

Law challenges
facing globalization

Los desafíos del derecho frente a la globalización

Fecha de Recepción: Octubre 15 de 2007

Fecha de Aceptación: Noviembre 18 de 2007

BIBLIOGRAPHICAL REVIEW ARTICLE
ARTÍCULO DE REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

*Paula Lucía Arévalo Mutiz*¹

RESUMEN

Este estudio pretende describir parte del proceso de globalización y realizar una lectura desde el enfoque jurídico respondiendo al problema de *¿Cómo la globalización ha impactado al derecho?*, lo que supone recoger posturas presentadas por varios estudiosos de la disciplina y sociólogos alrededor del tema a fin de acercarse a la globalización del campo jurídico comprendiendo de manera crítica y detallada su impacto en la creación de normas, la transformación de instituciones jurídicas y la aparición de nuevas que *“superan el ámbito nacional”* e incluso en la forma en que se interpreta el derecho, sin dejar de lado su íntima relación con algunos temas que presuponen relaciones de poder, discursos y nuevos desafíos para esta disciplina.

ABSTRACT

This study intends to describe part of the globalization process and read it from a juridical perspective in order to answer the question *¿How has globalization influenced the juridical phenomenon?*, what implies a collection of the positions that, about this topic, several law specialists and the Psychology of Law have assumed; where law globalization has required a detailed critical analysis in an attempt to understand its impact on the formulation of rules, the transformation of juridical institutions and the appearance of some events that *“surpass the national scope”* and even the way globalization is interpreted by and reaches Law; without setting aside its close connection with power relationships, discourses and new challenges to this discipline.

1 Directora del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Abogada. Candidata a Magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional. Contacto: pauarevalo@yahoo.com.ar

Palabras Clave

Globalización, tendencias, globalización del derecho, derecho en contexto, pluralismo jurídico, transnacionalización del derecho.

Key words

Globalization, trends, law and globalization, legal theory, law in context, reading law, legal pluralism, pluralism in law, transnationalisation legal.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy día, resulta común encontrar múltiples referencias que invocan el concepto “globalización”, término que sugiere encontrarse de cara a un mundo que invita a identificar nuevos actores en el escenario mundial, agentes, discursos, contrastes, cambios en las relaciones de poder y complejas dinámicas en las relaciones sociales y económicas.

Un análisis de la globalización, significa comprender que en su despliegue intervienen transformaciones históricas como cambios en las diferentes sociedades que sugieren una sistemática compenetración de singularidades, es así, como el proceso de globalización se convierte en objeto de estudio e interés de diferentes disciplinas que intentan aportar ideas para interpretar en cada uno de sus campos la influencia de la globalización.

Este estudio pretende describir parte del proceso de globalización y realizar una lectura desde el enfoque jurídico intentando responder a la inquietud de *¿Cómo la globalización ha impactado el fenómeno jurídico? y por ende, ¿Cuáles son los desafíos del derecho en un contexto como el global?*, lo que supone recoger las posturas presentadas por varios estudiosos del derecho, de la filosofía y la sociología jurídica alrededor del tema, espacio en el cual la globalización requiere un análisis crítico y detallado para comprender su impacto, en la transformación del papel del Estado, en la creación de normas, en la asunción de un derecho que deja de lado el “monismo jurídico”, para presentar una perspectiva diferente a través del “pluralismo jurídico”, en un contexto que crea nuevos contornos y rutas que conducen a la disciplina jurídica desde la modernidad hacia la posmodernidad, hecho que determina la transformación de instituciones y la aparición de nuevas que “superan el ámbito nacional”². Esta nueva dinámica logra finalmente determinar también la forma en que se crea, interpreta y proyecta el derecho resultado de la fragmentación de las lógicas y el peso de realidades nuevas y complejas.

Todo ello, sumado a su íntima relación con temas que conectados presuponen relaciones de poder, discursos y nuevos desafíos para la disciplina resultado del paso a un nuevo paradigma.

2 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá. ILSA. UNIBIBLOS, 1999. p. 15.

Sin lugar a dudas, el tema resulta pertinente atendiendo a las inquietudes ya expuestas, sumadas a la prolífica literatura y al gran número de trabajos dedicados a, analizar, interpretar y explicar varios fenómenos comunes al mundo a finales del siglo XX y comienzos del XXI a través del prisma que el concepto globalización ofrece; esa circunstancia significa que el derecho, no puede dejar de ser objeto de este estudio por el impacto que el proceso en mención genera en diversas áreas del saber y a la postre del lugar común en el discurso de las Ciencias Sociales.

En ese orden de ideas, la *primera parte* del texto se encargará de acercarnos teóricamente al concepto de globalización, su discurso y las tendencias o enfoques existentes para abordar su estudio; la *segunda parte*, asentará su análisis en la globalización del derecho y, la *última*, intentará identificar aquellas áreas en las que el derecho colombiano ha sufrido un impacto por vía de la transnacionalización del fenómeno jurídico.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 LA GLOBALIZACIÓN COMO PROCESO Y SUS TENDENCIAS

Intentar definir el término globalización, no resulta un asunto fácil por cuanto constituye un proceso de carácter histórico³ y por ende un concepto lo suficientemente multiforme para tocar las representaciones y objetos de las diferentes disciplinas, en momentos y escenarios heterogéneos.

Hugo Fazio Vengoa considera que definir la globalización resulta un ejercicio complicado, más aún cuando se busca presentarla, bien como un fenómeno, una estructura, un estadio, un proceso o una coyuntura⁴, lo cierto es, que rompe con los esquemas interpretativos predominantes debido a que reconceptualiza la dinámica social, de allí que sean muchos los apelativos usados para referirse

3 FAZIO VENGOA, Hugo. Globalización como proceso de larga duración. Reflexión Política. Año 3 N° 5 Junio de 2001. p. 5 y 18: “Algunos autores sostienen que este proceso se explica por el ingreso en un nuevo estadio de desarrollo del capitalismo, otros lo asocian a un mundo posmoderno, hay quienes lo identifican con la expansión de un conjunto de relaciones entre países con independencia de la actividad de los gobiernos y los últimos, lo perciben como un intento de rehegemonización en las condiciones en que se desvaneció la configuración planetaria de la época de la guerra fría”.

4 Fazio Vengoa cree que “para algunos esta discusión reviste un carácter semántico, mientras que para otros su discusión posee tan sólo un interés académico, sin que de su discernimiento pueda derivarse una aplicación práctica”. Reflexión Política. Año 3 N° 5 Junio de 2001. p. 5.

a ella tales como: “aldea global”⁵, “fábrica global”⁶, “tercera ola”⁷, entre otros, que sin duda se refieren desde diferentes contornos y contextos al tema que permea buena parte de los estudios presentes.

Así pues, la globalización se ha convertido en un referente de las relaciones contemporáneas que “desdibuja las fronteras entre lo interno y lo externo e induce a un nuevo tipo de vinculación que se articula multifacéticamente a estos dos ámbitos”⁸, es por ello que se habla de lo global y lo local como referencia a ese encuentro.

Ahora bien, la globalización no es un fenómeno nuevo, históricamente han existido oleadas globalizantes, cargadas de algunas particularidades, en cuyo desarrollo se destacan las siguientes:

La expansión de mercados, circunstancia que se refleja a través de procesos de integración e interdependencia económica por el intercambio continuo de bienes, servicios y capitales, fenómeno que determina nuestro escenario mundial y el momento histórico en que nos correspondió vivir, caracterizado por el intenso intercambio de mercancías, como expresión de uno de los más intrincados y complejos procesos en las relaciones económicas y mercantiles internacionales⁹.

Diversificación de tecnologías, sujetas a nuevas regulaciones y desarrollos resultado del tránsito del siglo XX al siglo XXI, determinado por una auténtica y definida tendencia propiciada por el desarrollo de las tecnologías digitales y de las telecomunicaciones

(TIC’s); es el denominado “boom” del Internet¹⁰ y por ende del comercio electrónico¹¹, que hacen posible la comunicación y el acceso a la información de manera inmediata, en el instante en que el usuario desee y desde cualquier región del planeta, dentro de lo que muchos han decidido llamar acertadamente como la “sociedad de la información” o la “era de la revolución de la informática”. De hecho, las sociedades de la información, disponen todos sus esfuerzos por convertir la misma en conocimiento, de allí que la velocidad con la que se transmite, procesa y genera, es de vital importancia para disminuir costos financieros, *el tiempo en las redes es dinero*.

Un fuerte flujo migratorio, o sea la supuesta experiencia de “vivir y actuar por encima y más allá de las fronteras”, pero que parece convertirse en una falacia cuando se analiza la forma en que se realiza el movimiento migratorio, hecho que sin duda genera inquietudes en un mundo globalizado que parece flexible a los tránsitos migratorios, pero que realmente llega a dibujar abismos reales, dando cuenta de un espacio fraccionado aún por el pensamiento excluyente del “nosotros” y “ellos”.

El intercambio cultural que se produce entre los pueblos a raíz de las facilidades de la nueva sociedad para que transiten ideas, información, imágenes, productos, capitales que fluyen a través de las fronteras dada la nutrida interconectividad.

Entonces, el acelerado comportamiento del mercado, el flujo continuo de ideas, información e intercambio cultural, unido a la creciente oleada migratoria, en medio de nuevos parajes de poder permite observar la aparición desconocidos agentes económicos como las ETN’s¹², que instituyen una reorganización en la división internacional del trabajo, sumados a nuevos actores en “un nuevo orden mundial”.

Aquí el espacio tiempo, presenta un nuevo tablero de ajedrez en las relaciones internacionales y la

5 MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: the making of typographic man*. University of Toronto Press, Toronto. 1962. Su pensamiento produjo un cambio, sintetizado en la frase “el mensaje es el medio”; acuña también el concepto Aldea Global, elaborado con diferentes puntos de vista, como: el estético y el tecnológico. Aquí, McLuhan presenta un modelo para estudiar los impactos estructurales de la tecnología sobre la sociedad, ... “los nuevos media, los de la Galaxia Marcony y la electrónica nos abren a la era de la simultaneidad, y con ella, más allá de la fragmentación cultural, al principio señalada, se anuncia una nueva sociedad tribal planetaria: la aldea global”.

6 Usado por Robert Reich.

7 Acuñado por Alvin Tofler.

8 FAZIO VENGOA, Hugo. *Globalización: discursos, imaginarios y realidades*. Ediciones Uniandes. Bogotá. Primera edición 2001. ISBN 958695-045-X. p. 15.

9 Ver En la revista, *Fortune*, junio 27, 1994, p. 98, Citado por Don TAPSCOTT, *La economía digital*. Colombia, McGraw- Hill. 1997. P.62. se expresa “no existe nada más para la economía global que comerciar bienes, servicios, capital, mano de obra e información”... “vivimos en un mundo que se proyecta a la integración”.

10 Internet es una red de redes a escala mundial de millones de computadoras interconectadas con el conjunto de protocolos TCP/IP. También se usa este nombre como sustantivo común y por tanto en minúsculas para designar a cualquier red de redes que use las mismas tecnologías que la Internet, independientemente de su extensión o de que sea pública o privada. Consulta en línea [29/09/06] disponible en línea en [http://es.wikipedia.org/wiki/Internet]

11 El comercio electrónico desde el punto de vista legal es “un acto jurídico que cubre cualquier transacción comercial que se efectúa mediante la utilización de medios electrónicos como el facsímil, fax, Internet”...

12 Empresas Transnacionales.

organización geopolítica del mundo, que otorga un especial rol a entidades y Estados, reconfigurando el mapa mundial, definiendo fronteras, centros, periferias y sus esferas de influencia, líneas de fractura y asociaciones económicas, que trabajan a través de alianzas y bloques económicos, intentando crear un balancín en medio de los cánones establecidos por un paradigma de mercado¹³, permitiendo dibujar la cartografía de un nuevo mundo.

Lo paradójico de la globalización es que si bien, no es un proceso nuevo en la historia de la humanidad, su acepción sí, y se populariza en la voz inglesa como "globalization", que se remite a una filosofía "holística" y que se traduce en "la idea de una unidad totalizante o unidad sistémica", que visualiza un discurso homogeneizante que intenta articular todas las "estructuras locales"¹⁴, de múltiples maneras sin afectar las diferencias nacionales y regionales.

Ello significaría que "la empresa global es una estructura orgánica en la que cada parte está destinada a servir al todo"¹⁵, idea que al ser contrastada con la realidad se derrumba, porque la globalización lejos de servir al todo se convierte en un discurso que sustenta a las culturas del centro, abriendo el escollo entre "unos" y "otros"; porque el argumento en que se ampara no obedece a una verdadera convicción de lo "global" o a una "cultura global" es más la construcción de una "cultura del consumo".

Entonces, la idea de un *globalismo*¹⁶ auténtico no existe, por cuanto se esta frente a una *transnacionalización cultural*; que no es otra cosa que asimilar condiciones o características y modos de vida de centro por parte de la periferia y la semiperiferia. En fin una forma de transplantar o relocalizar "entidades locales"¹⁷, de centro a todo el globo y asumir a su vez prácticas e imperativos transnacionales,¹⁸ que acogen y adaptan prácticas que reproducen todo un discurso de mercado.

La globalización resulta ser un proceso altamente contradictorio y heterogéneo, que en palabras de Sousa, es... "por tanto, selectivo, dispar y cargado de tensiones y contradicciones. Pero no es anárquico. Reproduce la

13 HUNTINGTON, Samuel. Choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial. Buenos Aires, Paidós, 1997.

14 FAZIO VENGOA, Hugo. Globalización: discursos, imaginarios y realidades. Op.cit., p. 175.

15 Ibid., p. 18.

16 Se utiliza la expresión *globalismo* para referirse a un concepto de alcance totalizante de la globalización.

17 Estas es una forma de globalización propuesta por Boaventura de Sousa Santos conocida como "Localismo Globalizado".

18 Según Boaventura de Sousa un *Globalismo* -localizado.

jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades centrales y periféricas"¹⁹.

2.1.1 Tendencias interpretativas y enfoques

Resulta necesario hacer una aproximación a la definición de globalización, circunstancia difícil por la heterogeneidad y multiplicidad de conceptos, hecho que se resume en la siguiente tesis después de revisar la prolífica literatura que existe en esta materia: la globalización es un proceso multifacético y multidimensional que intensifica las relaciones entre agentes, instituciones, sociedades y culturas, con la confluencia entre lo global y lo local hecho que hace posible comprender la multiplicidad de las formas de inserción de la economía mundial y la forma de adaptación de los países, en otras palabras la globalización es como sugiere Michael Mann: "la expansión de relaciones sociales por todo el planeta"²⁰, que no asume un formato homogéneo sino heterogéneo y multidimensional, y que al comprometer la intensa compenetración entre Estados, inquieta a los colectivos al momento de escoger cómo quieren globalizarse.

Ahora bien, dentro de los estudios teóricos sobre la globalización se diferencian varias tendencias interpretativas que de paso impactan diferentes disciplinas dentro de las ciencias sociales, a saber:

Una tendencia económica, asociada a valores esencialmente económicos, que beben de la fuente de un discurso neoliberal y que sustentan el modelo de desarrollo orientado hacia el mercado, donde la *política económica* juega un importante papel, que orienta a los Estados a intensificar sus relaciones comerciales a través de tratados bilaterales o multilaterales, en lo que se ha denominado "*globalización económica*"²¹.

Es claro que la tendencia, describe cómo se promueven las relaciones de interdependencia económica entre

19 SANTOS, Boaventura De Sousa. La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. UNIBIBLOS. Bogotá. 1999. ISBN 958-17-0182-6. p. 56.

20 MANN, Michael. "La Globalización y el 11 de Septiembre", en el New Left Review, Nº 12, Enero- Febrero de 2002.

21 HELLEINER, Eric. Reflexiones Braudelianas sobre globalización Económica: El historiador como pionero. Revista Análisis Político. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI. Bogotá Universidad Nacional de Colombia. Número 39. Enero- Abril de 2000. p. 3.

Estados, hecho que afecta a la figura del Estado-Nación que parece haber perdido su papel central de unidad privilegiada de iniciativa económica, social y política, lo que significa que su autonomía se ve comprometida por el estrecho vínculo que se traba en el seno de una economía globalizada.

Esta circunstancia no significa la crisis del Estado, ni pone en tela de juicio su soberanía, representa una transformación en sus competencias ocasionadas en parte por la porosidad de sus fronteras, es decir, *“la dificultad de controlar los flujos transfronterizos monetarios, de mercancías y de información”*²², asunto que se convierte en el punto de partida de varios estudios contemporáneos dada su complejidad.

Entonces la soberanía estatal es el umbral que abre paso a la nueva problemática de regulación del Derecho, que plantea el paso del monismo jurídico al pluralismo jurídico y a nuevos análisis que reducen la omnipotencia del Estado en su papel de productor legítimo del derecho en lo que Arnaud ha presentado como el derecho estatal *relevado*, el derecho estatal *suplido* y el derecho estatal *suplantado*²³.

Sumado a lo anterior, la postura economicista de la globalización destaca el surgimiento de una clase capitalista transnacional representada por las empresas transnacionales ETNs, que sin duda alguna son responsables de la transformación de los negocios, unida a la flexibilidad de los sistemas de producción y al boceto de la nueva arquitectura de la geoeconomía mundial, donde emergen tres grandes bloques comerciales liderados por EE.UU., el Sudeste Asiático y la Unión Europea.

Finalmente, en el desarrollo de este discurso no puede dejarse de lado el papel de dirección y poder político en aumento que ejercen organismos transestatales u organismos económicos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional FMI, el Banco Mundial BM y la Organización Mundial del Comercio OMC quienes establecen las directrices encargadas de mantener el orden económico mundial, es decir que *“el resultado de esta globalización de lo económico consistiría en la consolidación de circuitos transfronterizos autónomos que actúan al margen*

*de los espacios nacionales”*²⁴, que establecen las pautas ideológicas de todo un discurso hegemónico constituyéndose en un sistema en acción que sostiene el modelo de mercado.

Tendencias sociológicas, surgen ante las insuficiencias que registra la tendencia economicista, al respecto Anthony Giddens afirma que la globalización hizo posible *“acceder a una gama de experiencias sociales y culturales antes impensables que resultan sociológicamente relevantes para el análisis de la interacción social”*²⁵, ello supone el análisis del impacto causado por la globalización en las estructuras sociales, hecho que genera nuevos vínculos, entrelazamientos y experiencias que hacen parte la cotidianidad, personal, local y global, foco de estudio de autores como Ulrich Beck en sus textos *“la sociedad del riesgo global”*, *“¿qué es la globalización, falacias del globalismo y respuestas a la globalización”*, sumados a las afirmaciones realizadas por Zygmunt Bauman quien denuncia la sensación de un malestar global utilizando la siguiente afirmación *“Siempre habrá malestar en toda cultura; es precisamente este malestar endémico en la vida civilizada lo que hace que la civilización siga siendo dinámica, esté en constante cambio e impida la congelación de cualquiera de sus formas concebibles”*²⁶.

En el ámbito de los estudios sobre la acción colectiva, se analiza la emergencia de los nuevos movimientos globales y su contribución al surgimiento de nuevas formas de agencia y poder social en las democracias actuales como respuesta y expresión de los nuevos malestares culturales, se destacan Manuel Castells, Cornelius Castoriadis, Alain Turaine, entre muchos otros.

Tendencias culturalistas, han asumido la construcción de estudios a partir de la consolidación y masificación de la industria cultural, recogiendo elementos para la construcción de una cultura popular mundial o cultura de consumo²⁷, y la presentación de las

22 ARNAUD, Jean André. Entre Modernidad y Globalización. Siete Lecciones de filosofía del Derecho y del Estado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000. p. 166.

23 ARNAUD, Jean André. Op.cit., p. 166-167.

24 FAZIO VENGOA. Hugo. Globalización como proceso de larga duración. Op. cit., p. 10

25 GIDDENS Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Editorial Taurus. Madrid. 2000. p. 25.

26 BAUMAN, Zygmund. La posmodernidad y sus descontentos. Madrid, Akal, 2000, p. 54.

27 Al respecto Manuel Castells. *La era de la Información. Economía, sociedad y cultura*. 3 Vols. Madrid: Alianza, 1998 expresa: “A manera de ejemplo, de los cambios culturales esta la economía informacional global, esta organizada sobre la base de centros direccionales, capaces de coordinar, gestionar

falacias y paradojas que nacen de un espacio cultural heterogéneo.

Es en medio de estas tensiones que la cultura global es puesta a prueba por la reafirmación de los valores culturales locales o regionales hecho que se puede constatar a través de mensajes de comunicación, en un escenario donde niveles y conceptos como lo global, nacional y local cobran nuevos significados, circunstancia que sitúa a los sujetos poseedores de la identidad social en un juego dialéctico en el que es necesario afirmarse, reconocerse y distinguirse de los demás, en ese nuevo espacio las culturas se desterritorializan y crean comunidades que deben resignificarse y territorializarse.

Las identidades sociales y las regiones culturales encuentran en los medios de comunicación un punto articulador y mediador para que se generen, transmitan y definan los valores, creencias e intereses, en una dinámica que se mueve a la velocidad de las nuevas vías electrónicas de comunicación. No obstante esa globalización cultural es denunciada como una falacia al pretender sostener una pseudo mundialización, que se reduce al consumo y se aleja del verdadero acercamiento y encuentro mutuo de las culturas locales.

Tendencias críticas, desarrollan corrientes que surgen en respuesta de la globalización neoliberal, encuentran su asidero en movimientos sociales globales como respuesta al malestar cultural global. Así pues, para muchos la globalización ha sido manejada a través de mecanismos antidemocráticos y desventajosos²⁸, de allí que varios críticos al presentar su lado oscuro, exijan una cara más humana del proceso y un manejo menos darwiniano o selectivo que hace visible la brecha abierta entre ricos y pobres.

A la expuesta inquietud, se suman los discursos ecologistas, políticos y los movimientos sociales que plantean una globalización de abajo hacia arriba, un nuevo cosmopolitismo que desarrolle un contra discurso al paradigma económico global, encargado de reconectar el concepto de lo colectivo en las luchas sociales y la configuración de una sociedad civil transnacional como respuesta ante el malestar, esta tendencia construye una disertación contra hegemónica que espera encontrar el lado humano de

la globalización versus los argumentos del capital, aquí se exponen las posturas más fuertes por autores como Beck, Michael Negri y Tony Hart, Edgar Morin, Joaquín Estefanía, Manuel Castells, Vaclav Havel, entre otros. Al hacer una breve aproximación a la estructura teórica del proceso de globalización, es claro que la misma encierra una verdadera lluvia de argumentos y tendencias, en muchos casos inabarcables y complejos por lo debatido y analizado, es más a veces ello pareciera aún una incertidumbre. Su estudio impacta necesariamente diversas áreas del conocimiento desde la tribuna de lo económico, pasando por lo político, lo sociológico, cultural hasta llegar al campo jurídico objeto de estudio en el siguiente aparte.

2.2 LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

Con la intensificación de las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales, el derecho adquiere una resignificación y alcance, pues debe entrar a regular los nuevos conflictos e intrincadas situaciones que el panorama, no solo local sino global le presenta en sus diferentes modalidades y complejidades, realidad que no puede ser ignorada por la investigación jurídica y socio jurídica.

Realizar esta exposición resulta un ejercicio complicado, cuya finalidad es presentar las diversas posturas de autores que analizan el tema, situados en diferentes esquinas de los estudios jurídicos que van desde la teoría jurídica y la filosofía del Derecho, hasta la sociología jurídica; sin embargo, unos otros son movidos por una inquietud, analizar el derecho desde una perspectiva global e identificar sus desafíos.

En este estudio encontrará una presentación en perspectiva que intentará abordar algunas de las rupturas y desafíos que el nuevo paradigma ha planteado para el derecho, del cual surgen algunas de las siguientes inquietudes: *¿El Estado- Nación se transforma?, ¿Cuál es el papel del Estado en la producción del derecho en el contexto global?*²⁹, *¿Cuál será la nueva agenda de regulación del derecho resultado de la ruptura respecto del paradigma socio-cultural de la modernidad?*³⁰. Estos y otros temas matizarán las siguientes páginas y aspiran dilucidar los interrogantes planteados.

29 ARNAUD, Jean André. Op.cit., p. 52.

30 TWINING, William. Derecho y Globalización. Siglo del Hombre editores. Bogotá, 2002. p. 220.

e innovar actividades de empresas estructuradas en redes de intercambio interurbano y con frecuencia transnacional.

28 STIGLITZ, Joseph. Descontento con la globalización en; Pánico en la globalización FICA. Bogotá.2002. p. 58.

2.2.1 El Estado frente al derecho

De la filosofía política moderna nace la concepción de Estado que hoy conocemos y que era considerado como el centro de regulación por excelencia. No obstante, los profundos cambios en la nueva dinámica mundial comprometen la efigie del Estado-Nación, por cuanto en el regazo de una economía globalizada y en la intrincada interdependencia de sus tratos comerciales y financieros, el Estado no puede mantenerse cerrado, debe permear sus fronteras so pena de aislarse, ello ha significado una transformación del mismo y de su papel como productor legítimo del derecho.

El Estado ha mudado su piel, ahora se transforma, adquiere nuevas facetas y desafíos en medio de la complejidad, que construye el juego que la globalización económica y financiera, la expansión de los mercados, las delicadas operaciones transnacionales, a las que poco importan las fronteras estatales; en este espacio en el que circulan los flujos de capitales, el Estado se convierte en un actor más que participa de las reglas de la competencia que el mercado establece y en donde se prescinde del mismo porque parece marginarse de la dinámica que plantea la economía global, como hacedor de pautas sociales.

En otras palabras, según Arnaud el Estado es “relevado”³¹, cual es el caso que sugieren los acuerdos económicos de que emanan nuevas normatividades y que transforman el panorama de la soberanía nacional tradicional, presentando una forma de crear derecho que soslaya al estatal y que nos aparta de una mirada jurídica monolítica. El Estado es *relevado* por normas creadas a través de nuevos actores y poderes económicos privados pero también, por la aparición de jerarquías y jurisdicciones cual es el caso de instituciones como el arbitramento internacional y organismos encargados de solucionar controversias surgidas de acuerdos económicos que relevan al Estado de su “poder soberano de decir el derecho”.

De otra parte y dentro de esa línea argumentativa, el Estado es “suplido”³², en términos de decisión económica pues las grandes directrices son establecidas por organismos como la OMC, el FMI y el Banco Mundial, que trazan el horizonte económico global y determinan los intereses privilegiados en sus agendas,

sin que la sociedad civil participe en esa toma de decisiones de manera democrática y transparente.

Por último, puede afirmarse que el derecho estatal es “suplantado”, por otros tipos de regulación global que “ocupan su lugar” y adquieren la prerrogativa de decir el derecho, que juzgan y dan paso a la internacionalización de la justicia, cual es el caso de la recientemente creada Corte Penal Internacional que ha puesto en evidencia la denotada supranacionalidad de la justicia, asunto que por lo demás no es totalmente nuevo en el espectro jurídico, pero que si precisa las tensas relaciones entre estas instituciones y la secular soberanía nacional.

Se aclara que lo expuesto, en momento alguno plantea la desaparición del Estado, por el contrario nos invita a observar un cambio, una transformación en sus competencias y nuevos retos en su devenir. Así, el Estado sigue presente y el proceso de globalización resignifica sus competencias, a pesar de lo extraño que pueda parecer, asumiendo que de su gestión debe surgir la mejor regulación posible de la esfera social en el descrito contexto, enmarañado quizá por la intensificación de las relaciones presentes, por la actividad desempeñada por los nuevos agentes y el impacto que el proceso presentado genera en lo local.

Parece entonces paradójico el papel del Estado, pues a primera vista resulta debilitarse por la aparición de “múltiples centros de decisión de regulación”³³. Sin embargo, recaen en él algunas funciones que dan paso a la ordenación de reglas en materia laboral, organización de sindicatos, custodia y protección de derechos, hecho que fortalece una nueva dinámica y la posición del Estado entre lo global y lo local.

En resumen, algunos autores introducen seis desafíos a los Estados-Nacionales que se sintetizan así: i) La introducción de normas y organismos supranacionales para poder reconocer instancias supranacionales, ii) La internacionalización en la toma de decisiones políticas que en principio corresponderían a un Estado ONU, BM, FMI, etc. iii) La existencia de poderes hegemónicos y bloques regionales de defensa y seguridad nacional OTAN, TIAR, etc. iv) El impacto de la globalización en las entidades nacionales, v) La economía global que limita la autoridad formal del Estado, vi) la globalización del crimen organizado y el terrorismo que afectan la soberanía de los Estados.

31 ARNAUD, Jean Andre. Op. Cit., p. 168.

32 Ibid., p. 168.

33 ARNAUD, Jean Andre. Op. Cit., p. 187.

2.2.2.1 La alteración de la idea de soberanía

Otro punto, obligado en este análisis hace referencia a la transformación que la idea de soberanía estatal ha tenido en consonancia con el mismo cambio del Estado. Es lógico afirmarlo pues el elemento soberanía es inmanente a la teoría misma en la cual se cifra la génesis del Estado moderno, entonces si este cambia, el reducto mismo de su componente lo hace, reconceptualizando su alcance y esencia.

A propósito resulta interesante recoger la reflexión realizada por Gustavo Zagrebelsky quien no duda al afirmar que el derecho se esta transformando en los tiempos modernos, abandonando la idea de *"Estado fuerza"* que se impone sobre todo aquello que esta bajo su dominio y que posee la competencia para ser el único creador legitimo de las normas, hecho que al ser contrastado con la nueva realidad nos conduce a un concepto de Estado que cambia a partir de *"fuerzas corrosivas"*³⁴. *"...Desde finales del siglo pasado actúan fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de la soberanía de sujeción; la formación de centros de poder alternativo y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso"*.

De lo anterior se desprende la siguiente reflexión, el pensar que la soberanía esta siendo menguada por el avance impetuoso de la globalización. Es un concepto que deja de lado la denominación territorial, soportada en la idea del poder público, entonces, según este nuevo paradigma la reconceptualización de la soberanía debe atender a la influencia e injerencia de un Estado sobre otro, al cambio de la idea de territorio que nos muestra la Internet, como una forma de romper todo tipo de frontera territorial y de dibujar un nuevo mapa de lo global.

La soberanía, entonces no es hoy un concepto unívoco sino multívoco del cual no es posible establecer su posición mínima ya que se encuentra fragmentada o matizada, desprendiendo esta abstracción de la función asignada al Estado y de la forma como la ejerce en su interacción con los nuevos actores y su concurrencia con las políticas nacionales e internacionales resultado de la nueva realidad.

34 MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz. Administración pública e intervencionismo económico en un ensayo constitucional norteamericano". Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid.1973, p. 56.

2.2.2 El derecho y su ruta hacia la posmodernidad

Encontrarse en medio de la globalización, hace necesario comenzar a sospechar, si la modernidad puede explicar los nuevos retos y condiciones sociales, políticas y culturales del panorama actual. Es aquí en medio de dicha inquietud donde muchos han comenzado a construir una ruta hacia el nuevo paradigma: *la posmodernidad* y a fundar un pensamiento que intente resolver las dudas o por lo menos apreciar con mayor claridad las realidades del momento.

El campo jurídico, entonces no es ajeno a esta manifestación presume la globalización del derecho, o mejor aún del pensamiento jurídico, esta afirmación supone una lectura relacionada con la crisis de la modernidad y el paso hacia la posmodernidad del derecho, inquietud que ha promovido hondas reflexiones de la filosofía, pero especialmente de la sociología jurídica, pensamiento que sintetizan en especial dos autores, Boaventura de Sousa Santos y Jean André Arnaud, entre otros³⁵.

Así pues, Arnaud propone que para realizar un estudio del tema, el derecho debe volver a su espíritu, procediendo a recoger los valiosos aportes que la filosofía, la epistemología, la sociología y la metodología del estudio socio-jurídico le prodigan, más aún debe comprender cómo el pensamiento moderno fundado durante los siglos XVI a XVIII, y erigido sobre *"conceptos puramente abstractos, entendidos como universales y como fundadores de una razón que se considera como "una" y no susceptible de contradicción"*³⁶, han cambiado. De allí que la nueva realidad lo hará entrar a cuestionar dichos conceptos, que la lectura de la racionalidad moderna no soporta; más aún cuando los renovados criterios se apoyan en la inclusión, el respeto y afirmación de las nuevas lógicas, resultado obligado de las intensas interacciones económicas, políticas, sociales y culturales. Santos, por ejemplo, afirma ser un posmoderno atendiendo a que la posmodernidad surge en un período de *"transición paradigmática"* esto significa que su versión posa como una *"ruptura respecto del paradigma socio-cultural de la modernidad"*³⁷.

35 Arnaud en su texto Entre modernidad y globalización, hace referencia a algunos autores que aportan elementos de juicio valiosos para la construcción de una comprensión pos-moderna del derecho, destacando a estudiosos franceses como Michael Foucault, Jean- Francois Lyotard, Jean Baudrillard y Jacques Derrida, p. 243.

36 ARNAUD, Jean- André. Op. Cit. p. 270.

37 TWINING, William. Derecho y Globalización. Siglo del Hombre editores. Bogotá, 2002. ISBN 958-665-064-2, p. 220.

Antes de exponer el argumento central de Santos, resulta interesante recoger algunas de sus apreciaciones sobre la modernidad término con el cual según el autor “uno puede referirse al modo de pensar dominante en occidente, que empieza a emerger en el siglo XVI, recibe su mayor empuje con la Revolución Francesa y la ilustración, y continúa siendo dominante en Occidente hasta la mitad o finales del siglo XX. La modernidad precedió a la aparición del capitalismo pero ha llegado a estar asociada de manera muy cercana con este”³⁸. Sumado a ello, desde su concepción epistemológica, la modernidad se erige sobre tres principios pilares, i) el de la regulación fundada en el Estado (Hobbes), ii) el principio de mercado, desarrollado por Locke y Adam Smith, iii) y el principio de comunidad presentado por Rousseau según la teoría del contrato social. Tres principios que llenos de tensiones y antagonismos que convergen en el Estado.

De allí que el Estado produzca legítimamente derecho, “el significado de esta perspectiva en la teoría jurídica de la modernidad, se asocia con el positivismo jurídico, el legalismo liberal y la igualación de la ciencia jurídica con la dogmática jurídica”³⁹, el derecho es un instrumento de regulación para el Estado.

En ese orden de ideas la tesis central de Boaventura de Sousa Santos, “Es que la modernidad está en crisis pues ha extinguido su potencial y se encuentra en proceso de ser reemplazada por un paradigma posmoderno, que podría construirse sobre las posibilidades emancipatorias de las culturas y tradiciones marginalizadas por la conjunción entre la modernidad y el capitalismo”. Esta es en síntesis una lectura de la modernidad que lejos de ser fatalista, presenta una visión optimista, en la cual el reto de la posmodernidad se encuentra en la inclusión de realidades marginadas. Ello ressignifica a la sociedad civil o a la comunidad de la modernidad pues plantea un orden jurídico y político románticamente, más emancipatorio, representa la afirmación de subjetividades⁴⁰ que en algún momento han sido reprimidas por la lógica unívoca y racional de la modernidad.

38 TWINING, William. Op. cit. p. 221.

39 Ibid., p. 222.

40 Como lo expresa Giovanni Sartori una visión de pluralismo presupone tolerancia y por consiguiente el pluralismo intolerante es un falso pluralismo. La diferencia está en que la tolerancia respeta valores, mientras el pluralismo afirma un valor propio” La sociedad multiétnica. Editorial Taurus, Madrid, 2001.

El paso hacia la *posmodernidad* del derecho, puede resumirse en las siguientes transformaciones, conceptos y nuevas lógicas como signos que identifican el cambio según Sousa y Arnaud, a saber:

- a. Que la posmodernidad se engloba en nuevos conceptos como: *el pragmatismo, la aceptación del descentramiento del sujeto, el relativismo, la pluralidad de racionalidades, el riesgo, el retorno a la sociedad civil y la comprensión de lógicas fragmentadas en un espacio colmado de complejidades*⁴¹.
- b. “Que el campo jurídico en las sociedades contemporáneas y en el sistema mundial es mucho más enriquecedor que complejo de lo que asume la teoría política liberal”.⁴²
- c. Que el campo jurídico es una constelación de diferentes legalidades e ilegalidades circunscritas a un espacio tiempo, local, nacional y transnacional, creando una nueva lectura del pluralismo jurídico.
- d. Que el derecho tiene una función reguladora pero también un amplio potencial emancipatorio.
- e. Que entra en crisis el contrato social de la modernidad.
- f. Y, por último, “que la globalización podría coincidir con la cimentación de un pensamiento jurídico posmoderno”.

2.2.3 La aparición de nuevos signos o conceptos

Según Arnaud, la posmodernidad presenta un derecho construido de nuevos signos edificados a la luz de una visión que rompe con la modernidad y que pueden ser exhibidos de la siguiente manera:

El *pragmatismo* y *el relativismo*, logran que el derecho se adapte al contexto, resultado de la flexibilización y cambios continuos en el nuevo orden económico, ello significa que la regulación jurídica se funda sobre prácticas sociales, sobre un derecho negociado, no sobre reglas totalizantes (códigos absolutos) y unívocas sino sobre realidades que deben ser solucionadas, es en este punto donde “el jurista se vuelve un operador del terreno. El juez ocupa de nuevo un lugar

41 ARNAUD. Jean –André. Op. cit. p. 247.

42 Twining repasa las tesis planteadas por Boaventura de Sousa Santos en su texto “Hacia un nuevo sentido común”.

preeminente, y todos los conflictos se resuelven de modo pragmático en función de la aplicabilidad del gran principio de equidad a situaciones concretas⁴³..., lo que significa, que el pragmatismo conduce al reconocimiento de cierto relativismo, que se opone a toda pretensión universal e insuperable del derecho, donde las respuestas a un conflicto se fundan en la equidad y no en la aplicación abstracta y dogmática de una regla sin reconocer y analizar críticamente las circunstancias.

La complejidad, concepto que para ser explicado exige revisar su opuesto, la simplicidad, que enmarca a la disciplina jurídica como producto de la modernidad y se sintetiza a través de reglas reconocidas universalmente, es decir, identifica valores de aplicación social ligados a una idea de derecho totalizante que Arnaud, denomina "un catecismo de derechos". Aquí la legalidad crea seguridad jurídica que se materializa en la pseudo perpetuidad de las leyes y en toda forma de ritualidad y formalidad.

Ahora bien, en contraposición con la simplicidad que encarna la modernidad aparece en la lectura del contexto actual, la complejidad que resulta de las relaciones evidentes por parte de los agentes de la globalización y que lejos de sugerir una regulación sencilla, se remiten a un escenario complejo que parte de la coexistencia de diferentes "sistemas jurídicos".

Entonces, el enfoque posmoderno se funda en paradigma, funciona con nuevos conceptos y modelos "es la piedra angular que se funda sobre la idea de los "plural", de lo negociado, de lo "complejo" y como todo paradigma genera sus propias paradojas⁴⁴.

De otra parte, la globalización y el postmodernismo del derecho rompen con la idea de una sola racionalidad, para hacer frente al encuentro de lo que Arnaud ha denominado "lógicas fragmentadas", que buscan reconocer la dialéctica que surge de la observación y el encuentro de lo "global" y lo "local", es decir que el derecho tiene dos campos de acción diferenciados y convergentes, con racionalidades que pueden entrar en pugna o que su momento deben negociar; unos porque preconizan y defienden el modelo de mercado, otros porque deben proteger otras subjetividades e intereses, aquí comienza el camino de avance hacia el "pluralismo jurídico".

2.2.4 Pluralismo jurídico

Uno de los grandes cambios registrados como consecuencia del paso hacia la posmodernidad del derecho, es la travesía desde el denominado monismo jurídico o la monocentricidad del derecho, que proviene del positivismo legalista y parte de la creación legítima del derecho por parte del Estado, considerado como el único origen de las normas que regulan y solucionan controversias dentro de la sociedad; ello no significa que el Estado pierda poder sino que se reconoce la existencia y vigencia de nuevas jerarquías entre los distintos derechos que aparecen como resultado de una reorganización de las relaciones en el nuevo escenario, abriendo lugar a la aparición del pluralismo jurídico⁴⁵.

Ahora bien, antes de entrar a describir el contenido del pluralismo jurídico como desafío resultado de una nueva forma de ver el derecho, conviene recoger la aclaración sugerida por William Twining quien denuncia un hecho peligroso en los espacios jurídicos al hacer referencia al pluralismo jurídico, y es la circunstancia de confundir tres situaciones diferentes⁴⁶: i) "el término pluralismo – plural que significa diversidad, ii) pluralismo con el significado de una pluralidad de perspectivas y puntos de vista y iii) pluralismo jurídico que se refiere a la convivencia de múltiples ordenamientos jurídicos en el mismo contexto de tiempo, espacio o al reconocimiento de diferentes tradiciones y fuentes jurídicas de derecho en un solo sistema jurídico".

A lo anterior se suma "otra fuente de confusión", el término pluralismo jurídico respecto del centralismo estatal, de tal forma que para evitar este tipo de equívocos se sugiere por ejemplo el uso de otros términos también neutrales cual es el caso de la expresión "perspectivas múltiples" utilizado por Haack.

45 A propósito Germán Palacio en su texto pluralismo jurídico hace una interesante aproximación al paso que se intenta explicar en este acápite así: "Pluralismo jurídico es el concepto que pretende dar cuenta de la coexistencia de varios órdenes jurídicos en un mismo territorio. Por bastante tiempo pensamos que el único derecho era el derecho del Estado. Y eso fue lo que pretendieron practicar los abogados y administrar los jueces y hacer cumplir los burócratas y políticos del Estado y enseñar los profesores en las Escuelas de Derecho. Hoy en día empezamos a reconocer múltiples órdenes jurídicos en relación, conflicto, coexistencia o competencia con el derecho oficial". PALACIO, Germán. Pluralismo Jurídico. Bogotá: IDEEA/ Universidad Nacional, 1993. Contraportada.

46 TWINING, William. Op. cit., p. 242.

43 ARNAUD, Jean André. Op. cit., p. 255.

44 ARNAUD, Jean André. Ibid., p. 264.

2.2.4.1 Pluralismo de los nuevos campos jurídicos

Para acercarse al pluralismo jurídico conviene revisar el planteamiento realizado por Boaventura de Sousa Santos quien expresa la siguiente tesis *"que el campo jurídico en las sociedades contemporáneas y en el sistema mundial como un todo es un paisaje más rico y complejo que aquel que ha asumido la política liberal y que ese campo jurídico es una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales y finalmente, que si se concibe de esta forma el derecho tiene un potencial regulatorio o incluso represivo"*⁴⁷.

Entonces, nadie en el momento actual puede entender el derecho global, anclado en la perspectiva doméstica del Estado- Nación ya que el rango de actores y procesos o dinámicas se ha extendido. De allí que para comprender y estudiar el derecho se debe tener en cuenta el pluralismo jurídico como un fenómeno, más que una escuela o tendencia, que se nutre de la coexistencia y reconocimiento, no sólo de reglas jurídicas, sino de hechos y realidades sociales que acercan al espectador a una mirada realmente global o de conjunto, es decir, cuando se habla de un derecho plural se habla de un derecho incluyente, que deja atrás el haber sido relegado e ignorado por la teoría jurídica ortodoxa.

Para llegar a la elaboración conceptual del pluralismo jurídico se recurre a su evolución histórica que distingue tres fases en su construcción:

a) La primera, propuesta por los precursores de la sociología del derecho que precisaron *"que una descripción realista del derecho en acción tenía que tomar el derecho viviente de subgrupos así como el derecho oficial del Estado"*⁴⁸.

b) La segunda, desarrollada por antropólogos legales, que designa la coexistencia de ordenamientos múltiples en el mismo espacio-tiempo resultado del reconocimiento constitucional que hace un Estado y que bien podría denominarse pluralismo estatal.

c) La tercera, adopta según Boaventura de Sousa Santos, el análisis de la pluralidad e incluye la ilegalidad. En este discurso el pluralismo comienza a evolucionar y avanzar hacia el derecho no-estatal, es aquí donde de

Sousa Santos acuña el término interlegalidad, *"para referirse a las interacciones entre órdenes legales, ellos son necesariamente autocontenidos o entran en conflicto uno con otro o son sustancialmente diferentes"*⁴⁹, uno de estos casos es el que describe cuando recoge el denominado derecho de pasagarda, al analizar el comportamiento de los asentamientos ilegales en Brasil o el desarrollo del derecho en las fabelas, lo que sugiere nuevos niveles y jerarquías de estudio en materia jurídica que van desde estudios sobre la *"lex mercatoria"*, o derecho de las compañías transnacionales, contratación internacional hasta los arreglos de grupos sociales poderosos al margen de la ley como las mafias, pasando por el derecho de las minorías, los grupos indígenas, el derecho doméstico, las reglas de la calle, las bandas urbanas y diferentes formas jurídicas que dan cuenta de nuevas relaciones que crean diversas formas jurídicas, intentando describir los nuevos escenarios resultado de estas relaciones, que llevan a muchos a intentar realizar una *"cartografía del derecho"*.

Sobre este punto, relativo a la cartografía del derecho de Sousa Santos considera que se debe intentar establecer, una serie de apreciaciones en relación con los niveles de derecho, el pluralismo jurídico y la globalización, aunque para dibujar este mapa que recoge las intensas relaciones sociales del proceso actual, no es suficiente *"con añadir actores y enclaves de ordenamiento a la lista de espacios, ni con acumular descripciones o hitos históricos o cronológicos"*⁵⁰. Ello significaría caer en la trampa de las representaciones, en la falacia de las listas descriptivas y en las estructuras pétreas que intentan convertirse en un dogma. Por ello el análisis del contexto, de las leyes y realidades, intentan conducir al derecho hacia una lectura mucho más tangible y explicativa, es aquí donde la pluralidad jurídica puede revelar algunos ámbitos ocultos de la opresión y la injusticia, abriendo campos hacia el potencial emancipatorio del Derecho.

2.2.4.2 Pluralismo jurídico y fuentes del derecho

Dejando de lado el reconocimiento del pluralismo mediante el señalamiento de la coexistencia de otros ordenamientos jurídicos, es también evidente que el mismo toca a las fuentes del derecho su creación formal, haciendo visible la tensión con el antiformalismo e incluyendo nuevas fuentes de creación.

Aparece un desafío al orden jurídico piramidal y a

47 SANTOS (DE SOUSA), Boaventura. Op. cit. p. 19.

48 TWINING, William. Op. cit., p. 262.

49 Ibid., p. 268.

50 Ibid., p. 272.

la construcción normativa hija del positivismo estatal, porque invoca el reconocimiento y validación de identidades marginadas. De esta forma el cambio busca abrir caminos y vías alternativas de regulación jurídica lo que significa también una transformación en la teoría jurídica al reconocer nuevas fuentes creadoras de derecho".

Entonces, ante el nuevo panorama, el pluralismo jurídico es resultado de la *complejificación* de las relaciones sociales, que tiende a afectar las fuentes tradicionales del derecho. Arnaud, afirma en este sentido, que algunos observadores tienden a descubrir "la aparición de un derecho de textura abierta por el desplazamiento de estas fuentes hacia los poderes privados económicos"⁵¹, ello significa que con el incremento de nuevos actores privados, empresas transnacionales, agentes financieros y de mercado, los valores e intereses protegidos cambian, aparecen nuevas regulaciones y por ende nuevas fuentes de derecho.

Se observa en este "ámbito", el papel que adquieren las "fuentes blandas del derecho"⁵², como cartas y códigos de conducta que sin bien son recomendaciones de adquirir fuerza coactiva plantearían serios interrogantes al derecho y al Estado, abriendo además la posibilidad de ser reconocidas dentro del espectro que plantea el pluralismo jurídico como una de sus modalidades.

2.2.5. La transnacionalización del derecho y la creación de una agenda sobre el nuevo derecho

La transnacionalización del Derecho es quizá una forma de explicar, cuál ha sido el impacto de la globalización en diversas latitudes del planeta dada la intensificación de las relaciones sociales y el paso de la modernidad hacia un nuevo escenario, el de la posmodernidad.

No obstante, ello implica hacer un análisis previo para intentar entender la influencia del proceso de transnacionalización jurídica en diferentes Estados, para lo cual Boaventura sugiere espléndidamente el tener en cuenta tres elementos: i) Su ubicación geográfica esto es, establecer si se está ante un Estado de periferia o de centro. ii) Identificar la ruta de paso de un Estado hacia la modernidad es decir, analizar el proceso histórico que lo condujo hacia su encuentro con la modernidad e iii) Identificar, la familia jurídica

de la cual proviene y que describe a su sociedad, como también la preeminencia de algunas de sus fuentes al momento de hacer el derecho.

Como resultado de lo anterior y del cruce de diferentes variables que suman tres niveles de análisis del derecho: uno global, nacional y local, es posible trazar una agenda que podría convertirse en objeto de estudio y replanteamiento del derecho frente al paradigma de la globalización, resumidos por de Sousa Santos⁵³, así:

- a. *La transnacionalización del derecho del Estado -Nación*, que intentará describir los cambios en el derecho estatal, quizá determinados por presiones internacionales, económicas, financieras o políticas, como también el impacto de las directrices norte- sur o mejor centro- periferia que se imponen a través del imperio de las alianzas realizadas por empresas transnacionales.
- b. *El desarrollo del derecho de la integración regional*, que surge cuando los Estados se asocian para crear "instituciones y competencias jurídicas supranacionales". Un ejemplo claro de este análisis es sin duda la experiencia de integración económica y política más avanzada, la Unión Europea, que hoy día asume como un reto la aceptación de un "Tratado de constitución europea", como un nuevo diseño del Derecho que obedece a una categoría: la del derecho regional, proceso complejo y único en el mundo, particular resultado de su historia y dinámicas que rompen o que obligan a replantear o reinterpretar la función y las capacidades del Estado- Nación, pero que también sugieren repensar sus competencias dotándola de facultades para establecer una nueva naturaleza jurídica.
- c. *La regulación comercial transnacional o "lex mercatoria"*, como denomina de Sousa Santos al *Derecho del capital global*, donde se encuentra el campo fértil de estudio y regulación de los contratos internacionales, que se caracterizan especialmente por la anacionalidad de las reglas que los crean y por la flexibilidad de las relaciones económicas que reglamentan, unida a los mecanismos sumarios y expeditos para la

51 ARNAUD, Jean André. Op. Cit., p. 163.

52 Conocido también por los anglosajones como *soft-law*.

53 SANTOS (DE SOUSA), Boaventura. Op.cit., p. 79.

solución de controversias.

- d. *El derecho de la gente en movimiento*: vale decir la regulación, derechos y representaciones, de los inmigrantes, los refugiados y las personas que sufren algún tipo de desplazamiento, como resultado de la intensificación en el flujo migratorio y en la interacción global.
- e. *El derecho de los pueblos indígenas*: que busca el reconocimiento y afirmación de las minorías étnicas, a través de su recuento y reivindicación jurídica a través del discurso de los derechos humanos individuales y colectivos, y la abolición de todo tipo de exclusión o marginalización.
- f. *El foco globalización y derechos humanos*⁵⁴, cuya principal inquietud surge al momento de pensar en derecho desde una perspectiva global, busca dar respuesta al dilema de pensar globalmente sin romper con las conquistas del derecho moderno que se materializa en el reconocimiento de los derechos humanos.
- g. *El derecho auténticamente global, posible a través del *Ius Humanitatis** es decir, perteneciente a la humanidad, formula la protección al medio ambiente que comprende todos los elementos que rodean a los seres humanos para su subsistencia y preservación, cuya inquietud es la humanidad misma su presente y de las generaciones venideras. Aquí no es suficiente con la regulación de las necesidades locales, se hace necesario concertar la agenda entre las inquietudes globales y locales que se resumen en la siguiente máxima “pensar globalmente y actuar localmente”.

Resulta una forma de crear una nueva conciencia universal verdaderamente global, totalizante, donde la globalización económica no sacrifique a la humanidad misma a sus verdaderos intereses presentes o futuros.

Lo anterior resulta ser una agenda que intenta esbozar buena parte de las inquietudes del nuevo derecho, sin constituirse en un discurso absoluto, no obstante, influyente en los estudios contemporáneos, y que puede asumirse como un muy buen ejercicio al momento de establecer líneas de investigación del

54 NEUENSHWANDER, Juliana. Globalización y Derechos Fundamentales. Direitos Humanos e Direitos dos cidadãos. UFMC.

nuevo derecho. También hace posible la comprensión de la dinámica de las nuevas jerarquías que pasan a través de lo global, lo local y lo estatal, intentando inferir los cuestionamientos y desafíos que el derecho define frente al proceso de globalización.

2.3. COLOMBIA Y LA TRANSNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Por último, intentar presentar una investigación que describa la influencia que la Globalización del derecho ha tenido en Colombia, resulta ser un análisis complejo que bien podría ser tema de otros estudios en particular, como lo han hecho ya autores como Diego Eduardo López Medina en su texto “*la teoría impura del Derecho*”, quien desde la óptica de la teoría jurídica expone un cambio sustancial a la luz del fenómeno global intentando resolver el siguiente interrogante, *¿qué tan posible y deseable es la generalización del derecho, más allá de las jurisdicciones existentes, de los límites de los Estados, de las costumbres y de las culturas?*. Para resolver esta pregunta ha sido necesario acudir al derecho comparado, a la forma de crearlo para re-pensarlo. Se suma a la anterior, la presentación esbozada por Oscar Mejía Quintana quien plantea magistralmente los contornos, tendencias y desafíos de este tema en Colombia.

En suma, algunas claves para iniciar este estudio sobre Colombia y el proceso de transnacionalización del Derecho, deben recoger obligadamente algunos de los siguientes aspectos que lacónicamente se enumerarán y describirán para hacer una aproximación al tema:

2.3.1 Desde una representación global, los fenómenos jurídicos necesitan ser observados desde una perspectiva histórica y geográfica. Colombia es un Estado de periferia no de centro, que tuvo un paso particular hacia la modernidad a través de su proceso de independencia, hecho que le significa, el paso de ser colonia al intentó de construcción de un Estado – Nación, circunstancia unida la familia jurídica romano germánica, legado español, determina una primera forma de producir derecho a través de leyes o normas jurídicas positivas, para regular los comportamientos de su sociedad; como resultado de la herencia colonizadora, desde un principio la tendencia induce a nuestro sistema a transplantar o imitar instituciones, figuras jurídicas, tendencias, doctrinas sin importar si el contexto así lo requiere; hecho que sigue vivo en medio de la producción formal del derecho y en la

propensión nacional hacia la transnacionalización de instituciones y una globalización de alta intensidad.

2.3.2 Diego Eduardo López Medina al recoger algunos estudios críticos del derecho y análisis socio – jurídicos, pone de presente el denominado *discurso transnacional* desde una perspectiva global parafraseado así: “[...] *La teoría jurídica [...], se ha estructurado como una verdadera empresa transnacional. Por empresa transnacional entiendo lo siguiente: autores, argumentos, controversias que ocupan un lugar por encima de lo nacional, lo regional o lo local, donde algún tipo de conocimiento abstracto sobre el derecho puede ser compartido y usado por gente con distintas experiencias*”⁵⁵. Esto significa en otras palabras, que la teoría jurídica tiene la capacidad de convertirse en un discurso transnacional que se desarrolla y adquiere sus propias características a partir del contexto y de las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales que hacen posible su inoculación y desarrollo. De esta manera buena parte de la lógica y resultado de una teoría dependen de su lugar de recepción que determina sin lugar a dudas, un circuito de aplicación y el resultado de su contexto, a lo que se ha denominado derecho en acción; pero es en su capacidad de transformación en donde puede analizarse el impacto de la transnacionalización del discurso jurídico. Para el caso Colombiano ha de tenerse en cuenta el papel de sus agentes, historia, sociedad y contexto.

2.3.3 *Colombia y la reforma global de la justicia*, es un punto adicional que ha de tenerse en cuenta en esta reflexión e íntimamente relacionado con la influencia de los *globalismos localizados* como resultado de una lectura de la globalización que recoge un discurso de orden hegemónico, a partir del cual se presenta un hondo impacto en medio de lo local dada la influencia de directrices y pautas provenientes del centro que se trasladan hacia la periferia y semiperiferia.

En ese orden de ideas, “*fuerzas o condiciones transnacionalizadas interactúan en cada país con las condiciones locales o nacionales*”⁵⁶, convirtiéndose en

fundamentales para la caracterización de un proceso global a lo que se ha denominado *globalización de alta intensidad*. Sumado a lo descrito, paralelamente, habría un proceso menos riguroso y estricto de hecho ambiguo, lo que significa que en países semiperiféricos la respuesta a condiciones o fuerzas transnacionales son mucho más difusas a lo que Boaventura ha denominado como “*globalización de baja intensidad*”.

En el caso Colombiano, la intervención de centro ha provenido en este periodo especialmente de Estados Unidos, a través de un caso específico USAID⁵⁷ con larga permanencia en el país y cuyo fin es la financiación de programas de asistencia jurídica, cual es el caso de programas de modernización de la Justicia, creación de jurisdicciones especiales de orden público, elaboración de un proyecto de reforma constitucional, lucha contra el narcotráfico y apoyo a los jueces sin rostro considerados como una innovación exitosa aunque criticados en varios esferas jurídicas colombianas, sin olvidar las reformas al sistema penal colombiano, como se describe en el estudio “*derecho y democracia: la reforma global de la Justicia*” hecho por Boaventura de Sousa Santos en el *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, en el cual se refleja la disminución de la autonomía y la capacidad de maniobra los gobiernos colombianos, estableciendo una relación dependiente y alineada conforme a las directrices norteamericanas.

Con esta brevísima exposición resulta medular resaltar la alta intensidad de la presión globalizante a la que están sometidos el sistema judicial y el Estado Social de Derecho en Colombia y el origen mediato de dicha influencia, factor a revisar en un estudio extenso y complejo sobre transnacionalización del Derecho en Colombia particularmente, por cuanto un análisis en otro Estado requeriría la revisión de su propia historia, contexto geográfico, económico, político, social y cultural hecho que cambia las variables y por ende los resultados.

Colombia. Análisis socio-jurídico. Tomo I. Bogotá. Siglo del Hombre editores. 2001. p. 179.

55 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Comparative jurisprudence: Reception and misreading of transnational legal Theory in Latin America. Cambridge Harvard p. 4 (tesis doctoral) en Twining, William. Derecho y Globalización. Bogotá. Siglo del Hombre editores. 2002. ISBN 958-665-064-2.

56 SANTOS DE SOUSA, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Colombia: Derecho y Democracia: La reforma global de la Justicia en El caleidoscopio de las justicias en

57 USAID - United State Agency for Interamerican Development.

3. CONCLUSIONES

La globalización es un proceso de gran impacto en diferentes áreas del saber, donde la jurídica no puede ser la excepción, generando así nuevos desafíos frente al derecho, resultado del paso al paradigma que sugiere la posmodernidad.

Como un proceso complejo, la globalización, se convierte en tema de análisis obligado por las Ciencias Sociales, encargadas de revisar su impacto en las diferentes áreas de estudio. Algunas hacen una revisión partiendo de teorías económicas y del discurso que soporta el mercado, otras, cuyo objeto es la descripción de una nueva dinámica que por su potencial transforma las sociedades, los actores y en general el contenido de lo humano y su trascendencia cultural, sin dejar de lado una postura que evidencia la cara oscura de un proceso que abre la brecha entre “unos” y “otros”, sugiriendo a veces la construcción de una globalización de abajo hacia arriba, a través de una sociedad civil transnacional participativa, democrática y transparente, es decir, un nuevo cosmopolitismo global.

En ese orden de ideas, el Derecho, no puede ser ajeno a este estudio por cuanto, la globalización le genera un nuevo panorama, que se plantea a partir del la transformación misma que sufre el Estado quien deja de ser el productor legítimo del derecho, sugiriendo el paso del monismo jurídico al pluralismo jurídico. Ello en momento alguno plantea la desaparición del Estado, por el contrario invita al reconocimiento de nuevas competencias y ámbitos de acción en su devenir.

Aparece también en ese breviarío de retos la reconceptualización del concepto “soberanía”, que sugiere un cambio y nuevas reflexiones, pues no se agota en una noción unívoca sino multívoca atendiendo a la interacción con los nuevos actores de concurrencia local, internacional y global.

De otra parte la globalización del Derecho apunta a la descripción del paso de la modernidad hacia la posmodernidad circunstancia que rompe con la idea de una sola racionalidad, para hacer frente al encuentro de lo que Arnaud ha denominado “*lógicas fragmentadas*”, que busca reconocer la dialéctica que surge de la observación y del encuentro de lo “*global*” y lo “*local*”, es decir que el derecho tiene dos campos de acción diferenciados y convergentes, con racionalidades que pueden entrar en pugna en la lucha que nace de ese universo de subjetividades denominado “*pluralismo jurídico*”.

El texto recoge la postura propuesta por Boaventura de Sousa Santos frente al pluralismo jurídico quien expresa la siguiente tesis “*que el campo jurídico en las sociedades contemporáneas y en el sistema mundial como un todo es un paisaje más rico y complejo que aquel que ha asumido la política liberal y que ese campo jurídico es una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales, y, finalmente que si se concibe de esta forma el derecho tiene un potencial regulatorio o incluso represivo*”. En ese sentido el concepto de lo plural resulta incluyente, recoge nuevas realidades y espectros que salen obligatoriamente de las fronteras para buscar el reconocimiento de la diferencia en términos realmente globales que plantean la coexistencia de nuevas formas de hacer y decir el derecho, lo anterior unido al papel de las fuentes del derecho que también se adecuan a las nuevas necesidades sociales.

Por último, una de las expresiones más interesantes de la globalización del derecho se manifiesta a través de una agenda que determina las líneas de interés y análisis de los campos jurídicos que tienen en cuenta un fenómeno de transnacionalización destacando las siguientes áreas entre otras que puedan ser susceptibles de estudio: a. *La transnacionalización del derecho del Estado – Nación.* b) *El desarrollo del derecho de la integración regional.* c) *La lex mercatoria,* d) *El derecho de la gente en movimiento.* e) *El derecho de los pueblos indígenas.* f) *El foco globalización y derechos humanos.* g) *El lus Humanitatis o derecho auténticamente global.*

Ahora bien, la transnacionalización no ha sido ajena del ámbito colombiano que ha sufrido una globalización de alta intensidad en sus instituciones y sin duda alguna en la forma de construcción del derecho que sigue inoculando tendencias de centro para intentarlas en periferia, algunas con resultado otras quizá sin el efecto deseado.

De este modo, el “derecho” deja de ser localizado para plantear en su lugar el paso de un orden” interno a un orden “global” encargado de regular el haz de metáforas “jurídicas” que estructuran el mercado, los centros de decisión, de poder y las realidades existentes en los diferentes campos jurídicos que pasan por lo global, lo internacional y lo local como la gran expresión de un mundo sin fronteras y, por el contrario, con grandes paradojas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNAUD**, Jean André. Entre Modernidad y Globalización. Siete Lecciones de filosofía del Derecho y del Estado. Bogotá .Universidad Externado de Colombia. 2000.
- BAUMAN**, Zygmund. La globalización. Consecuencias Humanas. Bueno. Aires. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 1999.
- BAUMAN**, Zygmund. La posmodernidad y sus descontentos. Madrid, Akal, 2000, p. 54.
- BELTRÁN**, Miguel Ángel y Cardona, Marleny. La sociología frente a los espejos del tiempo: Modernidad, Posmodernidad y Globalización. Medellín. Universidad EAFIT. Documento 28-042005. Abril de 2005.
- BECK**, Ulrich. ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós, 1998.
- CASANOVAS**, Pompeu. Las formas sociales del Derecho contemporáneo. Universidad Autónoma de Barcelona. Working paper 146.1998. Consulta en línea [15/09/2007]. Disponible en línea: [<http://www.idt.uab.es/docs/1998/Las%20formas%20sociales%20del%20derecho%20contempor%C3%A1neo%20el%20nuevo%20ius%20commune%201998.pdf>]
- CASTELLS**, Manuel. La era de la información. Madrid. Economía, sociedad y cultura. Alianza editores. 1999.
- CASTELLS**, Manuel. Globalización y antiglobalización en; Pánico a la globalización. Bogotá. FICA..2002
- DEZALAY**, Yves y Garth, Bryant. La internacionalización de las Luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas para transformar los Estados Latinoamericanos. Bogotá. Siglo de los hombres editores. 2002
- FAZIO VENGOA**, Hugo. Globalización: discursos, imaginarios y realidades. Bogotá. Ediciones Uniandes. Primera edición 2001. ISBN 958695-045-X
- FAZIO VENGOA**. Hugo. Globalización como proceso de larga duración. Reflexión Política. Año 3 Nº 5 Junio de 2001.
- FUKUYAMA**, Francis. El fin de la Historia y el último hombre. Barcelona. Editorial Planeta. 1992.
- GARCÍA VILLEGAS**. Mauricio. La eficacia simbólica del Derecho. Bogotá. Colombia. ediciones Uniandes. 1993.
- GIDDENS** Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Madrid. Editorial Taurus. 2000.

HART, Michael y **NEGRI**, Tony. Imperio. Barcelona. Paidós. 2000.

HELLEINER, Eric. Reflexiones Braudelianas sobre globalización Económica: El historiador como pionero. Revista Análisis Político. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI. Bogotá Universidad Nacional de Colombia. Número 39. Enero- Abril de 2000.

HOBBSAWM. Eric J, Ranger, Terence O. The invention of Tradition. Cambridge. London. Cambridge University Press.1983.

HUNTINGTON, Samuel P. El choque de civilizaciones y la reconfiguración del nuevo orden mundial. Barcelona. Paidós, 1997.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. La teoría impura del Derecho. Bogotá. Editorial Legis. 2004. ISBN 9586533670.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Comparative jurisprudence : *Reception and misreading of transnacional legal Theory in Latin America. Cambridge Harvard p. 4* (tesis doctoral) en Twining, William. Derecho y Globalización. Bogotá. Siglo del Hombre editores. 2002. ISBN 958-665-064-2.

MANN, Michael. "La Globalización y el 11 de Septiembre", en el New Left Review, N° 12, Enero- Febrero de 2002.

MCLUHAN, Marshall. The Gutemberg Galaxy: the making of typographic man. Toronto. University of Toronto Press. 1962.

NEUENSHWANDER, Juliana. Globalización y Derechos Fundamentales. Direitos Humanos e Direitos dos cidadãos. Brasil. UFMC.

PALACIO, Germán. Pluralismo Jurídico el desafío al Derecho Oficial. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 1993. ISBN 958-628-079-9

Revista Fortune, junio 27, 1994, Pág. 98, Citado por Don TAPSCOTT, La economía digital. Colombia, McGraw- Hill. 1997.

TWINING, William. Derecho y Globalización. Bogotá. Siglo del Hombre editores. 2002. ISBN 958-665-064-2.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. UNIBIBLOS. 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio. Colombia: El revés del contrato social de la modernidad en El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico. Tomo I. Bogotá. Siglo del Hombre editores. 2001.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. Colombia: Derecho y Democracia: La reforma global de la Justicia en El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico. Tomo I. Bogotá. Siglo del Hombre editores. 2001.

SANTOS. Boaventura de Sousa. Una cartografía de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción pos-moderna del derecho". Revista crítica de Ciencias Sociales, Nº 24 marzo de 1988.

SARTORI. Giovanni. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Madrid. Editorial Taurus. 2001.

SOROS, George. The crisis of Global capitalism. (Traducción española: La crisis del capitalismo global). Madrid. Debate. 1999.

STIGLITZ, Joseph. Descontento con la globalización en; Pánico en la globalización. Bogotá. FICA. 2002