, *Zur Politik der Weltgesellschaft: Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, Velbrück, Weilerswist, 2002; BRUNKHORST, «Ist die Solidarität der Bürgergesellschaft globalisierbar?», en id. (ed.), *Globalisierung und Demokratie: Wirtschaft, Recht, Medien*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 274-286.

³⁸ Respecto de la discusión reciente en torno a una constitución económica mundial, BEHRENS, «Weltwirtschaftsverfassung», *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 19 (2000), pp. 5-27; respecto del pluralismo constitucional, WALKER (nota 11).

³⁹ Sobre esto, recientemente, de modo exhaustivo, FISCHER-LESCANO, *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte im postmodernen ius gentium*, Juristische Dissertation (tesis doctoral en Derecho), Frankfurt, 2002, quien habla de un acoplamiento estructural de Derecho global y *global governance*; cfr. también el análisis de WALKER (nota 11).

⁴⁰ Así, con la claridad deseable, FISCHER-LESCANO (nota 39), caps. 5 y 6.

pensamiento constitucional centrado en la política se ve privado de su base. Y si se quiere por otros elementos constitucionales de la sociedad mundial, han de buscarse en las constituciones propias de los subsistemas globales fuera de la política. Los procesos de constitucionalización de la política internacional en curso no ostentan un monopolio para una constitución de la sociedad mundial. Es la autonomización de las constituciones parciales de carácter global y su puesta en red con otras constitucionalizaciones globales y nacionales la que produce la competencia constitucional⁴¹.

Diagnóstico III: *Creeping Constitutionalism*

Entonces, si es cierto que la política internacional en todo caso está en condiciones de promover su propia constitucionalización, pero no la del conjunto de la sociedad mundial, si además es cierto que ante la deriva evolutiva de los procesos globales de racionalización existe la necesidad normativa de garantizar espacios de autonomía para la reflexión, se plantea la ulterior cuestión de si los sectores sociales globales tienen el potencial de autoconstitución⁴².

En este punto se trata de destacar una importante relación entre juridificación y constitucionalización. Todo proceso de juridificación contiene necesariamente, simultáneamente, normas constitucionales latentes. En palabras de un constitucionalista:

«No todas las comunidades tienen una constitución escrita, pero toda comunidad tiene Derecho constitucional. Este Derecho constitucional ha de constituir al menos a los agentes principales y debe contener ciertas reglas procedimentales. Desde el punto de vista teórico, una constitución podría contentarse con la instauración de un órgano de producción del Derecho y regular cómo este órgano promulga leyes»⁴³.

En última instancia, de lo que aquí se trata es de la calidad constitucional de cualquier emergencia de normas jurídicas, es decir, de las difíciles cuestiones relativas a las bases del Derecho que no son susceptibles de fundamentación, cuestiones alrededor de las cuales las grandes teorías jurídicas de nuestro tiempo describen círculos. Los problemas materiales que aquí se plantean son: autofundamentación del Derecho, las paradojas que se generan en este contexto, que bloquean el proceso jurídico, su disolución –efectiva, pero que permanece problemática– por medio de cualidades autológicas de la constitucionalización. Estas cualidades son abordadas constantemente en nuevas variantes, por Kelsen, en la relación de la norma fundamental con la norma constitucional de mayor rango, por Hart en la teoría de las reglas secundarias y la *ultimate rule of recognition*, por Luhmann en la relación entre paradoja jurídica y constitución y por las ideas de Derrida acerca del poder

⁴¹ WALTER (nota 11), p. 173; WALKER (nota 11).

⁴² Un incisivo análisis del pluralismo jurídico internacional desde una perspectiva teórico-sistémica en OETER, «International Law and General Systems Theory», *German Yearbook of International Law* 44 (2001), pp. 72-95.

⁴³ UERPMANN (nota 9), pp. 566. Así, también, TOMUSCHAT (nota 9), p. 217.

paradójico de fundación del ordenamiento jurídico⁴⁴. Recurrentemente, de lo que se trata es de comprender el proceso paradójico mediante el cual todo ordenamiento jurídico siempre presupone elementos rudimentarios de su autoconstitución y simultáneamente los constituye sólo en su ejecución.

En nuestro contexto, lo que resulta determinante es que la relación problemática entre juridificación y constitucionalización hoy ya no puede quedar limitada sólo a las comunidades políticas. La famosa proposición de Grocio *ubi societas ibi ius* debe reformularse bajo las condiciones de diferenciación funcional del mundo en el sentido de que donde quiera que se desarrollan sectores sociales autónomos, simultáneamente se configuran mecanismos autónomos de producción jurídica que se hallan en una distancia relativa hacia la política. La creación del Derecho también tiene lugar fuera de las fuentes clásicas del Derecho internacional público, en contratos entre *global players*, en la regulación privada del mercado por parte de empresas multinacionales, en la creación de reglas internas por organizaciones internacionales, en sistemas de negociación entre organizaciones, en procesos mundiales de estandarización que tienen lugar en parte en los mercados y en parte en los procesos de negociación de organizaciones⁴⁵.

«Las regulaciones y las normas no sólo se producen por las negociaciones entre los Estados, sino también por agentes semipúblicos, cuasi privados y privados que responden a las necesidades de un mercado global. A medio camino entre los Estados y las entidades privadas, las autoridades autorreguladas han proliferado, desdibujando la distinción entre la esfera pública de la soberanía y el dominio privado de los intereses particulares»⁴⁶.

La producción de normas jurídicas derivada de la solución de conflictos no sólo tiene lugar en tribunales nacionales e internacionales, sino también en el seno de instancias de solución de conflictos sociales de carácter no político, de organizaciones internacionales, de cortes de arbitraje, instancias de mediación, comisiones de ética, regímenes contractuales. Si es cierto que ahora las fuentes dominantes del Derecho se hallan en las periferias del Derecho, en los límites con otros sectores de la sociedad mundial, y ya no sólo en los centros que hasta ahora han existido para la creación del Derecho –parlamentos nacionales y acuerdos interestatales–, ello significa que allí siempre se producirán también normas de calidad constitucional.

⁴⁴ Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1946, p. 116; Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, pp. 77 ss.; Luhmann, «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), pp. 176-220, 184; Derrida, «Otobiographien: Die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens», en id. (ed.), *Nietzsche-Politik des Eigennamens: Wie man abschafft, wovon man spricht*, Merve, Berlin, 2000, pp. 7-63, 9 ss.; Derrida, *Gesetzeskraft: Der «mystische Grund der Autorität»*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991.

⁴⁵ Albert (nota 37); Günther/Randeria (nota 35); Robe, «Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order», en Teubner (ed.), *Global Law Without A State*, Dartmouth Gower, Aldershot, 1997, pp. 45-77; Bianchi, «Globalization of Human Rights: The Role of Non State Actors», en Teubner (ed.), *Global Law Without A State*, Dartmouth Gower, Aldershot, 1997, pp. 179-212; Santos, nota 35.

⁴⁶ Guéhénno, «From Territorial Communities to Communities of Choice: Implications for Democracy», en Streeck (ed.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Campus, Frankfurt/M., 1998, pp. 137-150, 141.

Por lo tanto, los nuevos fenómenos de una juridificación global también implican la posibilidad de que los procesos de constitucionalización también tengan lugar fuera de las instituciones estatales y políticas⁴⁷. Ello no significa, sin embargo, que ahora todos los sectores sociales produzcan sus normas constitucionales exclusivamente de manera autónoma. Del mismo modo que la juridificación global de subsectores sociales siempre presenta una mezcla de creación autónoma y heterónoma del Derecho⁴⁸, también la configuración de constituciones civiles globales es un proceso en el que confluyen factores externos e internos. Siempre interviene el sistema jurídico, pues estos procesos tienen lugar en el subsistema social y simultáneamente en la periferia del Derecho. Y en mayor o menor medida, la política internacional juega un papel en el desarrollo de subconstituciones globales, irritando a éstas mediante intervenciones constitucionales de carácter político. Cuál sea la proporción de la mezcla entre constitucionalización externa política y constitucionalización social autónoma es, en última instancia, una cuestión empírica que depende de constelaciones históricas únicas. Pero en la medida en que el Derecho mundial autónomo se apoye en recursos propios, y sean organizaciones, organizaciones no gubernamentales, medios internacionales, empresas multinacionales, despachos globales de abogados, fondos globales, cortes de arbitraje globales los que impulsen el proceso global de configuración jurídica, la creación autónoma del Derecho también interviene de modo determinante en el proceso de formación de su constitución sectorial.

Finalmente, en este contexto se observa un curioso fenómeno de latencia. Los elementos de las constituciones civiles no se han generado en un *big bang*, en un acto revolucionario espectacular del constituyente, siguiendo el ejemplo estadounidense o francés. Las redes globales de la economía, de la investigación, del sistema sanitario, de la educación, de las profesiones, tampoco conocen un gran texto originario que esté fijado como codificación en un documento constitucional. Lo que sucede es más bien que las constituciones civiles van configurándose en procesos evolutivos subyacentes de larga duración, en los cuales en el curso de la juridificación de sectores sociales también van desarrollándose normas constitucionales a modo de incremento, permaneciendo engarzadas en el conjunto de las normas jurídicas. En el Estado-nación, el fulgor de la constitución política resulta tan cegador que las constituciones propias de los sectores civiles no son perceptibles o en todo caso aparecen como resultado de la constitución política. Sin embargo, también a escala global sólo existen de modo latente, resultando extrañamente invisibilizadas.

Como en otros muchos ámbitos, también en este caso mucho puede aprenderse del caso especial de Inglaterra. Aunque en el continente se mantenga el prejuicio de que Inglaterra carece de constitución o está constitucionalmente subdesarrollado, en la estela de los análisis de Dicey se han elaborado repetidamente y

⁴⁷ WALTER (nota 11), p. 194; WALKER (nota 11).

⁴⁸ Esto debe ser resaltado expresamente, ya que de lo contrario es fácil (en dos sentidos) malinterpretar los puntos de partida jurídico-pluralistas como si excluyeran, en favor de la génesis autónoma del Derecho las intervenciones políticas externas en el Derecho. En este sentido, por ejemplo, el Derecho global de la economía se concibe, desde la perspectiva del pluralismo jurídico, como relación de mezcla empíricamente variable entre génesis económica y política del Derecho. Vid. TEUBNER, «Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», *Rechtshistorisches Journal*, 1996, pp. 255-290.

con claridad las cualidades constitucionales de la comunidad británica y del *common law*⁴⁹. La calidad de sus contenidos en relación a la organización del Estado y derechos fundamentales soportan cualquier comparación con constituciones continentales. Lo decisivo es la institucionalización social de una constitución, y no la existencia formal de una asamblea constituyente, de un documento constitucional, de normas de carácter explícitamente constitucional o de un tribunal especializado en cuestiones constitucionales. *Mutatis mutandis* rige lo mismo respecto de las constituciones civiles de la sociedad mundial. La actualización de la latencia de elementos constitucionales comportaría la posibilidad de llevar a cabo una reflexión normativa de los procesos fácticos de constitucionalización e influir en su dirección.

V. CONTORNOS DE LAS CONSTITUCIONES CIVILES. EJEMPLO: LA CONSTITUCIÓN DIGITAL

¿Cuáles son los elementos que han de concurrir para que se pueda hablar de la existencia de elementos constitucionales en los diversos sectores globales?⁵⁰ De hecho, las constituciones políticas de la tradición nacional-estatal pueden servir como gran modelo histórico también para las constituciones civiles. Aquí hay disponible un fondo de experiencias históricas, procedimientos, conceptos, principios, normas para la analogía respecto de la situación actual. Sin embargo, las analogías han de establecerse con la máxima precaución, puesto que es muy fácil caer en una transposición en cortocircuito, dejando de lado las especificidades de los sectores sociales globalizados.

Ello ya rige respecto de la extensión de la constitucionalización, que es muy variable. No está escrito en ninguna parte que la constitucionalización completa, que superpone al conjunto del proceso político un denso tejido de normas constitucionales, deba repetirse en las constituciones de los sectores sociales parciales; piénsese sólo en la investigación o en el arte. Siempre se trata, como ya se dijo al principio, de una cuidadosa generalización y reespecificación del fenómeno constitucional. La generalización significa que el concepto de constitución ha de ser desligado de determinadas peculiaridades del sistema político, y, en especial, del Estado, lo que, sin embargo, resulta extraordinariamente delicado ante la estrecha imbricación de elementos constitucionales y políticos. La reespecificación es un asunto no menos delicado, puesto que las peculiaridades de las operaciones, estructuras, medios, códigos y programas específicos de los subsistemas exigen repensar en gran medida las instituciones jurídico-constitucionales.

Cabe mostrar lo dicho en el ejemplo de un problema de la constitución científica global: ¿cómo cabe pensar en apoyos constitucionales a la libertad de investigación frente a influjos económicos? Una deducción analógica demasiado próxima desde el poder político hacia el poder económico no generalizaría y reespecificaría de modo suficiente ni el medio peligroso para los derechos fundamentales ni la

⁴⁹ DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, London, 1964.

⁵⁰ Incisivos análisis en WALKER (nota 11), y WALTER (nota 11).

adecuada sanción. El criterio no puede estar sin más –como sugieren recurrentemente las reflexiones inspiradas en la política– en la posición social de poder de los agentes económicos, sino que debe partir de la puesta en peligro a través del medio comunicativo específico del sistema social expansivo en cada caso. En correspondencia, la libertad de investigación no es puesta en peligro simplemente por las enormes estructuras de poder de las megaempresas, frente a las que protestan individuos impotentes. Los nuevos peligros derivan más bien de la corrupción estructural por el medio dinerario. La dependencia de la investigación del mercado desiguala las nuevas situaciones de seducción por estímulos económicos, que, desde luego, no pueden ser desactivadas por medio de garantías jurídico-constitucionales de derechos fundamentales subjetivos en cuanto espacios de autonomía protegidos. En el marco de tal generalización/reespecificación de la situación constitucional problemática y de las posibilidades de reacción pasa a percibirse que sería una garantía constitucional mucho más efectiva que se multiplicaran las fuentes de dependencia monetaria de la ciencia, para crear de las muchas dependencias una nueva independencia. ¡Espantar al diablo con Satanás! Si la constitución científica pudiera no sólo regular, sino garantizar fácticamente una multiplicidad de fuentes financieras para la investigación distintas y en competencia, ello tendría consecuencias para la autonomía de la ciencia que no tendrían que temer la comparación con el efecto de los derechos subjetivos tradicionales frente a las interferencias políticas⁵¹.

Primera característica: acoplamiento estructural subsistema-Derecho

Las constituciones civiles ni son meros textos jurídicos, ni se trata aquí de la constitución fáctica de órdenes sociales⁵². Debería hablarse de elementos de una constitución civil en sentido estricto sólo cuando se genere una conjunción, plena de presupuestos, entre procesos sociales autónomos y procesos jurídicos autónomos, dicho en el lenguaje de la teoría de los sistemas, cuando queden establecidas con carácter permanente acoplamientos estructurales entre esquemas de ordenación específicos del subsistema y las normas jurídicas⁵³. Sólo entonces concurre la extraña duplicación del fenómeno constitucional que es característica del acoplamiento estructural y excluye el extendido entendimiento que parte de una fusión e un concepto unitario de constitución que abarcaría ordenamiento jurídico y orden social. La constitución siempre aparece en el momento en el que se vinculan dos procesos reales: desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, es producción de normas jurídicas que está imbricada de un modo característico con estructuras fundamentales del sistema social; desde la perspectiva del sistema social constituido, es génesis de estructuras fundamentales del orden social, que al mismo tiempo

⁵¹ Sobre la libertad de la ciencia desde esta perspectiva, KEALY, «It's Us Against Them», *Guardian May*, 7, 1997; acerca de la libertad artística, GRABER/TEUBNER (nota 32).

⁵² Acertadamente BEHRENS (nota 38), respecto de la constitución económica.

⁵³ Respecto del acoplamiento estructural del Derecho con otros sistemas sociales, TEUBNER, «Idiosyncratic Production Regimes: Co-Evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism», en Ziman (ed.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 161-181; LUHMANN (nota 4), pp. 440 ss.

informan al Derecho y a su vez es regulada por el Derecho⁵⁴. La gracia del acoplamiento estructural está en que de este modo, ambos –el proceso jurídico y el proceso social– se limitan recíprocamente en sus posibilidades de influencia. Se bloquea la dominación de un orden por el otro, sus respectivas autonomías pasan a ser posibles y las irritaciones recíprocas se concentran en vías de influencia estrictamente limitadas y abiertamente institucionalizadas.

De este modo, la constitución, en la medida en que esté institucionalizada de tal modo como acoplamiento de dos esferas de sentido, reacciona frente a un problema que aparece en toda creación social autónoma de normas: el problema de la corrupción estructural. En este sentido, la cuestión que hoy se debate apasionadamente acerca de si internet debe ser regulada, y por qué agentes, tiene que ver exactamente con este punto⁵⁵. La regulación nacional fracasa por los problemas de implementación que plantea el carácter transnacional de la comunicación digital. A su vez, la regulación de internet por parte de una creación internacional de Derecho legitimada por el derecho internacional público, deseada por todos los bienpensantes, amenaza con fracasar en las dificultades de la conformación de un consenso interestatal. Ello, desde luego, no excluye que se sigan intentando ambas cosas, realizándose a veces con éxito. Pero las dificultades fácticas de ambas formas de regulación comportan que la relevancia de la autorregulación de internet se incrementa de modo dramático. Por ello, los observadores de la regulación de internet hablan de un *trend toward self-regulation*⁵⁶. El Derecho de génesis autónoma de internet no sólo se beneficia de las dificultades de las otras dos formas de regulación, sino especialmente también de las ventajas técnicas que la arquitectura del código ofrece para una regulación altamente eficiente. Gracias a los medios coactivos electrónicos puede prescindir ampliamente de una regulación regida por expectativas, siendo, sin embargo, dirigido por metanormas jurídicas⁵⁷. Por lo tanto, la tendencia evolutiva va claramente hacia una regulación híbrida: *a private, transnational, self-executing and mandatory mechanism under public review*⁵⁸. En la mezcla de diversas formas de regulación, una *lex electronica* autónoma –en paralelismo con la *lex mercatoria* autónoma del Derecho económico autónomo– juega un papel determinante⁵⁹. Los tribunales de arbitraje del ICANN, que deciden

⁵⁴ LUHMANN (nota 44), respecto del acoplamiento política/Derecho.

⁵⁵ HOLZNAGEL/WERLE, «Sectors and Strategies of Global Communications Regulation», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), pp. 3-23; Committee to Study Global Networks and Local Values, Computer Science and Telecommunications Board, National Research Council (2001), *Global Networks and Local Values: A Comparative Look at Germany and the United States*, National Academy Press, Washington, DC; LESSIG (nota 18), y JOHNSON/POST (nota 18).

⁵⁶ HOLZNAGEL/WERLE (nota 55), p. 18; GOLDSMITH, «The Internet, Conflicts of Regulation and International Harmonization», en Engel (ed.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Nomos, Baden-Baden, 2000.

⁵⁷ LESSIG (nota 18), pp. 43 ss.

⁵⁸ LEHMKUHL, «The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), pp. 61-78, 62, 64 ss. Sobre esto también FARRELL, «Hybrid Institutions and the Law: Outlaw Arrangements or Interface Solutions», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), pp. 25-40; PERRITT, «Hybrid International Institutions for Regulating Electronic Commerce and Political Discourse on the Internet», *Multimedia und Recht* 7/Beilage (2000), pp. 1-3.

⁵⁹ CALLIESS, nota 34, elabora con claridad cuáles son los elementos comunes y las diferencias entre *lex mercatoria* y *lex digitalis*. Respecto de la autonomía de la *lex digitalis* BERNSTORFF, «Internet

de modo jurídicamente vinculante y con ejecución forzosa electrónica acerca de la concesión de dominios en virtud de la norma jurídica autónoma y anacional del § 12a ICANN *policy*, son parte de tal creación autónoma del Derecho en internet. Y en un paralelismo exacto hacia el Derecho económico global, en la *lex electronica* se genera el problema de la corrupción estructural, es decir, de la influencia masiva y no filtrada de intereses «privados» en el proceso de creación del Derecho. Aquí se plantea la cuestión constitucional⁶⁰.

Para evaluar de modo realista las posibilidades y límites de una constitución digital, se deberían utilizar como ejemplo aquellas constituciones políticas que han reaccionado frente al problema de la corrupción estructural del Derecho por la política⁶¹. Frente a la difusa dependencia del Derecho anterior a la Edad Moderna de presiones políticas, terror político, de posiciones de poder social y económico, las instituciones políticas de acoplamiento estructural dieron la doble respuesta que no pudo eliminar, como es natural, la corrupción, pero sí contenerla: por un lado, ilegalización de las influencias corruptoras, por otro, incremento de irritabilidad legítima. Respecto de los problemas paralelos de la corrupción del Derecho por la economía, no fue la constitución política la que dio las correspondientes respuestas, sino fue la propia constitución económica la que asumió en las instituciones jurídico-privadas de propiedad y contrato la que asumió una función similar. La venalidad del mecanismo jurídico en sí mismo fue estrictamente excluida, y las irritaciones económicas del Derecho fueron canalizadas a través del mecanismo contractual. Simultáneamente, de este modo resultaba posible reservar su control último al Derecho y a la política⁶². En correspondencia, sólo la propia constitución de internet podrá ofrecer una respuesta realista a los problemas de corrupción estructural del *cyber law*, siempre que se logre establecer un acoplamiento estructural en funcionamiento entre estructuras de comunicación digitales y normas jurídicas fundamentales. Una cuestión completamente distinta es si –y en qué medida– tal constitución propia será impuesta políticamente desde fuera, sea de modo unilateral por el gobierno de EE.UU. o por un régimen internacional, o si se configurará como proceso de autoorganización interno de internet por medio de instituciones como ICANN y sus tribunales de arbitraje, organizaciones de estandarización como el *World Wide Web Consortium* o la *Internet Engineering Task Force* y movimientos ciudadanos digitales, o en un proceso híbrido⁶³. Pero no modifica en nada la necesidad de una constitución digital autónoma como acoplamiento estructural efectivo del Derecho a la comunicación digital.

“Law”: Legitimacy and Legal Structures of ICANN», en Joerges/Sand/Teubner (eds.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Nomos, Baden-Baden, 2003; LEHMKUHL (nota 58); THORNBURG, «Going Private: Technology, Due Process and Internet Dispute Resolution», *University of California Davis Law Review* 34 (2000), pp. 151-220.

⁶⁰ Cfr. la crítica de LEHMKUHL (nota 58), pp. 67 ss.; GEIST, «Fair.com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP» 2001, <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>

⁶¹ LUHMANN (nota 4), pp. 468 ss.

⁶² LUHMANN, *ibíd.*, pp. 452 ss.

⁶³ Al respecto, FARRELL (nota 58).

Segunda característica: jerarquía normativa

El acoplamiento estructural de orden social y Derecho es condición necesaria de una constitución civil, pero no es suficiente. Pues existen innumerables irritaciones recíprocas que no tienen, sin embargo, en sí mismas entidad constitucional. De este modo, se rechaza un concepto de constitución civil establecido en paralelo a un concepto de constitución económica definido como «conjunto de las reglas jurídicas vinculantes para la actividad económica en sociedad»⁶⁴. A la calidad de normas jurídicas y al acoplamiento estructural con el orden social se le ha de sumar una relación autológica específica, una jerarquización de normas de superior carácter constitucional y de carácter de juridicidad sencilla.

Ante todo, se trata de reglas de autoproducción del Derecho, es decir, de normas constitucionales que han de satisfacer la exigencia paradójica de regular la génesis conforme a Derecho de normas jurídicas y simultáneamente también de regular su propia génesis, o remitir, en lugar de ello, a un acto violento revolucionario, a un contrato social, a una fundación divina u otros mitos fundacionales. En este punto, ha adquirido especial influencia la concepción de Herbert Hart, quien sólo habla de Derecho cuando ha quedado establecida la diferencia constitucional entre normas primarias (dirección del comportamiento) y normas secundarias (creación del Derecho), y con ello también asume el problema de tener que interrumpir un regreso infinito de metameta...-normas con la arbitrariedad de una *ultimate rule of recognition*⁶⁵. El desafío en términos de constitución civil en este punto se halla en identificar reglas de autocreación autónomas que superen las limitaciones de perspectiva de un aparato de producción del Derecho centrado en la política. Si ya la tradición constitucional política encontraba dificultades en el carácter de normas jurídicas del Derecho judicial genuino, del Derecho de gentes, de los contratos privados, de las normas de organización privadas y del Derecho consuetudinario, porque en estos casos fracasan las normas secundarias «oficiales» que remiten en las constituciones positivadas a la legislación parlamentaria, en el caso de los regímenes jurídicos autónomos, los problemas se multiplican en los amplios espacios de la sociedad mundial. Respecto de estas cuestiones, en el caso de la *lex mercatoria* hay una acalorada discusión producida a lo largo de treinta años⁶⁶; en el caso de la *lex electronica* aún comienza lentamente a calentarse⁶⁷.

⁶⁴ STREIT, *Theorie der Wirtschaftspolitik*, Werner, Düsseldorf, 1991, p. 24.

⁶⁵ HART (nota 44), pp. 77 ss.

⁶⁶ ZUMBANSEN, «Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law», *European Law Journal* 8 (2002), pp. 400-432; BERGER, «Understanding International Commercial Arbitration», en Center of Transnational Law (ed.), *Understanding International Commercial Arbitration*, Quadis, Münster, 2000; LEHMKUHL, «Commercial Arbitration – Case of Private Transnational Self-Governance?», *Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter* (2000); TEUBNER, «Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society», en íd. (ed.), *Global Law Without A State*, Dartmouth Gower, Aldershot, 1997, pp. 3-28; STEIN, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Klostermann, Frankfurt, 1995.

⁶⁷ LEHMKUHL (nota 58), pp. 67 ss.; BROUSSEAU, «Internet Regulation: Does Self-Regulation Require an Institutional Framework?», 2001 en <http://www.isnie.org/ISNIE01/Papers01/brousseau.pdf>; FROMKIN, «Semi-private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process», en Mardsen (ed.), *Regulating the Global Information Society*, Routledge, London, 2000, pp. 211-232; GEIST (nota 60).

La temperatura de la discusión sube cuando se adquiere conciencia de que las normas secundarias no sólo dan respuesta a la pregunta «¿qué es Derecho vigente?», sino también a la cuestión normativa de cuáles son los agentes y procedimientos legítimos de la creación del Derecho.

¿Cuáles son las normas secundarias que definen el tránsito de la *netiquette*, es decir, de las buenas costumbres de internet (no realizar *spamming*, etc.), a un Derecho consuetudinario digital con pretensión universal de vigencia? ¿En qué autorización jurídico-constitucional pueden apoyarse las organizaciones estándar de internet cuando promulgan las reglas digitales de comunicación y las implementan seguidamente en la arquitectura de internet? ¿Cuáles son las *rules of recognition* por las que se rigen los tribunales de arbitraje privados de internet que deciden acerca de conflictos relativos a los dominios con pretensión de vinculatoriedad e –transcurrido un breve plazo para el recurso a los tribunales nacionales– imponen sus laudos mediante una ejecución forzosa electrónica? ¿Cuáles son las normas secundarias a través de las que se regula el carácter jurídico de las *click wrap rules*, condiciones generales de contratación de los proveedores de internet y *host provider*; que, como en nuestro inocente caso inicial, deciden de modo vinculante acerca del acceso a las instituciones de internet? Los estatistas se toman las cosas demasiado a la ligera si descalifican todo esto como fantasías jurídicas de sobreexcitados profesores de Harvard; una visión realista reconocerá que en el curso de tales prácticas jurídicas autónomas –que, debido al carácter textual de la comunicación digital, siempre son altamente formalizadas– también se generan –al menos de modo implícito– normas secundarias constitucionales que son capaces de superar la paradoja de vigencia de un derecho digital autoconstruido y deciden de modo selectivo acerca del carácter de norma jurídica de normas sociales.

Tercera característica: control de contenidos de la norma con base en criterios de derechos fundamentales

La jerarquía normativa no sólo significa autogénesis, sino también autocontrol del Derecho. El propio Derecho declara antijurídicas ciertas normas emitidas conforme a Derecho cuando su contenido se halla en contradicción con normas jurídico-constitucionales de rango superior. Como es sabido, esto ha conducido en las constituciones altamente evolucionadas la diferenciación entre jurisdicción constitucional/jurisdicción ordinaria y entre normas constitucionales/normas jurídicas ordinarias. Si no es posible detectar en los diversos sectores parciales de la sociedad tales diferenciaciones explícitas, ello no significa que no existan jerarquías normativas y que no tenga lugar un control normativo. Los controles judiciales de las condiciones generales de contratación, de estándares privados, de las regulaciones de corporaciones privadas, de laudos arbitrales en el ámbito nacional e internacional constituyen materialmente controles jurídico-constitucionales de elementos de Derecho no legislativo. Las obsoletas fórmulas de control jurídico-privadas de las «buenas costumbres», «buena fe», etc., que utilizan los tribunales de la jurisdicción ordinaria no deben llamar a engaño acerca de que materialmente en estos ámbitos se decide sobre el *ordre public*, es decir, de la compatibilidad de regulaciones «privadas» con criterios constitucionales, especialmente, con los derechos fundamentales. Esto se fundamenta invocando el efecto frente a terceros

de los derechos fundamentales en diversos ámbitos sociales. Sin embargo, un examen más detenido muestra que las normas privadas no se miden con criterios de la constitución política, sino de su propia constitución. Siempre se trata simultáneamente del desencadenamiento y del control jurídicos de la racionalidad específica del sistema. Se trata, por tanto, de la dimensión institucional de los derechos fundamentales en ámbitos sociales «privados»⁶⁸. Las regulaciones sociales en la periferia del sistema jurídico se aceptan en el centro del Derecho, pero en un proceso de control judicial se rechazan elementos corruptores que tienen su origen en las deficiencias jurídicas de la fuente externa del Derecho. Al mismo tiempo, sin embargo, el Derecho reconoce la racionalidad propia de los procesos externos de creación del Derecho, los traduce a la calidad de norma jurídica y con ello produce una considerable elevación de su estatus social. La consecuencia es: *setting up an internal human rights standard for the international regime concerned*⁶⁹. Los estándares de derechos fundamentales específicos de cada régimen no sólo son necesarios por razón de las colisiones de derechos fundamentales entre las constituciones nacionales, sino, con carácter aún más fundamental, por la propia racionalidad y propia dinámica del régimen correspondiente.

En relación con la política, el control normativo nacional-estatal en la jurisdicción constitucional ha presentado un modelo que en relación con otros subsistemas de momento sólo existe de modo rudimentario. ¿En qué punto el Derecho debe adaptarse, en un proceso de aprendizaje, a la racionalidad propia del otro subsistema, en qué punto deben ser rechazadas influencias corruptoras del Derecho? En el control constitucional de la creación política del Derecho se han desarrollado extensas técnicas de control que neutralizan relativamente las decisiones de los partidos políticos, reconstruyen políticas orientadas a los resultados como principios jurídicos universales, acomodan decisiones políticas en la dogmática jurídica de acuerdo con criterios jurídicos de consistencia y, en el peor de los casos, declaran inconstitucionales actos legislativos. Por otro lado, el Derecho constitucional ha liberado la lógica propia de la política al «politizar» al propio Derecho: la interpretación teleológica, la orientación con base en «políticas» de acción, la ponderación de intereses, el *impact assessment* y la orientación a las consecuencias son indicios de una adaptación del Derecho a la racionalidad de la política⁷⁰.

Sin embargo, ¿dónde están las combinaciones análogas de liberación y restricción que se configuran frente a sectores sociales no políticos si aquí están en acción mecanismos no legislativos de creación del Derecho? Parece claro que los criterios de control y los mecanismos de adaptación de la constitución política deben ser relevados por los de la constitución propia. Los estándares tecnológicos globales necesitan de controles jurídicos distintos, de criterios de control distintos y de procedimientos de control distintos que las condiciones generales de contratación

⁶⁸ Respecto del efecto de los derechos fundamentales desde una comprensión institucional, GERSTENBERG, «Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregulierung», en Neumann/Schulz (ed.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Steiner, Stuttgart, 1999, pp. 141-156; LADEUR (nota 32); GRABER / TEUBNER (nota 32).

⁶⁹ WALTER (nota 11), p. 197.

⁷⁰ Al respecto, TEUBNER, en *Autonomie des Individuums* (nota 34).

internacionales o que los códigos de conducta globales de corporaciones profesionales internacionales.

En internet se trata del famoso y temido «código», la corporeización digital de normas de comportamiento en la arquitectura del ciberespacio⁷¹. Su desencadenamiento y control es el tema general de la constitución digital, de modo paralelo al desencadenamiento y al control del fenómeno del poder en la constitución política. Para poder desarrollar criterios jurídicos para controlar el «código» es necesario llevar a cabo un análisis de sus riesgos específicos para el Derecho. ¿Cuáles son los peligros especiales para la autonomía individual que derivan de la específica regulación de la conducta por medio del «código»? Y ¿cómo afecta el «código» a la autonomía de las instituciones sociales? A continuación se plantea la cuestión de cómo han de reconstruirse de modo adecuado a internet los estándares constitucionales, especialmente los derechos fundamentales: ¿cuáles son los controles de contenido y de procedimiento del «código» que son necesarios para poder asegurar derechos fundamentales individuales y la autonomía institucional sectorial frente a las manifestaciones digitales de las normas jurídicas?

En este contexto, no se trata en primera línea del abuso de posiciones digitales de poder, sino de las consecuencias con relevancia para los derechos fundamentales de las diferencias estructurales entre «código» y Derecho. Si se persigue como objetivo la reorientación de los criterios constitucionales, éstos han de orientarse con base en tales estructuras básicas de internet. Dentro de su alcance, el «código» coloca el orden normativo del espacio simbólico internet sobre una base completamente nueva, ya que la conducta de los participantes en la red no es regulada por mandatos de comportamiento de las normas jurídicas apoyados en sanciones, sino por las coacciones electrónicas de los protocolos de red. ¿Qué significa, entonces, el cambio desde las normas jurídicas tradicionales a los protocolos de red para la constitución comunicativa de internet (decisiones y argumentaciones) y para los espacios de autonomía individuales o institucionales (derechos fundamentales)? ¿Cuáles son, en fin, los problemas jurídico-constitucionales del *digital embodiment of law*?

Una primera respuesta deriva del carácter *self-enforcing* del código. Lo que desde la perspectiva de la dirección instrumentalista –predominante entre los juristas dedicados a internet– aparece como gran ventaja del código⁷² se convierte en la pesadilla del Estado de Derecho. El Derecho tradicional está basado en la separación institucional, procedimental y personal de creación del Derecho, aplicación del Derecho e imposición coactiva. Esto rige también en gran medida respecto de los procesos de creación del Derecho en el sector privado. La digitalización, sin embargo, produce una especie de fusión nuclear de creación, aplicación y ejecución del Derecho. De este modo, desaparece una división de poderes constitucional dentro del proceso jurídico y una importante garantía para los espacios de autonomía individual e institucional.

⁷¹ LESSIG (nota 18); REIDENBERG, «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology», *Texas Law Review* 76 (1998), pp. 553-584.

⁷² En lo que afecta a esta perspectiva instrumental, ambos protagonistas de la constitución de internet difieren poco: LESSIG (nota 18) y JOHNSON/POST (nota 18).

Un segundo indicio lo ofrece la tríada de dirección del comportamiento, generación de expectativas y regulación de conflictos⁷³. El Derecho tradicional no es susceptible de ser reducido a una de estas funciones, sino que realiza las tres, si bien sólo bajo condición de su disociación, con sus instituciones, cultura jurídica y garantías jurídico-estatales propias. También en esta separación hay una garantía constitucional (oculta) de autonomía social. Pues las exigencias normativas elevadas, que contribuyen a la solución de conflictos, no necesariamente han de ser institucionalizadas como expectativas con efectos sociales, y mucho menos han de ser traspuestas a un comportamiento real. Sin embargo, en la corporización digital de normas jurídicas en el código, esta tríada se ve reducida a la única función de la dirección electrónica del comportamiento. De este modo, se pierden zonas de amortiguamiento garantes de autonomía entre las normas de conflicto, de expectativa y de comportamiento. El código de internet hace desaparecer los logros civilizatorios de la disociación y de las garantías propias de un Estado constitucional y de Derecho de las tres dimensiones.

La deriva hacia el cálculo de la normatividad es un ulterior aspecto con relevancia constitucional del código. Tradicionalmente, la tan discutida formalización del Derecho en última instancia sólo era posible de modo limitado. Los efectos que los juristas aprecian o temen en el Derecho formal tradicional son inocuos en comparación con la digitalización lograda en el código, que exige una formalización de la norma hasta ahora desconocida. Pues la estricta binarización 0-1, que en el mundo real sólo afectaba al código jurídico en el sentido de la teoría de los sistemas, esto es, la diferencia entre lícito/antijurídico, en el mundo virtual se extiende a los programas, es decir, a la condicionalización de la decisión en su conjunto. Ello excluye toda holgura interpretativa en los programas en lo que el código alcance. Las expectativas normativas relativas a modalidades de conducta, que siempre pudieron ser interpretadas, adaptadas, manipuladas, desviadas, se convierten en rígidas expectativas cognitivas de situaciones fácticas (inclusión/exclusión). En el código queda excluido el aprendizaje apócrifo que tiene lugar en las permanentes microvariaciones del Derecho por medio de nuevos supuestos o nuevas valoraciones sociales. Tampoco pueden desempeñar papel alguno los argumentos jurídicos en el ámbito de aplicación del código. Ya sólo se admiten argumentos en la puesta en vigor o en la modificación oficial del código, y no en la tarea jurídica permanente de la interpretación, aplicación y ejecución de normas. Materialmente, ello significa que queda completamente excluida toda informalidad en el ámbito de aplicación del código. Lo que en el Derecho tradicional siempre estuvo permitido, es decir, el establecer excepciones al Derecho, introducir consideraciones de equidad, simplemente, eludir el Derecho o sencillamente recurrir a la comunicación no jurídica, no funciona dentro del código de internet. La digitalización no permite una dispensa informal del código. No es extraño que en tal situación, que ha de renunciar a una «ilegalidad útil», la figura del *hacker*, que sabe cómo quebrar el código, se convierta prácticamente en un mito de Robin Hood.

Si esto caracteriza correctamente los riesgos para la autonomía, queda claro que ciertas exigencias jurídico-políticas formuladas frente al código sí tienen carácter de política constitucional. El movimiento *open source*, que exige estricta-

⁷³ Respecto de esta tríada de funciones del Derecho, *vid.* nota 4, pp. 124 ss.

mente la revelación del código fuente en cualquier *software* puesto en el mercado, para que la estructura de control de los programas pueda ser comprobada en cualquier momento, entonces ya no sólo aparece como un grupo de simpáticos idealistas⁷⁴. O, cuando Lessig exige que la digitalización de la dirección del comportamiento siempre ha de estar acompañada del principio del *narrow tailoring*, ello constituye una elevación de las exigencias del principio jurídico-constitucional de proporcionalidad frente al código en comparación con la norma jurídica, que también ha de ser respetada por agentes privados. Los controles judiciales, y también otros controles públicos de las metanormas del código adquieren entonces una relevancia que excede en mucho la que corresponde a los controles similares respecto de condiciones generales de contratación o de estatutos de corporaciones en el espacio real. Lo mismo rige respecto del Derecho de la competencia en internet, puesto que no sólo se trata de la apertura de mercados, sino simultáneamente también de mantener abierta la posibilidad de regulaciones alternativas del código⁷⁵.

Cuarta característica: constitución dual en ámbito organizado y ámbito espontáneo

Si el Derecho constitucional político ha de regular materialmente dos grandes ámbitos –Derecho de la organización del Estado y derechos fundamentales de los ciudadanos–, ¿cómo puede esto generalizarse de modo adecuado? Mi propuesta es que siempre se trata de la regulación de un ámbito formalmente organizado y de un ámbito espontáneo dentro de un sistema parcial y, especialmente, de la precaria relación entre ellos⁷⁶. Parece que una constitución democrática depende de que se logre institucionalizar un dualismo de racionalidad formalmente organizada y espontaneidad informal como interdependencia dinámica sin predominio de uno u otro. En la política resultan decisivos los controles recíprocos del ámbito formalmente organizado de partidos políticos y Administración estatal y del ámbito espontáneo de cuerpo electoral, grupos de intereses y opinión pública. Bajo otras premisas, en la globalización esto se reproduce en la relación entre el ámbito espontáneo de las relaciones internacionales y las organizaciones internacionales. En la economía se ha establecido firmemente –precisamente, después del último impulso de globalización– la tensión entre el ámbito espontáneo constituido en mercado y ámbito de organización constituido en empresas. También en la investigación a escala mundial parece haber tendencias hacia el desarrollo de un ámbito espontáneo global frente a organizaciones de investigación formalizadas. En el sector educativo, la competencia mundial de las Universidades parece asumir el papel de un ámbito espontáneo. En todos estos sectores, el desafío jurídico-constitucional estaría en asegurar también en el plano normativo la dualidad de la autonomía social en los subsistemas, es decir, una dinámica de control de ámbito espontáneo y ámbito de organización.

⁷⁴ LESSIG, *The Future of Ideas*, Random House, New York, 2001; BOYLE, «Fencing Off Ideas», *Daedalus* 2002, pp. 13-25; BENKLER, «Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain», 2001 Conference Paper, <http://james-boyle.com>

⁷⁵ LESSIG (nota 18), pp. 43 ss.

⁷⁶ Extensamente, TEUBNER, en *Autonomie des Individuums* (nota 34).

En el ciberespacio cabe constatar evoluciones similares. Lessig teme una evolución de internet hacia una densidad de control intolerable por parte de una coalición de intereses económicos y políticos⁷⁷. Mientras que internet en sus anárquicos comienzos estaba basado en los principios de la inclusión de todos, del anonimato, la libertad frente a controles y la heterarquía, hoy se intensifican las tendencias, de motivación político-económica, hacia la configuración de las llamadas intranets, es decir, redes cerradas basadas en la exclusión, el control, la jerarquía y estricta orientación a fines. Esta misma evolución, sin embargo, también admite una interpretación distinta, esto es, como diferenciación interna del ciberespacio en un ámbito espontáneo anárquico (internet) y en diversos ámbitos especiales altamente organizados (intranets). El paralelismo hacia otros sistemas sociales en los que se ha desarrollado una relación de control recíproco entre ámbito formalmente organizado y ámbito espontáneo es claro. Y entonces, en el plano político no se trataría –con Lessig y otros– de combatir la evolución hacia el cibercorporativismo, sino de estabilizar la diferencia espontáneo/organizado como tal y de asegurarla institucionalmente. La constitución de internet distinguiría entre los ámbitos espontáneos de lo público (similares al sector de derechos fundamentales de la constitución o el Derecho constitucional del mercado) y ámbitos de organización altamente formalizados (similares al Derecho de organización del Estado o el Derecho de sociedades), estabilizar a ambos en su lógica propia y vería su principal cometido en la ampliación de sus controles recíprocos.

VI. LAS CONSTITUCIONES GLOBALES EN LA DICOTOMÍA PÚBLICO/PRIVADO

Es evidente que las constituciones civiles globales no se compadecen ni con la dicotomía público/privado ni con la separación en disciplinas de Derecho público y Derecho privado. El objeto obliga al Derecho internacional público y al Derecho privado transnacional a una cooperación en el análisis constitucional de regímenes globales, pero a la vez sectoriales. ¿Cómo ha de determinarse la relación de división de trabajo y cooperación? Una atribución a una de las disciplinas en función de la «cuota estatal» del régimen sometido a análisis rompería caprichosamente con relaciones jurídico-constitucionales existentes. Por otra parte, tampoco cabe esperar un liderazgo teórico desde el concepto de *international community*, de comunidad de pueblos, puesto que sugiere una uniformidad global o incluso una capacidad de acción colectiva que no se corresponde con la actual situación de una globalización fragmentada⁷⁸. Desde el punto de vista de la teoría de los sistemas, son tres los criterios que se ofrecen:

1) El concepto de la sociedad mundial, a diferencia de la *international community*, está desde un principio predispuesto para la descentralización: la sociedad mundial es una sociedad sin cúspide, que sólo puede ser constitucionalizada en

⁷⁷ LESSIG (nota 18).

⁷⁸ Respecto del concepto de comunidad internacional, TOMUSCHAT, «Die internationale Gemeinschaft», *Archiv des Völkerrechts* 33 (1995), pp. 1 ss.

sus fragmentos, precisamente, en las constituciones de ciertos ámbitos sociales sectoriales.

2) El concepto de Derecho mundial permite hablar de un sistema jurídico global, que, sin embargo, no existe como unidad, sino sólo en forma fragmentada. Lo decisivo es que en los actuales procesos de globalización la tradicional diferenciación interna del Derecho se modifica. A la diferenciación en una multiplicidad de sistemas jurídicos nacionales se superpone la diferenciación en regímenes jurídicos no definidos territorialmente, sino sectorialmente, que se convierten en los titulares de las constituciones civiles.

3) No cabe esperar una integración de las constituciones civiles parciales por una constitución política de conjunto, pero sí puede afirmarse que en la colisión de diversas constituciones parciales se generarán conexiones en red de las constituciones. Partiendo de las respectivas tradiciones conceptuales, por mucha cooperación que haya, cabe prever que se generará una división del trabajo en puntos de gravedad que atribuirá al Derecho privado el cometido de elaborar el carácter propio y la autonomía de las constituciones sociales parciales, mientras que el Derecho público se concentrará en el ulterior desarrollo de constituciones genuinamente políticas, en las condiciones marco de las constituciones civiles y en la puesta en red de las diversas constituciones parciales.