

EL DERECHO TRANSNACIONAL Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Paulo Marcio CRUZ
Universidade do Vale do Itajaí
pcruz@univali.br

Carla PIFFER
Universidade do Vale do Itajaí
carlapiffer@univali.br

RESUMEN:

Este artículo, cuyo objetivo es tratar el tema del derecho transnacional y la posibilidad de consolidación de un pluralismo jurídico transnacional, se inicia con algunas consideraciones acerca de la transnacionalidad como un fenómeno que caracteriza la actual sociedad mundial, adoptándose el fenómeno transnacional como punto de partida para el análisis de su dimensión jurídica. A continuación, son presentados cuestionamientos sobre las teorías monistas y dualistas, con la finalidad de demostrar que las complejas redes de relaciones jurídicas de la esfera transnacional no se ajustan más a las citadas teorías. Ante este hecho, se vislumbra la posibilidad de la construcción de un pluralismo jurídico transnacional a partir del derecho transnacional, totalmente diferente del pluralismo jurídico clásico. Finalmente, se concluye que es imprescindible alejar cualquier intento de mantener un pluralismo sujeto a actos jurídicos de comparación y convergencia, ante la necesidad de utilizarse también la coordinación e integración entre sistemas jurídicos y no jurídicos, elevando el desafío de los fenómenos que trascienden fronteras y superando modelos categorizados a nivel local, internacional, supranacional o global. La metodología a ser utilizada comprende el método inductivo, utilizándose las técnicas del referente, de la categoría, de los conceptos operacionales y de la investigación bibliográfica.

PALABRAS CLAVE:

Derecho transnacional, monismo, dualismo, pluralismo jurídico.

ABSTRACT:

This article, whose objective is to discuss transnational law and the possibility of consolidating a transnational legal pluralism, begins with some considerations about transnationality as a phenomenon that characterizes current world society, adopting the transnational phenomenon as a starting point for analysis of its legal dimension. In the sequence, questions are raised about monistic and dualistic theories, in order to demonstrate that the complex networks of juridical relations of the transnational sphere no longer conform to the aforementioned theories. In view of this fact, the possibility of constructing a transnational legal pluralism based on transnational law, totally different from classical legal pluralism, is envisaged. In the end, it is concluded that it is essential to remove any attempt to maintain a pluralism bound up with legal acts of comparison and convergence, in view of the need to also use coordination and integration between legal and non-legal systems, raising the challenge of phenomena that transcend borders and overcome models categorized in local, international, supranational or global. The methodology to be used includes the inductive method, being applied the techniques of the referent, category, operational concepts and bibliographic research.

KEY WORDS:

Transnational law, monism, dualism, legal pluralism.

INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende tratar sobre el derecho transnacional y la posibilidad de consolidar un pluralismo jurídico transnacional. Para alcanzar tal objetivo, inicialmente se exponen algunas consideraciones sobre la transnacionalidad como fenómeno que caracteriza la sociedad mundial.

Se parte del presupuesto de que la perspectiva transnacional no posee solamente una pretensión descriptiva, sino también jurídica. Al analizar la transnacionalidad, se pretende exponer los cambios ocurridos en las formas de comprender lo que sucede actualmente y, para eso, se adopta el fenómeno transnacional como punto de partida para el análisis de su dimensión jurídica; y, a partir de este, son presentados cuestionamientos sobre las teorías clásicas monistas y dualistas, a fin de demostrar que las complejas redes de relaciones jurídicas que operan en la esfera transnacional no se amoldan más a las incipientes teorías jurídicas que justifican el monismo y el dualismo.

La infinidad de partes involucradas –estatales o no estatales–, y las relaciones mutuas entre órdenes jurídicas en un constante proceso de integración y

coordinación, nos dan la pauta de que las actuales soluciones jurídicas limitadas y rudimentarias necesitan de una nueva forma.

Por estas razones, se vislumbra la posibilidad de formar un pluralismo jurídico transnacional, a partir del derecho transnacional, el cual difiere mucho del pluralismo jurídico clásico.

La metodología a ser utilizada comprende el método inductivo, siendo utilizadas las técnicas del referente, de la categoría, de los conceptos operacionales y de la investigación bibliográfica.

1. TRANSNACIONALIDAD: NUEVAS LENTES PARA LA COMPRENSIÓN DE LA SOCIEDAD MUNDIAL

Como ya lo afirmaba Beck, la sociedad mundial tomó una nueva forma en el curso de la globalización, relativizando e interfiriendo en la actuación del Estado Nacional, ya que una inmensa variedad de relaciones conectadas entre sí, cruza las fronteras estatales, estableciendo nuevos círculos sociales, redes de comunicación, relaciones de mercado y formas de convivencia¹.

El autor incluso afirma que ya vivimos hace tiempo en una sociedad mundial, escenario donde se entrecrocán las diferentes formas económicas, culturales y políticas y todo aquello que parecía ser evidente, carece de una nueva legitimación, muy marcada en el plano jurídico. De esta forma, esta sociedad mundial es el conjunto de relaciones sociales «no integradas a la política del Estado Nacional o que no son determinadas (determinables) por ella»².

Por lo tanto, es evidentemente indiscutible la interdependencia entre los Estados como así también entre las más variadas sociedades. Tampoco existen dudas de que todos viven una considerable intensificación de las interrelaciones entre personas, facilitadas por la reducción del binomio espacio-tiempo, ya que la sociedad mundial no cabe en un único Estado, y por lo tanto, la política de este se muestra innecesaria e ineficaz³.

Todas estas características simplemente demuestran que la sociedad mundial y su relación con los Estados no poseen un sentido estrictamente objetivo. Inicialmente, porque conduce a la necesidad y posibilidad de la emergencia de un «Estado Mundial»⁴ que, por poseer esta característica múltiple, aceptaría y legitimaría la coexistencia de las más variadas relaciones sociales y culturales en un lugar libre, o sea, no se restringe a la figura de un único Estado Nacional. En segundo lugar,

¹ U. Beck 1999, 18

² U. Beck 1999, 29.

³ U. Beck 1999, 29-30.

⁴ J. Habermas 2001, 74

ante la inadecuación e imposibilidad de mantener un modo de ser único y de un estereotipo homogéneo, que dejó de ser, hace tiempo, la identificación de un Estado Nacional o de las personas que viven en él. Ahora bien, la sociedad mundial establece la diversidad y diferencia por el simple hecho de ser un enmarañado de relaciones cada vez más interconectadas e influenciadas por la globalización.

Aquí queda en evidencia la idea de Wallerstein, en el sentido de la posibilidad de localizar un sistema-mundo en áreas muy restringidas⁵. Debido a los cambios y transformaciones vividas por las sociedades y por los Estados, se vuelve totalmente posible presenciar y vivenciar la existencia de varios sistemas-mundo dentro de un único Estado que, a veces coinciden con la figura nacional y a veces no, o sea: tal Estado está compuesto simplemente, por diferencias, diversidades y variedades que no son las responsables directas por su crisis ni siquiera por los problemas que afectan su malestar contemporáneo.

«En líneas generales, no es más posible entender tales conceptos en sus versiones clásicas, si es que aún son conceptos operacionales para describir esa experiencia institucional»⁶. Eso es porque el Estado fue, y continuará siendo, fuertemente afectado por el fenómeno de la transnacionalidad, ante la verificación de la intensificación de relaciones dictadas por la globalización y sus dimensiones. Como consecuencia, se pueden constatar nuevas relaciones de poder y de competencia y nuevos factores de incompatibilidad entre los actores sociales y las unidades estatales pasaron a ser puestas a prueba cada día, haciendo con que el derecho también se adecue a los nuevos acontecimientos, pues el derecho es un hecho o fenómeno social; no existe más que en la sociedad y no puede ser concebido fuera de ella⁷.

Incluso en 1956 Jessup⁸, en su recopilación de ideas denominada *Transnational Law*, analizó los problemas de la entonces comunidad mundial interrelacionada, que comienza con el individuo y llegaba a la sociedad de Estados, por considerar que la comunidad mundial estaba creando lazos cada vez más complejos y que la expresión derecho internacional, estaría superada y no atendía más a las exigencias conceptuales de la nueva época que se vislumbraba.

⁵ Para Wallerstein «Un sistema-mundo non è il sistema *del* mondo, ma un sistema che è un mondo e che può essere e molto spesso è stato, localizzato in un'area che non copre l'intera superficie del globo». I. Wallerstein 2006, 143.

⁶ J. L. B. Morais 2011. 12.

⁷ M. Reale 2002.

⁸ Para Jessup, el Derecho Transnacional incluye todo el derecho que regula acciones o eventos que trascienden fronteras nacionales. Tanto el Derecho Internacional Público como el privado, están incluidos, así como lo están otras reglas, que no se encajan perfectamente en esas categorías usuales. La cita de Jessup sirve más como punto de reflexión, pues lo que él verifica es el inicio de la globalización y consiente sobre el surgimiento de un complejo enmarañado de relaciones al margen de la capacidad regulatoria y de intervención del Estado Moderno. P. Jessup 1956.

Cabe resaltar que la transnacionalidad no puede ser confundida con la globalización, pero tampoco puede ser disociada de esta. Se trata de fenómenos interrelacionados en que la primera nace en el contexto de la segunda. Es correcta la exposición de Baumann al entender que «Con transnacionalismo entendemos todos los lazos que cruzan las fronteras del Estado-nación; con globalización que-remos decir que el mundo se ha convertido en una ‘aldea global’ - o quizás una ciudad global con barrios muy diferentes»⁹. Significa, por lo tanto, que la transnacionalidad surge de la limitación de la internacionalización¹⁰ y es verificada a partir de la efectivización de la globalización

Para Arnaud, hablar de globalización es más que simplemente hablar de internacionalización. Los eventos que afectan a los Estados en este proceso de intercambio puede ser llamada transnacionalización, aunque esas diferencias puedan ser tenues¹¹.

De este modo, la transnacionalidad es concebida como «aquello que atraviesa lo nacional, que traspasa el Estado, que está más allá de la concepción soberana del Estado y, por consecuencia, trae consigo, inclusive, la ausencia de la dicotomía público y privado»¹². Además de eso, otras características se ponen en evidencia al analizar tal fenómeno.

La primera de ellas sería el conjunto de transformaciones relativas a los espacios territoriales nacionales que antes eran pensados en forma aislada, o de forma conjunta al sumarse a acciones de integración regional, por ejemplo. Tradicionalmente, el derecho internacional se fundaba en el principio de la territorialidad, y el respeto a ese principio era, como regla, suficiente para asegurar un funcionamiento satisfactorio de las relaciones internacionales¹³. Hoy, sin embargo, las relaciones transfronterizas exigen un mayor grado de sofisticación del derecho, y se presentan como manifestaciones de la transnacionalidad, pudiendo citar como ejemplos los crímenes transnacionales, el derecho deportivo, o derecho ambiental y la sustentabilidad, las corporaciones transnacionales, las migraciones transnacionales, etc.¹⁴.

⁹ G. Baumann 2003, 160.

¹⁰ [...] la expresión latina *trans* significaría algo que va «más allá de» o «para más allá de», a fin de evidenciar la superación de un *locus* determinado, que indicaría que son traspasadas diversas categorías unitarias, en un constante fenómeno de deconstrucción y construcción de significados. A diferencia de la expresión *inter*, la cual sugiere la idea de una relación de diferencia o apropiación de significados relacionados, el prefijo *trans* denota el surgimiento de un nuevo significado construido reflexivamente a partir de la transferencia y transformación de los espacios nacionales, inclusive de modo que no sea pensado internacionalmente, y sí en el surgimiento de algo nuevo, de un espacio traspasante, que ya no encaja en las viejas categorías modernas. P. Cruz; Z. Bodnar 2009, 58.

¹¹ A.-J. Arnaud 1999, 11.

¹² J. Stelzer 2009, 24-25.

¹³ E. F. P. Matias 2005. 345.

¹⁴ Sobre este tema, se sugiere la lectura de: C. Piffer; P. M. Cruz 2018.

Las alteraciones propiciadas por la globalización también dieron origen a nuevas situaciones, antes no vividas ni pensadas, debido a su alcance y característica novedosa, actualmente circundadas por articulaciones que difieren del espacio real y no se ajustan a los espacios territoriales predefinidos. Según Arnaud¹⁵, la globalización, por decirlo así, es una toma de conciencia de que muchos problemas en ese fin de siglo, no podrán ser más tratados a través de la simple referencia a los Estados, sin una referencia a los vínculos que pasaron a unir las diferentes partes del globo terrestre.

Es el motivo por el cual la transnacionalidad atraviesa diferentes niveles de integración, volviendo difícil su relacionamiento a algún territorio circunscripto. Esta es la característica de la desterritorialización citada por Stelzer¹⁶ bajo el argumento de que «El territorio transnacional no es ni uno ni otro, sino uno en otro, puesto que se sitúa en la frontera traspasada, en el borde permeable del Estado»¹⁷, flotando sobre los Estados y fronteras.

Ambrosini¹⁸ menciona que la transnacionalidad se puede verificar a partir de la implementación de las premisas de facilitación de los transportes y de la comunicación, de la alteración de la pertenencia a determinado grupo social o político —o sea, a partir de los eventos producidos por la globalización— en que volvió posible la vivencia de una vida doble para muchas personas: por medio de contactos que atraviesan y impermeabilizan las fronteras nacionales, que desconocen nacionalidades o normas predefinidas y pugnan por un reconocimiento hasta entonces no pensado.

Por esta razón, los acontecimientos de hoy son transnacionales, porque suceden de forma recurrente en un verdadero cruce de fronteras nacionales y requieren un compromiso regular y significativo de todos los participantes. Ferrajoli¹⁹ entiende que la globalización es responsable por la crisis del derecho en un doble sentido: uno objetivo e institucional, el otro subjetivo y cultural. La transnacionalidad se presenta como el sentido objetivo de esta cri-

¹⁵ A.-J. Arnaud 1999, 13.

¹⁶ J. Stelzer 2009, 25.

¹⁷ J. Stelzer 2009, 24-25.

¹⁸ M. Ambrosini 2009, 11-38.

¹⁹ Según el autor, «Il tratto caratteristico di quella che chiamiamo 'globalizzazione' è dunque la crisi del diritto in duplice senso, l'uno oggettivo e istituzionale, l'altro, per così dire soggettivo e Culturale: a) come crescente incapacità regolativa del diritto, che si esprime nelle sue vistose e incontrollate violazioni da parti di tutti i poteri, pubblici e privati, nel vuoto di regole idonee a disciplinarne le nuove dimensioni transnazionali; b) come squalificazione, insofferenza e rifiuto del diritto, che si esprime nell'idea che i supremi poteri politici, magari perchè legittimati democraticamente, non siano sottoposti a regole, né di diritto internazionale né di diritto costituzionale, e che parimenti il mercato non possa, ma debba fare a meno di regole e limiti, considerati come inutili impacci alle sua capacità di autoregolazione e di promozione dello sviluppo». L. Ferrajoli 2008. p. 353.

sis, por afectar el Estado en su esfera institucional y atribuirle una considerable falta de importancia.

De esta forma, a medida que la globalización desarrolla su dinámica por medio de las dimensiones por ella creadas, crece la necesidad de los involucrados de encontrar nuevos escenarios y de encontrar maneras de contra balancear las nuevas tendencias. Esto demuestra que la transnacionalidad está relacionada con la globalización y el sistema-mundo, pero su propia particularidad reside en el hecho de apuntar a una cuestión central: la relación entre territorios y los diferentes acuerdos que orientan las formas en que las personas representan un sentido de pertenencia a unidades socioculturales, políticas y económicas. Esto es lo que Ribeiro²⁰ denomina como formas de representar sentido de pertenencia a unidades socioculturales, político-económicas.

Disertar sobre la transnacionalidad impone una tarea muchas veces ardua ante la necesidad de modificar los clásicos conceptos ya consolidados, con la intención de resaltar las relaciones traspasantes que afectan directa o indirectamente a todos, a fin de ordenar un claro sentido de responsabilidad con relación a los efectos de acciones políticas y económicas en un mundo globalizado²¹.

Siguiendo este orden, Piffer²² presenta algunos de los principales rasgos característicos del fenómeno de la transnacionalidad: 1) Los sucesos transnacionales tienden a presentarse como relaciones horizontales, ya que lo horizontal es la línea que conecta y establece relaciones de todos con todos, rasgando las fronteras nacionales y estableciendo uniones por donde pasa, no teniendo un único punto de partida ni siquiera un punto de llegada; 2) Las relaciones establecidas hoy, perderán el carácter de excepción u ocasión: lo que antes no afectaba el sentimiento de pertenencia o las coordenadas culturales e institucionales de un determinado grupo o país, hoy demuestra su característica transnacional por ser una necesidad de interrelación incentivada de varias formas; 3) Frente a la desterritorialización hubo un quiebre –de hecho– de la unidad estatal, marcado por nuevas relaciones de poder y competitividad, generando conflictos y juegos de intereses sin origen definido; 4) Se verifica la debilitación de los sistemas de control y protección social frente a las redes de legalidad establecidas, donde las reglas y normas parecen ser desafiadas por otras potencias, ubicadas en diversos territorios y dictadas por corporaciones transnacionales bajo los dictámenes de la globalización; 5) Se establecen redes de legalidad complementarias o antagónicas que son típicas de las relaciones transnacionales y dan origen a constantes mutaciones o transgresiones de las reglas pre-establecidas, en las que el Estado Nacional actúa como mero coadyuvante por medio de su aparato estatal restrin-

²⁰ G. L. Ribeiro, 1997.

²¹ P. M. Cruz; C. Piffer 2018.

²² C. Piffer 2014.

gido por las fronteras nacionales o por acuerdos internacionales previos que poseen la característica de verticalidad y no horizontalidad.

Frente a estas características, se verifica que la transnacionalidad cuestiona en todo momento a la lógica y eficacia de los modos pre existentes de control y representación en la esfera económica, social, cultural, política y jurídica. Y la sociedad mundial, abordada al inicio de este estudio, ya no está más sometida a las limitaciones de pueblo, territorio y jurisdicción, impuestas por las categorías estatales clásicas sujetas a las rígidas teorías monista y dualista.

2. LA NECESIDAD DE SUPERACIÓN DE LAS TEORÍAS MONISTA Y DUALISTA

Son dos las teorías que regulan las relaciones entre el derecho interno de los Estados y el Derecho Internacional: la teoría monista y la teoría dualista.

La primera dice que tanto el derecho interno cuanto el internacional constituyen el mismo sistema jurídico, o sea, que existe solo un único orden jurídico que da origen a las normas internacionales y nacionales, teniendo reconocimiento mutuo en las dos esferas sin ningún tipo de burocracia. Siguiendo esta línea de pensamiento, es conveniente transcribir las palabras de Kelsen²³:

Si el Derecho Internacional y el Derecho Estatal fueran un sistema unitario, entonces la relación entre ellos tiene que ajustarse a una de las dos formas expuestas. El Derecho Internacional tiene que ser concebido como un orden jurídico delegado por el orden jurídico estatal y por consiguiente como incorporado en este, o como un orden jurídico total que delega en los ordenes jurídicos estatales, supra-ordenado a estos y abarcándolos a todos como ordenes jurídicos parciales. Ambas interpretaciones de la relación que intercede entre el Derecho Internacional y el Derecho Estatal representan una construcción monista. La primera significa la primacía del orden jurídico de Cada Estado, la segunda traduce la primacía del orden jurídico internacional.

A su vez, el dualismo defiende la diferencia entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional, donde el orden jurídico interno está comprendido por la Constitución y otras normativas específicas de cada Estado y reconocidas en su ámbito local, mientras que el orden internacional –regido por tratados, acuerdos y convenciones– sería reconocido solo en la esfera internacional coordinando las relaciones entre los soberanos, debiendo ser internalizado para tener validez jurídica en el Estado signatario.

²³ H. Kelsen 1999, 233.

En este sentido, Kelsen entiende que esta discusión teórica sirve solamente para demostrar el alejamiento de una comprensión jurídica integradora, defendiendo que:

En la medida en que este fuese el significado de una teoría que cree tener que aceptar la existencia de conflictos insolubles entre el Derecho Internacional y el Derecho Estatal y considera el Derecho Internacional, no como Derecho, pero sí como una especie de Moral Internacional, no habría nada que oponer desde el punto de vista de la lógica. Pero la mayoría de los defensores de la teoría dualista, se ve forzada a considerar al Derecho Internacional y al Derecho Estatal como órdenes jurídicas con vigencia simultánea que son independientes una de la otra en su vigencia y pueden entrar en conflicto una con la otra. Esta doctrina es insostenible²⁴.

De acuerdo a esta discusión, hay otro contratiempo que afecta las teorías ya presentadas: su superación frente al surgimiento de la perspectiva de la transnacionalidad, aquí llamada como Derecho Transnacional. Sanz²⁵ sugiere que estamos frente a un colapso de la teoría monista, lo que nos obliga a revisar conceptos-clave de las construcciones jurídicas teóricas aún en boga, y el dualismo no corre con una mejor suerte.

Cabe destacar que las reflexiones acerca de un Derecho Transnacional embrionario ya se viene desarrollando desde el siglo pasado, cuando, ya en 1976, Vagts y Steiner comenzaron a reflexionar sobre los problemas jurídicos en el ámbito transnacional, por medio de la obra titulada *Transnational legal problems*²⁶. Los autores, en su momento, realizaron complejos estudios sobre el derecho internacional, conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio, derecho comparado, jurisprudencia y negocios y transacciones transnacionales, adoptando la postura de Jessup²⁷ para analizar tales situaciones.

Se resalta el hecho de que en esa obra, los autores identifican las características y el alcance de los problemas jurídicos transnacionales en los sistemas

²⁴ H. Kelsen 1999, 231.

²⁵ M. R. Sanz 2015, 79-105.

²⁶ H. J. Steiner; D. Vagts; H. Koh 1994.

²⁷ Philip Jessup fue el primero en escribir sobre la transnacionalidad y su dimensión jurídica. Al vivir un momento histórico de mejora e intensificación de las relaciones entre Estados, Jessup exteriorizaba la dificultad que incluía el análisis de los problemas de la comunidad mundial y del derecho que la regulaba, ante la inexistencia de una expresión apropiada para designar a las normas en cuestión, ya que el Derecho Internacional no era apropiado para aquello. Por esa razón, el autor comenzó a usar la expresión Derecho Transnacional para incluir todas las normas que regulan actos o hechos que trascienden las fronteras nacionales, ya que, para él, las situaciones transnacionales podrían involucrar individuos, empresas, Estados, organizaciones de Estados o cualquier otro grupo. Jessup 1956, 11.

jurídicos locales e internacionales, utilizando ejemplos como el mantenimiento de la paz y el control de la violencia relacionados a Vietnam, los conflictos existentes entre el Congreso y el Ejecutivo de los Estados Unidos en cuanto a las relaciones y a los acuerdos internacionales, y a la discusión sobre los derechos humanos y su alcance transnacional²⁸. Y según ya se ha dicho, todo eso ya en la década de 1980.

Específicamente en 1986, Vagts²⁹ abordó el tema en su obra *Transnational Business Problems*, examinando el comportamiento de las partes involucradas en las relaciones transnacionales, surgiendo, en este momento, un análisis que va más allá del derecho, al observar la forma en que este surge a partir de las relaciones entre los sujetos involucrados.

Para el autor, serían tres los elementos que caracterizan al Derecho Transnacional: 1) asuntos que trascienden las fronteras nacionales; 2) asuntos que no contienen una clara distinción entre el Derecho Público y Privado; y 3) asuntos que contienen fuentes abiertas y flexibles, como el *soft law*³⁰.

Hace más de una década, Berman³¹ también expuso que el énfasis tradicional del derecho internacional en el Estado ha sido cuestionada hace tiempo, y el enfoque más reciente se orienta hacia el Derecho Transnacional, ya que las redes gubernamentales y no gubernamentales, la influencia judicial y cooperación transfronteriza, aún parecen insuficientes para describir las complejidades del derecho en una era globalizada³².

De este modo, el Derecho Transnacional, busca una doble superación³³.

En primer lugar sobre la teoría monista, en lo que se refiere a su característica estatal, como a la suposición de la autosuficiencia de los órdenes jurídicos estatales y a la negación de cualquier otro orden jurídico, e internacionalista, cuyo Estado entrega toda la legitimación de su poder normativo al Derecho Internacional. En ambas perspectivas, son totalmente subestimadas las complejas redes de relaciones jurídicas que operan en la esfera transnacional

Y también en lo que se refiere a la superación del dualismo, ya que la idea de que el orden interno e internacional deban ser construidos como órdenes recíprocamente independientes, se muestra inadecuada ante el hecho de que el

²⁸ Vagts, em el año 1986, continuó abordando el tema en su obra titulada *Transnational business problems*, en la cual expone los tres elementos que caracterizan el derecho transnacional: los asuntos que trascienden fronteras nacionales; los asuntos mencionados en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia, además de otros que posean fuentes abiertas y flexibles, como sería el caso del *soft law*.

²⁹ D. Vagts 1986.

³⁰ P. M. Cruz; C. Piffer 2017, 53.

³¹ P. S. Berman 2005, 485.

³² M. R. Staffen 2018.

³³ R. Guastini 2016, 329.

Derecho Transnacional da de sobra atención a las relaciones mutuas entre los órdenes jurídicos y los variados participantes, en un constante proceso de integración y coordinación.

Significa, por lo tanto, que las lentes del derecho, tanto por la óptica monista como por la dualista, no son más suficientes para observar las complejas redes de relaciones que se afectan mutuamente, ni siquiera para proveerles respuestas adecuadas. Para analizar tal cambio, precisamos desprendernos de la imagen de los Estados soberanos e independientes, pues la mayoría de los órdenes jurídicos y no jurídicos que existen hoy, conllevan diversos tipos de relaciones que se integran y complementan, y no pueden ser enunciadas en el campo teórico.

En consonancia con lo expuesto, el tema que ahora pretende ser abordado apunta a defender que el derecho transnacional puede subsidiar las discusiones y soluciones jurídicas, ya que las teorías clásicas no «sacian más la sed jurídica» de la sociedad actual. Le corresponde al Derecho Transnacional, por lo tanto, la árdua tarea de reformular conceptos básicos de la ciencia jurídica con la finalidad de consolidar la formación de un pluralismo jurídico fuerte y demostrar cómo nuestras concepciones tradicionales del derecho deben ser repensadas frente a la realidad transnacional contemporánea. Este será el tema abordado a continuación.

3. EL ORDEN JURÍDICO TRANSNACIONAL Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Partiendo del presupuesto de que la conexión entre derecho y territorio estatal hace tiempo sufre una considerable transformación, es un hecho que los límites geográficos de los estados y las reglas que forman el derecho nacional e internacional no definan más la extensión máxima de incidencia de las normas jurídicas. El estado ya no es más el único actor, ni siquiera el más importante para establecer órdenes jurídicos.

Según resalta Teubner³⁴, el surgimiento de órdenes supra y transnacionales, públicos y privados, trae al sistema jurídico elementos de complejidad haciendo que los presupuestos ya aceptados por la modernidad deban ser releídos. En lo que se refiere a la teoría jurídica, continúa enfocada en los sistemas jurídicos nacionales, la práctica va mucho más allá, traspasando fronteras y escribiendo su historia por líneas complejas de una realidad jurídica que se desenvuelve sin la presencia de la figura estatal.

Scott³⁵ resalta que no se debe hablar de la exclusión de esta figura, sino de categorías mutuamente inclusivas que se mezclan con un derecho que no es ni

³⁴ G. Teubner 2010, 331-332.

³⁵ C. Scott 1995, 873.

nacional, ni internacional –un híbrido entre el derecho nacional e internacional, según Koh³⁶–, ni público, ni privado, pero que puede ser nacional e internacional, público y también privado.

Como explica Dolinger, «los doctrinadores, tanto los de derecho internacional público como los de derecho internacional privado, relacionan la cuestión del conflicto entre fuentes internas e internacionales, a las clásicas doctrinas del monismo y del dualismo, cada uno proponiendo una solución diferente»³⁷. Sin embargo,

La diversidad jurídica de nuestros días obliga a cada orden jurídico a afrontar la interacción y apertura a otras realidades jurídicas. Una aproximación transnacional, a diferencia del pluralismo jurídico fuerte, tiene la pretensión de evitar el aislamiento de cada orden jurídico respecto de la realidad jurídica circundante y favorecer un proceso de progresiva convergencia normativa que permita encauzar los conflictos sociales que traspasan las fronteras en procesos jurídicos³⁸.

Se defiende, por lo tanto, la necesidad de superación de un pluralismo limitado a la comparación y convergencia entre sistemas jurídicos distintos. La principal característica que diferencia el pluralismo jurídico (llamado por el autor como pluralismo jurídico fuerte) y el derecho transnacional, se refiere a la imposibilidad del primero de realizar actos de convergencia, coordinación e integración entre los órdenes jurídicos y no jurídicos. Para que la teoría del pluralismo jurídico pueda ser utilizada en demandas transnacionales, debería sufrir una reformulación de sus bases, como explica³⁹. El autor demuestra que, en contraposición a la visión de Kant (para quien la globalización del derecho solo es posible por medio de la codificación de la política internacional), es necesario fundamentar el pluralismo, no en grupos y comunidades, pero sí en discursos y redes de comunicación.

Las lentes a través de las cuales debe verse el derecho no son más aquellas que reflejan la existencia de un orden único de actores soberanos, pero sí la de una constelación de sistemas jurídicos interrelacionados. Solamente por medio de la teoría del pluralismo jurídico transnacional se hace posible concebir el Derecho Transnacional⁴⁰.

Como ejemplo, se menciona la extensión del dominio de las normas técnicas a la ley, es decir, la globalización ha traído consigo la necesidad de armonizar la

³⁶ H Koh 2005-2006.

³⁷ J. Dolinger 1994, 102.

³⁸ I. T. Mansilla 2017, 225.

³⁹ G. Teubner 2003, 17.

⁴⁰ B. Frydman 2019, 04.

legislación sobre producción e industrialización de productos. El etiquetado y las certificaciones se crean, no para prohibir las normas nacionales, sino para hacerlas obsoletas, dada la aceptación de las normas técnicas globales. En segundo lugar, se produjo la introducción de indicadores (estándares, objetivos y marcas) en la gobernanza transnacional, ya sea en Derecho Administrativo, en la evaluación de Universidades o en el Campo de la Justicia.

El Derecho Transnacional, por tanto, más allá de institucionalizar garantías de derechos reconocidos formalmente, posee el atributo de fomentar instrumentos de perfeccionamiento constante de los contenidos materiales pensados en un orden plural, con una visión que deriva de una realidad en movimiento y constante integración, basada en una reflexión crítica que aleje lo que Tuori⁴¹ llama de pluralismo radical, para lo cual habría una diversidad de visiones del mundo y, en consecuencia, una diversidad de derechos.

Además, existe una pluralidad de normas que no están necesariamente centralizadas⁴², ni siquiera respetan la jerarquía establecida, de acuerdo a lo que estamos comúnmente acostumbrados. Las relaciones entre regímenes jurídicos diversos son muy variadas, pudiéndose convergir, cooperar, asimilar, subordinar, competir e integrar⁴³, pois las normas legales clásicas compiten cada vez más con otro tipo de normas, en particular con las normas técnicas y de gestión, que parecen encontrar en el contexto transnacional, un terreno de desarrollo favorable en detrimento de las reglas clásicas.

Llama la atención el hecho de que en esa nueva conciencia jurídica surgen nuevos actores, que se relacionan y se comunican formando las referidas redes especializadas en la esfera transnacional. Así, los Estados-Nación son forzados a comportarse como co-actores, sin división jerárquica de roles con organismos internacionales e corporaciones transnacionales por ejemplo.

En un mundo sin plena soberanía, los Estados son obligados a comportarse como actores entre los demás. El Estado, soberano (hasta cierto punto) en su propio territorio, pierde toda soberanía (a pesar de lo que dice el Derecho Internacional Público) ni bien atraviesa fronteras, y debe comprometerse con otras fuerzas⁴⁴. Estas fuerzas son de otros Estados, lógico, pero también de otros tipos de actores de la sociedad del mundo, como las organizaciones internacionales y

⁴¹ K Tuori 2014,41

⁴² Como ejemplo, se cita la *lex mercatoria*. Para Teubner ella rompe con dos tabús: el primero de que su afirmación solo se da a través de disposiciones *ius privadas* (contratos y fusiones); y el segundo, reivindicando la validez entre los Estados-Naciones y hasta más allá de las relaciones «inter-nacionales», formándose espontáneamente en el plano transnacional, sin la autoridad del Estado, sin su capacidad de imponer sanciones, sin su control político y sin la legitimidad de un proceso democrático. G. Teubner 2003, 17.

⁴³ I. T. Mansilla 2017, 232.

⁴⁴ B. Frydman 2019, 06.

las organizaciones no gubernamentales, o empresas de transición y sus redes, además de otras formas de organización social que participan del fenómeno transnacional.

La aceptación de la existencia de un pluralismo jurídico transnacional se consolidó en la esfera económica, en que la realidad de los mercados mundiales impusieron un nuevo orden jurídico transnacional, siendo insostenible negar la fuerza jurídica de esas nuevas regulaciones que se combinan con las reflexiones de Teubner, en el sentido de que aquello que antes no era un Derecho, ahora es un Derecho sin el Estado, presentándose como un derecho mundial autónomo⁴⁵.

Esto es porque la mayoría de las transacciones comerciales modernas no se someten a las leyes nacionales o internacionales. Como afirma Arnaud⁴⁶, en realidad las corporaciones se preocupan poco por esas normativas. En tono de crítica, Beck complementa que las empresas transnacionales forman parte de «Un capitalismo transnacional que no recauda impuestos y destruye puestos de trabajo [...]».

Para Zumbansen⁴⁷, el Derecho Transnacional engloba mucho más que meras transacciones transfronterizas de Derecho Privado involucrando partes no estatales y redes regulatorias. En lugar de eso, abarca esas relaciones entre actores estatales y no estatales a través de los límites del estado que quedan lejos de conducir a actos jurídicos internacionales oficiales, tales como tratados o convenciones.

Sin embargo, los reflejos jurídicos de las relaciones transnacionales no se limitan a las cuestiones económicas. Las controversias que involucran los derechos humanos, las cuestiones ambientales, los actos de gobierno transnacional, las organizaciones sociales transnacionales, las relaciones de trabajo, las relaciones familiares, los contratos públicos o privados y tantas otras –jurídicas y no jurídicas– componen el actual pluralismo jurídico transnacional. Son ellas las que construyen y consolidan los resultados de una sociedad en constante cambio.

Les cabe, por lo tanto, a los operadores de Derecho, tomar conciencia de que el Derecho Transnacional necesita ser asimilado, estudiado y discutido. Esto es algo que se le debe a la sociedad mundial.

CONSIDERACIONES FINALES

Sociedad mundial, transnacionalidad, derecho transnacional y pluralismo jurídico transnacional son las principales categorías abordadas en este estudio. Su

⁴⁵ G. Teubner 1999, 343

⁴⁶ A-J Arnaud 2003, 22-27.

⁴⁷ P. Zumbansen 2019, 739.

razón principal es la de demostrar que la aceptación y la consecuente comprensión del Derecho Transnacional, pasa por la ruptura categórica con los elementos clásicos de la ciencia jurídica.

La verificación de la transnacionalidad como fenómeno y el Derecho Transnacional como su dimensión jurídica, ante la característica de ausencia de subordinación a un espacio jurídico pre-establecido, se constituye como una importante base para la consolidación de un pluralismo jurídico que difiere mucho del pluralismo clásico: el pluralismo jurídico transnacional.

La diversidad jurídica que hoy se puede ver, nos obliga a afrontar la convergencia, coordinación e integración entre sistemas jurídicos y no jurídicos, alejando cualquier tentativa de mantener los órdenes jurídicos apartados ante el argumento arcaico de centralización de las decisiones, acciones y procedimientos, únicamente en el Estado Nacional.

Más que suplantarse las teorías monistas y dualistas, se hace imprescindible afrontar cualquier intento de pluralismo sujeto a actos jurídicos de comparación y convergencia. La teoría del Derecho Transnacional permite, por lo tanto, elevar el desafío que enfrentan fenómenos jurídicos que trascienden las fronteras del Estado, superando modelos categorizados a nivel local, internacional, supranacional o global, y enfatizando la interdependencia entre ellos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009.
- ARNAUD André-Jean. **O Direito entre Modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BAUMANN, Gerd. **L'enigmamulticulturale**. Bologna: Mulino, 2003.
- BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BERMAN, Paul Schiff, **From International Law to Law and Globalization**. University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers. Paper 23, 2005. p. 485. Disponible en: <http://lsr.nellco.org/uconn_wps/23>. Acceso el: 01 mar 2019.
- CRUZ, Paulo Márcio.; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.
- ; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017.
- ; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**. Itajaí: UNIVALI, 2018.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

- FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008.
- FRYDMAN, Benoit. **A pragmatic approach to global law**. 2013. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acceso el: 13 enero. 2019.
- GUASTINI, Riccardo. **La sintaxis del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Traducción de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001. Título original: Die postnationaleKonstellation: PolitischeEssays.
- JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Traducción de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traducción de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KOH, Harold H. **Why transnational law matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752, 2005-2006. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acceso el: 18 fev. 2019.
- MANSILLA, Isabel Turégano. Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica. **Derecho PUCP**. n. 79, 2017. p. 223-265.
- MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à Sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponible en: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acceso el: 20 mar 2019.
- ; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. p. 8-27, In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Reibeito; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Porto Velho: Emeron, 2018.
- REALE, Miguel Reale. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Série antropologia, 1997. Disponible en: <<http://pt.scribd.com/doc/19503341/A-Transnacionalidade>>. Acceso el: 02 ago. 2018.
- SANZ, Mario Ruiz. Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. **Derechos y libertades**, 32, 2015, p. 79-105. Doi: 10.14679/1003.
- SCOTT, C. Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions. **German Law Journal**, 10(7), 859-876. DOI: 10.2139/ssrn.1488245.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2018.
- STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold H. **Transnational Legal Problems: Materials and Text**. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

- TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. En: **FILOSOFIA do direito e direito econômico que diálogo?** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- . A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003.
- . Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State. En: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin. (Orgs.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010.
- TUORI, K. Transnational Law. On Legal Hybrids and Perspectivism, p. 11-57. In: MADURO, M.; TUORI, K.; SANKARI, S. (Orgs.) **Transnational Law**. Rethinking European Law and Legal Thinking. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.
- WALLERSTEIN, Immanuel. **Compreendere Il mondo**. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006.
- ZUMBANSEN, Peer. **Transnational Law**. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 9/2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/181>>. Acesso em: 11 mar. 2019.