

## Las instituciones jurídicas de la globalización\*

Maria Rosaria FERRESE

### 1. GLOBALIZACIÓN Y POLICENTRISMO DE LOS PODERES

¿Cómo definir la globalización? Es necesario partir de una definición lo bastante afinada como para que permita captar las variaciones que interesan a la esfera del poder, entendida en su complejidad, por tanto, no sólo como conjunto de estructuras formales y de aparatos tradicionales de configuración esencialmente estatal. Observar como la estructura del poder está evolucionando, cambiando su tradicional fisonomía, constituye hoy un objeto de análisis sumamente interesante y que depara no pocas sorpresas. A partir de la definición de S. Strange, que entiende la globalización como un proceso de desplazamiento de los estados a los mercados de poderes cada vez más consistentes<sup>1</sup>, aparece una amplia serie de transformaciones que tienen que ver, al menos, con tres aspectos: a) los nuevos sujetos y las nuevas tipologías de poder que comparecen en la escena transnacional; b) el modo en que tales poderes se sitúan en relación con los estados y el nuevo papel que de ello se deriva para éstos; c) la configuración que, en su conjunto, asumen tales poderes.

El universo de la globalización es un universo muy poblado, lleno de sujetos diversos, que progresivamente van ocupando un lugar junto a los estados. Los nuevos sujetos de poder son múltiples y de diversa naturaleza, sujetos privados, además de los públicos, sujetos informales, junto a los formales, sujetos supranacionales, aparte de los sujetos infranacionales, sujetos económicos y sujetos *non profit*, sujetos con vocación local y sujetos con vocación global, así como variadas formas de fusión que pueden darse entre todas estas categorías antitéticas. Grandes empresas transnacionales y *law firms*, organismos supranacionales y sujetos regionales, *non-governmental organizations* y *big five* de la revisión contable de las empresas diseñan un universo de poderes móvil y en constante y recíproco reajuste<sup>2</sup>.

Las presencias más llamativas son las de las *big transnational corporations*, verdaderos colosos económicos, que en una receta afortunada, unen al

enorme poder de transferir flujos de riqueza actual y potencial, la exención de la dependencia territorial de un estado: gracias a su propia posición de sujetos transnacionales, tienen una identidad territorial mudable y móvil. Están por eso, a menudo, en situación de contratar las condiciones de su mismo emplazamiento territorial, con todos los anexos, en términos de posibilidad de ocupación y de desplazamiento de los recursos, con estados constreñidos a descender del pedestal de sujetos con el monopolio del control del territorio, para asumir la condición mucho más humilde de sujetos que "ofrecen", en competencia con otros, apetecibles condiciones logísticas, normativas, institucionales, fiscales, de orden público, etc<sup>3</sup>.

Resulta, así, evidente como de un cambio de naturaleza espacial, producto de una economía en continua transformación y de la tecnología que alimenta continuamente su desarrollo, se deriva un cambio en términos de relaciones de poder entre política y economía. Un cambio que no se limita sólo a huir de la geografía de las relaciones institucionales existentes, sino que coloca a la economía en una posición de (al menos relativa) independencia respecto de los estados. Pero también en la esfera de los poderes públicos se nota una presencia cada vez más embarazosa. También los organismos supranacionales, de los que la Unión Europea es la expresión más importante, aun teniendo origen en un acuerdo de derecho internacional, manifiestan la propensión a trascender esta dimensión y los típicos límites que se derivan de ella, para asumir una configuración transnacional, capaz de imponerse a los estados.

La globalización no procede a través de claras formas de *traditio* del poder de las manos de algunos sujetos a las de otros, sino sobre todo situando junto a las formas tradicionales nuevos sujetos y mecanismos que contribuyen a erosionarlos y, acaso, a vaciarlos de sustancia. El desafío que estos nuevos sujetos lanzan a los estados es, pues, un desafío en términos de competencia, que les pone en condiciones de erosionar parcelas más o menos importantes de su tradicional poder, por ejemplo, en términos normativos, fiscales, jurisdiccionales, de control monetario, o incluso de control del territorio.

\* Publicado en "Ragion Pratica", nº 16 (2001) Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

<sup>1</sup> S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, Il Mulino, Bologna, 1998, pág. 57

<sup>2</sup> Un cuidadoso examen de este variado conjunto de sujetos, considerados como potenciales sujetos institucionales o como "instituciones de hecho", puede verse en mi libro *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

<sup>3</sup> El del estado de Delaware puede ser considerado el caso límite, pues ha conseguido atraer el mayor número de *corporations* americanas, gracias a una hábil mezcla de ventajas fiscales y de otras apetecibles soluciones institucionales, realizando lo que los americanos llaman *the race of the bottom*.

Hasta sobre el "uso legítimo del ejercicio de la fuerza", entendido como monopolio estatal, se concentran cada vez más nubes, a medida que algunos poderes locales parecen volver a hacer propias funciones de orden público, o que particulares y grandes empresas asumen tareas de autotutela, en función no sólo de un plus de seguridad, sino también de una mayor adhesión del servicio a específicas necesidades y peculiares exigencias<sup>4</sup>.

Así, pues, el estado se acaba como sujeto habilitado para el ejercicio de poderes mantenidos en régimen de monopolio y entra, aunque sea como sujeto privilegiado, en una compleja interacción de poderes, en una red donde concurre con múltiples sujetos de diversas especies. Esto significa, además, que los estados han dejado de ser controladores absolutos de sus propios confines: mientras el poder estatal permanece recluido en su ámbito territorial, encerrado dentro de límites bien definidos, los sujetos con vocación transnacional (junto a las grandes empresas, los organismos supranacionales, las *law firms*, las ONG, etc.) encuentran en la no pertenencia territorial una oportunidad de desarrollar mejor las propias potencialidades y de poner en jaque una geografía de poderes que parecía haber encontrado su referencia definitiva en los estados.

Por otra parte, la superación del estado como sujeto exclusivo de la esfera de los poderes públicos, no se agota sólo en una disminución cuantitativa de su poder, sino también en una significativa transformación de las dinámicas de poder: en otros términos, se asiste no sólo a la aparición de nuevos sujetos, sino también al delinarse de nuevas expresiones de poder, así como de nuevos vínculos y nexos de legitimación que se instauran entre los que tienen el poder y los destinatarios del mismo<sup>5</sup>.

¿Qué configuración asume la nueva geografía de los poderes? Como permite ver el cuadro que en síntesis he delineado, es difícil, si no imposible, pensar en una estructuración estable de estos poderes y tanto menos se puede pensar en un encuadramiento de tipo jerárquico. Las diversas expresiones de poder se sitúan unas junto a otras en un cuadro que se caracteriza más por el desorden y la inestabilidad que por la estabilidad y por el orden. En la literatura se usan diversas metáforas para hacer referencia a esta variable y compleja geografía de poderes viejos y nuevos. Dos de ellas son particularmente expresivas: la de la "constelación" de poderes, usada por Habermas<sup>6</sup>, y la metáfora de las "redes" usada por Ost y Kerchove<sup>7</sup>. Ambas metáforas tratan de dar cuenta de una multiplicación de presencias pero también de una forma de aproximación que no se presta a ser

catalogada en relaciones estables o formales. Lo que aparece en ambas imágenes es la posibilidad de recíprocas interacciones que sin embargo no tienen un claro curso de desarrollo y pueden moverse en direcciones opuestas.

En un sentido más general, esto significa el tránsito no sólo de una estructura monocéntrica a otra policéntrica de poderes, sino además de una estructura cerrada de poderes a otra abierta, en la que siempre es posible el ingreso de nuevos sujetos, más allá de su legitimación de tipo formal, con tal de que sean capaces de conquistar un papel, imponiéndose en el escenario transnacional, según una dinámica de tipo casi empresarial. En suma, lo que está en vigor es una situación de continua competencia entre poderes. Que el poder, incluido el público, se vea desafiado por dinámicas de tipo concurrencial, y haya dejado de discurrir sólo por las vías de las atribuciones formales y de *status* no es un cambio de poca consideración. Estamos en un escenario lleno de nuevas aperturas y posibilidades, pero también de sombras y riesgos.

## 2. GLOBALIZACIÓN Y SOLUCIONES INSTITUCIONALES VARIABLES

Lo sucintamente expuesto nos introduce en un segundo importante cambio inducido por la globalización, o sea en la transformación del modo de ser de las instituciones. De alguna forma, el concepto mismo de institución tenía que ver con la idea de una cierta persistencia y estabilidad. A título meramente ejemplificativo, vale la pena considerar la siguiente definición del concepto sociológico de institución: "el concepto de institución se refiere únicamente a aquellas formas y condiciones del actuar en varios contextos que caracterizan *de manera estable* las actividades del grupo [...]. La institución, en otros términos, es *el modo en que deben hacerse determinadas cosas*"<sup>8</sup>. Como resulta de tal definición, dos aspectos contribuyen a hacer que se atribuya a un cierto orden organizativo una valencia de tipo institucional: en primer lugar, la posición de estabilidad adquirida por el mismo; en segundo término, el carácter normativo que se le reconoce.

En relación con los dos aspectos apuntados, surge enseguida una sensible diferencia de las instituciones de la globalización, sean jurídicas, políticas, económicas, etc. En efecto, éstas se perfilan inmediatamente como instituciones diversas de las tradicionales, ya porque tengan una configuración menos rígida y predeterminada, o bien porque sean instituciones con una tasa muy baja de normatividad.

Los dos cambios a que se ha aludido guardan coherencia con un proceso de progresiva pérdida de valor de los modelos rígidos y predeterminados. Hay al menos dos razones en la base de este cambio de actitud hacia los modelos, dos razones de las que, en sentido amplio, cabe decir que una es de carácter ideológico y la otra de carácter económico. Vamos a examinarlas.

<sup>4</sup> Como se sabe, en las ciudades americanas, por tradición "republicana", ha habido siempre una participación de los particulares en la producción del bien "seguridad". Basta pensar que la Columbia University, situada en las proximidades del Harlem, uno de los barrios más criminógenos de Nueva York ha contribuido, con sus servicios de *patrolling*, a mejorar las condiciones de la zona fronteriza e incluso de todo el barrio.

<sup>5</sup> Al respecto, remito a mi artículo *I sovraní paradossali della globalizzazione*, en "Alternative", n° 1, 2001.

<sup>6</sup> J. Habermas, *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999.

<sup>7</sup> F. Ost, M. Van der Kerchove, *De la pyramide au ressau? Vers un nouveau mode de production du droit?* en "Revue interdisciplinaire d'études juridiques", n° 44/2000.

<sup>8</sup> Cfr. La voz *Istituzione*, "Enciclopedia di Sociologia Feltrinelli Fisher", Milano, 1964, pag. 189.

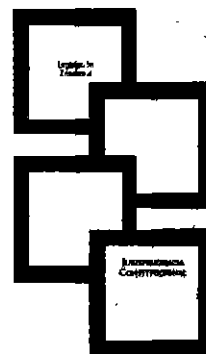
... que conocen nuestras Bases de  
Legislativas ya lo sabían,  
ahora, **AENOR** lo certifica



## Bases de Datos del BOE... ... con todo el Derecho



 en CD-ROM

**IBERLEX:** Legislación nacional y europea  
**IBERLEX-UE:** Legislación de la Unión Europea  
**MAP-LEXTER:** Legislación autonómica  
**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**



... los excepcionales para el 20...

 en INTERNET

 Bonos pre-pago desde 30  
 Tarifa plana anual  
(sin límite de consulta)

Legislación nacional y europea  
UE: Legislación de la Unión Europea  
Colección histórica del Diario Oficial desde 1914  
Sección III del BOE: Otras disposiciones  
Sección II del BOE: Autoridades y personal  
Sección V del BOE: Anuncios y subastas

LA LIBRERÍA  
Trafalgar  
28010 MADRID  
902 365 365  
<http://www.libreria.com>  
<http://libreria.com>

 BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO  
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA



Nuestras sociedades "posmodernas" están siendo recorridas por una ideología posibilista y libertaria, que acepta cada vez menos la predeterminación de las diversas posibilidades de vida y de subjetividad en un orden demasiado cohesinado y predispuesto. La rigidez de las instituciones se percibe como una mortificación, cuando no como una constricción, de las otras múltiples posibilidades existentes, o de las infinitas opciones que pueden expresar los sujetos. Por ejemplo, el matrimonio, entendido como institución rígidamente heterosexual, o necesariamente formal, tiende cada vez más a ser considerado como una injusta restricción de otras posibilidades reputadas igualmente merecedoras de reconocimiento. Lo que significa que la envoltura institucional, llamada a contener un número cada vez mayor de soluciones posibles, pone a prueba toda su elasticidad, haciéndose cada vez más sutil, hasta reducirse a la sombra de sí misma, con inevitable pérdida de valor normativo. En suma, las instituciones se hacen cada vez más "fácticas"<sup>9</sup>, o sea, en vez de ser modelos para imponer un orden al curso de los acontecimientos, resultan ellas mismas, a su vez, plasmadas en función de un cierto curso de hechos. Este cambio es reflejo también de otro sensible en la relación entre instituciones y sanciones, sociales, jurídicas, etc. Al caracterizarse las instituciones por un bajo índice de normatividad, cada vez se dan menos hipótesis de conflicto con el modelo institucional y por tanto susceptibles de incurrir en sanción. De este modo resulta un curso institucional en el que cada vez menos las instituciones resultan protegidas por sanciones y, al mismo tiempo, cada vez más, la ausencia de sanciones refuerza la legitimidad de los nuevos perfiles institucionales.

Hasta este momento se ha hablado de flexibilidad institucional como producto de una difusa propensión social a no querer relegar en la sombra algunas soluciones institucionales. Si la flexibilidad institucional se puede adscribir a un intento de libertad, que no quiere encontrar en las instituciones un frente demasiado rígido de contención de las posibilidades, hay una segunda razón que impulsa a las instituciones a optar por un funcionamiento móvil, adaptable a diversos contextos: una razón de carácter económico, por decirlo de alguna forma. En efecto, la construcción de las instituciones sobre módulos elásticos permite determinar específicos equilibrios institucionales en función de los costes y de las ventajas que comporta cada solución. A este propósito, el ejemplo más significativo es el que se percibe detrás del principio llamado de subsidiariedad, o sea, un modelo institucional móvil, capaz de registrar diversas posibilidades y modalidades de encuentro entre público y privado, así como entre gobierno local y gobierno nacional. La subsidiariedad es la negación de un modelo único y predeterminado: es, por el contrario, un principio que funciona como repertorio de soluciones variables, a tenor del estado de lo que se sabe en un determinado contexto y en un cierto momento. ¿En función de

qué se produce la elección de una solución institucional con preferencia a otra? Esencialmente esto tiene lugar conforme a valoraciones de oportunidad y conveniencia, es decir, de naturaleza económica, pues parecerá preferible aquel punto de equilibrio que promete mayores ventajas a cambio de menores costes. Por ejemplo, es inútil forzar un nivel de gobierno local allí donde las estructuras no estén prontas para ejercitarlo: mejor dejar que el nivel del gobierno se ajuste como un termómetro, hasta donde la temperatura de un determinado cuerpo social permita llegar. Las soluciones que emerjan serán económicamente satisfactorias porque harán posible el mejor resultado de gobierno con el menor coste posible.

Así, pues, las instituciones se hacen pragmáticas, es decir, capaces de proceder *by trial and error*, ajustando progresivamente su propio perfil a las situaciones que se presenten. El pragmatismo, corriente filosófica nacida en los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XIX, expresaba una vocación por el experimentalismo a través del principio del *learning by doing*, que interpretaba el nexo entre acción y conocimiento como una relación de tipo contextual, apartándose de la idea de que la acción deba seguir principios y doctrinas predeterminadas. Por lo demás, el experimentalismo consiste en adoptar estrategias de cálculo que permiten comparar costes y beneficios de singulares opciones de acción. Si las instituciones son pragmáticas, esto quiere decir que están montadas de modo que sean capaces de contener diversas posibilidades de funcionamiento y de ajuste, según cálculos de conveniencia y de oportunidad que se realizarán cada cierto tiempo, en función de condiciones específicas, así como de los fines perseguidos.

### 3. LAS INSTITUCIONES JURIDICAS DE LA GLOBALIZACION

Las dinámicas institucionales que se han delineado valen también para las instituciones jurídicas, que recorren un camino del todo coherente con las tendencias descritas. La caída de normatividad está aquí bien expresada en especial por el declinar de la ley, en una época expresión jurídica por excelencia de nuestra tradición jurídica europeo-continental. Hoy la modalidad legislativa, no obstante los persistentes fastos cualitativos, va hacia una segura pérdida de calidad. En efecto, cada vez más se ve obligada a renunciar a su originario fundamento decisionista y a aceptar la contaminación con las nuevas formas jurídicas *soft*, "dúctiles", "fluidas", etc. Esta contaminación se muestra inevitable sobre todo en el espacio internacional, donde la ley debe encontrar una multiplicidad de culturas, tradiciones e inclinaciones: en ese ámbito, la ley, para desarrollar mejor valores de tipo comunicativo, tiene que dejar de lado otros de carácter preceptivo<sup>10</sup>. Piénsese en como Europa está recorrida por mensajes ju-

<sup>9</sup> Remito a *Le istituzioni della globalizzazione*, ya citado, pags 110 y ss.

<sup>10</sup> Acerca de esta acentuación de la función comunicativa del derecho global remito a mi obra *Le istituzioni della globalizzazione*, ya citada.

rídicos que constituyen imitaciones del lenguaje legislativo (directivas, recomendaciones, etc.), del que pierden aquella rigidez que era su carácter más típico. De otra parte, el declive cualitativo de la ley es advertible en los mismos fastos cuantitativos, que ven la ley a menudo relegada al área penal, donde, por lo demás, gracias al instrumento accesorio de las sanciones que le es inherente, aquélla espera recuperar el carácter normativo que ya no consigue tener. Quizá también a esta tendencia del lenguaje legislativo a refugiarse en el área penal, para reaccionar a una debilidad cada vez más evidente, se debe cierta tendencia del legislador, no sólo, pero sobre todo italiano, a la pan-penalización, como remedio a su propio declive.

Ante este declinar de la ley, otras instituciones jurídicas se manifiestan prontas a asumir la exigencia de flexibilidad que es propia de la globalización y a hacer de arquitraves de la incipiente cultura jurídica de la globalización. En particular, tres instituciones jurídicas parecen ser las candidatas a desempeñar este papel de forma cada vez más penetrante: el derecho contractual, el derecho constitucional, el derecho jurisprudencial. Pasaremos revista de forma sintética a estos tres nuevos protagonistas del mundo jurídico globalizado.

a) El contrato aparece enseguida, en cuanto institución jurídica, como la más idónea para hacerse eco de la necesidad de flexibilidad que es propia del mundo globalizado. Y es que, en efecto, tiene virtudes que son las más adecuadas a las exigencias del mundo global. Sobre todo, está en condiciones de asumir múltiples variantes, típicas y atípicas<sup>11</sup>. En especial, el instrumento del contrato llamado atípico se revela como una fuente inagotable de siempre nueva vestidura jurídica para las infinitas y permanentemente cambiantes necesidades del mercado. Las grandes *law firms* transnacionales, por ejemplo, tienen un estilo de trabajo eminentemente creativo más que exegético: su función no es tanto la de intérpretes de un derecho considerado como definitivo e inmutable, como la de contribuir a una constante adaptación de los instrumentos jurídicos a las posibilidades y a las necesidades de intercambio. Esto significa que tanto pueden crear nuevas formas jurídicas para transacciones y cambios inventados por el mercado, como contribuir a diseñar nuevas posibilidades de cambio, sugiriéndolas y proponiéndolas al mercado. Trabajando no sólo para las empresas, sino también en estrecho contacto con la vida de las empresas, pueden funcionar bien como transformadoras de dinámicas económicas en dinámicas jurídicas, o como transformadoras de esquemas jurídicos en dinámicas económicas.

Otra gran virtud del contrato está en su capacidad de colocarse como institución-puente, por decirlo de algún modo, es decir, como institución que puede

desempeñar tanto finalidades de derecho privado como finalidades de derecho público. Si el primero es un uso bien conocido y consolidado, el uso del contrato en las áreas tradicionales del derecho público, por ejemplo en el área administrativa<sup>12</sup>, e incluso en el penal, se va afirmando progresivamente con resultados y aspectos de gran interés. Igualmente digna de ponerse de relieve es la capacidad del contrato de operar como instrumento de derecho interno y como instrumento de derecho internacional. Si en el interior de un estado el contrato es un instrumento a disposición sobre todo de los particulares, para finalidades de carácter económico, en el plano internacional, modalidades contractuales, según los casos definibles como acuerdos, tratados, pactos, son igualmente utilizables por otro tipo de sujetos. Tales "contratos" pueden ser concertados no sólo entre estados diversos, sino también entre estados y otros muchos sujetos, tanto públicos como privados, para poner a punto y hacer vinculantes relaciones económicas o de otra naturaleza.

En suma, el contrato parece ser el instrumento más manejable a disposición de los entes públicos y de los particulares, que quieran establecer puntos firmes en un mundo que se muestra privado de líneas-guía y de modelos. En efecto, valiéndose del lenguaje del acuerdo y del cambio, más que de la obligación y la sanción, permite perseguir las finalidades más diversas, de beneficio económico, o de carácter ideal, e incluso inéditos cruces de estos dos aspectos. Pues, con el contrato los sujetos se ponen de acuerdo sobre el cambio, pero no sobre los fines de éste, que pueden ser no sólo diversos sino incluso éticamente incompatibles<sup>13</sup>.

b) También el lenguaje constitucional está destinado a despertar en estos tiempos de globalización: lo demuestran no sólo el caso de la Carta europea de los derechos sino, además, los casos en que, como acaba de decirse a propósito de los contratos, se construyen también por vía contractual, es decir, a través de tratados, convenciones y acuerdos internacionales o supranacionales, nuevas vías o vínculos de tipo constitucional<sup>14</sup>. En tal sentido es oportuno hablar, más que de un despertar del derecho internacional, entendido en sentido tradicional, de nuevos procesos de constitucionalización. Estos, si bien pueden aparecer como una continuación de la empresa de redacción de las constituciones, que

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, L. Bobbio, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, en "Stato e mercato", nº 58, abril de 2000.

<sup>13</sup> Piénsese en el caso difundido por la prensa, de un señor que decidió "adquirir" jovencísimas prostitutas vietnamitas, porque era el único modo de sustraerlas a la torpe existencia que padecían y a restituirles una vida libre y digna. A través de este "contrato" se produjo el encuentro de dos voluntades del todo incompatibles en el plano ético.

<sup>14</sup> Puede pensarse, por ejemplo, en como el *iter* para el ingreso de nuevos países en los varios estadios del acuerdo europeo va acompañado de informaciones y verificaciones relativas a la situación constitucional de cada país solicitante. Se crea así un encuentro entre los movimientos de naturaleza económica, que generan en los países el deseo de entrar en la Unión y la exigencia de los países de ésta de hacer coincidir la ampliación del área económica con una cierta homogeneidad de naturaleza constitucional en materia de respeto de los derechos fundamentales, legalidad y principios democráticos

<sup>11</sup> Sobre la posibilidad de enriquecer y multiplicar los esquemas contractuales atípicos se basa la llamada *lex mercatoria*, es decir, el derecho producido por las *law firms*, americanas o de estilo americano, por las grandes empresas, con objeto de responder a exigencias intercambio cada vez de mayor amplitud y más inmateriales y complejas. Sobre el papel de las *law firms*, puede verse Y. Dezalay, *I mercanti del diritto*, Giuffrè, Milano, 1996.

tuvo su apogeo entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, desde varios puntos de vista, representan, en cambio, una sensible modificación, si es que no una verdadera y propia negación. En efecto, estos procesos no sólo amplían la empresa constitucional más allá de los confines estatales, que eran sus límites clásicos, sino que, más aún, uniendo diversos territorios nacionales, cada uno con diversa historia, tradiciones y costumbres, atenúan inevitablemente la clausura del significado de las normas constitucionales<sup>15</sup>. Dicho de otro modo, el derecho constitucional, superando los tradicionales límites estatales y nacionales, está llamado a nuevas tareas de naturaleza supranacional, que lo impulsan a convertirse, más que en un conjunto de normas y principios, en un terreno de entendimiento y de composición de tensiones y conflictos que se presentan especialmente en materia de derechos o de mercados transnacionales. Pero, en el espacio transnacional, más que de derecho constitucional y de constituciones, hay que hablar de procesos de constitucionalización. Por lo demás, estos procesos, aparte de seguir las vías trazadas por el derecho internacional, pueden recorrer también nuevos caminos, menos visibles y tradicionales<sup>16</sup>. En otros términos, es útil superar la tradicional posición de prevalente atención dirigida hacia los documentos constitucionales. En el futuro es más probable que éstos valgan sobre todo como plataformas de principios dirigidas a fines de integración que como documentos estrictamente preceptivos<sup>17</sup>.

Esta movilidad de los documentos constitucionales señala otra diferencia importante que parece destinada a marcar las vías de constitucionalización. Me refiero al papel cada vez más activo de los tribunales, nacionales e internacionales y supranacionales, en un contexto de acentuado recurso a la *litigation* en materia constitucional y de competencias cada vez menos claras y definidas. Especialmente en materia de derechos, los cruces, pero también las confrontaciones entre diversas culturas y formas de "decir" los derechos, que se dan en el mundo globalizado, encontrarán en los tribunales un terreno de continua verificación y momentos de, al menos, temporales ajustes. En suma, el derecho constitucional supranacional, más que instalarse en un equilibrio estable entre los documentos escritos y las constituciones "vivientes" o "materiales", vivirá en un constante proceso de adaptación bajo el estímulo de múltiples factores, de carácter también informal.

c) Lo señalado hasta aquí nos lleva a la tercera institución jurídica de la globalización, esto es, a los

tribunales y la producción de derecho jurisprudencial. La institución judicial vive un período de grandes posibilidades y de expansión de su papel<sup>18</sup>, no sólo dentro de los estados, sino también en el plano internacional y supranacional. Es más, como demuestra el caso del Tribunal Europeo de Justicia, es precisamente en el espacio transnacional donde ha encontrado el modo de expresar nuevas potencialidades, quizá, justamente, por el carácter menos imperativo de las referencias legislativas y textuales. La organización de formas de justicia supranacional, que afecta a la esfera civilista como a la penalista, se suma a una creciente propensión de magistrados y tribunales nacionales tanto a dialogar con tribunales y documentos jurídicos supranacionales, como a superar los tradicionales límites de competencia territorial<sup>19</sup>. Por otra parte, el derecho jurisprudencial producido tanto por los tribunales internacionales y supranacionales como por los tribunales nacionales que dialogan con ellos, se ofrece como expresión jurídica particularmente en línea con las tendencias de la globalización por varias razones que aquí sólo cabe enunciar de manera sintética. Sobre todo, la institución jurisdiccional es una institución policéntrica; no está confinada en una expresión unitaria, sino difundida en múltiples sedes. Desde tal perspectiva, se halla plenamente en sintonía con la tendencia de la globalización a no reconocerse en sedes demasiado concentradas sino, particularmente, en lugares institucionales contruidos de forma que permita dar espacio a respuestas plurales y diversificadas. En segundo término, la jurisdicción es una institución particularmente adecuada para expresar correlaciones sintéticas entre dimensiones opuestas. Por ejemplo, conecta los intereses privados, que son su motor, con las respuestas públicas, que ella produce en términos de sentencias; mantiene viva la relación entre lo particular y lo general; crea vínculos entre la dimensión local y la dimensión global (por decirlo de algún modo, está dotada de una natural "glocalidad"); en fin, consigue reelaborar la incertidumbre que es propia de toda situación conflictual, traduciéndola en resultados de certeza y de resolución del conflicto. En tercer lugar, la jurisdicción produce derecho, como dicen los americanos, por vía de incremento, es decir, de adiciones sucesivas, que son imprevisibles y no planificables. Su capacidad de producir resultados parciales, a menudo sujetos a revisiones, y que pueden ser constantemente re-ajustados y ajustados en otras sedes judiciales, es otra virtud que se adapta bien a los procesos de globalización. Estos rehúyen la tendencia a dar respuestas y resultados totalizadores y de gran estabilidad, como, por ejemplo, los productos de la legislación.

En suma, la institución judicial se presenta como una institución móvil, suficientemente adaptable a una multiplicidad de situaciones y contextos, pero al

<sup>15</sup> Remito a mi trabajo, de mayor extensión, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, en curso de publicación en "Rivista di diritto costituzionale", 2001.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en J. O. McGinnis, M. L. Movsesia, *The World Trade Constitution*, en "Harvard Law Review", 2000, se sostiene que el papel desempeñado por la WTO consiste también en una extensión de los principios constitucionales entre los estados miembros.

<sup>17</sup> En este sentido, los documentos constitucionales, en lugar de ser expresión de una tabla definitiva de valores que están en la base de la legitimación, ven esta función de legitimación en una permanente situación de búsqueda de equilibrio y, por consiguiente, requieren una continua puesta al día de la función de integración.

<sup>18</sup> C. N. Tate, T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, University Press, N. Y., 1995.

<sup>19</sup> El caso que ha provocado mayor debate es el de la orden de prisión librada por el juez español Garzón contra Pinochet y el del papel desarrollado en el caso por la Cámara de los Lores inglesa.

mismo tiempo da seguridad y produce certeza y eficacia. Por todas estas razones su trasplante al espacio transnacional es menos problemático que el de la legislación, pues tiene un carácter funcional que a ésta le falta.

Resta preguntarse qué relación guarda esta nueva centralidad de las instituciones jurídicas a que se ha hecho referencia, instituciones jurídicas de la globalización, con la cultura jurídica que hemos conocido, que era de base prevalentemente iuspositivista. La retrocesión del tipo "legislación"

en beneficio de los tipos "contrato", "constituciones" y "jurisdicción" delinea una significativa transformación del paisaje jurídico de la globalización, haciéndolo no sólo más móvil y contrastado, sino también más incierto e imprevisible. El mito fundante de la legalidad resulta cada vez más desafiado por una situación de continuo e infatigable reajuste jurídico, que en ciertos aspectos no se diferencia demasiado de la "destrucción creadora" que Schumpeter evocó para la vida económica capitalista.

#### EDITORIAL TROTTA

Tel.: +54 91-533 90 40

E-mail: [trouta@compnet.com.ar](mailto:trouta@compnet.com.ar)

<http://www.trotta.com.ar>

JUAN TERRADILLOS (ed.)

*Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*

ASCENSIÓN CAMBRÓN (ed.)

*Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*

JOSÉ EDUARDO FARIA

*El Derecho en la economía globalizada*

LUIGI FERRAJOLI

*Los fundamentos de los derechos fundamentales*

Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

LUIS PERAL FERNÁNDEZ

*Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*

ANTONIO MADRID

*La institución del voluntariado*

MAURIZIO FIORAVANTI

*Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*

MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

*Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*

HÉCTOR SILVEIRA GORSKI (ed.)

*Identidades comunitarias y democracia*

CARLOS DE CABO

*Sobre el concepto de ley*

JACOB O MUÑOZ Y JULIÁN VELARDE (ED.)

*Compendio de epistemología*

SIMONE WEIL

*Escritos de Londres y últimas cartas*

MAX HORKHEIMER

*Ámbito de justicia. Teoría crítica y religión*

Ed. de Juan José Sánchez

ÁNGEL GABILONDO

*La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad*

ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

*Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*

LUIGI FERRAJOLI

*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*

(5.ª edición aumentada)

*Derechos y garantías. La ley del más débil (2.ª edición)*