

LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO y los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado: Fenómenos sistémicos y Cibernéticos.

Exprofesor titular de Teoría General y Filosofía
del Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
Abogado Mediador (Argentina) grun@elsitio.net

ERNESTO GRÜN

Resumen

Una síntesis de los principales conceptos implicados en la Teoría General de Sistemas y la Cibernética preceden la discusión acerca de la globalización y, en especial, de la globalización del derecho.

Analizo cómo el proceso de la globalización afectará al derecho. Las modificaciones del entorno de los fenómenos jurídicos –como la economía y la política, entre otros sistemas– llevará ineludiblemente a cambios significativos en el derecho y en la forma en que el mismo es creado y aplicado.

Como todos los otros fenómenos producidos por la globalización el derecho globalizado implica un proceso sistémico y cibernético que tiene diversas manifestaciones.

*También expongo las características sistémicas y cibernéticas de los nuevos sistemas jurídicos que aparecen en el mundo globalizado, la *lex mercatoria* y la *jus retis*, la ley de Internet.*

Palabras clave: sistémica, cibernética, globalización,
lex mercatoria, *jus retis*

Introducción

La «globalización» es un fenómeno sistémico, por cuanto implica un sistema o conjunto de sistemas altamente complejo y en continua y acelerada evolución que abarca muchísimos aspectos de nuestra realidad humana y, aún más allá de ella, nuestra realidad ecológica; que hace al futuro de la sociedad humana pero también al futuro del planeta.¹

¹ Véase de Nicanor Saleño «Globalización, Civilización mundial y culturas nacionales» CFSNT S:A: Grupo Editor Multimedia, 1999. Otro trabajo de sumo interés es “El modelo neuronal de la globalización emergente” de Charles François en <http://www.concytec.gob.pe/ias/arfran02.htm>

Se producen numerosísimas interrelaciones y retroalimentaciones de manera que también tiene muchos aspectos cibernéticos.

De allí que todo lo que se relacione con este a la vez antiquísimo y novísimo fenómeno ² puede, y a nuestro juicio debe, estudiarse con las herramientas conceptuales, epistemológicas y metodológicas de la sistémica y la cibernética. También en el área que abarca lo jurídico en sus diversas manifestaciones.

Conceptos Fundamentales de Sistémica y Cibernética

Haremos, a continuación, para ubicar al lector, una muy breve síntesis de las principales nociones acerca de la sistémica y la cibernética, para luego entrar en los aspectos sustanciales de la globalización y, específicamente, de la globalización jurídica.

♦ El enfoque sistémico es una nueva visión del mundo que abarca un sistema de conceptos, un cuerpo teórico, una teoría de la praxis y metodologías de investigación, planificación y diseño de sistemas.

♦ La sistémica, o su enfoque más amplio, la «filosofía de sistemas» es la reorientación del pensamiento y la visión del mundo resultante de la introducción del **sistema** como nuevo paradigma científico.

♦ Los objetivos principales de la sistémica son: a) investigar las analogías, paralelismos, semejanzas, correlaciones e isomorfías de los conceptos, leyes y modelos de las diversas ciencias. A este respecto cabe precisar un concepto central como lo es el de «isomorfía» que se ha definido como la fórmula, pauta,

estructura, proceso o interacción que demuestra ser la misma, aunque en términos generales, a través de numerosas disciplinas y escala de magnitudes de sistemas reales, pese a la diferencia obvia de las partes de los distintos sistemas; b) fomentar la transferencia de conocimientos entre las diversas ciencias; c) estimular el desarrollo y formulación de modelos teóricos en aquellos campos que carecen de ellos o en los cuales los mismos son muy rudimentarios e imperfectos; d) promover la unidad de las ciencias y trata de obtener la uniformidad del lenguaje científico.

♦ El sistema puede ser caracterizado como una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico» (p. ej. un hombre, una empresa comercial). Un sistema es un todo que funciona y que no puede ser dividido en partes independientes.

♦ Existen leyes generales de sistemas aplicables a cualquier sistema de determinado tipo, sin importar las propiedades particulares del mismo ni de los elementos participantes.

♦ La sistémica no estudia a los sistemas a partir de sus elementos básicos o últimos sino tratándolos a partir de su organización interna, sus interrelaciones recíprocas, sus niveles jerárquicos, su capacidad de variación y adaptación, su conservación de identidad, su autonomía, las relaciones entre sus elementos, sus reglas de

² Un interesante panorama de la evolución histórica de la globalización desde los tiempos más remotos hasta hoy día puede consultarse en Internet:

“El camino de la globalización: una visión sistémica: por Charles Francois www.concytec.gob.pe/ias/globaliz.htm.

Otros aspectos históricos y políticos pueden verse en “Geosociología y Geopolítica de la Globalización” del mismo autor.

www.concytec.gob.pe/ias/arfran05.htm

organización y crecimiento, su desorganización y destrucción, etc. Una de sus virtudes esenciales es la de tratar a los sistemas, sin prescindir de sus relaciones con su entorno manteniendo además las conexiones internas y externas de sus elementos. Todo lo cual no puede ser separado sin destruir la esencia del sistema, es decir su unidad. Pues una de las ideas básicas es que el todo es más (y es otra cosa) que la suma de sus partes porque las características constitutivas de ese todo no son explicables a partir de las características de las partes aisladas. Es otra cosa y es más porque la entidad de nivel superior tiene otras capacidades que las partes que lo componen.

- ♦ La realidad se nos presenta bajo dos aspectos complementarios inseparables; 1) lo **estructural-estático** y 2) lo **funcional-dinámico**. La estructura es el orden en que se hallan distribuidos los elementos del sistema. Cada elemento se halla situado en la estructura de acuerdo con la función que le compete. Estructura y función son dos enfoques complementarios de una misma realidad y ninguno describe acabadamente por sí solo el sistema. Sin estructura la función desaparecería. Un enfoque diacrónico del sistema pone de resalto la función, una enfoque sincrónico, la estructura. Los dos aspectos han de estar correctamente integrados; puede razonarse solamente en forma transitoria y con muchas precauciones teniendo en cuenta a uno solo de ellos.

- ♦ Todos los sistemas que implican o simulan vida o la mente son abiertos, pues se hallan, necesariamente, en comunicación con el entorno o con otros sistemas. En rigor puede decirse que, desde el punto de vista de la Teoría General

de los Sistemas no existe ningún sistema totalmente cerrado. Son abiertos porque en ello penetra y circulan flujos de energía, información y materia, y finalmente tales elementos pueden salir de nuevo al entorno.

- ♦ Por su parte la cibernética se ocupa del estudio del mando, del control y de las regulaciones de los sistemas constituye una parte inseparable de la Teoría General de los Sistemas y sus conceptos son extremadamente útiles para entender el funcionamiento de los sistemas complejos. No debe confundirse este concepto con el de la computación, que solamente abarca aspectos parciales de un tema muchísimo más amplio

Al respecto dice Norbert Wiener, creador de esta disciplina, que es el propósito de la Cibernética el desarrollar un lenguaje y técnicas que nos permitirán atacar los problemas de control y comunicación en general.

Por su parte Rodríguez Delgado la define como la ciencia que estudia en detalle los mecanismos de control y autocontrol de los sistemas para conseguir objetivos prefijados, que suelen consistir en el mantenimiento del sistema.

- ♦ Un concepto muy importante, casi diríamos fundamental, en cibernética es el de la retroalimentación que parte del principio de que todos los elementos de una totalidad sistémica deben comunicarse entre sí para poder desarrollar interrelaciones coherentes. Sin comunicación no hay orden y sin orden no hay totalidad, lo que rige tanto para los sistemas físicos como para los biológicos y los sociológicos.

La retroalimentación es negativa cuando su función consiste en contener o regular el cambio=fuerza estabilizadora (ej. termostato). Es positiva si amplifica o multiplica el cambio en una dirección determinada =fuerza desestabilizadora (ej. carrera armamentista).

Por lo tanto la retroalimentación negativa disminuye y la positiva aumenta las desviaciones del sistema de lo que podría admitirse como su logro adaptativo o meta viable. También se habla de la retroalimentación compensada, que se produce cuando un regulador ejerce alternadamente retroalimentaciones positivas o negativas, según las necesidades del mantenimiento de la estabilidad dinámica del sistema o subsistema regulado.

Sin pretender con lo expuesto agotar las nociones básicas, creo que permitirá al menos al lector ubicarse más cómodamente en la temática a desarrollar.³

¿Qué es la Globalización?

La globalización ha sido definida como **el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la economía.**⁴ Es decir interrelaciona, interconecta diversos sistemas sociales de distinta envergadura.

La globalización se distingue de la internacionalización que es definida como **el medio para posibilitar a las naciones - estados de satisfacer sus intereses nacionales en áreas en las cuales son incapaces de hacerlo por sí mismas.**



La internacionalización implica cooperación entre estados soberanos mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía de dichos estados.⁵

Antes de entrar en el tema específico que trataremos, corresponde indicar que entendemos que se trata de un error cuando se habla de la globalización como si fuese un fenómeno único. Existen diversos fenómenos de globalización en distintas áreas: la económica, la cultural, la de las enfermedades, etc. Y ellos se encuentran interrelacionados e interactúan.⁶

Aparece también una gran complicación porque las globalizaciones avanzan con velocidades muy diferentes» Los fenómenos que se producen en el curso de las globalizaciones se retroalimentan, ora con retroalimentaciones negativas, pero las más de las veces

³ Para un desarrollo más amplio de las nociones sistémicas y cibernéticas, véase "Una visión sistémica y cibernética del derecho" Ed Abeledo Perrot, 1995 o en Internet: www.filosofia.derecho.com/revista/menue3/signa.htm

⁴ Véase de Martin H.P y Schumann H. »Die Globalisierungsfalle Rohmolt, 1996

⁵ Véase Spota Antonio A. «Globalización, integración y derecho constitucional. «Revista Jurídica "La Ley" 1999-I-p 905.

⁶ En una vena humorística, pero muy gráfica se ha dicho: ¿Qué es la globalización? El mejor ejemplo lo

Globalización y Derecho

Si, conforme la expresión de Grotius: "**Ubi societas ibi ius**", (**Donde hay sociedad, hay derecho**) estando la sociedad actual en proceso de encaminarse hacia una mundial, global, qué apariencia tendrá su derecho?. Algunas aproximaciones pueden formularse, sin que ello pretenda más que bosquejar una respuesta a esta pregunta.

En el caso del derecho que siempre suele ir a la zaga de los fenómenos económicos y sociales puede decirse que recién nos encontramos en los prolegómenos de este proceso de globalización, producto de la transformación de la sociedad.

Podemos decir que en el ámbito de las ciencias jurídicas las modificaciones del contexto, del entorno de los fenómenos jurídicos, que son la economía, la política, entre otros sistemas, han de llevar, ineludiblemente a sustanciales modificaciones en el modo de pensar y crear el derecho.

Los ejemplos más visibles y resonantes del fenómeno de la globalización jurídica, en los últimos tiempos han sido: el del juicio a Pinochet en España y su conexo trámite de extradición en Inglaterra y la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional. Porque es justamente en el campo de los derechos humanos donde comienza a notarse la aparición de mecanismos e instituciones jurídicas globales.^{7,8} Pero también existen ejemplos de la tendencia globalizadora en áreas como la impositiva, la laboral, la sanitaria, entre otras.

tenemos en el caso de la princesa Diana: Se trata de una ex Princesa británica, con un novio egipcio, que usa un celular sueco, que choca en un túnel francés, en un auto alemán, con motor holandés, manejado por un conductor belga, que estaba excedido de whiskey escocés. A ellos les seguía de cerca un paparazzi italiano, en una motocicleta japonesa. Ella fue intervenida por un médico ruso y un asistente filipino. Este artículo fue traducido del inglés por un ecuatoriano ¿ Esta claro que es la globalización ?

⁷Véase Andrich Marta "Derechos humanos y globalización" *La Ley Actualidad* 18-2-99 p2 y Bariffi Francisco José "La Justicia Global" *Revista Universitaria La Ley* Nro 4 pag 1
⁸En su fallo in re Reino de España vs Pinochet Ugarte, Augusto, publicado en Suplemento de Derecho Constitucional de "La Ley" del 29/11/99 el Juez Barile (Tribunal de Bow Street, Londres) ha hablado que "una creciente tendencia de la comunidad internacional para declarar fuera de la ley delitos que son horrendos para una sociedad civilizada trátase de delitos, de crueldad y violencia que pueden ser cometidos por

con retroalimentaciones positivas, a las cuales, por sus características resulta difícil ponerles freno. Se produce lo que Charles Francois ha llamado la emergencia por estructuración disipativa de mega-o meta-estructuras globales que van, parecería, en forma inevitable, a imponer un orden de nivel superior a la indispensable convivencia armónica del hombre con su planeta.

También parece ser un error erigir a la globalización económica y financiera como la que engloba a las demás. Sin dejar de reconocer que es la más visible y la que mayor influencia tiene sobre las otras. En una visión sistémica del fenómeno no podemos decir que exista la primacía de un determinado sistema sobre los otros.

El Estado es una realidad territorial y la regla en el mundo de hoy es la desterritorialización de la riqueza, el poder y la información, porque la reproducción del capitalismo, como mecanismo de acumulación se globalizó y que por eso, la internacionalización productiva del capitalismo que se despliega en las dos últimas décadas, no es sólo la aparición de una nueva era histórica de carácter global, sino también es **una quiebra de los supuestos del conocimiento: una ruptura epistemológica**. Cambió el contexto mundial, se modificó la forma de pensar.

De allí que el pensamiento lineal, secuencial, cartesiano, que tradicionalmente se ha usado para enfocar los problemas científicos, políticos y jurídicos no sirve para describirlos, analizarlos ni mucho menos para actuar sobre ellos.

El Derecho Globalizado Desde un Enfoque Sistémico-Cibernético

La aparición de un derecho globalizado implica, como los demás fenómenos que produce la globalización, un proceso sistémico y cibernético con muy diversas manifestaciones, que ha ido e irá evolucionando con las características del desarrollo que muestran los sistemas complejos en su faz lejos del equilibrio⁹.

En efecto, para no citar sino algunos de los más notorios, actualmente se producen varios fenómenos en el ámbito del derecho, en forma simultánea: Por una parte el derecho internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales. Los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, que se orientan rápidamente a constituir un sistema jurídico mundial. De la noción del derecho internacional como un «derecho primitivo», expresado a través de la «comitas gentium» (cortesía internacional) y el principio de «pacta sunt servanda», (los pactos deben ser cumplidos) en pocos decenios se ha pasado a organizaciones complejas y estructuradas como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, la Organización de los Estados Americanos, el Mercosur, etc.. Esto se ve claramente en Europa y en la reforma constitucional argentina, a través de diversas de sus normas¹⁰ y en jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia¹¹.

Quizá debería empezar a hablarse, en algunas áreas al menos, de derecho **transnacional** y no de derecho **internacional**¹².

Es que nos encontramos en un nuevo momento: los sistemas jurídicos de la modernidad, de los Estados nacionales, están en crisis. La época posterior a la Segunda Guerra Mundial, estos últimos cincuenta años, ha traído profundas transformaciones, en todas las áreas del conocimiento y la tecnología, se han complejizado tanto las relaciones sociales, por el crecimiento absolutamente extraordinario de los medios de comunicación (el avión, el satélite, la televisión, el fax, el correo electrónico, Internet, etc.), la economía global y la explotación de los recursos naturales frente a la explosión de la población¹³, todo ello ha hecho surgir nuevas funciones que el derecho tiene que asumir no solamente a nivel del sistema social, sino también del ecológico¹⁴ por lo que están dadas las condiciones para que, sometido a todas estas influencias del entorno social y natural, se transforme, su estructura devenga sustancialmente diferente, sus funciones se amplíen y modifiquen en una forma casi inimaginable solo algunos decenios atrás.

Por ello, el sistema jurídico mundial, y sus subsistemas jurídicos nacionales están otra vez lejos del equilibrio¹⁵, como ha sucedido reiteradamente en el curso de su evolución por imperio de las grandes transformaciones históricas de la humanidad, desde el primitivo derecho consuetudinario, pasando por el jurisprudencial y llegando al del imperio de la ley escrita y la influencia de la doctrina de los juristas. En este momento histórico se está produciendo por ello un proceso que puede quizá calificarse de caótico en el ámbito jurídico del cual es de esperar, conforme la mecánica de estos fenómenos que

individuos, por grupos de terroristas que buscan influir o derrocar gobiernos democráticos o por parte de gobiernos no democráticos en perjuicio de sus propios ciudadanos. Se puede decir que esta evolución presagia el día en que, a los fines de la extradiición rija una misma ley en todo el mundo» (el subrayado es mío)

⁹ Véase más extensamente sobre los «sistemas lejos del equilibrio» mi trabajo «El derecho posmo-dermo: un sistema lejos del equilibrio» en «Pielagus Nro 1.

¹⁰ Págs. Art. 75 incs 22 y 24

¹¹ Véanse por ejemplo los fallos «Girolini», «Cafés La Virginia» y jurisprudencia citada en los mismos.

¹² Véase Barff op. y loc. cit.

¹³ Dice Charles Francois en «El cerebro Planetario» (Cuadernos Gesi-AATGSCN. 12 (II) que se está produciendo el nacimiento de comunidades políticas transnacionales, la aparición de una red financiera mundial; la multiplicación y la desnacionalización progresiva de grandes empresas mundiales; el nacimiento de una conciencia ecológica que trasciende las fronteras y las disciplinas especializadas, el establecimiento de redes transcontinentales de información científica y técnica...» (p. 111)

¹⁴ Véase al respecto en Grün E, «Una visión sistémica y cibernética del derecho» Ed Abeledo

Perrot 1995 Apéndice «Sistema jurídico y sistema ecológico. Un enfoque sistémico». O en La Ley (Suplemento Actualidad 19/8/1993). También "Globalización del Derecho Ambiental" www.estrucplan.com.ar/articulos/globalizacion.asp

¹⁵ Como señala Rodríguez Delgado: un observador, aplicando escalas temporales variables, puede ver el mismo sistema como permanente, homeostático o transformado en otros sistemas cualitativamente diferentes. (Rodríguez Delgado Rafael «Systems Dialectics for integrated Development» en International Systems Science Handbook' Ed. Rafael R. Delgado y Bela H Banaty, 1993 p.350)

¹⁶ Véase el interesante artículo de Kaushik Basu "Democracia global en retirada" en el diario "La Nación," Buenos Aires, del 26/8/2002

¹⁷ Dice el Dr Pedro J Frías, académico y constitucionalista de nota, ex Juez de la Corte Suprema de Justicia, en una entrevista publicada en La Nación (7/2/200 pag 7) que a su entender, el arbitraje de la política exterior, de la macroeconomía, la justicia, la seguridad y los grandes equilibrios entre el capital y el trabajo, y la producción y el consumo, no pueden escapar al Estado, pero con otro

se reorganice en un nivel superior y de mayor complejidad.

Como nos enseña Alvin Toffler: que la democracia en sí, ha alcanzado ese momento en que un sistema salta a un nivel superior de organización o se desintegra por completo (Es decir estamos en presencia de una estructura disipativa en el sentido dado a la expresión por Ilya Prigogine). Y dice que para captar tanto las oportunidades como las nuevas y extrañas amenazas a las que la democracia se enfrenta, necesitamos considerar la política y el gobierno de una forma nueva.¹⁶

Consecuentemente necesitamos también considerar el derecho de una forma nueva¹⁷ y a ello apunta la visión sistémica y cibernética de los fenómenos jurídicos. La tendencia a identificar el Derecho con el derecho estatal, que todavía hoy existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado Nacional moderno. Pero debe ello complementarse con una visión del papel del Estado a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, hasta la actualidad, donde se observa una desjerarquización del concepto de Estado Nacional como consecuencia, por un lado, de la aparición de entidades supra nacionales gubernamentales y no gubernamentales y por el otro, de fortalecimiento de centros de poder infra-nacionales¹⁸.

La crisis de la noción de «Estado nacional» denunciada por la posmodernidad tiene su correlato en el mundo jurídico en el debilitamiento de la identificación entre Derecho y norma jurídica como producto de la facultad

monopólica de ese mismo Estado¹⁹. Como apunta Beck ²⁰ se destruye una premisa central de la primera época moderna (así la distingue el autor de la posmodernidad), esto es la idea de *vivir y actuar en espacios cerrados y delimitables entre sí de estados nacionales y sus respectivas sociedades nacionales*. La idea de que un sistema jurídico nacional es un sistema cerrado de normas ya resulta totalmente inadecuada para describirlo y modelizarlo.

Los estados-naciones continuarán declinando como unidades efectivas de poder: son demasiado pequeños para resolver los grandes problemas, y demasiado grandes para resolver los problemas pequeños. Los observadores de las relaciones internacionales notan frecuentemente que los gobiernos ya no tienen control sobre las fuerza económicas que actúan dentro de sus países.

La globalización trae modificaciones sustanciales al derecho constitucional. Es muy difícil pronosticar como será el derecho constitucional frente al poder globalizado. E inclusive si existirá un derecho constitucional de la globalización. La formulación de la mayoría de las Constituciones en tiempos recientes nos muestra este proceso de cambio de la idea de una Constitución como Norma Fundamental del orden jurídico nacional.

Los Nuevos Sistemas Jurídicos del Mundo Globalizado

Un fenómeno especial que suscita la globalización es la aparición reciente de algunos nuevos y en cierta forma aún rudimentarios sistemas

jurídicos de características muy especiales, que los diferencian sustancialmente de los tradicionales sistemas jurídicos nacionales de los siglos XIX y XX y del sistema jurídico internacional que habitualmente se manejan en la práctica y la teoría jurídicas. Estos nuevos sistemas a los que podríamos caracterizar como fenómenos específicos del mundo globalizado son: por un lado la denominada «lex mercatoria» consecuencia del extraordinario incremento del comercio mundial con nuevos lineamientos, problemáticas y mecanismos; por el otro la aparición de lo que ha dado en llamarse «ius retis» que tiene que ver con ese fenómeno extraordinario y explosivo que es Internet y su creciente aplicación e influencia en todos los órdenes de la vida humana en el planeta.²¹

Estos fenómenos son diferentes, aunque relacionados con aquellos aspectos de la globalización del derecho que hemos analizado más arriba. Me parece imperioso empezar a describir y discutir aspectos que hacen a la filosofía, la teoría y la ciencia del derecho de estos sistemas jurídicos que funcionan en las áreas globalizadas de nuestro mundo, apartándonos tanto del enfoque del derecho estatal como del derecho internacional, aún prevalecientes. Y ello desde el ángulo de la sistémica, la cibernética, hoy en día prácticamente refundidas en las denominadas “teorías de los sistemas complejos”.

La Lex Mercatoria

Se ha caracterizado a la «lex mercatoria» diciendo que en las relaciones comerciales internacionales existen reglas consuetu-

dinarias internacionales, la lex mercatoria o derecho a-nacional o tercer derecho.²²

En vez de sustentarse en la voluntad del legislador nacional la «lex mercatoria» lo hace en el rico venero de materiales conceptuales no jurídicos, costumbres comerciales internacionales, prácticas comerciales generadas a partir de las caóticas condiciones del mercado mundial, o más bien en las prácticas dictadas por los intereses económicos dominantes y los conflictos se resuelven por la vía de arbitrajes. En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron «siempre» normas, sobre cuya autoridad inmemorial puede uno basarse. Del mismo modo hacen referencia a viejas decisiones arbitrales, en las cuales se ha decidido conforme a «equidad».

Históricamente este orden jurídico transnacional de los mercados mundiales ha demostrado ser el, hasta ahora, más exitoso caso de un derecho mundial independiente, que se encuentra más allá del ordenamiento político internacional. Empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún derecho material nacional. Convienen en someter sus contratos a un arbitraje independiente de los derechos nacionales que, a su vez debe aplicar normas de un derecho comercial transnacional.

Evidentemente se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona por fuera de los ordenes jurídicos nacionales y de las convenciones de derecho internacional con un sistema normativo y jurisdicción propia que no puede ser ubicado dentro de la

modo de gestión, abierto a la sociedad, comunicado y descentralizado.

¹⁸ Esto resulta muy visible actualmente en Europa por la federalización de estados unitarios en curso o en potencia (Alemania, España, Bélgica), por las complejas situaciones producto de la desintegración de la Unión Soviética, etc

¹⁹ Bobbio Norberto» *Teoría General del Derecho*, Temis Bogota, 1992) cit por Russo Eduardo Angel «Teoría General del Derecho en la modernidad y la posmodernidad» Abeledo Perrot 1995 p 254 y sigts.

²⁰ Beck Was ist Globalisierung. Sübrkamp. 1998 p44

²¹ No son los únicos sistemas jurídicos con estas características que han aparecido recientemente. Particularmente los sistemas normativos de las organizaciones no gubernamentales (ONG) (Véase el artículo de Stephan Hobe «Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations» Especialmente interesante es el caso del Comité Olímpico Internacional del cual Hobe comenta:» the International Olympic Committee (IOC)

does not fulfill its tasks in cooperation with states but instead acts autonomously within the legal order of the Olympic Games. It is precisely this autonomy that makes the structural organization of the IOC worth examining in detail. In view of the growing professionalization of sports, the relative autonomy of an international sports order is constantly shrinking; however, this is not the case with regard to the international legal order for the Olympic Games. The IOC is recognized as an international NGO that assumes supreme jurisdictional power to act in the area of amateur athletics. State practice appears to accept the relative autonomy of the legal order framed and executed by the IOC. For instance, decisions regarding the selection of Olympic cities have been treated as sovereign, and state courts remain reluctant to grant legal protection against punitive acts of the IOC, such as a prohibition to participate in the Olympics. In an era of fully professionalized sports, such prohibition can, however, amount to a denial of fundamental rights, like the right to free choice and the exercise of a profession. The state's acceptance of the IOC's jurisdiction finds its telling expression in Article 34, paragraph 1 of the Olympic Charter, which defines a country as any state,

jerarquía normativa clásica del derecho nacional e internacional. Lo novedoso es que se sustraen de la pretensión regulatoria del derecho nacional y del derecho internacional y que pretenden un nivel regulatorio autónomo y lo llevan prácticamente a cabo.²³ Emerge una ley comercial global independiente de cualquier legislador global, si bien dependiente de instituciones legales y judiciales existentes desde hace tiempo ²⁴por cuanto las decisiones arbitrales, usualmente pueden ser exigidas y perseguidas en tribunales nacionales.

A esta *lex mercatoria* se la relaciona con la que funcionó en la Edad Media, básicamente entre los siglos X y XIII, cuando cortes de mercaderes especiales que funcionaban en lugares específicos (mercados, ferias y puertos) adjudicaban disputas entre comerciantes con referencia a las prácticas comerciales consuetudinarias, cuyas decisiones eran válidas y ejecutables bajo leyes nacionales porque los señores de la época reconocían los beneficios de un comercio eficiente. El énfasis era la rápida e informal resolución de las causas y su focalización sobre la flexibilidad, libertad contractual y la decisión de los casos «ex aequo et bono», para acomodarse a la constante evolución de las costumbres mercantiles. Los jueces mismos eran comerciantes.

El Derecho de Internet

Está emergiendo, por otro lado, el «*corpus juris retis*», «*ius retis*» o «*ius informática*», según las denominaciones dadas por diversos autores, el derecho de Internet, constituido por normas técnicas y jurídicas, incluyendo precedentes generados por órganos de un nuevo

cuño: «Administrativo» (ni judicial, ni arbitral), cuyos contenidos están siendo producidos por la interrelación de prácticas de personas de distintos sistemas jurídicos, pautas culturales diversas y hasta sistemas de valores competitivos, unidos todos por las necesidades del tráfico en una misma Red.

En los comienzos del tercer milenio los hombres, ahora también «ciudadanos de la Red» (netcitizens, como los llaman algunos autores anglosajones), podrían extender este modelo a otras áreas de este, nuestro entorno mundial²⁵

Existe una posición radicalizada, casi podría llamarse anarquista, representada por John P. Barlow que sostiene la innecesariedad de toda regulación jurídica en el ciberespacio.²⁶ Evidentemente esta posición es algo ingenua, pues cualquier grupo humano integrado por un importante número de personas, necesita algo más que normas éticas para regular sus relaciones. Pero apunta a la inadecuación de las normas estatales para ello.

En este sentido sostienen Johnson y Post,²⁷ dos autores que han trabajado intensamente el tema, que la Red posee un nuevo proceso descentralizado que, claramente no se parece a los que hemos usado en el pasado para promulgar leyes y para hacer cumplir normas de conducta. Entienden que bien podría ser «gobernado» por un mecanismo que denominan derecho descentralizado, emergente, y que Tom Bell ha llamado, siguiendo a Hayek, derecho policéntrico²⁸.

Se ha creado - dicen - un sistema adaptativo complejo que

produce un tipo de orden que no depende de abogados, decisiones judiciales, leyes o votos. Que el gobierno de la Red se haga por medio de decisiones descentralizadas, emergentes -afirman- no implica que el uso de la fuerza por parte de los gobiernos sea irrelevante, solo que sería desplegada al servicio de reglas creadas predominantemente por actores privados.

También existe otra posición, muy diferente, la de Lawrence Lessig, profesor de la famosa Harvard Law School que considera que, directa o indirectamente, el ciberespacio puede ser controlado no solamente mediante leyes emanadas de legislaturas nacionales sino también por medio de normas técnicas y por el mercado²⁹.

La «Lex Mercatoria» y «La Lex Retis», Aspectos Sistémicos y Cibernéticos

Pareciera que, al menos por ahora, la «lex mercatoria» es un sistema muy abierto, muy poco estructurado. Es un conjunto de normas, principios, reglas que están autoorganizándose. Y que le es aplicable la noción de «aura», que François define en su Diccionario como el «conjunto de rastros dejados por el sistema en su entorno, antes y después de su desaparición». Señalando que implica un cierto grado de sobrevivencia de sus estructuras materiales o abstractas. Un ejemplo de «aura» podemos encontrarlo en el Corpus Juris Civilis de Justiniano, que constituyó la base del sistema jurídico de Roma hasta su caída, y desapareció prácticamente durante toda la Baja Edad Media, para ser redescubierto alrededor del año 1000 y adaptado

a la nueva sociedad cristiana, con lo que recuperó su cualidad funcional de una manera distinta. Algo similar parece estar sucediendo con el renacimiento de la lex mercatoria

Algo semejante ocurre en la red, donde se discute, como veremos, la existencia y posibilidad de su regulación jurídica, pasándose de un mecanismo de normas meramente «sociales», la «netiquette» o de normas éticas, a la pretensión de regulación estatal y encaminándose a una normativa propia más compleja y estructurada. Ambos sistemas, la actual lex mercatoria y la lex informática tienen mucho en común.

Estos nuevos sistemas jurídicos innovan asimismo en cuanto al uso de las llamadas por las teorías tradicionales «fuentes del derecho» que, como señala Julio Cueto Rúa sirven para disipar la incertidumbre que se presenta a los jueces frente a un caso novedoso.

Y acá entra a jugar el concepto sistémico de la entropía que puede ser definida como la medida del progreso de un sistema hacia el estado de desorden máximo y en la teoría de la información como incertidumbre. La incertidumbre es el desorden de la comunicación o información. El orden es un estado menos probable que el desorden, ya que la realidad tiende hacia éste cada vez que deja de recibir suficiente energía o información

Si queremos llevar un sector de la realidad hacia el orden (o mantenerlo en él), esto es lo que se denomina neguentropía, es indispensable que le inyectemos energía y que una parte al menos de esa energía sea información. Para ello en ambos sistemas aparecen nuevas «fuentes».

territory, or part of a territory under effective sports control of the IOC and its absolute discretion. It is, therefore, not without justification that the IOC has been Y.B. Int'l L. 233, 245-49 84). B. Nelson, *Stuck Between Interlocking Rings: Efforts to 33 Resolve the Conflicting Demands Placed on Olympic National Governing Bodies*, 26 Vand. J. Transnat'l L. 895 (1993) Dieter Reuter, *Das selbstgeschaffene Recht des internationalen Sports im Konflikt mit dem Geltungsanspruch des nationalen Rechts*, 1 Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1996). Stephan Hobe & Christian Tietje, *Europäischer Grundrechtsschutz auch für Profisportler*, in Juristische Schulung 486 (1996). Bruno Simma, *The Court of Arbitration for Sport*, in Liber Amicorum Ignaz Seidl-Hohenveldern 573 (1988). Volker Rittberger & Henning Boeckle, *Das Internationale Olympische Komitee in der Weltregierung des Sports?*, 2 Friedenswarte 155, 160 (1996).

²² *Quelques réflexions sur le commerce international au point de vue du droit l'emand par avocat à la Cour.* Dr. Götz-Sebastian Höke <http://www.dr-boeke.de/quelques-reflexions.htm>

²³ *Conf. Teubner Gunther» Des Königs viele Leiber.* Dhhttp:e *Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts».*



En el campo de la «lex mercatoria», nos encontramos con una gran variedad de «fuentes» a disposición de las partes y de los árbitros: usos y costumbres del comercio internacional; contratos-tipo: condiciones generales de compraventas (formulas elaborados por organismos internacionales, como por ejemplos los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales elaborados bajo los auspicios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) decisiones arbitrales, etc.

Por su parte en el caso del «ius retis», aparece como relevante un nuevo elemento las normas técnicas o protocolos de la Red, y si bien la costumbre vuelve a ser una fuente predominante de normas, ya que existe una historia de reglas consuetudinarias, muchas veces denominadas «netiquette», o «nethics», (ética de la red), sin embargo al aplicarlas hay que considerar aquí los efectos de lo que se ha denominado el «tiempo cibernético»

Tal es el caso del precedente que tiene una incidencia menor, ya que aquí juega en gran medida la naturaleza interactiva y cambiante del ciberespacio. A su vez la creación de normas se diferencia de la creación del derecho estatal porque el derecho de la red no es producido por legisladores o jueces sino que es creado por quienes entienden como el ciberespacio funciona, y es flexible a diferencia del lento, rígido derecho nacional sustentado en precedentes y doctrinas anteriores a la red.

Por otra parte si ya el análisis sistémico de los órdenes jurídicos nacionales nos mostraba que la imagen de que constituían un sistema jerárquico piramidal y unidireccional (Kelsen-Merkl) únicamente integrado por normas sancionatorias no era adecuado para modelizar los vigentes en los últimos decenios del siglo XX, ello es aún más válido para estos nuevos sistemas del siglo XXI.

En este sentido y con relación a Internet se habla de un proceso descentralizado, emergente, un mecanismo

que Bell llamó derecho policéntrico, y que se conecta con la forma en que han sido concebidos y puestos en funcionamiento los protocolos técnicos dando lugar a un complejo sistema adaptativo.

Se ha señalado que las especificaciones técnicas serían, de algún modo parte del «derecho del ciberespacio», que la propia esencia de la red está definida por estos «protocolos de la red» y consecuentemente la persona o entidad que está en la posición de dictar el contenido de estos protocolos es, en primera instancia al menos, un «hacedor de reglas» primario con relación a la conducta en la Red.

En ambos casos las normas no son creadas o promulgadas por autoridades estatales sino por particulares, por la comunidad comercial internacional en un caso, por la comunidad de usuarios de la Red en el otro. Uno de los aspectos más importantes de una visión sistémica es el énfasis sobre las interconexiones de un sistema con otros, lo que tiene importancia en la conformación de su estructura. En el caso de ambos sistemas ellos muestran conexiones con otros sistemas de su entorno. La *lex mercatoria*, se conecta con los ordenes jurídicos nacionales para poder hacer cumplir las resoluciones arbitrales. Y en el caso de Internet se conecta con los sistemas técnicos que hacen a la formulación de los protocolos, lo que Lessig llama la «arquitectura» o el «código»

Los nuevos sistemas que han aparecido en el mundo globalizado plantean retos de envergadura a los juristas como puede observarse fácilmente en los reiterados (e ineficientes) intentos de seguir

aplicando normas estatales y de derecho internacional a situaciones que escapan a sus límites y jurisdicciones.

Entender las estructuras, funciones y mecanismos operantes en los mismos, poder crear modelos útiles de los mismos, será necesario para que puedan constituirse en adecuados instrumentos de regulación de sectores de la sociedad mundial que cada vez cobran mayor importancia y trascendencia. La íntima vinculación de los mismos con aspectos sustanciales de la cibernética, como asimismo la complejidad ínsita en su funcionamiento a nivel mundial hacen que, indudablemente un enfoque sistémico y cibernético de los mismos sea útil para su tratamiento por la teoría y la práctica jurídicas.

Para poder avizorar lo que pueda llegar a ser el derecho del futuro, en una sociedad mundial, globalizada, y para poder contribuir a su construcción, es necesario que lo repensemos a la luz de las nociones sistémicas y especialmente de los aportes de las nuevas disciplinas relacionadas con la complejidad y que reflexionemos sobre la ciencia que lo estudia, y enfoquemos la práctica que lo efectiviza, no en función de que se trata de un fenómeno inmutable a través de los siglos, sino como algo, que se ha ido transformando bajo el embate de sucesivas crisis y que, al menos en nuestra época se configura como un sistema de elementos complejos, en interacción dinámica, metaestable y aun inestable, que debe ser modelizado tomando en cuenta estas características para poder entenderlo y (si ello es posible) manejarlo racionalmente.³⁰ □

www.uni-bielefeld.de/sozsys/deutsch/leseproben/fn_teub.htm

²⁴ Shapiro Martin «The Globalization of law

²⁵ Conf. Bianchi Roberto «Conflictos entre marcas y nombres de dominio en Internet: Primera aplicación de un derecho global?» La Ley 6/6/00.pag

²⁶ Véase su "Una declaración de la Independencia del Ciberespacio." en www.personales.mundovias/astroc/docx160.htm

²⁷ David R. Johnson & David G. Post «A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law www.cli.org/emdraft.html

²⁸ Lessig Lawrence «The Laws of Cyberspace» <http://code-is-law.org/main.html>

²⁹ véase Bell Tom «Polycentric Law» en www.osf1.gmu.edu/~ibs/w91issues.html

³⁰ Véase un desarrollo más amplio en "Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado" en www.filosofiayderecho/rifd/numero4/sistemas_ficha.htm