

El principio de Plenitud Hermética y la Lex Mercatoria

Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de licenciado en Derecho de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ignacio García A.

2005

**Área de Investigación
Facultad de Derecho**

10 de noviembre del 2005.

Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

GARCIA AZOFEIFA JOSE IGNACIO

**Titulado: "EL PRINCIPIO DE PLENITUD HERMETICA Y LA LEX
MERCATORIA"**

Fue aprobado por el Comité Asesor,
a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte,
el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por
esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado
por los siguientes profesores:

Presidente: DR. JUAN MARCOS RIVERO SANCHEZ
Secretario: LIC. HERNAN ESQUIVEL SALAS
Informante: DR. VICTOR PEREZ VARGAS
Miembro: DR. MINOR SALAS SOLIS
Miembro: LIC. GONZALO MONGE NUÑEZ

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se
fijó para el día 24 de noviembre del 2005 a las **18:00 p.m.** en la
SALA DE REPLICAS.

Daw
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director



San José, 4 de noviembre del 2005

Señor Dr. Daniel Gadea N.
Dirección Área de Investigación
Pte.

Tengo el gusto de comunicarle que he terminado la revisión de la interesante y novedosa tesis del egresado Ignacio García Azofeifa, titulada "Plenitud Hermética y Lex Mercatoria".


El tema de este trabajo de graduación es de gran relevancia en virtud de que la comprensión de la pluralidad de ordenamientos jurídicos es un presupuesto de la misma Lex Mercatoria, un conjunto de normas que, aunque no tienen origen estatal, no por ello dejan de constituir un sistema de derecho.

La primera parte de la obra está dedicada a los fundamentos filosóficos del tema y en la segunda se afronta el tópico del ordenamiento globalizado del comercio internacional, destacándose el papel realizado en este campo por la Cámara de Comercio Internacional con sus diversas recopilaciones de usos y costumbres y con la jurisprudencia de su Corte de Arbitraje.

Es impresionante la bibliografía utilizada por el autor; es notable su ordenación de tan amplia información y son muy ilustrativas sus explicaciones.

Por las anteriores razones, considero que el trabajo realizado cumple a cabalidad los requisitos reglamentarios y me complace otorgarle mi aprobación para que pueda pasar a la etapa de réplica.

Atte,


Victor Pérez Vargas
Director



03 de noviembre de 2005

Señor
Dr. Daniel Gadea Nieto
Área de Investigación
Facultad de Derecho
S.O.

Estimado Dr. Gadea:

He leído la tesis del estudiante **Ignacio García Azofeifa**, carné 991637, titulada: "*El principio de plenitud hermética y la lex mercatoria*". El documento en cuestión se divide en tres apartados:

1) Una parte introductoria (pp. 6-25) en la cual el estudiante sienta las bases para el análisis que hará posteriormente. En esta sección (un poco extensa desde el punto de vista formal) se discuten los conceptos de "plenitud hermética" y de "lex mercatoria" y se establecen los criterios metodológicos que se utilizarán a lo largo del trabajo.

2) En la segunda parte (pp. 26-71) se estudia la evolución histórica del principio de plenitud hermética. Esta es, desde mi punto de vista, la parte de la tesis más importante y la más elaborada conceptualmente. El desarrollo arranca desde una dilucidación del término "hermetismo" (con la tradición de Hermes Trimegisto), pasando por los neoplatónicos, el desarrollo de la jurisprudencia en el siglo XII, hasta llegar al siglo XVIII y XIX, en especial a la obra de Savigny, de Zitelmann y de la Jurisprudencia de Intereses. La apuesta es ambiciosa, pues se analizan autores como Busso, Zitelmann, Donati, Geny, Cossio, Kantorowicz, Heck, entre otros.

A pesar de que el estudiante no llega a conclusiones especialmente novedosas respecto al tema tratado, hay que rescatar, sin embargo, el esfuerzo y la prolijidad de su estudio. Consulta las fuentes en su idioma original (alemán, inglés, español), lo cual ya es, de por sí, mucho más de lo que tradicionalmente se estila en la Facultad. Considero, pues, que este segundo apartado de la tesis debe calificarse de muy meritorio.

3) La tercera parte del documento, titulada la "Lex Mercatoria" (pp. 72-126), analiza la evolución histórica de la Cámara de Comercio Internacional y retoma la discusión en torno al concepto de "lex mercatoria". Adicionalmente, se exploran las nociones de "globalización", de "autopoiesis", de "sistema social", etc. En esta sección del trabajo se nota un cambio cualitativo en la calidad del estudio. El estudiante descuida (parcialmente)

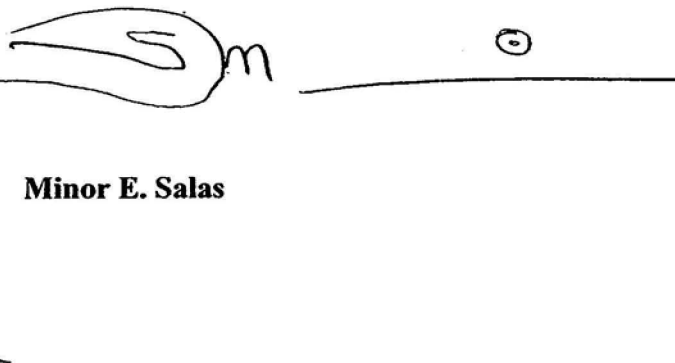
el rigor expositivo y conceptual. Se transcribe alguna información que, desde mi punto de vista, resulta inocua y eventualmente prescindible.

Me parece que el giro de la tercera parte, respecto a la segunda, obedece no tanto a un descuido del estudiante, sino al factor tiempo. Es decir, aquí hay que culpar también al propio sistema de investigación que tiene la Universidad de Costa Rica, donde se llega al absurdo de trabajar contra el tiempo (en una especie de "maratón" contra el estudiante). El rigor, el detalle y, finalmente, la calidad de los trabajos finales de graduación mejorarían sustancialmente si se otorgara mayor libertad a las personas para investigar y no le es pusiera sobre sus cabezas una Espada de Damocles que amenazara con cercenarlos sino "terminan a tiempo".

En resumen: El estudiante Ignacio García ha hecho un esfuerzo que merece ser destacado. Se ha enfrentado a lecturas difíciles, ha combatido contra la ausencia de bibliografía, ha explorado un tema complejo. Esto es suficiente para aprobar provisionalmente su tesis y ser ésta sometida a la defensa. Tengo, empero, algunas dudas (por ejemplo, sobre la *articulación* conceptual entre el tema de la "plenitud hermética" y el de la "lex mercatoria"), respecto a las cuales me gustaría escuchar al propio estudiante en su réplica.

Atentamente,

C.c. Sr. Ignacio García A.
Archivos



Minor E. Salas

San José, 8 de noviembre del 2005

Sr.
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
S.- O.

Estimado don Daniel:

De la manera más atenta, me permito saludarlo y a la vez manifestarle que he leído la tesis del sustentante **IGNACIO GARCÍA AZOFEIFA** intitulada: "**EL PRINCIPIO DE PLENITUD HERMÉTICA Y LA LEX MERCATORIA**", a la cual le otorgo mi aprobación por reunir la misma los requisitos de forma y fondo que exige al efecto la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Deseo aprovechar la ocasión para dejar constancia en este acto de la originalidad y rigurosidad de la investigación llevada a cabo por el estudiante Ignacio García, méritos nada frecuentes en estos tiempos en los que predominan la ligereza y superficialidad en todo lo que se hace.

Ampliamente fundamentado desde la perspectiva bibliográfica, incorpora con acierto elementos de carácter meta-jurídico como instrumento de análisis del objeto de investigación, aspecto éste que le permite alcanzar resultados más amplios que los que se consiguen mediante investigaciones que permanecen ancladas en el territorio dogmático-jurídico.

Así las cosas, estimo que se trata de una obra que llena un vacío en la literatura jurídica nacional, que será de consulta obligatoria para todo interesado sobre en el tema,

Atentamente,


Prof. Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez

Parte Introductoria.....	1
Introducción.....	2
El tema de este trabajo: ¿Qué tiene que ver el principio de Plenitud Hermética con la lex mercatoria?.....	6
Marco teórico y conceptual.....	13
¿Por qué hacemos estas observaciones tan alejadas de un plano “científico” o dogmático del Derecho?.....	23
Acerca de falsos chauvinismos y de teorías de la conspiración.....	27
¿A quien está dirigido el presente trabajo?.....	31
Parte §1: El dogma de la Plenitud Hermética del Ordenamiento.....	33
Título Primero: Las codificaciones del siglo XIX. Constitución y orígenes de la idea del Derecho como “sistema pleno”.....	34
Título Segundo: El Liberalismo y el Derecho.....	69
Conclusiones de la primera parte: La fragmentación del Derecho Natural y el Derecho positivo universal.....	96
Parte §2: Lex Mercatoria.....	100
Introducción de la segunda parte: El Tercer Mundo.....	101
Título primero: Las tres fases históricas de la Cámara de Comercio Internacional.....	111
Título segundo: Autopoiesis y Globalización.....	152
Conclusiones Generales: La corporación y el dilema moral.....	174
Bibliografía.....	179
Índice.....	192
Anexos.....	195

El principio de Plenitud Hermética es un dogma jurídico que presupone una relación entre el Derecho y todo lo que existe. Sostiene que el Derecho es pleno y que el juez tiene la obligación de juzgar cualquier caso que se le presente. Fue creado, junto con las codificaciones europeas del Siglo XIX, con la intención de fundamentar la presencia del Estado en cualquier actividad humana. Sin embargo, ¿puede existir el Derecho sin el Estado? La búsqueda de la respuesta a esta interrogante constituye la base de la teoría del “pluralismo jurídico”. Existen redes de comunicación con ordenamientos paralelos a la lógica jurídica estatal. Con el fenómeno de la globalización algunos de estas redes de comunicación logran no sólo institucionalizarse, sino hasta convertirse en organizaciones con mayor poder coercitivo que el mismo Estado. Pareciera que el Estado Moderno empieza a desplazarse hacia nuevas formas sociales. Una de estas redes de comunicación paralelas es la ley de los comerciantes, o “lex mercatoria”. Nuestra principal preocupación es que esta transición hacia nuevas formas de organización social se realice sin menoscabo de los Derechos humanos.

FICHA BIBLIOGRAFICA

GARCIA AZOFEIFA, IGNACIO. "El Principio de Plenitud Hermética y la Lex Mercatoria". Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2005.-

Director: Víctor Pérez Vargas

Lista de Palabras Claves:

Plenitud Hermética; Lex Mercatoria; Filosofía del Derecho; Principios Generales del Derecho; lagunas del Derecho; interpretación del Derecho; hermenéutica; Pluralismo jurídico; Ernest Zitelmann; Santi Romano; pluralidad de ordenamientos jurídicos; Hermann Ulrich Kantorowicz; Frederich von Savigny; Thibaut; Rudolf von Ihering; Phillip Heck; Bernhard Windscheid; Escuela histórica del Derecho; Restauración Francesa; Código Napoleón; Escuela alemana de la Jurisprudencia de Intereses; Código Civil alemán de 1900; Jurisprudencia de Conceptos; Cámara de Comercio Internacional; Autopoiesis; Gunther Teubner; Paul Cravath; Teoría de Sistemas; Niklas Luhmann; Cámara de Comercio Internacional; CCI; Arbitraje Comercial Internacional; Cristian Courtis; Brian Garth; Ives Dezalay; legal fields; Paul Trubek.

Resumen del trabajo: El principio de Plenitud hermética es un dogma jurídico que presupone una relación entre el Derecho y todo lo que existe. Sostiene que el Derecho es pleno y que el juez tiene la obligación de juzgar cualquier caso que se le presente. Fue creado, junto con las codificaciones europeas del Siglo XIX, con la intención de fundamentar la presencia del Estado en cualquier actividad humana. Sin embargo, ¿puede existir el Derecho sin el Estado? La búsqueda de la respuesta a esta interrogante constituye la base de la teoría del "pluralismo jurídico". Existen redes de comunicación con ordenamientos paralelos a la lógica jurídica estatal. Con el fenómeno de la globalización algunos de estas redes de comunicación logran no sólo institucionalizarse, sino hasta convertirse en organizaciones con mayor poder coercitivo que el mismo Estado. Pareciera que el Estado Moderno empieza a desplazarse hacia nuevas formas sociales. Una de estas redes de comunicación paralelas es la ley de los comerciantes, o "lex mercatoria". Nuestra principal preocupación es que esta transición hacia nuevas formas de organización social se realice sin menoscabo de los Derechos humanos.

Siglas y Abreviaturas

I.C.C: International Chamber of Commerce (Cámara de Comercio Internacional, con sede en París).

AAA: American Arbitration Association.

LCIA: London Court of International Arbitration

UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) o CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development o CNUCD (Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo)

IAC: Investment Advisory Council

GATT: General Agreement on Tariffs and Trade

WTO: World Trade Organization / OMC: Organización Mundial del Comercio

WCO: World Customs Organization (Organización Mundial de Aduanas)

NAFTA: North American Trade Agreement o TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte)

AFTA: Grain and Food Trade Association

ICSID: World Bank's International Center for the Settlement of Investment Disputes

USCIB: United States International Centre for Settlement of Investment Disputes

CIAC: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

MERCOSUR: Mercado Común del Sur

OEA: Organización de los Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

ADR: Alternative Dispute Resolution

ADR (ICC): Amicable Dispute Resolution

Convención de Nueva York o Convención de 1958: Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de Junio de 1958

ICCA: International Council for Commercial Arbitration

SdN: Sociedad de las Naciones

IP: Intellectual Property/Propiedad Intelectual

BASCAP: Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy/ Acción empresarial para detener la Piratería y la Falsificación (Programa de la CCI relacionado con la Propiedad Intelectual)

OECD: Organization for Economic Co-operation and Development

ATA Carnet: Admission Temporaire/Temporary Admission. (Carnet que otorga la Organización Mundial de Aduanas para facilitar el tráfico de mercancías)

TNC's: Transnational Corporations (Corporaciones transnacionales)

UNIDO: United Nations Industrial Development Organisation

Parte Introductoria

“; and in the eyes of the hungry there is a growing wrath. In the souls of the people the grapes of wrath are filling and growing heavy, growing heavy for the vintage”.

-John Steinbeck, *“The Grapes of Wrath”*.

Introducción

La presente introducción -a manera de justificación preliminar- es simplemente un boceto de las razones personales que motivaron la presente investigación. Espero no dar la impresión de ser en exceso idealista o de que mis ideas son poco fundamentadas, pero creo que no hay mejor momento para correr el riesgo de ser informal, altruista y soñador que cuando uno es todavía un estudiante.

De la observación y experiencia que he tenido durante mi vida, he construido dos fundamentos teóricos con relación con las relaciones sociales: 1.) Que existen, actualmente, a diferencia de otros momentos del curso de la historia del ser humano, indicadores económicos que permiten monitorear de manera más efectiva las relaciones de los pueblos. Hoy en día sabemos que no es “un montón de gente” (como podría haber dicho Maria Antonieta desde su balcón en Versalles) la que se está muriendo de hambre, sino que es un cierto porcentaje de la población mundial la que podría vivir decentemente con menos de un dólar diario, mientras el ingreso per cápita de ciertos países es de treinta mil dólares por año¹ y 2.) Que el Estado Moderno, como construcción social, va cayendo paulatinamente en desuso, cediendo ante construcciones que emergen desde una nueva dinámica social. Estoy consciente de que ambas situaciones son parte de la forma en la que se desarrolla el mundo actual y no pretendo levantar una revolución contra dinámicas sociales de una creación llamada realidad. Esta es por sí misma mucho más compleja de lo que yo podría llegar a crear nunca. Sin embargo, tampoco me gustaría caer en un nihilismo basado en la impotencia o el pesimismo.

Abordemos el tema de nuestro interés, es decir, el Derecho. Durante los cinco años que permanecí en la Facultad, nunca tuve un profesor que realizara un taller o una clase donde la lectura de Hans Kelsen fuera obligatoria. Tuve muchos, sin embargo, que mencionaban a Kelsen, a Ihering o Savigny como un rumor jurídico del cual todos estábamos enterados pero

¹ Creo que la diferencia abismal de calidad de vida humana podría calificarse como un hecho notorios y cierto. Sin embargo, por citar algunos de los muchos estudios realizados que analizan el tema: Falk, Richard. La globalización depredadora, una crítica. Siglo XXI, España Editores, 1999; Ordoñez, Jaime. Neo-tribalismo y globalización. Estudios para el Futuro (UCR, FLACSO, UCCP), San José, CR. 2002.

no conscientes. Y así transcurren los años en la Facultad. Se nos enseña a citar tecnicismos jurídicos para *operar* el Derecho. Algunas veces se construyen argumentos hilando dichos tecnicismos y se gana el juicio. Otras veces se pierde. Se discute el Derecho. Pero nunca se discute la necesidad de saber de dónde proviene el Derecho. Y así aprendemos en la universidad a utilizar herramientas y tecnicismos para operar el Derecho: “principio general del Derecho”, “autonomía de la voluntad”, “Plenitud Hermética”. Mi tesis pretende ocuparse de este último concepto. No pretendo deslumbrar con nuevos sentidos para palabras usuales. Esta tesis no pretende revelaciones académicas ni discursos mesiánicos. Estoy consciente de que tanto la observación de un positivismo exacerbado, donde no se discute el origen de los conceptos, así como la investigación del principio de plenitud no son la gran novedad en el desarrollo de la ciencia jurídica. El presente trabajo pretende describir, porque existen ciertas relaciones que no dejan de ser útiles e interesantes a pesar de ser abordadas con frecuencia.

La investigación sobre el origen del principio de plenitud del ordenamiento me ha llevado a lo largo de un proceso de constitución del Derecho y de la ciencia jurídica en Prusia y Austria en el siglo XIX. La primera parte de esta investigación inicia con normas tan antiguas como el Codex, las Pandectas o el Digesto de Justiniano. Como veremos, este legado jurídico trata de ser clasificado por la escuela histórica y por Carl F. von Savigny, dando origen a las críticas de Von Ihering y de la jurisprudencia teleológica, y ésta, a su vez, tiene como resultado la aparición de la escuela de Tübingen, con su jurisprudencia de intereses y su representante más importante: Phillip Heck. Aparece, por último, la escuela libre del Derecho con autores como Ehrlich, Issay y Kantorowicz. Toda esta discusión jurídica acerca del método inductivo o deductivo de la ciencia jurídica, de las relaciones entre conceptos y experiencia, del papel del juez y del legislador, de la función que éstos deben seguir para la creación del Derecho y de la norma en general, se da en medio de un trasfondo histórico importante. Por un lado, el desarrollo del pensamiento filosófico, del cual los autores jurídicos hacen constante referencia: desde Locke y Hume en la postura empírica y la postura más racionalista de Leibniz, Hegel y Wolff hacia el iluminismo de Kant, Von Schlegel y Fichte, para arribar, finalmente, a Nietzsche

y Schopenhauer.² Hablaremos de referencias imbuidas de nuevas incursiones en el estudio del Derecho, como la aparición de la sociología del Derecho de Max Weber, por ejemplo. Por otro lado, abordaremos el aspecto histórico de la dogmática jurídica. Empiezan a surgir ciertos elementos que nos hacen dudar de la discusión del Derecho sólo por el Derecho mismo. Por ejemplo, el tono de Von Ihering, casi un grito de guerra, en “La lucha por el Derecho” y “El fin del Derecho”, hacen evidente que la discusión de la dogmática jurídica sobrepasa una discusión de la norma y del ordenamiento y pasa a ser una discusión política. La publicación de Heck de “La creación del Derecho” en 1912 en Tubinga, como parte de las celebraciones del cumpleaños del Rey, hace imposible ignorar el contexto histórico de una discusión jurídica. ¿Hasta qué punto estaríamos analizando el principio desde una perspectiva falsamente “pura”, al ignorar deliberadamente su trasfondo histórico? La primera parte de esta tesis sostiene que el principio de Plenitud Hermética, como es lo usual en la práctica jurídica, constituyó una herramienta jurídica-ideológica para justificar la intromisión del Derecho en cualquier actividad humana. Nuestra hipótesis es que próximamente vamos a escuchar este tipo de discurso por parte de algunas organizaciones privadas que empiezan a tener una injerencia más expresa y oficial que la de algunos Estados republicanos que -como Costa Rica-, fueron instituidos hace no poco menos de dos siglos.

Por último, quisiera justificar mi interés por el “Derecho comercial internacional”. Esta temática constituye la segunda parte de esta tesis.

Algún día me gustaría tener la oportunidad de defender ciertas ideas en una tesis doctoral. Reconociendo las abismales diferencias, me gustaría fundamentar la idea de que así como a Robespierre, a Marat, Voltaire o Diderot les tocó vivir la transformación de la Monarquía en el Estado secular, así me tocó a mí, en el siglo XXI, presenciar la transformación del Estado en la Corporación Privada. Hoy en día existen sentencias arbitrales en donde una corporación multinacional demanda a dos estados africanos y en donde la proporción de sus capacidades presupuestarias resultan preocupantes, por no decir irrisorias. Preocupantes porque el tránsito

² Hago referencia a estos autores como una mera ilustración, Esta es una progresión de pensamiento filosófico que se hace evidente en la discusión de la dogmática jurídica, pero que evidentemente, en razón de su complejidad, no formará parte de esta tesis de licenciatura.

de ciertas discusiones desde el ámbito público al privado tiene como resultado la anulación de reivindicaciones que la historia tardó mucho tiempo en trasladar al seno del conocimiento y de la discusión popular. Estoy consciente de que la diferencia entre el ámbito público y privado no deja de ser una ficción, una compleja creación social para poder organizarse. Pero la diferencia entre el tránsito que nos tocó vivir y el pasado consiste en la ausencia de un dilema moral en las decisiones que se toman en el ámbito privado. Ya ni siquiera nos queda el amparo de otro valor que haga contrapeso, de un sustento ideológico contrario, como lo sería la idea del “bien común”. Sin el afán de revelar me como un caudillo y personificar a Atlas, si quisiera algún día aportar algo a la construcción de un nuevo Estado que sea mejor, -mas altruista y cercano a nuestros ideales-, y no peor, alejado de nuestros sueños utópicos y con páginas llenas de historia que nos avergüenzan al ver las atrocidades de nuestra humanidad. No pretendo decir que quiero ser el arquitecto de un nuevo Estado, pero sí tal vez un obrero desde un aula universitaria, y discutir con otros el hecho de que los balances de ingresos de las corporaciones multinacionales son desproporcionados –casi al punto del absurdo– frente al ingreso per cápita de un país subsahariano. En antropología se utiliza un término interesante para denominar los procesos de construcción de identidades: “etnogénesis”. Por otro lado, Richard Falk³ habla de la globalización como un proceso de construcción de un “apartheid global”. El siglo XXI es una época de indicadores globales, de mercados mundiales y de capitales astronómicos. El papel de quienes tienen acceso a los indicadores de población mundial debe ser -reutilizando una frase de Humberto Eco- de “funcionarios para la humanidad”. La diferencia de calidad de vida norte-sur y la polarización económica es evidente.⁵ Sería mejor que el cambio sea inspirado por la experiencia que veinte siglos le han dejado al ser humano, y no que esta experiencia sirva de herramienta para que nuestros avances tecnológicos nos permitan construir muros de Berlín del tamaño del Ecuador.

³ Falk, Richard. Op.cit. p.11.

⁴ Eco, Umberto. *Gesammelte Streichholzbrüche*. Deutsche Taschenbuch Verlag GABH, Munich, 2002. (En adelante, los textos que aparecen en idioma extranjero se consignarán en su versión original)

⁵ Ver informe de la Comisión Norte-sur en la administración del Canciller Federal alemán Willy Brandt.

El tema de este trabajo: ¿Qué tiene que ver el principio de Plenitud Hermética con la lex mercatoria?

Existen personas que por medio de sus ideas han logrado darle al lenguaje un carácter performativo. Es decir, que han tenido la cualidad de cambiar el mundo mediante sus palabras, porque el mundo no volvió a ser el mismo desde que estas personas externaron su pensamiento. La lista es selecta, pero no por eso deja de ser extensa: desde Platón hasta Gandhi, desde Jesús hasta Freud, Weber y Marx . Curiosamente, la capacidad de cambiar el mundo mediante el verbo es originalmente una cualidad divina que nos revela la relación entre el conocimiento y el poder.

De esta manera, hay ciertos términos jurídicos que han viajado desde épocas lejanas y que día a día son citados en los tribunales como herramientas retóricas al servicio de toda clase de intereses⁶. Cotidianamente, hablamos de los “burócratas”, sin siquiera pensar en Max Weber y en el hecho de que esta palabra no existía antes de que él la acuñara. “Inconsciencia”, y...¿dónde quedó Freud?. Hablamos de “autonomía de la voluntad”, pero ignoramos que este término ha llegado a nosotros a través de doscientos años de historia, probablemente desde el escritorio de Immanuel Kant, quien vivía en un lugar llamado Königsberg, en un país que ya no existe pero que se llamaba Prusia, en una ciudad que se llama Kaliningrado. Escuchamos marchas y protestas erguidas en nombre del “espíritu de la ley” y del “espíritu del pueblo”, y muchos de estos manifestantes no tienen idea de quienes son Juan Jacobo Rousseau o Guillermo Federico Hegel. No pretendo decir que las ideas se han vulgarizado. Todo lo contrario: para eso es el lenguaje; para eso son las ideas. Para ser utilizadas en la construcción de ideales, no para guardarlas como antigüedades o propiedades de un selecto grupo.

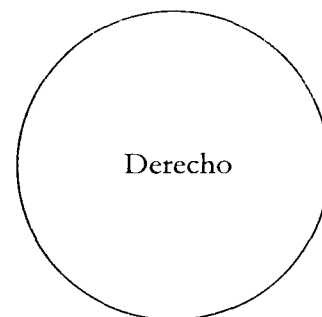


Fig.1.1. El principio de Plenitud Hermética sostiene la existencia de un Derecho pleno, por consiguiente, coherente.

⁶ “Interés”, como veremos posteriormente, podría ser clasificado como uno de estos términos.

Plenitud Hermética

Una de estas palabras “migrantes” y en un contexto lejano a su origen es el principio de Plenitud Hermética. Consiste en el dogma jurídico de la plenitud del ordenamiento. Sostiene que el Derecho estatal puede regular cualquier caso que se le presente. Que el Derecho no tiene lagunas y que es pleno. Su utilización es habitual en el Derecho.

Como veremos más adelante, la palabra hermetismo ha viajado desde el antiguo Egipto hasta Grecia, Roma, las codificaciones del siglo XVII y, finalmente, hasta el artículo 5 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial. Más adelante examinaremos con mayor detalle el concepto de “hermetismo”. Por ahora, definámoslo como un sentido de completitud, de que tradicionalmente los conceptos -para ser coherentes- deben aludir a cierta simetría, univocidad y coherencia, no deben contener vacíos y deben ser vistos como un todo. El Derecho, según nuestra visión actual de él, es hermético. Estamos conscientes de que no lo es, pero actuamos *como si* lo fuera, que es lo importante. El capítulo primero de la presente investigación pretende fundamentar la idea de que el principio de plenitud del ordenamiento surgió en el siglo XIX con las codificaciones europeas con la intención política de permitir la intervención del Estado en cualquier actividad humana.

Lex Mercatoria

La lex mercatoria es, en términos muy generales y abstractos, un ordenamiento. Contiene todos los elementos propios de un lenguaje normativo (hecho, valores, normas y sanciones). Es impuesto al sujeto y no procede de su interioridad. Ante el incumplimiento de cierto “deber-ser” en el comercio, la lex mercatoria impone una sanción. A diferencia de la moralidad, por ejemplo, esta sanción procede con evidente heteronomía. Usualmente esta heteronomía suele ejercerse en el ámbito

comercial internacional mediante la ejecutoriedad de un laudo arbitral o la inclusión de una empresa en listas negras en donde se registran a los transgresores comerciales. Como vemos, esta heteronomía no procede de un “deber-ser” autónomo. No es impuesto por el sujeto mismo. La sanción no es aplicada por la conciencia ni por el remordimiento. Es aplicada por otro sujeto distinto, pero este sujeto, a diferencia del ámbito jurisdiccional, no es el Estado. Surge un ordenamiento paralelo al Derecho del Estado. El ejemplo más evidente es la sanción del gremio corporativo. Si el comerciante promete vender y no vende, su falta de compromiso incide sobre su actividad comercial directamente: afecta su credibilidad. La próxima vez que este mismo comerciante quiera realizar algún negocio va a tener que acudir a ciertas maniobras para respaldar su promesa. Recibe por parte de la comunidad mercantil una penalidad; su

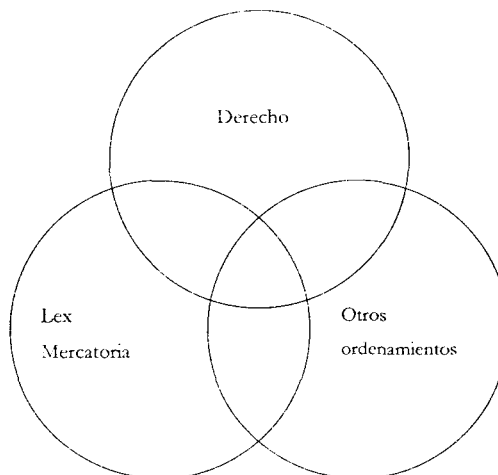


Fig.1.2. Usualmente, en las clases de Derecho, se utiliza un *diagrama de Venn-Euler* para ilustrar la idea de Santi Romano del pluralismo jurídico; es decir, de la coexistencia de varios ordenamientos; entre ellos, el jurídico.

exclusión temporal del gremio comercial. Santi Romano habla del paralelismo entre los ordenamientos informales o no jurídicos y ejemplifica sus teorías mediante instituciones como la iglesia u organizaciones criminales como la mafia. Sin embargo, la teoría de Santi Romano del “pluralismo jurídico” puede extenderse y aplicarse a asociaciones u organizaciones deportivas como la FIFA, o como el caso que nos ocupará, a instituciones relacionadas con el comercio internacional o el Derecho internacional privado⁷.

⁷ Romano, Santi. El Ordenamiento jurídico. Segunda edición, traducción de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

Lex mercatoria y postmodernidad

La “época postmoderna” supone cambios cuantitativos de tal magnitud que inciden directamente sobre la cualidad de los métodos y la racionalidad de las personas⁸. Hinkelammert, desde una metodología marxista, compara el frenesí de la humanidad hacia la productividad con un individuo quien, afanado en cortar las ramas de un árbol de manera eficiente, no se da cuenta que está cortando la rama en la cual está sentado. A pesar de que su enfoque reaccionario-

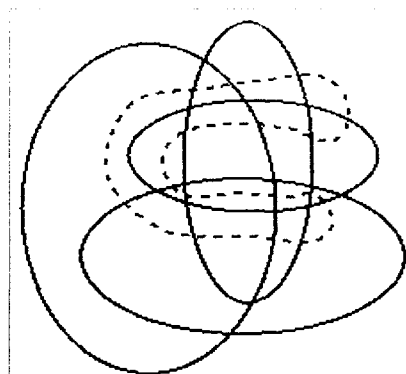


Fig.1.3 Diagrama de Venn-Euler utilizando 4 elipses en lugar de 3 círculos.

anticapitalista es a veces desmedido o hasta apocalíptico, el enfoque weberiano de Hinkelammert no deja de ser útil para ilustrar la idea de nuestra propuesta. El autor explica las causas del abuso de los recursos naturales en términos weberianos: *la eficiencia y la racionalidad son consideradas los aportes de la competitividad. En nombre de esta son transformadas en valores supremos?* La racionalidad es llevada a su extremo, transporta una idea a contextos absurdos, producto de la irracionalidad de su sacralizada racionalidad¹⁰. *De este modo se vinculan medios y fines de forma lineal. El medio no es un fin, sino que el fin decide sobre los medios.*¹¹ La idea inicial de vender un bien y recibir una correspondiente retribución monetaria se convierte con el despegue comercial en una política empresarial de *marketing* de magnitudes mundiales. Las ideas no se modifican en sustancia, pero su proporción y aumento cuantitativo hace que se vean obligadas a redefinirse. Esto hace que una empresa cuya meta inicial era la simple idea de vender galletas o zapatos se convierta con el tiempo en una transnacional con intereses políticos que afectan la esfera cotidiana de una inmensa cantidad de gente. La post-modernidad permite la transformación del

⁸ El término “postmoderno” adolece de una tremenda ambigüedad. Sin embargo, aludimos al concepto como una forma de hacer referencia, en términos generales y abstractos, a las relaciones de producción y el desarrollo de las técnicas de producción en masa propias de la segunda mitad del siglo XX. Ver Sección segunda, en donde se hace un marco de referencia al concepto de globalización.

⁹ Hinkelammert, Franz J. *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Editorial Universidad Nacional. San José, 2003. p.32

¹⁰ v. concepto de “racionalización” en *La sociología del Derecho en Max Weber*. Romero Pérez, Jorge Enrique. Tesis de grado para obtener el grado de licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1969.

¹¹ Hinkelammert. Op.cit. p.34.

trueque en el capitalismo, pero, sorprendentemente es -a la vez- producto de ésta. De igual manera que la “economía monetaria” ensancha las posibilidades del mercado, éste se convierte en una red de comunicación con una lógica propia.

La ley informal de los comerciantes también se transforma con el tránsito hacia la postmodernidad, y se convierte en una institución de dimensiones importantes; se institucionaliza, se transforma en una moral consolidada, pero siempre paralela al Estado. La principal institución dentro de las cuales se ha plasmado la *lex mercatoria* es la Cámara de Comercio Internacional, la cual será el objeto de estudio de la segunda parte de este trabajo. Las posiciones de su jurisprudencia arbitral serán utilizadas como un síntoma de los tiempos, un signo para interpretar la sociedad en la que vivimos.

Como mencionamos anteriormente, este trabajo defiende la idea de que el principio de plenitud del ordenamiento fue utilizado por la ciencia jurídica del siglo XIX con el fin de justificar la presencia del Estado en cualquier actividad humana. En este sentido, y en la medida en que el dogma de la plenitud sea un principio aceptado por la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, estaremos en presencia de una evidente reutilización de este principio como justificación de una “competencia universal” por parte de nuevos organismos. La idea de una jurisdicción plena en cuanto a materia, cuantía o territorio presupone una voluntad política para juzgar. Si podemos evidenciar aún con un ejemplo tan insignificante como la aceptación de un principio general del Derecho estatal en la jurisprudencia arbitral comercial habremos evidenciado, aunque sea de manera minúscula, la transición del Estado, tal y como lo conocemos hoy, hacia nuevas instituciones corporativas. La certeza de que el Estado se encuentra en desmantelamiento nos da la oportunidad de esperar que el nuevo Estado en construcción –el Estado “corporativo”, por redefinirlo en términos mercantilistas- pueda ser construido sobre bases más cercanas a los ideales utópicos de lo que el Estado debe ser. Nuestra ilusión es que esta construcción llegue a ser un instrumento para alcanzar estos ideales, y no que sea otra nueva manifestación de lo que algunas frustrantes realidades de las organizaciones sociales han sido o -a mejor decir- han llegado a ser.

¿Puede existir Derecho sin Estado?

Frente a la teoría que defiende la monopolización del Derecho por parte del Estado encontramos la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos. Tal vez la discusión consista simplemente en decir qué vamos a entender por Derecho, pero esto no quiere decir que no sea válido replantearnos la pregunta ante una modificación sustancial en el estado de las cosas. Necesitamos cuestionarnos una pregunta antigua bajo el examen de nuestro entorno actual. Como veremos, esta es una discusión que ya ha sido abordada por grandes juristas del siglo pasado, con el advenimiento de las corrientes sociológicas en el Derecho. La utilidad en su replanteamiento recae en la modificación de nuestras circunstancias: ¿Estamos viviendo la fase final del Estado moderno?

La tendencia racional hacia la complitud o completitud¹² está presente a nuestro alrededor. Está presente en nuestra forma de ver el Derecho. Está presente cuando hablamos de “globalización” o de “integración regional”. A veces esta tendencia racional se convierte en una psicosis hacia la plenitud, como en el caso del imperio romano o de Napoleón y su correspondiente obsesión por ver el mapa como un todo de un solo color imperial. Sí, por supuesto que hemos adoptado la uniformidad y la unidad en el Derecho, pero su aplicación va más allá de la forma en que vemos el microcosmos jurídico. Detrás del principio de plenitud, en términos jurídicos, el hermetismo supone una forma de pensar: la construcción de un microcosmos completo, pleno. Esta forma de pensar conlleva la construcción de un límite. Es una frontera que crea dos lados a su vez. Encerrar un mundo dentro de un concepto y dibujar un microcosmos como si fuera una bola de cristal, crea un mundo interior completo y, consecuentemente, un mundo exterior. Es así como nuestra realidad está compuesta de un número de completitudes, a veces hasta contradictorias: la realidad, la ficción, la moral, el Derecho, la religión. Todos son pequeños mundos, sistemas, que hemos aprendido a delimitar mediante un complejo sentido de plenitud. Esto explica nuestra forma de ver la esfera jurídica

¹² “Completitud” es la terminología adoptada por el profesor Gustavo González Solano en: Semiótica jurídica. Sobre las interpretaciones y las argumentaciones jurídicas. Edit. IJSA, San José, Costa Rica. 2002. p.189.

como un diagrama de Venn-Euler¹³. Sin embargo, este modelo trata de explicar la realidad. Para que podamos entender al menos un poco de esa realidad social tan compleja delante de nosotros, elaboramos modelos, diagramas que tratan de reflejarla. Estos modelos -estas realidades basadas en otras realidades- serán incompletos mientras los veamos como reflejos y reproducciones de ellas. Si existe una referencia a una realidad, una idea no podrá ser otra cosa más que una reproducción de ella. Y el Derecho **no** es así. No es un diagrama de Venn. Este nos puede ayudar a entender el Derecho en nuestras aproximaciones iniciales, pero no podrá describirlo de manera exacta. Porque el Derecho es convulso, intricado, es una serie de prácticas mezcladas con teorías y un juego de relaciones de poder muy complejo.

Marco teórico y conceptual

A. En sentido estricto

Objetivos

a) Primer Capítulo:

General:

Indagar la primera aparición del concepto de plenitud hermética desde el ordenamiento jurídico positivo prusiano de finales del siglo XVII hasta el Código Civil Alemán de 1900.

Específicos

- 1) Describir la idea de coherencia en Sistema de Derecho Romano actual de Carl Friedrich von Savigny y de la escuela histórica del Derecho de 1814.
- 2) Describir los postulados más relevantes de los autores de la escuela del Derecho Libre alemana (en especial Hermann Kantorowicz), como reacción la jurisprudencia de conceptos de Rudolf von Ihering y de Phillip Heck.
- 3) Conocer las ideas más importantes de la teoría del pluralismo jurídico de Santi Romano, teoría que se desarrolló bajo la influencia de corrientes sociológicas en el derecho, como Max Weber, P. Ehrlich O Ernst Zitelmann.

¹³ Ver fig.1.2.

b) Segundo Capítulo

Generales:

1. Determinar la importancia que han adquirido las instituciones comerciales internacionales frente al Estado Nacional
2. Determinar el potencial efecto negativo de ciertas decisiones arbitrales sobre los estratos poblacionales con menor poder adquisitivo.

Específicos:

1) Parte primera

- i.) Determinar la aplicación del principio de plenitud hermética en la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional.
- ii) Clasificar la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional dentro del período del 1994 hasta la fecha actual.
- iii) Determinar la presencia del término “plenitud hermética” en la muestra de la jurisprudencia seleccionada

2) Parte segunda

- i.) Conocer las cuantías de los casos más polémicos resueltos ante un Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- ii.) Comparar el ingreso per cápita, el PIB y el presupuesto nacional de algunos países subdesarrollados con los balances de ingresos de algunas corporaciones transnacionales de renombre. Comparar los presupuestos de los proyectos de mercadeo de algunas corporaciones de cierta magnitud con los presupuestos elaborados por el PNUD (Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas) y UNIDO (Organización para el Desarrollo Industrial de las Naciones Unidas).
- iii) Analizar estos resultados a la luz del concepto de la “lex mercatoria” y de los proyectos de investigación de Antropología Legal del Instituto Max Planck, de la teoría del bloque de legalidad de Klaus Gunther, las teorías de pluralismo legal de Boaventura de Sousa Santos de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, y, finalmente, del “derecho reflexivo” y la “autopoiesis” de Gunther Teubner.

Hipótesis:

Principales:

- a. El principio de plenitud hermética es un principio general del derecho, surgido con las codificaciones del siglo XVIII para justificar la presencia del Estado en cualquier actividad humana.
- b. Existe un concepto del derecho comercial internacional llamado *lex mercatoria*. Este concepto consiste en la creación de una ley objetiva mercantil.

Subsidiarias:

- a. El principio de plenitud hermética es un principio general del derecho reconocido por la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional.
- b. El reconocimiento del principio de plenitud hermética por parte de los centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional es una evidencia de la creación de instituciones legales fuera del Estado.
- c. El tránsito de ciertas discusiones del seno del Estado Nacional a instancias privadas afecta de manera negativa el nivel de vida de ciertas poblaciones. (Influye sobre una concentración desigual de la riqueza al no tomar en cuenta estas poblaciones en decisiones que sin embargo, les afectan.)

Metodología

La ventaja del tema de investigación propuesto consistió en sus antecedentes metodológicos. Por un lado, la Filosofía del Derecho posee una tradición de siglos, con lo cual contábamos con recursos bibliográficos suficientes para entender de dónde provenía el principio general del derecho de la plenitud del ordenamiento. Por otro lado, el problema de la globalización, y el llamado conflicto “norte-sur” ha sido abordado de manera recurrente desde distintas perspectivas.¹⁴ Por esta razón, la metodología inicial y primordial del presente trabajo consistió,

¹⁴ Como mencionamos anteriormente, el análisis del tema desde el punto de vista del pluralismo legal ha sido retomado por algunos proyectos de investigación bastante serios, como el de los del Dr. Franz von Benda Beckmann, por ejemplo.

fundamentalmente, en un trabajo de recopilación bibliográfica bastante arduo. Por el contrario, el gran obstáculo de este trabajo consistió en la falta de financiamiento, el cual se esperaba que proviniera de alguna institución. Nuestro principal objetivo era localizar bibliografía actualizada. Al final, no se pudo proveer el sustento económico para realizar el programa completo de la tesis. Por otro lado, otro obstáculo del tema fue la dificultad para divulgar cierta información clave. Los balances de cuenta de una gran compañía, por ejemplo, es información calificada como confidencial. Ante su posible revelación, los personeros de las corporaciones se comportan de una manera apática. Adicionalmente, y por tratarse de temas de comercio internacional, muchos de los documentos a los que se trataría de acceder poseen un costo económico considerable. Cito como ejemplo las publicaciones de la Cámara de Comercio Internacional, o los resúmenes de su jurisprudencia arbitral: estos documentos no se pueden acceder de forma gratuita. Su lectura conlleva un costo de \$20 por boletín informativo, para un total de 6 boletines. Precisamente en esta dificultad se asienta la justificación cultural de este trabajo. Existen ciertas discusiones para las cuales no puede supeditarse su acceso a la capacidad económica del individuo. El principio de publicidad, surgido con la creación de las formas de gobierno republicanas y con el Estado tal y como lo conocemos hoy, fue producto de una reivindicación social. Con grandes retos como el analfabetismo, el cual procura el acceso a la información de manera igualitaria, la erradicación del principio de publicidad en los temas de orden público significa un retroceso en el desarrollo del orden social. Esto no quiere decir que pretenda concebir el tan ansiado desarrollo de una manera progresiva de orden lineal. Sin embargo, y en relación con esta dificultad por recopilar información, creo que un aporte de la presente investigación consistió -en gran parte- en la divulgación académica de alguna bibliografía clave. Estos libros están basados, a su vez, en entrevistas en profundidad con personas clave que podían dar información importante.¹⁵ Como se puede ver, la aproximación de la investigación se realizó de forma cualitativa, utilizando como metodología fundamental

¹⁵ Nos referimos especialmente a la obra de los autores Brian Garth, Yves Dezalay, y David M. Trubek. Enmarcaríamos nuestra propuesta dentro de una metodología cualitativa. Para algunos autores como TAYLOR y BOGDAN, la diferencia entre la metodología cualitativa y cuantitativa es el resultado de su proveniencia de sistemas científicos distintos. Mientras que " *el positivismo adopta el modelo de las ciencias naturales y busca las causas de la situación bajo examen mediante cuestionarios, inventarios y estudios demográficos (...), la fenomenología busca la comprensión por medio de métodos cualitativos como la observación participante y la entrevista en profundidad.*" Taylor, S.J. y R. Bogdan. Introducción a los métodos cualitativos de investigación: la búsqueda de significados. Barcelona: Paidós, 1992.p.16.

las entrevistas con informantes claves que me pudieren brindar una entrada en el campo de investigación. Si bien es cierto en algunas partes de la investigación se recurrió a métodos esencialmente cuantitativos (como por ejemplo, en la comparación de ingresos per cápita de dos o tres países subdesarrollados en comparación con las ventas o los proyectos de marketing de alguna corporación importante), el hecho de que las fuentes bibliográficas sean las fuentes primordiales del presente trabajo, hace que las discusiones con los lectores de que integran el tribunal examinador de la tesis se convirtieran en la principal -y una fructífera- herramienta cualitativa de la presente propuesta.

Estructura

El presente trabajo está dividido en tres partes. La primera parte es introductoria. Presenta los postulados y las definiciones conceptuales mediante las cuales se trabajará después. Una vez expuestas las herramientas teóricas de la tesis, la presente investigación desarrolla dos partes más: la parte primera (§1), que expone el surgimiento del dogma de la complitud del ordenamiento; y la parte segunda (§2), que describe el surgimiento de la Cámara de Comercio Internacional como principal institución del arbitraje comercial internacional.

La estructura de este trabajo es deliberadamente asimétrica. La primera parte, más extensa y densa desde un punto de vista intelectual, explica el fenómeno de la condensación del Derecho. Es decir, la forma en que el Derecho se construye como una institución. La segunda parte aplica los conocimientos adquiridos mediante el estudio del principio de plenitud hermética, al arbitraje comercial internacional. La primera parte se enmarca dentro de la historia de la filosofía del Derecho y está dividida, a su vez, en dos títulos. El primer título estudia del Derecho de las Codificaciones. Este primer título se ambienta en los siglos XVII-XVIII, y analiza –especialmente- el marco histórico que originó la positivización de los principios generales del Derecho en los Códigos modernos. El segundo título de la primera parte hace un recuento de las principales escuelas de la ciencia jurídica germana. Dividido en cinco capítulos, el título segundo de la primera parte estudia la obra de Rudolf von Ihering, de la Jurisprudencia de Intereses, la Escuela del Derecho Libre, y finaliza en el estudio de la teoría del pluralismo jurídico, obra del jurista italiano Santi Romano.¹⁶

¹⁶ Debido a limitaciones bibliográficas y temporales, debimos dejar de lado el estudio de la -más reciente- Escuela de Valores o *Wertungsjurisprudenz*, con autores como Esser, Larenz, o Canaris.

La Parte Segunda estudia el arbitraje comercial internacional desde dos enfoques. Esta parte consiste en la aplicación práctica de los fundamentos filosóficos que se estudian en la primera parte. El primer enfoque, consiste en una narración cronológica acerca del origen del arbitraje comercial internacional. El título primero, que se avoca al estudio de la Cámara de Comercio Internacional, explica la creciente importancia que el arbitraje comercial internacional ha ganado desde la segunda guerra mundial. El título primero de la segunda parte se divide en tres capítulos, diferenciados cronológicamente. Cada uno de estos capítulos pretende explicar el desarrollo del arbitraje como una práctica social que se convirtió en una institución.

Finalmente, el título segundo de la segunda parte es un estudio que pretende articular los dos temas de la tesis. Mediante las ideas de un derecho separado del Estado –una idea que se refuerza mediante el polisémico término “globalización”– trataremos de ilustrar el tránsito que ha sufrido la forma de ver el Derecho.

B. Marco conceptual

La coincidencia de los opuestos

Para algunos presocráticos¹⁷, los entes existentes en el universo se definían mediante principios contradictorios. Así, podríamos enlistar miles de conceptos cuya definición puede realizarse mediante su pareja opuesta: desde frío-caliente; arriba-abajo; hasta amor-odio; racionalidad-impulsividad; proceso inductivo-proceso deductivo; etc. Para esta tesis, nos interesan dos binomios en especial: la presencia en relación con la ausencia, el vacío en contraposición a la plenitud¹⁸. También hay otros principios contradictorios que tomaremos en consideración pero que enunciaremos en su momento¹⁹.

¹⁷ Esta postura encuentra también alguna similitud con postulados de la filosofía budista o en el taoísmo. Las interpretaciones de Heráclito y Parménides serían un tema tan denso, complejo y controvertido como para vernos obligados a escribir varias tesis sobre ellas. Sin embargo, creemos que a grandes rasgos se puede entender la idea de una *coincidencia oppositorum* de la cual habla Heráclito. Dice uno de los fragmentos que se consideran originales: “Conexiones: enteros y no enteros, convergente divergente, consonante disonante: de todos uno y de uno todos.” Fr. N°10. p.32. Mondolfo, Rodolfo Heráclito. Textos y problemas de su interpretación. Siglo XXI Editores, S.A. México, 1976.

¹⁸ Karl Popper nos da una interpretación muy pedagógica acerca del *problema general del cambio*: “¿Cómo es posible el cambio, es decir, cómo es lógicamente posible? ¿Cómo puede cambiar una cosa sin perder su identidad? Si permanece la misma, no cambia; sin embargo si pierde su identidad, entonces ya no es aquella cosa que ha cambiado”. (p.31) Más tarde hace alusión a la identidad de los opuestos: “Así pues, todo cambio es la transición de una cosa a algo más con cualidades en cierto modo opuestas (como había visto Anaximandro y Anaxímenes).

A menudo, los argumentos son la excusa mediante la cual defendemos un impulso. Con frecuencia, las discusiones en un foro público no son más que un teatro creado por el arrebató de nuestra inconsciencia. Discutimos sin ningún tapujo acerca de la sociedad en la que vivimos, pero escondemos –casi siempre sin querer– las necesidades por las cuales necesitamos que ella funcione. Y que funcione según nuestra verdad. (Esto, por supuesto, cuando el orador es una persona humilde. No abordaremos las veces en las que se habla, pero con la única intención de sostener la batuta de la verdad ante los ojos de un estupefacto auditorio, no con la intención de buscar una explicación a nuestras interrogantes, sino con la de deslumbrarlo mediante falsas epifanías provenientes de un profeta mesiánico propietario de la revelación de una verdad.). Primero sentimos sin darnos cuenta de que lo hacemos...y después argumentamos. Por eso no creo ciegamente en una racionalidad ecuánime; o por lo menos trato de derribarla del púlpito de la verdad absoluta. Pero no por eso niego su importancia.

En la discusión jurídica, existen ciertos tipos de dialéctica que con el tiempo empiezan a mostrarse como la regla usual. Se trata de la explicación de un enunciado y la elaboración de su respuesta a partir de su reducción al absurdo. Utilicemos como ejemplo una discusión legislativa, en la cual toman parte dos exponentes. Los llamaremos la señora T y el señor S: la discusión inicia con la postulación de algunas deducciones por parte de la señora T. Estas deducciones provienen de algunos “fundamentos teóricos”, los cuales no pueden ser cuestionados en el momento de la charla porque sino la discusión no tendría asidero lógico desde donde comenzar. Estos fundamentos provienen, a su vez, del análisis y de la observación que la señora T ha realizado a lo largo de su vida. El señor S escucha atentamente. Podríamos decir, por ejemplo, que la señora T considera necesaria la promulgación de cierta legislación para regular una costumbre que ha venido aplicándose pero que genera fallos contradictorios entre sí. Una vez comprendida esta afirmación, el segundo orador toma el uso de la palabra, defendiendo la siguiente posición: “Debemos dejar las cosas en su estado actual,

Y con todo, mientras cambia, la cosa en transformación ha de permanecer idéntica a sí misma.”Popper, Karl. El Mundo de Parménides. Ensayos sobre la ilustración presocrática. Paidós, Barcelona. 1999.

¹⁹ En otras disciplinas esta filosofía binaria de explicar los fenómenos naturales se encuentra ampliamente superada. v. Volpi, Jorge. En busca de Klingsor. Edit. Siex Barral, Barcelona. 1999; Capra, Frithof. The Tao of Physics. Sambhala Publications, Boston, 1991.

ya que una legislación rígida podría distorsionar una costumbre que hasta ahora funciona de manera no óptima, pero sí adecuada. Una legislación intervencionista, rígida y con delirios prodigiosos no permite la acción en una sociedad”. Nuestra observación es la siguiente: ¿Toma esta respuesta como punto de inicio la reducción del enunciado original a su contrario extremo -casi absurdo-? El orador inicial explica un concepto. El segundo orador lleva este concepto a una proporción caricaturizada, y de ahí continúa hilando nuevos argumentos²⁰. En su réplica, la señora T podría llegar a realizar el mismo ejercicio y llevar al extremo alguna afirmación de su interlocutor, llevando la discusión a lugares situados más cerca de la simple retórica que a la explicación de la situación que se trata de regular.

Ante este ejercicio lógico, el auditorio termina formándose una disyuntiva: es mejor la presencia de una ley, o es mejor su ausencia. Esta disyuntiva es, a veces, ilusoria. Vaz Ferreira denomina a esta dinámica con términos muy simples, “falacia de la doble oposición”. Los conceptos, aún cuando puedan ser definidos mediante su principio contrario, no siempre son excluyentes entre sí. Más que en la acuciosidad del auditorio, el poder para desarmar la aparente disyuntiva en la discusión depende de la despreocupación de los expositores, de buenas intenciones para buscar una explicación acorde a todos los puntos de vista y no para manipular esta explicación a favor del nuestro. Suena ingenuo, pero creemos que para explicar y tratar de solucionar ciertas inconformidades ante la realidad se necesita entenderla de una manera más fiel, y para esto se requiere escuchar la información que hace falta: ¿Qué vamos a entender por legislación? ¿En qué contexto? No pretendemos dar una visión ingenua de los *relatores trilaterales*²¹ de los que nos habla el profesor Haba, pero muchas veces en la discusión jurídica se materializan planos opuestos que en realidad no son excluyentes. La ciencia jurídica tiende a crear aporías mediante relaciones que no pueden ser respondidas con monosílabos. El

²⁰ Podría ser que el señor S sea un neoliberal abierto y la señora T una reconocida legisladora proteccionista o intervencionista, a lo cual deberíamos tomar en consideración un discurso comprometido de manera previa a la discusión. Sin embargo, no entraremos a analizar las situaciones en que el discurso personal o político de una persona incida sobre el arbitrio y el libre curso de la discusión, porque ahí entran a jugar redes de comunicación demasiado complejas para las pretensiones de este trabajo.

²¹ Por ejemplo, sobre el “functor de tipo triádico” llamado “libertad”, Haba afirma que “para emplearlo con sentido es necesario saber tres cosas: *quién* o *quiénes* son libres, frente a *quién* o *quiénés*; y en *qué* respecto.” Haba, Enrique Pedro. Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos. San José, Costa Rica. 2001. Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004.p.158

dilema de la ley y la costumbre nos da un ejemplo. ¿Es el Estado una creación de la voluntad del pueblo o una imposición del poder? ¿Da origen la ley a la costumbre, o es la costumbre la que posibilita la condensación de la voluntad general en una ley? Este tipo de dilema se torna en irresoluble si se trata de analizar con una concepción dualista del Derecho que separe el Derecho objetivo (la ley) del plano subjetivo (el sujeto).

Bajo la premisa de “no excluir”, la finalidad de la presente investigación es describir, no juzgar²². Cuando se ha presentado la oportunidad hemos tratado de de escurrir la ilusión de una disyuntiva de la inevitable exclusión de dos conceptos. El presente trabajo trata, en la medida de lo posible, de abstraerse de una visión dualista del Derecho²³.

Las estructuras racionales: abstracciones sobre abstracciones.

A propósito de la finalidad descriptiva de esta tesis, hablaremos sobre la elaboración de modelos sobre la base de antiguos modelos; de la construcción de ideas sobre **estructuras conceptuales** previas. ¿A qué nos referiremos con esto?²⁴

Existen líneas de pensamiento que se desarrollan **verticalmente** a través de su espacio temporal. Estas líneas se desenvuelven -a su vez- de manera **horizontal**, mediante la visión de su contexto espacial. De esta manera, un pintor en la época del constructivismo ruso dibuja, por ejemplo, un cuadrado azul sobre una superficie roja. Para entender su concepción estética, debemos acercarnos a la lógica de su pintura. Para esto -para que su pintura sea algo más que un simple cuadrado- debemos seguir una línea de pensamiento desde el renacimiento hasta el momento en el que su pintura nace. Esta línea es la que llamaremos **vertical**: el desarrollo histórico de una idea mediante la observación de su hilo temporal. Es un ovillo de la curiosidad humana que cada generación retoma e integra este gran tejido de ideas que Popper llamó el “tercer mundo”: el mundo de la creación humana. Ahora bien, ese cuadrado está cargado de sentido artístico. Podríamos examinar geometría euclidiana y entonces ese cuadrado dejaría de

²² Decir que no juzgar es sólo otra manera de juzgar -sólo que de manera negativa- sería sumir este argumento, a su vez, a un contrato extremo.

²³ Ver terminología adoptada por Kelsen cuando hace alusión a “la función ideológica del dualismo Estado y Derecho”. Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*. Edit. Epoca, México D.F. 2001, p.156.

²⁴ Ver figura 2.1. en la página 100

ser un simple cuadrado para convertirse en una explicación matemática acerca del universo. Al trasladarnos del arte a la matemática, en relación con las ideas que en el tiempo de la humanidad han reflexionado sobre ese cuadrado, habríamos recorrido otra dimensión vertical. Nos habríamos desplazado de manera vertical en el tiempo para formar luego otro tercer mundo, relacionado con esos cuatro puntos -que ahora son matemáticos y no artísticos-. Como podemos ver, dependiendo de su propia lógica, el cuadrado se convierte en un depositario de ideas, una palabra un poco más compleja, con un significado aún más densa. Una palabra con sentido exponencial, podríamos decir. Lo curioso es que el cuadrado no hubiese cambiado. Al menos en el mundo físico, lo que único que cambió fue nuestra perspectiva sobre él. Nuestros pensamientos sobre él.

Por otro lado, esa palabra con sentido exponencial interactúa con su medio. Ese medio en el que ella está inmersa es su ubicación **horizontal**. Es la palabra siendo construida por su autor. Una vez concebida en ese contexto transversal, ésta es utilizada (por los demás pintores que ven el cuadrado, por un historiador, por un músico, por un comerciante). Es el plano de la palabra y de su contemporaneidad; el uso de la sociedad para esa palabra cargada de pensamientos previos. De esta manera, muchas disciplinas humanas empiezan por tratar de reproducir el entorno del cual surgen, hasta que, finalmente, desarrollan cierta complejidad para poder jugar no con la realidad, pero sí con su reproducción de ella. La disciplina llega a generar cierta independencia de la realidad en la cual fue concebida. De cada hilo de pensamiento se va construyendo un tejido racional, una red de comunicación.

Aún así, la complejidad y la extensión de esta red dependen, sorprendentemente, de la utilidad de esa red en una sociedad. La ciencia y la realidad constituyen un binomio tan complejo como la realidad y la ficción. La red conceptual es construida por quienes retoman el hilo vertical del pensamiento. Si nadie retoma ese hilo, la red de comunicación se debilita, es tomada por otras redes, se deshilacha, en fin, cambia constantemente aún cuando este cambio consista en desaparecer.

Esta dualidad entre realidad y ficción produce, generalmente, que la primera aproximación de alguien que no percibe la misma lógica de una obra cargada de *racionalidad* sea su alejamiento de la realidad. De esta manera, para quien lo ve desde fuera de la lógica de cada disciplina, un

pintor es bueno si su retrato le quedó igual a la cara del modelo. Una película es buena si su argumento es verosímil. Volvemos a la transformación de la pintura de nuestro cuadrado mediante el uso de la razón. El aspecto subjetivo y relativo de las cosas, la modificación de su sustancia mediante nuestra apreciación sucede sin que éstas se transformen físicamente. Subjetivamente, la ciencia se nos manifiesta en otro plano. La ciencia llega a ser un lenguaje de quienes la hacen, una “locura normal” para un grupo determinado de personas en cierta circunstancia.

Evidentemente, y sobre todo para aquellos alumnos de la Facultad de Derecho que tuvimos que estudiar Filosofía del Derecho, no estamos diciendo nada nuevo cuando obligamos al lector a formar parte de esta extensa divagación en vez de simplemente aludir a la literatura relacionada con el concepto de *intersubjetividad*. Cuando una disciplina se separa de una realidad que ya no pretende describir, su creatividad le impregna de libertad. Es, entonces, cuando surgen nuevas formas de hacer cine, arte, música...y -¿por qué no?- Derecho. El Derecho es una red de comunicación, con lenguaje criptográfico cargado de emotividades condensadas, con una serie de signos que hemos aprendido a ver como normales quienes nos hemos rodeado del quehacer diario de la ley. El presente trabajo no pretende otorgarle un nuevo sentido al concepto de Plenitud Hermética del ordenamiento. Pretende explorar la dimensión histórica y vertical de esta idea, abstraerla de su contexto horizontal contemporáneo y aplicarla a nuestras elaboraciones conceptuales.²⁵

¿Por qué hacemos estas observaciones tan alejadas de un plano “científico” o dogmático del Derecho?

La presente investigación pretende elaborar un modelo, una descripción, una aproximación a nuestras percepciones. La realidad, presente en lo que Kant²⁶ llama *representaciones*, no es aprehensible por la vía de un relato científico. Un sonido, un gesto, un olor, el calor de una luz, no puede ser aprehendido fielmente por la vía literaria, por más riguroso y científico que sea el

²⁶ Kant, Inmanuel. Introducción a la teoría del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1978. Versión del alemán e introducción por Felipe Gonzáles Vicen.

método de nuestra representación. No importarán cuántas páginas utilicemos reproduciendo esta sensación. Nuestra percepción es una cosa, nuestras ideas sobre esta percepción son otra cosa. Por esto, cualquier investigación no podrá ser más que la aproximación a la totalidad de una percepción. Ahora bien, en el Derecho, esta realidad que tratamos de narrar y de expresar está referida, primordialmente, a la ley, al sujeto y a las causas y a los efectos sociales de las relaciones entre estos dos elementos. La diferenciación es importante por lo siguiente: el Derecho, tradicionalmente, se ha dividido del mundo de la moral por su heteronomía. De esta manera, la sanción moral es aplicada autónomamente por la conciencia del sujeto. En el Derecho, en cambio, la sanción es impuesta por alguien más, ya no en el ámbito de la conciencia humana sino en la esfera de la realidad, de la percepción. En este sentido, Hegel afirmaría: “...Si la idea pasa por ser sólo una Idea, una representación en una opinión, la filosofía, por el contrario, asegura el juicio de que nada es real sino la Idea”²⁷. La presente tesis, ante la lejanía de las percepciones directas que podamos tener de las discusiones jurídicas del siglo XVII en Europa Central, ha optado por refugiarse en esta postura hegeliana según la cual el pensamiento es tan real como las percepciones; de que no existe un afuera del nosotros social y un adentro de la voz interior del yo. La presente investigación trabaja con abstracciones. Niklas Luhmann define esta *abstracción a partir de abstracciones* como un *proceso de abstracción de dos grados*. Así, la *dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del Derecho dentro del propio sistema jurídico*.²⁸ De esta forma el sistema jurídico de Luhmann, está construido sobre bases abstractas desde el caso hacia una serie de líneas jurisprudenciales o casuísticas, de las cuales se parte hacia la dogmática jurídica y de ahí a la teoría jurídica como parte del sistema científico en general.

Con respecto a la dualidad existente entre realidad física y ficción racional citaremos, a manera de ilustración, dos posturas útiles e interesantes, ambas referidas al quehacer científico. La primera acotación proviene del escritor checo Milán Kundera. Franz, uno de sus personajes en *La insostenible levedad del ser*, es un académico que vive en París. Este personaje posee una afición por acudir a manifestaciones y a protestas, como cuando la gente sale a las calles, a

²⁷ Hegel, Wilhelm Friedrich. *Filosofía del Derecho*. Edit. Claridad, Buenos Aires, 1955 p.35

²⁸ Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1983. p.34.

oponerse porque está en desacuerdo con ésta o aquella política gubernamental. Su afición procede de su “anhelo por una vida real”, alejada de su vida entre libros. Para él “las manifestaciones que representaban la realidad no son más que teatro, danza, fiesta, dicho de otro modo: sueño”²⁹. Su realidad y su ficción se encuentran, de alguna manera, invertidas. Por eso no resulta extraña su apreciación del quehacer universitario cuando describe las publicaciones universitarias como vómitos intelectuales. La superabundancia económica produce una especificación académica. Se publican miles y miles de artículos por año, con temáticas excesivamente puntuales y específicas de construcciones intelectuales de la más diversa índole. Para Franz, en cambio, tienen más valor humano cien páginas impresas en un taller de revolucionarios checos, en un taller subterfugio y acosado por el poder ruso, que las miles de páginas que un intelectual en un sórdido apartamento de París pueda expulsar mediante monólogos teóricos.³⁰

El segundo ejemplo ilustrativo al que haremos referencia proviene del escocés Marshall McLuhan. Ante la mirada atónita de un padre de familia, quien en la sala de una casa provista de numerosos libros escucha lo que su hijo ha aprendido en la universidad, la caricatura de la revista “The New Yorker” (la cual finaliza el libro de McLuhan) dice lo siguiente: “el ambiente creado por el hombre se convierte en su medio para definir su rol en él. La invención de la imprenta creó el pensamiento lineal o eslabonado, separando al pensamiento de la acción. Ahora (...) la implicación social es mayor. Volvemos a vivir en una aldea, (...)”³¹. Desde su creativo y original punto de vista, McLuhan analiza el tema de la globalización en lo que se refiere a medios de comunicación masiva. Defiende la idea del regreso a lo que él llama una “aldea global”. Una vez que se expandió el conocimiento abstracto, en la forma de pensamiento escrito, empezó a gestarse paulatinamente un distanciamiento entre las ideas y la

²⁹ Kundera, Milán. *La insoportable levedad del ser*. Tusquets Editores S.A. Barcelona, 19ª ed. 2003. p.106

³⁰ Como veremos en el primer capítulo, esta situación (referida a ciertas circunstancias de la prensa subversiva en momentos de crisis social), se asemeja a cierto pasaje que tuvimos durante la investigación. Droz, a propósito de la situación de prensa en la Francia revolucionaria, alude a ciertas tácticas utilizadas por los insurrectos acosados por el *Ancien Régime*. Una de estas tácticas era la de fundar diversos periódicos con una breve existencia. De esta manera, aunque se cerrara formalmente el periódico por considerarse subversivo, se mantenían una serie de periódicos fugaces que mantenían la voz de las ideas republicanas. Esta táctica, según nos dice Droz, ha dificultado enormemente la labor de los historiadores. Droz, Jacques. *Europa: restauración y revolución. 1815-1848*. Siglo Veintiuno Editores, España. 1978.p. 76

³¹ McLuhan, Marshall y Quentin Fiore. *El medio es el mensaje*. Edit. Paidós, Barcelona, 1969.p.56.

realidad. Para McLuhan, los medios de comunicación masiva desarrollan la posibilidad de retomar la sensibilidad hacia la inmediatez de una realidad olvidada. La realidad no está en los pies de página. Los libros son la fuente secundaria de la percepción humana. La fuente directa está en la vida misma y en nuestra directa relación con ella. En el momento de sus publicaciones, a finales de los años sesenta, McLuhan veía en la masificación de los medios de comunicación una oportunidad para intensificar la relación del individuo con su entorno y de elaborar una racionalidad más cercana a la percepción directa del mundo, en lugar de una construcción teórica alejada de él.

Como dijimos anteriormente, esta tesis no pretende juzgar. Generalmente, cuando se hace una tesis de licenciatura acerca de un tecnicismo jurídico en particular, su análisis consiste en el siguiente mecanismo: Primero: Se hace una referencia histórica sobre el origen del concepto (antecedentes históricos). Segundo: se ilustra su errónea aplicación en la práctica judicial mediante citas de jurisprudencia anónima, y finalmente -tercero- se redefine el concepto, postulando un significado para el tecnicismo en cuestión, ante lo cual se acusa a quienes operan el Derecho, o a quienes hayan estudiado el término anteriormente, de haberlo utilizado de manera descuidada. Este trabajo no intenta situarse por encima de las prácticas jurídicas, como si pretendiéramos estar por encima del bien y del mal. Sin ignorar la imposibilidad de emitir una valoración y sin procurar escindir racionalidad de impulsividad, no pretendemos atacar o defender a ningún postulado, sino simplemente reflexionar un poco acerca de nuestra visión del Derecho. Estamos seguros de que no es la única ni mucho menos la verdadera.

Valgan estas reflexiones como marco teórico conceptual. Esperamos que el lector advierta que existe una especie de estado de la cuestión en relación con las construcciones conceptuales. Que ante la existencia de ciertas estructuras teóricas, construidas sobre la base de otras teorías, existen dos posiciones que aparentan excluirse: una, que sostiene que dichas construcciones son una irrealidad más cercana a los delirios de un bibliófilo intelectual que a las soluciones ante los problemas sociales; y otra, que sostiene que las ideas son tan necesarias, útiles -pero sobretodo- tan verdaderas como la acción. Si nos hemos sentido más cómodos investigando sobre la base del segundo postulado, esto no se ha hecho en detrimento de nuestro reconocimiento a la importancia de la fidelidad fáctica, sino en favor de cierta libertad científica. Creemos que cualquier construcción conceptual, por más desarraigo que presente en

la acción, por más que se aleje de la realidad inmediata mediante extensas sucesiones de reflexiones, termina siempre en el mismo lugar: en la aplicación del resultado teórico en el mundo de la representación. El resultado conceptual proviene de las interminables calles de la observación, la duda y la impulsiva e impredecible racionalidad humana, pero termina siempre en la acera del frente, cara a cara con la realidad. Y desde ahí continúa la observación de la acción, constituyéndose en nuevas ideas y construyendo un incansable y fascinante ciclo: el binomio entre teoría y acción. ¿Constituyen las ideas a las representaciones o son las representaciones las que hacen nacer a las ideas? Este tema lo abordaremos más adelante, cuando analicemos el vínculo entre práctica social y teoría jurídica en relación con la escuela histórica de Carlos Federico de Savigny y el tema de la plenitud como dogma jurídico. La relación entre la realidad social y las ideas jurídicas es la raíz de una forma dualista de ver el Derecho positivo como una realidad incompleta y el Derecho natural como un ideal pleno. Por ahora, dejamos sobre la mesa una reseña de la discusión y lo que será nuestra ecléctica visión de las cosas para cuando arribemos a este tema.

Acerca de falsos chauvinismos y de teorías de la conspiración

El presente trabajo nos llevó a ciertas conclusiones acerca de la visión del Derecho por parte de los juristas. Sin duda alguna, el resultado más interesante tiene que ver con la concepción del Derecho como un organismo flexible. Ya sea dentro del marco de la “teoría egológica” de Cossio, del “Volksgeist” de Hegel -de Savigny-, de la “fisiología del organismo jurídico” (analogía anatómica de la defensa de la propiedad privada de Rudolf von Ihering), de la “teoría de sistemas” de Luhmann o del “Derecho reflexivo” de Teubner, por citar sólo algunos ejemplos, existe un común denominador entre los grandes juristas que han dedicado sus reflexiones en torno a la observación del Derecho en el contexto social. La gran mayoría de ellos, con el pasar de los años y la sedimentación de sus ideas alrededor del fenómeno jurídico, encuentran una forma parecida de expresar su descripción de lo que es el Derecho. Los más poéticos acuden a analogías biológicas y lo comparan con un organismo viviente. Otros, más ecuanímenes, se separan de estos planteamientos y presentan una teoría de sistemas un poco menos organicista. Todas estas reflexiones muestran sus particularidades, ya sea en cuanto al aspecto formal en las que son presentadas o en cuanto al enfoque material con el que se

aproximan al fenómeno jurídico. Algunas se detienen a ver las relaciones entre el Derecho y el poder, otras se acercan a la consolidación del Derecho en instituciones formales o a la existencia de organizaciones humanas fuera del ámbito jurídico, pero todas coinciden, en mayor o menor medida, en una misma cosa: el Derecho no es un ente estático. La definición positiva acerca de qué es el Derecho puede ser muy problemática y abarcaría más líneas de las que este trabajo pretende abordar. Sin embargo, desde una definición negativo-heurística³², y tratando de responder a la pregunta “entonces, ¿qué **no** es el Derecho?”, podríamos afirmar con certeza que el trabajo de ilustres y grandes juristas coincide en que éste no es un ente rígido ni inmóvil, sino más bien una especie de “organismo viviente” que busca incesantemente su supervivencia, ya sea mediante la digestión de nuevos argumentos o mediante el desecho de aquellos que ya no le resultan útiles para justificar su supremacía.

A lo largo de esta tesis, el lector podrá notar nuestro recurrente apego por el tema del Derecho como un “**sistema**”. Generalmente, en el Derecho comparado se hace la siguiente distinción: se diferencia el sistema jurídico romano canónico (compuesto por diversos ordenamientos, tales como el costarricense, el italiano, el alemán y aquellos que descienden de la tradición romano germánica) del ordenamiento anglosajón. Este último está a su vez compuesto, fundamentalmente, por los ordenamientos jurídicos inglés y estadounidense. Nuestro estudio se basará en una acepción un poco distinta del término. En este sentido, distinguiremos dos términos importantes: por un lado, la noción de **sistema**, como una red infalible y coordinada de causalidades. Con esto nos referiremos a una visión universalista del Derecho, como un ente unívoco, coherente y pleno; una especie de divinidad jurídica-natural completamente armonizada. Por el otro lado, diferenciaremos esta visión sistemática del Derecho de aquella que contempla el Derecho como una **estructura**. Es decir, la visión del Derecho como una creación humana desordenada, en donde cada concepto se acopla a una intrincada masa de discusiones, clasificaciones y prácticas sociales que conforman la lógica o orden de causalidades de una red de comunicación llamada “Derecho”. Siendo uno de los objetivos metodológicos

³² Haba distingue la definición positivo-estandarizante, que pregunta ¿qué es?, a la negativo-heurística que cuestiona ¿qué no es?.

de esta tesis *no excludir*³³, trataremos de no inclinarnos hacia ninguna de las dos posturas, sino de observarlas a ambas como producto de una correspondiente realidad.

La presente tesis, a pesar de hacerlo de manera breve y superficial, se enmarca dentro de dos ambientes espaciales y temporales determinados: Por un lado, las corrientes de la filosofía del Derecho en Alemania durante los siglos XVIII y XIX, y por otro lado, la conformación de instituciones comerciales no gubernamentales -como la Cámara de Comercio Internacional- en la época contemporánea de la globalización. Valga aclarar que la elección del primer escenario de la presente investigación no responde a falsos *chauvinismos*. Esbozaremos una breve justificación.

Desde una visión algo “benevolente” del Derecho, éste puede ser el producto de un consenso social. Una herramienta social ideada y aprobada por la misma humanidad para permitir su convivencia. Sin embargo, desde un punto de vista más maquiavélico o realista, el Derecho puede ser entendido como la otra cara del poder; una herramienta que permite la convivencia social precisamente porque la refuerza y la impone como una necesidad social. La primera postura se mueve dentro de un plano “horizontal” de las relaciones sociales entre individuo y sociedad. La segunda plantea un plano más “vertical” de la relación entre Estado e individuo. Ahora bien, ya sea dentro lo que hemos denominado una estructura vertical u horizontal, la aglomeración de prácticas sociales produce un desarrollo de cierta técnica disciplinaria. Por decirlo de alguna manera, el poder, independientemente de su origen, habla con su propio lenguaje. Ya sea porque el poder surgió dentro de una práctica individual en un círculo social “horizontal”, que con el tiempo se conformó en una práctica socialmente aceptada, o porque queremos imaginarnos que la expresión del poder proviene de una confabulación impuesta desde arriba. Es posible que ambas posiciones procedan de la observación de un mismo tejido social. Sin embargo, una genealogía del Poder, puede revelarnos como resultado final el origen de una relación dialéctica entre saber y poder. George Orwell, haciendo una inversión de la frase original de Francis Bacon, dijo en “1984”: no es el saber lo que condiciona el poder, sino que es el poder el que condiciona el saber. El Derecho, al tener una relación tan directa con el

³³ Ver apartado c) supra.

statu quo, no ha de ser más que el arquetipo de esta dinámica y está muy lejos de llegar a ser la excepción. Es tal vez por esta razón que las primeras aproximaciones de un estudiante de Derecho a los temas de una investigación, tienen como norma general la ilusión de una verticalidad: se trata de develar, mediante grandes teorías de la conspiración, la verdadera intención de las *superestructuras*. El presente trabajo no supone una gran maquinación de las multinacionales contra la población civil. No pretendemos desenmascarar el gran complot de las corporaciones para acabar con el Estado Moderno y con los países en vías de desarrollo. Nuestra labor será más descriptiva que crítica. Sin embargo, aún así existen ciertas diferencias que es necesario reconocer.

La principal preocupación de la presente tesis es analizar el efecto contemporáneo de la polarización global de la riqueza, lo que algunos empiezan a llamar el *apartheid global* norte-sur. Sin caer en pesimismo o aparentes victimizaciones, es evidente que Costa Rica es un país situado al sur de la balanza. Nuestras reflexiones en torno al lenguaje y al poder, expuestas en el párrafo anterior, son producto y resultado de la observación de ciertas conductas en nuestro ambiente específico. Es posible que esta relación entre tecnicismos que se desarrollan con naturalidad en ciertas esferas, limiten el quehacer científico y jurídico de nuestra Facultad por medio de conocimientos externos que no son fácilmente accesibles. ¡La sola idea de una universidad no proviene de las raíces de nuestra conformación social latinoamericana! Si bien es cierto existen grandes juristas e investigadores en nuestro entorno inmediato, muchos de ellos gozan de su reconocimiento por haber tenido acceso a la lógica de un ambiente externo y por haber desarrollado su éxito en un círculo de discusión ajeno al círculo costarricense. Después de haber finalizado mi primera experiencia universitaria, puedo decir con resignación que el enfoque sociológico-antropológico de la Escuela del Derecho Libre, la cual postula la existencia de un concepto de Derecho separado del Estado, no es un tema que se discuta con frecuencia -mucho menos con naturalidad- en las clases de nuestra Facultad. No pretendo desgraciar la labor de nuestra Universidad, cuando en realidad me siento muy agradecido con ella. Pero la labor es muy extensa y el tiempo apremia y es muy escaso. La presente investigación es un pequeño aporte al constante esfuerzo de nuestro medio por ingresar en nuevos círculos con lenguaje jurídico especializado y con tradiciones muy antiguas. Constituye un intento, humilde pero consciente y afanado, por vulgarizar estas ideas dentro de nuestras aulas universitarias, y por atreverse a usar citas de Haba, Cançado Trindade, o hasta de García

Márquez con el mismo secularizado respeto que se merecen las citas de Popper, Habermas, Hegel, Nietzsche o Kant, -que a veces aparecen como palabras divinas e intocables-. Tal vez la difusión de la pregunta acerca de la posible existencia de un Derecho sin Estado logre disminuir las quejas de nuestros profesores acerca de ésta o aquella legislación que se copió de su texto original europeo sin tomar en cuenta la realidad costarricense. Puede ser que la flexibilización de una visión común, monopolista y rígida del Derecho logre una mejor readaptación y construcción de la noción del Derecho, para adecuar este aparato exógeno a nuestra realidad social, a una realidad propia del ambiente de un lugar que se conoce con el eufemismo de “país en vías de desarrollo”.

¿A quien está dirigido el presente trabajo?

La presente investigación es un Trabajo Final de Graduación, requisito formal para una licenciatura en Derecho. Como tal, probablemente forma parte de la centena de trabajos que proceden de la Facultad de Derecho con la promoción de cada año. Los lectores ya adentrados en la Filosofía del Derecho encontrarán este trabajo rústico y limitado. Los lectores que se interesan por temas de Derecho positivo comercial internacional encontrarán esta obra un poco etérea, poco práctica o útil -en un sentido inmediato- para la elaboración de sus argumentos jurídicos. Por lo que he tenido la oportunidad de ver en los temas tradicionalmente propuestos en nuestra Facultad, esta tesis maneja un enfoque un poco inusual y un tanto lejano del Derecho positivo. Por lo tanto, además del tribunal examinador que conocerá del presente trabajo, el radio de lectura de esta tesis será -seguramente- muy pequeño. De ahí que el lector que llegase a encontrar la presente tesis -dentro de las muchas que se editan por año en nuestra Universidad- y que llegue a leer las presentes líneas sea, posiblemente también, un lector atareado y estudioso. El haber encontrado un trabajo modesto como éste puede ser interpretado como un signo de que se ha realizado una revisión bibliográfica extensa. La presente obra, evidentemente, fue elaborada con el propósito de graduarme como abogado. Si llegara a tener, de manera imprevista, mayor auditorio que el esperado, la presente tesis estaría elaborada como una guía didáctica, rápida y general para estudiantes bibliófilos que se interesen en temas relacionados con una visión menos pragmática del Derecho. Estaría redactada con la intención de que estos alumnos se ahorren trabajo, y de que sepan por dónde empezar a

buscar. Pero sobretodo, estaría hecha en reconocimiento y agradecimiento de aquellos estudiantes quienes, sumidos en el torrente abyecto de Derecho positivo que nos aqueja, sigan irremediablemente remando contra corriente, buscando el ojo de agua que originó todo esto que ahora conocemos como el *mar nuestro* de un inmenso sistema jurídico. Si las presentes aclaraciones aparecen como excesivamente melodramáticas al lector, es sólo porque la presente tesis me ha enseñado a reconocer en el genio de los grandes juristas no un tono tímido que se esconde detrás de la insensible ecuanimidad de sus apreciaciones, sino todo lo contrario, una gran valentía y pasión por la ciencia jurídica, en reconocimiento de su condición de herramienta, capaz de transformar la realidad social.

§1

Parte §1: El dogma de la Plenitud Hermética del Ordenamiento

(La loi c'est) « l'expression des
sentiments mis par Dieu même
dans le cœur des hommes »

-Motifs de la loi du 3. Septembre
1807 pour le Code de Napoléon.

« Recht ist rationalisierte Sitte »

-Hermann Ulrich Kantorowicz.

Der Begriff des Rechts, 1939.

Título Primero: Las codificaciones del siglo XIX. Constitución y orígenes de la idea del Derecho como “sistema pleno”.

Introducción: tres niveles conceptuales e históricos: jurídico, filosófico, histórico-social.

El presente capítulo se ubica en la Europa central del siglo XIX. Abordará su línea de pensamiento a través de tres niveles conceptuales: el pensamiento filosófico, el contexto histórico y la discusión jurídica.³⁴ Estos estratos de la investigación -lejos de excluirse unos a otros- son parte de la misma parcela de la realidad que trataremos de descubrir; cumplen la función de paralelos y meridianos conceptuales. Son fronteras de referencia para poder ubicar el objeto de estudio. La división temática de este capítulo consiste en la explicación simultánea de tres niveles narrativos: el quehacer filosófico en la Alemania de 1800 (de forma meramente enunciativa e ilustrativa la postura de autores como Fichte, Hegel, Leibniz y Kant), la configuración político-histórica de la Europa Central de la época (Prusia, la Francia napoleónica y post-revolucionaria, Austria y la confederación de Estados Alemanes) y el resumen de las discusiones y de las posiciones que los diferentes juristas tomaron en la literatura que llegaría a conformar parte de la ciencia jurídica universal (la Escuela Histórica de Savigny, la postura de Rudolf von Ihering y el surgimiento de la Escuela del Derecho Libre). Dicha diferenciación temática proviene de la necesidad de delimitar el espacio de la presente investigación. Evidentemente, el horizonte científico-jurídico será el de mayor atención para la presente investigación, y servirá de punto de arranque para divagar ocasionalmente hacia el panorama político y filosófico. Este último, por ser de una complejidad vastísima, será examinado casi de manera ilustrativa, por cuanto excede por mucho las capacidades intelectuales y descriptivas del presente trabajo. El plano filosófico del iluminismo alemán, pese a los reiterados intentos de ser excluidos del análisis de la presente investigación, constituye un instrumento inexorable para comprender la apariencia y forma del Derecho de la época comprendida entre 1815 y 1848.

³⁴ Ver fig. 2.1.

Estamos conscientes de que la realidad no puede ser seccionada de manera académica según las diferentes temáticas, fechas o incluso disciplinas. Muchas veces el contacto casual entre un músico y un matemático en un teatro frecuentado por los intelectuales de la época, por ejemplo, es ignorado por la visión vertical de los historiadores de cada una de las respectivas disciplinas,³⁵ dejando de lado el hecho de que el choque de dos pensamientos aparentemente incompatibles, es la inagotable fuente de la creatividad en el pensamiento, y que ésta es casi siempre la energía que diferencia el conocimiento de la sabiduría, en palabras de Einstein. La historia es tan convulsa, compleja e inaprensible como la realidad, pero ¿que sería del ser humano sin su irremediable curiosidad hacia el reconocimiento de su ignorancia? Consideramos que una tesis es, a final de cuentas, el primer acercamiento de un estudiante a la idea de un modelo científico. Mediante el uso de palabras la ciencia social trata de plasmar en una red de pensamientos una visión fiel y cercana de la realidad social que el investigador ha tenido la oportunidad de tener bajo su observación. Muchas veces esta realidad se convierte en parcelas de una realidad antigua. Como en el caso de la investigación histórica, nuestra explicación de la realidad procede de retazos bibliográficos, de inferencias acerca de hechos que pueden ser interpretados mediante nuestra observación, pero mediante visiones acerca del entorno social de otros que definitivamente no pueden ser percibidas directamente por nuestros propios sentidos. Nos encontramos aún más lejos de nuestro objeto de estudio: dependemos de los ojos y de la visión de alguien más para poder elaborar nuestra propia visión de un universo arcaico. Con relación al estudio del período de la Restauración europea, el problema se vuelve más agudo debido al ambiente bélico de la época. Leer la historia en medio de una guerra resulta especialmente complejo. En esta investigación encontramos dos grandes corrientes bibliográficas antagónicas presentes en las bibliotecas de nuestra universidad: la francesa y la alemana. Esta situación, la de encontramos tan lejos espacial y temporalmente de nuestro objeto de estudio, trataremos de no verla como una debilidad inexorable de nuestra investigación. Al contrario. Nuestra lejanía cultural de la Europa Central del siglo XVIII nos servirá para emprender con un sentimiento de libertad el camino hacia el nacimiento de

³⁵ A veces la simplicidad de un relato permite una comprensión más ágil de un contexto histórico, pero deja muchos aspectos en un plano muy básico, en el que los Estados nacionales se describen como personajes de una novela. Esto no implica que en otros casos, esta descripción se haga de manera tan erudita y magistral que resulte un obstáculo para quien, como en nuestro caso, aborda la historia desde otra disciplina. Ver Droz, Jacques. Europa: Restauración y Revolución 1815-1848. Siglo Veintiuno Editores. Madrid, 1978.

nuestras conclusiones. Desde el inicio de nuestro quehacer científico, aún de forma más categórica que si hubiéramos elaborado una investigación ambientada en el entorno contemporáneo inmediato, debimos aceptar de manera previa el hecho de que no iba a existir verdad alguna más allá de la difusa red de deducciones que podríamos llegar a construir. Lejos de sentir angustia por no poder elaborar una teoría fehaciente y completamente fiel a la realidad de ese momento, trataremos, no de reconstruir una fotografía histórica, sino de jugar con los conceptos como si retomáramos los colores de los juristas de la época para utilizarlos en un arte -serio y elaborado al máximo de nuestras capacidades- pero más abstracto y libre que la simple reproducción de ideas grises e inmóviles. Cuando aparecen ciertas áreas comunes en las materias de estudio, ideas que son citadas una y otra vez por quien elabora —una vez más- una investigación sobre un tema abundantemente estudiado como el nuestro, estas ideas resuenan como letanías de un rosario moribundo. Son ecos sombríos y taciturnos de lo que alguna vez fueron ideas brillantes y voces vívidas. Y todas estas obras, tanto las coloridas como las grises, terminan acumulándose en los mismos interminables anaqueles de nuestras bibliotecas, dejándonos como única referencia para encontrarlas nuestro inmenso desconcierto, ya sea para buscarlas o para que la casualidad haga posible que ellas nos encuentren. Ante la recurrente disyuntiva en su preparación, el presente trabajo ha sacrificado lo opaco en función de algo más colorido. Esperamos, especialmente en los pasajes en los que se han abordado ideas de tan compleja dimensión como las del iluminismo alemán, que el lector aprecie la aproximación y disimule su correspondiente cuota de espontaneidad. Dicho sacrificio se ha hecho únicamente en función de la consideración y estima de quien llegara a leer estas humildes líneas.

Capítulo I: Hermetismo, hermenéutica y plenitud

Antes de analizar el surgimiento de la idea del Derecho como un sistema pleno, abordaremos el nacimiento del término “Plenitud Hermética”.

Leyendo *El Péndulo de Foucault* de Humberto Eco me encontré una palabra,³⁶ que al igual que el resto del libro, no dejaba de tener cierta mística oscura. En este libro -en el que Eco hace una serie de elucubraciones acerca de la orden de los templarios, la Cábala, la orden rosacruz, la masonería y una serie de rituales mágicos- aparece con recurrencia la palabra “hermetismo” para designar la relación entre todas las cosas que existen. El razonamiento en cuanto al hermetismo es el siguiente: si todas las cosas y eventos del mundo -sin importar su lejanía espacial o temporal -están relacionados entre sí, entonces las casualidades no existen. Para decirlo en términos del ICHING, lo que existen son sincronicidades. La pregunta que surgió a causa de esta lectura fue la siguiente: ¿Será este mismo principio filosófico el que utilizamos en el Derecho cuando hablamos de Plenitud Hermética? ¿Si es así, en que momento se trasladó un principio filosófico tan etéreo y antiguo a la ciencia y la práctica del Derecho? En realidad, el origen del término es tan antiguo y lejano al contexto jurídico que es sorprendente que se utilice en el lenguaje jurídico cotidiano de manera tan asidua. También es posible que la terminología jurídica no tenga relación alguna con el significado cabalístico del que hace uso la masonería. Sin embargo, señalaremos su origen como un ligamen válido del origen del término.

La Plenitud Hermética del ordenamiento presupone una relación entre todo lo que existe. O por lo menos, entre el Derecho y todo lo que existe. Por nombrar algunos ejemplos: una juez penal de Turrialba invocó este principio para aplicar la vía abreviada en el proceso penal³⁷, el

³⁶ Este autor es profesor de filosofía medieval en la Universidad de Bologna en Italia. De ahí que me llamara poderosamente la atención su constante referencia a una palabra comúnmente utilizada en el lenguaje jurídico en una novela construida sobre ideas místicas medievales. Eco, Humberto. *El péndulo de Foucault*. Plaza y Janés Editores. Barcelona. 4ta ed. 2002.

³⁷ “Sin embargo, esa ausencia de regulación en el articulado, no nos permite concluir, necesariamente, que el instituto pueda aplicarse a cualquier delito, ya que en virtud del principio de la Plenitud Hermética del Ordenamiento jurídico (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y del carácter vinculante que tiene la jurisprudencia de la Sala Constitucional en nuestro medio (artículos 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no es posible interpretar las normas en forma aislada, ni entre

Tribunal Supremo de Elecciones lo utiliza para justificar su competencia y crear analógicamente un procedimiento electoral que defienda *los Derechos políticos de los militantes de las distintas agrupaciones políticas del país*³⁸ y lo utiliza también la Sala Constitucional para ordenarle a la administración que aplique los reglamentos vigentes con relación a la imposibilidad de superposición horaria y de dedicación exclusiva en materia veterinaria, para que un trabajador del Ministerio de Ganadería no trabaje al mismo tiempo como empleado del Ministerio y regente de una empresa privada.³⁹ Como vemos, aún cuando no exista un marco normativo que regule la conducta, el juez tiene la obligación de dictar una sentencia. Tradicionalmente, la obligación del juez de fallar y su obligación de jamás denegarles el acceso a la justicia a los individuos cuando éstos hayan recurrido a ella, ha sido confundida con el principio de Plenitud Hermética del ordenamiento. El hecho de que el juez esté obligado a juzgar no quiere decir necesariamente que el ordenamiento se declare autosuficiente. En el Common Law, por ejemplo, en donde la casuística juega un papel preponderante, se conocen como “cases of first impression” aquellos casos insólitos cuyo marco fáctico nunca ha sido regulado. A diferencia del ordenamiento civil continental, de cuya tradición desciende el Derecho costarricense, el ordenamiento jurídico estatal inglés o estadounidense reconoce de antemano la insuficiencia de sus alcances normativos y la existencia de vacíos (*gaps, voids*) en la ley. Esta diferenciación entre la denegación de justicia y la visión sistemática del Derecho la abordaremos más adelante cuando hagamos referencia al problema de las lagunas en la ley.⁴⁰ Sin embargo, es importante que el lector advierta que el principio de Plenitud Hermética del ordenamiento consiste en una

sí, ni respecto a los citados pronunciamientos que tratan de armonizar la legislación con el Derecho de los Derechos Humanos.” Proceso Penal Abreviado Y Derecho De La Constitución. Análisis del instituto a la luz de la jurisprudencia constitucional. Chinchilla Calderón, Rosaura. Jueza Penal de Turrialba. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, diciembre 1997, año 9. n 14.

³⁸ *Resulta pues que existe una competencia constitucional que habilita al Tribunal a conocer los reclamos que se presenten contra las actuaciones partidarias que menoscaben los Derechos políticos de los militantes de las distintas agrupaciones políticas del país; competencia que no puede ser rehuida por la circunstancia que no exista previsión legal al respecto o procedimiento especial para ejercerla, a la luz del principio de Plenitud Hermética del ordenamiento. En tal caso, la laguna del ordenamiento infraconstitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que nos obliga, en el caso en estudio, a aplicar analógicamente las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, tal y como ha procedido el Tribunal en este expediente.* TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. Voto N° 0956-E-2001. San José, a las nueve horas con veinte minutos del dos de mayo del dos mil uno.

³⁹ *Normas de rango superior potencializan esa disposición y la administración activa no debe hacer otra cosa más que aplicarla, acatando el principio de Plenitud Hermética del ordenamiento jurídico.* Voto N° 3833-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las once horas treinta minutos del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis.

⁴⁰ Ver supra apartado d).

forma de imaginar el Derecho. Se proyecta el Derecho como un todo cerrado. De ahí que este principio se conozca en alemán como el dogma de la ausencia de lagunas (*Lückensystematische Rechtslehre*) o del cierre del ordenamiento (*Geschlossenheit der Rechtsordnung* o *Schließungsprinzip*). En materia constitucional, el “principio de regularidad jurídica”⁴¹ presenta alcances lógicos similares.

El dogma de la plenitud del ordenamiento consiste en afirmar que el ordenamiento posee una respuesta para cualquier situación de hecho que se presente. En palabras de BOBBIO⁴²:

Por plenitud se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que la ausencia de una norma se le denomina generalmente “laguna” (en uno de los sentidos del término laguna), plenitud significa “ausencia de lagunas”. En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema.

En primer término, y en relación con la oposición de contrastos, cabe hacer la siguiente observación: la plenitud del ordenamiento se define mediante su contrario, es decir, la ausencia de una disposición jurídica. Esto resulta interesante por el origen etimológico de la palabra plenitud (de la voz latina *plenus*, o *plenus de plere*-llenar), la cual se contraponen a la idea del vacío (*vacuum*). Por plenitud se entiende la ausencia de lagunas. Pero, ¿de qué está hecha una laguna? Es así como encontramos la noción del plenismo⁴³, corriente filosófica ligada a la física que llegó a cerrar y superar de manera definitiva la discusión acerca de existencia del vacío. A partir

⁴¹ “Este principio llevado a sus últimas consecuencias lógicas, desemboca en la imposibilidad de que existan zonas vacías del Derecho Constitucional, pues las normas infranconstitucionales supondrán siempre, por exigencias lógicas jurídicas, la existencia de al menos un principio constitucional que les confiera fundamento normativo”. Hernández Valle, Rubén. *Fundamentos y límites de la Justicia Constitucional*. En: Ivsitta, núm. 82, año 7, octubre 1993, p. 14.

⁴² Bobbio. Op.cit. p. 72. El subrayado es nuestro.

⁴³ *Filosofía que sostiene que el universo se halla enteramente ocupado por materia, contra la teoría vacuista, que admite el vacío.* Leibniz fue uno de sus más altos representantes. Diccionario Enciclopédico Quillet. Tomo IV. Edit. Argentina Arstüdes Quillet, Edit. Cumbre S.A México D.F. La visión de mundo y la idea de un sistema jurídico de Savigny, proviene de la visión idealista del iluminismo alemán. Uno de los defensores del plenismo, Gottfried Wilhelm Leibniz, fue una gran influencia para este movimiento. Leibniz proponía la teoría vacuista. Esta discusión proseguía desde épocas ancestrales hasta tiempos medievales. Evidentemente, no entraremos a analizar el problema de la existencia del vacío, mucho menos la *Teodicea* o los textos de Leibniz. Sin embargo, es importante señalar que un siglo antes del sistema de Derecho romano actual de Savigny, se confirma la existencia del vacío. Esto es importante, por la postura que el Derecho asume como ente imaginario debe replantearse.

de esta postura, el Derecho no sólo **no** es pleno. No proviene de la voluntad divina. Puede tener lagunas, porque el vacío existe. Sumado a las repercusiones de la revolución francesa, en donde el Derecho deja de ser la voluntad de Dios, la apariencia del Derecho cambia a una visión más secularizada. La discusión acerca de la existencia del vacío forma parte del contexto dentro del cual Savigny ideó su concepción de un sistema de Derecho.

Ante la presencia de lagunas existen ciertos métodos de interpretación extensiva mediante los cuales el juez puede llenar la laguna dejada por la ley: la analogía *iuris*, si recurre a la equidad; la analogía *legis*, si integra el Derecho mediante la aplicación de una norma similar a la del caso particular. Se habla de *autointegración* si la ley que llena la laguna procede del mismo ordenamiento estatal que juzga. Se denomina *beterointegración* la integración hecha mediante la aplicación de una ley proveniente de un ordenamiento jurídico estatal extranjero.

En lenguaje común, hermético quiere decir cerrado, impenetrable. También se dice que algo es hermético cuando se quiere decir que una doctrina es particularmente oscura, o que es inalcanzable para los conocimientos del vulgo⁴⁴. Es entendible que el lenguaje jurídico, al describir cierta red de comunicación que se sostiene mediante un lenguaje criptográfico pueda catalogarse de hermético. Es impenetrable para quien no está familiarizado con los términos utilizados por quienes operan el Derecho.

El origen de la palabra hermetismo nos transporta hasta el siglo III o IV a.C. Nace en Egipto, con el dios Thôt, a quienes los griegos neoplatónicos rebautizaron con el nombre de “Hermes el tres veces grande”, o Hermes Trimegisto⁴⁵. Siendo tan antiguo su origen, los escritos de Hermes Trimegisto se creían escritos por la divinidad misma. Su obra se llamaba el “Corpus Hermeticum”,⁴⁶ una serie de escritos divididos en cuatro capítulos en los cuales a Poimandrés, el testigo del Corpus, le son reveladas verdades acerca de la cosmogonía del universo, además

⁴⁴ Diccionario del lenguaje filosófico. Dirigido por Foulquie, Paul. Colaboración de Raymond Saint-Jean. Edit. Labor, Barcelona, 1967.

⁴⁵ Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1975. Tomo I.

⁴⁶ Corpus Hermeticum. Recopilación por Darby Nock, Arthur. París, 1960.

de verdades relacionadas con antropología y escatología. Para los estudiosos de Hermes⁴⁷, estas ideas tan oscuras del *Corpus Hermeticum* fueron llevadas a Grecia, y reutilizadas por algunos presocráticos como Heráclito de Efeso⁴⁸ y posteriormente por Platón.⁴⁹ Es muy posible que con el auge del Derecho romano y la investigación hacia las fuentes clásicas, los juristas de la Alemania del siglo XVII hayan adoptado un término como éste,⁵⁰ con siglos de tradición, hasta convertirlo en un principio general del Derecho. Este principio sería reconocido por las codificaciones europeas de del siglo XIX en Prusia, Francia y Austria y posteriormente por las constituciones republicanas que, como la nuestra, vendrían después.

La crítica que se le puede hacer a esta progresión que hemos tratado de esbozar en relación con el concepto de Plenitud Hermética, es que pretende dar una explicación causal del surgimiento del término, como si existiera una relación causal inquebrantable desde la civilización egipcia hasta la codificación francesa. Estamos conscientes de que observar la historia como una concatenación causal sería un error. La historia como una progresión temporal-lineal puede ser muy reveladora, pero tiene el inconveniente de ignorar la posibilidad de un surgimiento abrupto e insólito de una corriente en medio de un contexto histórico. Tomaremos la posibilidad en cuenta. Lo cierto del caso es que desde nuestra situación actual es muy probable que no podamos encontrar un exacto origen del término “Plenitud Hermética”. Sin embargo, de la investigación han surgido algunos puntos importantes.

⁴⁷ Ver prólogo del *Corpus Hermeticum* del doctor en Historia de la Universidad de Cambridge, Massachussets, Arthur Darby Nock. Op.cit. p.14.

⁴⁸ Esta influencia se hace evidente con un principio que establece uno de sus libros, el Kybalión. El principio de polaridad establece lo siguiente: "Todo es doble, todo tiene dos polos; todo su par de opuestos; los semejantes y los antagónicos son lo mismo; los opuestos son idénticos en naturaleza, pero diferentes en grado; los extremos se tocan; todas las verdades son semiverdades; todas las paradojas pueden reconciliarse". Esto no es más que la oposición de contrarios de Parménides a la que hicimos alusión antes.v.infra apartado c).

⁴⁹ Actualmente, el hermetismo sobrevive mediante una organización llamada “La Sacra Orden del Corpus Hermeticum”. Su filosofía proviene, entre otras fuentes, de diversos textos tradicionales como lo son el Kybalión (y sus 7 Principios Universales), la Hermética (textos antiguos atribuidos a Hermes Trismegisto), el Tarot o Libro Mudo de Thoth, y el Libro Egipcio de los Muertos. Sin embargo, la mayor parte de la enseñanza se lleva a cabo en los grupos organizados (Montes o Capítulos) mediante la instrucción verbal. En relación al principio de plenitud y la causalidad, el Kybalión establece “El Principio Universal de Causa y Efecto”, el cual dicta lo siguiente: *Toda causa tiene su efecto, todo efecto tiene su causa, todo sucede de acuerdo con la Ley; la suerte no es más que el nombre que se le da a una ley no conocida; hay muchos planos de causalidad, pero nada escapa a la Ley.*

⁵⁰ La influencia del Derecho clásico sobre estos estudiosos del Derecho era tan fuerte, que los apuntes de Savigny sobre las Pandectas, por ejemplo, estaban escritos en dórico.

Dentro de la literatura jurídica del siglo XIX no encontramos una referencia directa al término “Plenitud Hermética”. Es cierto que la referencia a un “sistema” o a la idea de una “plenitud” del Derecho la encontramos en Savigny y en Ihering, ambos autores de mediados de 1800. Pero en ningún momento las obras examinadas hacen referencia estricta a una “Plenitud Hermética”. Es por esta razón que habíamos pensado en el desarrollo de la presente investigación, que la nomenclatura correcta para el principio de plenitud fuera en realidad la de “plenitud hermenéutica”, por cuanto la interpretación jurídica debe llenar el vacío dejado por la ley. Esta salida tampoco nos brindó una verdad reveladora, pero nos llevó hacia un razonamiento acerca del principio que no deja de ser de gran utilidad.

La hermenéutica consiste en *el arte de la interpretación*⁵¹. Ligada originalmente a la interpretación de las santas escrituras, la hermeneútica nos da otro ejemplo de la constante influencia, adaptación y transformación de la religión en lo que hoy conocemos como Derecho. Para Abbagnano la hermenéutica *está relacionada con cualquier técnica de interpretación*⁵². Este vocablo, de todas maneras, también hace un recorrido histórico semejante al del “hermetismo”. Aplicada originalmente a la interpretación de las leyes sagradas, el origen de la expresión “hermenéutica” lo encontramos en ciertas frases de Platón y en el Organon de Aristóteles⁵³. Es utilizado por Santo Tomás y desarrollado en el siglo XVI en Alemania por el luterano Matthias Flacius Illyricus. De ahí se ha generalizado su aplicación a disciplinas tan distintas entre sí como la ciencia jurídica o la interpretación del sentido de la estética en artes plásticas. El término lo encontramos en autores más cercanos como Dilthey (1833-1911)⁵⁴, Heidegger o Gadamer. Este último nos habla de la existencia, junto a la hermeneútica filológica original, de una hermenéutica teológica y de una hermenéutica jurídica. Gadamer afianza la función de la hermenéutica en la idea de la seguridad jurídica y en la misión del jurista de interpretar el Derecho y de concretar la ley, aplicarla. Aborda el tema de la hermenéutica jurídica desde el punto de vista del historiador, principalmente. La siguiente afirmación resulta de interés para nuestra investigación:

⁵¹ Foulquie. Op cit.p.422.

⁵² Abbagnano, Nicola. Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica. México, 1963

⁵³ Ferrater Mora, José. Op.cit. p.838.

⁵⁴ Marías, Julián. Historia de la Filosofía. 22nda Ed. Ediciones Castilla, Madrid. 1970. p.372.

Para el historiador es un supuesto fundamental que la tradición debe ser interpretada en un sentido distinto del que los textos pretenden por sí mismos. Por detrás de ellos y por detrás de la referencia de sentido al que dan expresión el historiador buscará la realidad de la que son expresión involuntaria. Los textos aparecen junto con toda clase de materiales históricos, por ejemplo, de los llamados restos. Y también estas reliquias tienen que ser interpretadas, no sólo entendiendo lo que dicen sino comprendiendo también lo que se atestigua de ellas. Es aquí donde el concepto de la interpretación llega a su plenitud. La interpretación se hace necesaria allí donde el sentido de un texto no se comprende inmediatamente, allí donde no se quiere confiar de lo que un fenómeno representa inmediatamente.⁵⁵

Para Gadamer comprender es interpretar, y aplicar es simplemente otro estado producto de la comprensión. Lo anterior nos hace pensar: ¿Estarán las lagunas de la ley simplemente en el sentido que el juez no encuentra en ellas?

En este sentido, el tema de las lagunas fue analizado por Kelsen y Zitelmann en Alemania y por Carlos Cossio en Argentina. Esta corriente jurídica es temporalmente más cercana a nuestra época; analizó las lagunas desde su relación con la autonomía privada y el principio de que “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”. Zitelmann se ocupa del problema en su conferencia “Las lagunas del Derecho”, la cual fue transcrita y finalmente publicada en 1903. Kelsen hace referencia a ellas en la “Teoría Pura del Derecho”, y Cossio, - quien fue grandemente influenciado por positivismo jurídico y por el maestro vienés-, hace referencia al principio de plenitud en varias de sus publicaciones. Una de ellas, publicada en 1947 (“La Plenitud del orden jurídico”) aborda directamente el tema. Es en la obra de Carlos Cossio en donde encontramos una referencia directa al principio de “Plenitud Hermética”: *El problema jurídico de la libertad irrumpe dogmáticamente en la Dogmática con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, axioma que es conceptualmente aprehendido con la noción de la Plenitud Hermética del ordenamiento jurídico.*⁵⁶

⁵⁵ Gadamer, Hans-Georg. Verdad y método. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977. p.409. El subrayado es nuestro.

⁵⁶ Cossio, Carlos. La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. Segunda Edición, Argentina, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, p. 656

Eventualmente, cuando entremos a concluir algunos lineamientos conceptuales acerca del principio de plenitud del ordenamiento, abordaremos el tema de las lagunas de la ley desde el punto de vista del positivismo jurídico. Para Kelsen, el problema de las lagunas procede de una errónea forma dualista del ver del Derecho. Se diferencia el Derecho positivo de un Derecho natural, y por lo tanto, éste último resulta casi siempre insuficiente. El error, señala Kelsen, procede de identificar el Derecho con la ley, o de diferenciar la ley de un Derecho natural, al menos. Kelsen entra a analizar la integración del juez como un papel fundamental en la definición de la noción de “laguna”. La integración hace que el intérprete sea quien complete el Derecho, y que la laguna no esté en el Derecho, sino en la ley. De esta manera, no existen lagunas, porque se acepta el papel hermenéutico del juez como una acción deliberada. Entraremos a analizar las tipologías de lagunas creadas por estos autores y sus distintas posiciones alrededor del problema de la plenitud del ordenamiento. Sin embargo, es necesario distinguir primero algunos aportes de la corriente de la Escuela del Derecho Libre que sirvieron como antecedentes para la elaboración de las teorías iuspositivistas o del “apriorismo filosófico”⁵⁷. El presente capítulo trata de esbozar una breve proyección desde los orígenes de la escuela histórica del Derecho y la jurisprudencia de intereses hasta la Escuela del Derecho Libre. La discusión acerca de la relación de la laguna y el papel del juez ante ellas será importante para llegar a la conclusión de la coexistencia de ordenamientos jurídicos y su interrelación. La idea de que el Derecho procede de la interpretación de los textos y no de los textos por sí mismos es producto de una lenta incursión de elementos sociológicos en el Derecho. En la medida en que se derribe la imagen de un Derecho infalible *per se* y se acepte la idea de un Derecho más libre, la noción de un Derecho más social y menos teológico y más humano, se puede entrar a discutir la coexistencia de diversos ordenamientos además del jurídico. Finalmente, arribaremos al tema de la *lex mercatoria* como resultado de la discusión acerca del pluralismo jurídico. Por ahora, sin embargo, esperamos que el presente apartado haya servido de marco de referencia para poder ubicar el contexto en el cual pudo haber surgido el término “Plenitud Hermética”. Es posible que, gracias a Cossio, la única estructura

⁵⁷ Basterra, Marcela I., Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora Académica del Programa de Actualización de Posgrado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires refiere en un artículo publicado en el sitio internet de la universidad: *El Problema de las Lagunas en el Derecho*.

jurídica que hace alusión estricta a este principio sea la ciencia jurídica latinoamericana de la segunda mitad del siglo XX.

Capítulo II: El problema de las lagunas del Derecho

Durante el transcurso del siglo XIX, el método de interpretación jurídica sufriría una gran transformación. Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, el principio de Plenitud Hermética del ordenamiento surgió como una forma de justificar el monopolio estatal de la producción jurídica. Este monopolio estaría personificado en los movimientos codificadores, especialmente en el Código francés de 1804. Sin embargo, con el transcurso del tiempo los cánones hermenéuticos experimentarían una crisis, al verse cuestionados por movimientos que criticaban el estatismo y el dogma de la plenitud. Bobbio señala tres razones principales para el surgimiento de esta crítica al estatismo jurídico: las “insuficiencias” que mostraba la codificación a medida que envejecía, la Revolución Industrial y el “descubrimiento de la sociedad por debajo del Estado”⁵⁸. A continuación, utilizaremos estas tres razones, que de manera tan magistral señala el autor italiano, como punto inicial de nuestras reflexiones.

Lentamente, el descubrimiento de las insuficiencias de las codificaciones motivó un vuelco de la Ciencia Jurídica hacia la defensa del poder creativo del juez. Con el transcurso del tiempo empezaron a generarse nuevas situaciones de hecho no previstas por el Código, con lo cual lo que había sido la voluntad casi divina del legislador empieza a mostrar fisuras propias de una creación humana. Una de las situaciones que no previó el movimiento codificador, precisamente por ser un instrumento y un resultado de esta condición socio-económica, fue el tránsito de una economía agrícola a una industrial. La Revolución Industrial hizo que los Códigos se mostrasen anacrónicos. La industria y todos los problemas conexos de la organización del trabajo provocaban un “desfase cada vez más rápido y macróscopico entre Derecho positivo y realidad social.”⁵⁹ Esta transformación del Derecho se da dentro de un trasfondo mucho más vasto y complejo, principalmente la “crisis de la razón”—entendida en un sentido cartesiano, como una explicación omnicomprendiva de las interrogantes universales-, y el surgimiento de nuevas corrientes de filosofía social como el marxismo o el positivismo. La aparición de nuevas organizaciones sociales, tanto industriales (organizaciones privadas de

⁵⁸ Bobbio, Norberto. Op.Cit. p. 214.

⁵⁹ *Ibid.*

comercio) como obreras (sindicatos y partidos), son un producto directo del liberalismo. Estas nuevas conformaciones sociales llevan a la ciencia a crear nuevas disciplinas como la sociología o la antropología, para explorar grupos informales de convivencia política. Es así como el Derecho empieza a absorber nuevas formas de estudiar el conocimiento científico, y surgen corrientes como la sociología jurídica, la cual investiga las corrientes sociales subterráneas de la vida social. Uno de estos nuevos enfoques jurídicos, anteponiéndose a una visión estatalista del Derecho, es la Escuela del Derecho Libre, que empieza a observar en determinadas agrupaciones sociales características que le habían sido atribuidas estrictamente al ordenamiento jurídico estatal. De igual manera, la ciencia jurídica empezaría a cuestionar el concepto de la voluntad del legislador. Esta voluntad, inspirada en modelos religiosos parecidos a las revelaciones (en donde el sentido del texto le era revelado al intérprete)⁶⁰ sostenía el incuestionable proceso de subsumción que hasta ahora había realizado el juez. El juez aplicaba. Su elección no había sido objeto de estudio, su papel como ejecutor del sistema jurídico se limitaba a una pieza más de un enorme y ordenado engranaje. Con la llegada del industrialismo, empieza a perder vigencia el carácter sagrado que el Derecho Natural había tenido a lo largo del siglo XIX y se emprende el viaje hacia la finalidad práctica de la ciencia jurídica. Deja de hablarse de la “construcción” teórica del Derecho para hablarse del funcionamiento del “Derecho vivo”. Grandes e incuestionados mecanismos de subsumción pasan por el baño del “ácido cínico” de las escuelas iusliberalistas. Como vemos, el problema de las lagunas del Derecho no coincide con la formación de los conceptos jurídicos. Se da de una manera posterior, una vez que la flexibilidad social resquebraja el pétreo concepto de Derecho de las codificaciones. Esto quiere decir que las primeras obras en las que se empieza a discutir las lagunas como un problema de la ciencia jurídica, lo hacen a principios o incluso ya entrado el siglo XX.

⁶⁰ ver definición de Gadamer de “hermeneútica”. *infra* p.

Sección I. Aclaración: Abordaje Metodológico

Cabe aquí hacer una advertencia al lector acerca de la metodología utilizada para la presente sección. Algunos de los autores que se ocuparon del problema de las lagunas del ordenamiento en Europa Central en el inicio del siglo XX y (que se consideran lecturas obligatorias para quien quiera ahondar en el tema desde este punto de vista) son los siguientes: Eugen Ehrlich, *die Juristische Logik* (1925), Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Ernst Zitelmann (1852-1923), *Lücken im Recht* (1903) Donato Donati (1883-1950), *Il problema delle lacune de'll ordinamento giuridico* (1910). También se podrían consultar algunos textos de Francois Géný⁶¹ y G. Brunetti⁶². Remitimos al lector a estos autores, cuyos títulos originales son de difícil recopilación en nuestro medio. Por otro lado, consideramos que el esfuerzo en el resumen y análisis de los títulos a los que aquí referimos resultaría poco proporcional para el objeto y el rendimiento de la presente investigación, no sólo porque sus ideas principales aparecen con frecuencia en los manuales de Derecho mayormente utilizados, sino porque sus postulados más importantes son analizados de manera sobresaliente por Bobbio en la obra anteriormente citada⁶³. Por supuesto que algunas herramientas conceptuales, como la idea del “**espacio jurídico vacío**” de Bergbohm, o las “lagunas ideológicas” de Brunetti, -conceptos que analizaremos más tarde-, constituyen recursos conceptuales ineludibles para quien desee abordar el tema propuesto. Haremos referencia a estos conceptos cuando sea necesario. Sin embargo, quisiéramos centrar la atención del presente capítulo en la idea que se esconde detrás de la discusión acerca de la existencia de las lagunas en el Derecho. La disputa acerca de las lagunas del Derecho tiene como punto de origen la conceptualización del Derecho como sistema. Utilizaré un ejemplo para ilustrar esta idea. Supongamos que el Derecho es un charco de agua en una superficie plana, llena de charcos con agua de distintos colores. Cada uno de estos charcos representa una ciencia distinta. (A veces el agua se rebalsa de un lado a otro y surgen nuevos colores. Pero no entraremos a conocer esta dinámica, la cual es por sí sola capaz de perdernos en horizontes no previstos.) Hablaremos del lago que por sí mismo constituye la

⁶¹ *Science e Technique en Droit privé positif, Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif.* (1889)

⁶² *Completezza e incompletezza dell'ordinamento giuridico*, (1925).

⁶³ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999.

ciencia jurídica. El primer camino lógico consistiría en distinguir la superficie que llamaríamos Derecho. Es un charco autónomo, de un solo color. Conforme la masa de agua se desplaza, así quedará la superficie al descubierto. Si se concibe el Derecho como un sistema infalible, el problema de las lagunas consistiría en elaborar los argumentos y mecanismos hermenéuticos para llenar con estos recursos teóricos el vacío que se presenta en la práctica jurídica, es decir, en la superficie. Por el contrario, podemos entender que el vacío se da fuera del charco. Podemos entender el Derecho no como un sistema con una lógica propia con respuestas que provienen de sí mismo y para sí mismo, sino como una práctica social. Es decir, una estructura conceptual, una maraña de conceptos y de inferencias producidas por la práctica. Si aceptamos *a priori* los límites de la interpretación, el papel de la ciencia jurídica consistiría en expandir esta estructura de manera tal que alcance la situación no prevista. En términos de nuestro ejemplo, sería como aceptar que el Derecho puede no alcanzar aquellas zonas en donde no hay agua, y desplazar el agua hacia fuera cuando se necesite. Pareciera que ambos procesos constituyen inversiones deductivas o inductivas de un mismo *iter* lógico. Sin duda alguna, la discusión del Derecho como ciencia, como sistema o como estructura sobrepasa por mucho los alcances de esta dócil investigación. Sin embargo, es importante advertirle al lector que muchas veces, mientras se discute acerca de la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, lo que se está discutiendo realmente es ¿qué se debe entender por “Derecho”? Nada más y nada menos que una reformulación de la ancestral pregunta de la Filosofía del Derecho: ¿Qué es el Derecho?

El abordaje metodológico del problema de las lagunas lo haremos desde la clasificación utilizada por Carlos Cossio en su libro “La Plenitud del Ordenamiento Jurídico”⁶⁴. Esta es una clasificación que ha sido seguida por autores latinoamericanos⁶⁵ y que resume los autores y las ideas relacionadas con el problema de las lagunas mediante su clasificación en escuelas. Valga recordar que la obra de Cossio y su “teoría egológica del Derecho”, fuertemente influenciada

⁶⁴ Cossio, Carlos. La Plenitud Del Ordenamiento Jurídico. 2nda edic. Edit. Losada, Buenos Aires, 1947. La postura de Cossio no aparece en la “Teoría General del Derecho” de Bobbio. (op.cit. p.214). El hecho de que esta clasificación no aparezca en una obra tan completa como la del maestro italiano refuerza nuestra convicción de que el vocablo “Plenitud Hermética” es un término técnico-jurídico específicamente utilizado en el vocabulario jurídico latinoamericano, y que su uso generalizado proviene de una nomenclatura creada por este autor argentino.

⁶⁵ Vanossi, Jorge Reinaldo A. Teoría Constitucional. Tomo II: Supremacía y control de constitucionalidad. Ediciones de Palma, Buenos Aires. 1976. p.485.

por las discusiones que éste mantuvo con Hans Kelsen en Berkeley, California, se encuentran enmarcadas en un momento histórico posterior a las primeras discusiones del tema, por lo cual resume de manera más completa las diferentes posturas que habían sido expuestas hasta el momento. No entraremos a discutir –como sí lo hace el argentino–, las particularidades por las cuales fallaron todas las teorías que hasta ahora habían sido elaboradas. Tampoco pretendemos deslumbrar con arrogantes construcciones intelectuales una novedosa, inédita e impresionante solución al problema de las lagunas. Sirva la presente clasificación como un resumen de los que fue el trabajo de los juristas acerca del tema de la existencia de las lagunas en el ordenamiento jurídico, y de cómo pasaría a reformularse el Derecho objetivo de las codificaciones en una versión moderada del “**gobierno de los jueces**”, que a final de cuentas no resultó tan apocalíptica y aterradora como se pensaba en un inicio.

Sección 2. El Realismo Ingenuo (Eduardo B. Busso)

El realismo ingenuo es la primera aproximación al problema de las lagunas en el Derecho. Se asienta sobre la idea de que el Derecho es posterior a la Realidad social. De que la ley es posterior a la costumbre y que, por lo tanto, por ser la realidad social una fuente inagotable de situaciones nuevas, no existe forma de que el legislador pueda prever todas y cada una de las futuras situaciones de hecho. El ejemplo clásico con el que se ejemplifica esta postura es con la legislación anterior a la invención de la luz eléctrica. Si la luz eléctrica no existía en el momento en el que el legislador redactaba la norma, ¿cómo pudo éste haber previsto una norma para regular el caso concreto del uso de la luz eléctrica? El problema, como mencionamos anteriormente, tiene que ver con la forma en que se observe la totalidad lógica del Derecho. Para Cossio, “una ley constituye la fórmula abstracta y genérica de indefinidos casos. Pero además es una estructura y, en cuanto tal, excede a la pluralidad de casos que representa puesto que toda estructura, en tanto concepto, es una totalidad lógica que se cierra y se concluye a sí misma.”⁶⁶ En este sentido, la explicación de Cossio es similar a la idea del triángulo que esbozara Savigny⁶⁷: aún cuando existen elementos de una relación jurídica que podemos desconocer, la relación entre los elementos que existen dentro del triángulo pueden posibilitar

⁶⁶ Op.cit. Pág. 22.

⁶⁷ V. supra p.45.

la inferencia de los datos ausentes. El rechazo de esta postura puede entenderse como una defensa de un principio sistemático en el Derecho.

Sección 3. El empirismo científico (Ernest Zitelmann, Donato Donati)

Ante la insuficiencia del Derecho de las codificaciones y el asedio de las teorías iusliberalistas, los defensores del estatismo jurídico debieron reformular sus ideas acerca del Derecho como un sistema incontestable. Esto implicaba una transformación del dogma de plenitud y una aceptación forzada de la existencia de las lagunas en el ordenamiento. Esta aceptación no se daría de manera inmediata. La redefinición del dogma de la plenitud implicaría una discusión vinculada a la relación entre Estado e individuo, las prerrogativas de éste y las concesiones de aquél. El estatismo jurídico pasaría de una fase dogmática a una fase crítica. Lentamente se iría borrando la tajante línea entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo, mediante el acrecentamiento de la figura del juez. Como veremos a continuación, las lagunas del ordenamiento, producto de la insuficiencia de las codificaciones, se convertirían en una concesión que el Estado hacía cuando no le interesaba regular algunas materias. Otorgándole cierta personificación al Estado, la aparente insuficiencia empezaba a justificarse como una concesión voluntaria: el Estado había decidido no regular ciertos ámbitos de la conducta humana. La discusión se inclinaría hacia el tema de la relevancia jurídica y de la autonomía de la voluntad, en cuyo trasfondo se encontraba el contexto de la libertad individual y de los deberes estatales.

La primera aproximación al tema consistió en una negación de la existencia de las lagunas. El antecedente inmediato del empirismo científico es la teoría del “espacio jurídico vacío” de Karl Bergbohm. Para este autor, la existencia de lagunas no tenía sentido alguno: o la conducta se encontraba regulada, o no lo estaba. Si estaba regulada, se encontraba en el “espacio jurídico pleno”. En caso contrario, la conducta en cuestión pertenecía al “espacio jurídico vacío”, en cuyo caso debía otorgársele absoluta libertad. Bobbio critica esta postura desde la teoría normativa diciendo que confunde tres modalidades normativas: lo obligatorio, lo permitido y

lo jurídicamente irrelevante⁶⁸. No hilaremos tan fino en la discusión porque entrar en el tema de la normatividad nos distraería de una ilustración bastante oportuna. La teoría de Bergbohm todavía arrastra una confianza adquirida hacia la estructura jurídica positiva. Los linderos entre el espacio jurídico pleno y el espacio jurídico vacío dependen en gran medida de la elección del intérprete. La línea entre lo lícito y lo ilícito no es siempre claramente identificable. Dónde situar la conducta –afuera o adentro del espacio jurídico-implica un acto de identificación y/o diferenciación. La postura empírico-científica continuaría la discusión sobre la misma línea de pensamiento. El fundamento de esta postura tiene como base el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”. El Derecho no permite sin prohibir y no prohíbe sin permitir al mismo tiempo. Cuando una ley prohíbe una conducta, permite de manera simultánea todas aquellas conductas no contempladas por la norma. La restricción inicial de la norma, en términos de Donati, puede ser entendida como la “norma particular”. La sombra de esta norma, es decir, la inversión permisiva de ella, fue denominada por Donati “Norma general exclusiva”. Así, por ejemplo, cuando la norma dice “no fumar”, está permitiendo todas aquellas conductas que no sean fumar. Ergo, todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, y por lo tanto, no existen las lagunas jurídicas. Teóricamente, el empirismo científico se sostiene sobre la base de un canon hermenéutico tradicional, en donde la voluntad del intérprete es un elemento que no se llega a considerar. Sin embargo, conforme se empieza a abandonar la inflexibilidad jurídica y comienzan a florecer nuevos métodos de interpretación (los métodos de autointegración analogía legis y analogía iuris, por ejemplo) se deja entrever que el problema de las lagunas trasciende la existencia de la norma, y que se encuentra localizado en el problema para decidir cuál norma es la aplicable. El análisis de la falta de criterios para definir cual norma aplicar llevaría a Brunetti a diferenciar entre las “lagunas ideológicas o de iure condendo” y las “lagunas reales o de iure conditio”. Las primeras, también conocidas como lagunas “impropias”, consisten en la ausencia de una norma justa o de una norma que facilite una solución satisfactoria. Las segundas, también denominadas “propias” son lagunas en un sentido más tradicional, es decir aquellas que se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico. En realidad, la clasificación de Brunetti, al aludir a conceptos tan difusos como la Justicia, procede de una superposición de una noción

⁶⁸ Bobbio. Op.cit. p.219. Esta obra del autor italiano hace un estudio inductivo desde la teoría normativa (hecho, sanción, etc.) hasta la relación de los ordenamientos jurídicos entre sí.

ideal del Derecho Natural sobre una realidad jurídica positiva. Suponiendo que se aborde su noción de una norma “justa”, es posible que su distinción entre lagunas reales y lagunas ideológicas pueda ser rebatida desde muchos puntos de vista, principalmente desde el enfoque de la corriente realista o axiológico de la filosofía analítica. Sin embargo, su aporte es de gran importancia porque evidencia la acompasada inserción del quehacer subjetivo del intérprete en el proceso tradicionalmente objetivo de la subsumción de la norma.

Sección 4. El Eclecticismo(Francois Geny, Eduardo García-Maynez, Hugo Alsina, Hans Reichel)

La tesis del eclecticismo se asienta sobre la siguiente idea: “No hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley.” Una vez más, la discusión acerca de la visión sistemática del Derecho se refugia en el problema de las lagunas. Cossio la llama eclecticismo porque es una postura que trata de conciliar dos posiciones contradictorias mediante una especie de hipóstasis sobre el concepto de “ley”. La correspondiente crítica sería: ¿En qué se diferencia el Derecho de la ley? Porque si la ley corresponde en una relación de género y especie al Derecho, ésta no goza de una autonomía ontológica, sino que para su propia definición parte de la diferenciación de dos conceptos inescindibles.

Sección 5. El pragmatismo (Nicolás Coviello; Hans Vaihinger)

El máximo exponente de la corriente del ficcionalismo es el alemán Hans Vaihinger, cuya concepción filosófica ha sido retomada por diversos estudiosos del Derecho. Consiste en una teoría con un origen realista, que sugiere el reconocimiento de la inexistencia de los valores como entidades esenciales, pero que reconoce su validez y vigencia como prácticas sociales activas. Es decir, para el ficcionalismo no interesa tanto la verificación de una esencia axiológica. Es posible que no exista un “cielo de los conceptos” en donde se pueda tocar un ente llamado “Justicia”, por ejemplo. Lo importante es que la gente actúa “como si” ese valor realmente existiera, y es esta acción social lo que realmente importa para el análisis social. ¿Cómo se adapta esta postura filosófica al problema de las lagunas? Reconociendo la existencia de las lagunas en el Derecho, pero actuando “como si” no las hubiere, para evitar que las conductas humanas queden al margen de toda regulación.

Sección 6. Acerca de la relación entre el dogma de plenitud y la denegación de Justicia

Para Cossio, la teoría del pragmatismo es una teoría “utilitarista y desprovista de rigor científico”⁶⁹, razón por la cual no llega a ahondar en su crítica. El pragmatismo, sin embargo, aporta la valiosa distinción entre la obligación del juez de resolver y la percepción del Derecho como un sistema científico.

Generalmente, cuando se aborda el tema del dogma de la plenitud del Derecho, los autores hacen referencia a la norma que establece la obligación del juez de resolver los casos que sean presentados ante él. De esta forma, la mayoría de las obras jurídicas que discuten el tema de las lagunas del Derecho comienzan –con gran sentido metodológico– citando el artículo 1 del

⁶⁹ Cossio, Carlos. Op.cit. p. 53.

Código Civil Suizo de 1907 o el artículo 4 del Código Civil francés.⁷⁰ Estas normas instituían el deber del juez de juzgar, aún cuando existiera oscuridad o ambigüedad en la norma. Su abstención conllevaba a la pena de incurrir en el delito de denegación de justicia. Posteriormente, surgiría la posibilidad de interpretar de acuerdo con los Principios Generales del Derecho o de acuerdo con los métodos analógicos.⁷¹

De esta manera, el *modus operandi* tradicional para abordar el tema del dogma de plenitud del ordenamiento, consiste en la enunciación de las normas que originalmente obligaban al juez a fallar. De esta enunciación se pasa a analizar el tema de si el Derecho es un todo coherente. Es común observar la forma en que ambos conceptos son asumidos como fundamentos teóricos de la misma idea. Son pocos los autores que se detienen a cuestionar la diferencia entre la obligación de juzgar y la noción sistemática del Derecho.⁷²

Generalmente, la advertencia acerca de la potencial existencia de casos no previstos descansa en una noción sistemática del Derecho: se asume que el Derecho no conoce de antemano todas las preguntas, pero que sí puede elaborar, de manera posterior, todas las respuestas. Sin embargo, el hecho que el juez deba juzgar no necesariamente responde a una visión universalista del Derecho. De hecho, la manera en que el ordenamiento provee las lagunas es una forma de reconocer su insuficiencia. La obligación de juzgar puede responder a ciertos factores, como la necesidad social de encontrar respuesta a sus conflictos, sin que esto

⁷⁰ Latorre, Angel. Introducción al Derecho. Ariel, Barcelona. 8va edición, 1983. p.101.

⁷¹ En el caso de Costa Rica, la obligación de juzgar está consagrada en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual reza lo siguiente: “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable.

Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.” Por otro lado, el artículo 6 del Código Civil reza así: “Los tribunales tiene el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido”.

⁷² Uno de los pocos autores que hacen referencia a esta distinción es Klaus Rohl. “La prohibición de la denegación de justicia no responde a la pregunta acerca de cómo debe ser llenada una laguna.” Rohl, Klaus F. Allgemeine Rechtslehre, ein Lehrbuch. Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2001. p.48.

signifique que la denegación de justicia presupone un reconocimiento del dogma de plenitud. En realidad, la prohibición de la denegación de justicia no tiene que estar necesariamente relacionada al dogma de plenitud. El gran aporte del pragmatismo consiste en separar ambos conceptos. Reconoce la eventual insuficiencia del Derecho pero acepta la infranqueable necesidad de su intervención.

Sección 7. El apriorismo filosófico (Carlos Cossio, Jorge Reinaldo Vanossi, Hans Kelsen)

“Nuestra tesis puede plantearse diciendo que no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces”⁷³. Este sería el planteamiento del apriorismo filosófico de Cossio, elaboración teórica cargada de influencia kantiana y kelseniana.

El positivismo de Kelsen superaría lo que el maestro vienés llama “el dualismo de la Teoría del Derecho”. Este dualismo consiste en la admisión sobre el orden estatal del Derecho positivo, un “orden jurídico superior, divino, racional o natural”.⁷⁴ De esta forma, el problema de las lagunas suponía un proceso lógico de comparación, en donde se traslapaba la idea del Derecho Natural sobre la realidad de un Derecho positivo. Naturalmente, este último siempre aparecería como incompleto. Ahora bien, dentro de esta realidad positiva se da otro fenómeno de separación o dualismo entre el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo. El Derecho objetivo había sido entendido como el Derecho en su norma abstracta, sin una relación causal específica que ameritara su interpretación. Por su parte, el Derecho subjetivo sólo aparecería con la acción, con la ofensa y con el Derecho (Berechtigung) a restituir el estado original de las cosas. En este sentido, el Derecho objetivo “absorbía” al Derecho subjetivo, dando espacio para su aplicación sólo cuando pudiera ser activado mediante la ofensa y reconocido por la relación procesal y por el Derecho que daba lugar a la aplicación del Derecho objetivo. Sin embargo, ambos planos normativos sólo difieren en su plano jerárquico, el cual no se manifiesta de una manera excluyente. El juez también crea Derecho. Por estas razones, es

⁷³ Cossio, Carlos. Op.cit. p. 58.

⁷⁴ Kelsen. Op.cit. p.68.

importante recalcar el hecho de que Kelsen llama a la sentencia la “norma individual”, porque su Teoría Pura rompe el dualismo entre producción y aplicación del Derecho, al ser ambos institución y ejecución del Derecho al mismo tiempo. Nótese la gran trascendencia que le otorga Kelsen a la figura del juez en el fenómeno jurídico. Ya no sólo como un dato externo y accidental de la experiencia jurídica, sino como una regla *a priori* de su conocimiento, tan inserta dentro de la ontología del Derecho como la “norma fundamental” o la “norma secundaria”, todos estos elementos de una “unidad lógica totalizadora”.⁷⁵ Al igual que en Kant, autor para el cual existían categorías apriorísticas o *leyes a priori* -tales como la causalidad, la unidad, la realidad, la pluralidad, y la totalidad-, leyes sin las cuales no se podría elaborar el conocimiento, de igual manera la norma fundamental viene a dar a entender la conformación de un todo respecto a la estructura jurídica, fundamento teórico necesario para cualquier teoría científica. En realidad, la obra de Cossio, ya sea por mera pedantería o por lejana y elaborada complejidad, está plagada de referencias conceptuales tan densas, que su exhaustivo análisis excedería por mucho los alcances de la presente investigación. Sin embargo, elaboramos el presente boceto de sus ideas con la finalidad de otorgar una rápida referencia a la clasificación de las teorías que hasta la fecha de su obra se habían elaborado en torno al tema de las lagunas, de justificar el origen de su postura, pero sobre todo, con la intención de ilustrar la paulatina inserción y trascendencia de la figura del juez en la “estructura totalizante” del Derecho.

⁷⁵ Cossio. Op.cit. p.67

Capítulo III: La escuela histórica y el principio de plenitud del ordenamiento

En 1814 Justus Friedrich Thibaut, profesor de la Universidad de Heidelberg y Karl Friedrich von Savigny, quien fuera profesor de las Universidades de Margurgo, Landshut y Berlin, y finalmente Consejero de Estado y Ministro de Justicia, sostendrían una discusión: ¿es necesaria la promulgación de un Código Civil para Alemania? La posición del primero es evidente en el título de su obra *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*⁷⁶. Para Savigny, el momento todavía no es el indicado para la nación alemana. Por supuesto que, -como en cualquier discusión jurídica-, la discusión acerca del Derecho no se agotaría en la mera observación del Derecho solamente. Nutrida de elementos culturales, sociales, e históricos, la discusión jurídica tiene como objeto la norma y su conjunto, pero está lejos de agotarse en la mera contemplación de estos elementos. Por el contrario, si el Derecho no fuera historia, -sino filosofía o sociología-, no podríamos siquiera hablar de una noción propia de Derecho como tal⁷⁷. Esta discusión no sería la excepción a este doble origen de la discusión jurídica. Tomando en cuenta el contexto histórico de sus ponencias, estamos en presencia de una discusión que inicia con el Derecho, pero que esta lejos de sustentarse sólo en él.

Alemania, para esta época, está conformada por una serie de pequeños estados externamente confederados. Europa Central está constituida por dos bloques imperialistas: Francia e Inglaterra en el Oeste y Prusia, el Imperio Astro-húngaro y Rusia por el Este. Weber llama a estos dos grupos el *Occidente Constitucional* (Francia y Gran Bretaña) y el *Este absolutista* (Austria Rusia y Prusia)⁷⁸. Existen, además, algunas conformaciones políticas de importancia como los países escandinavos, Países Bajos, Bélgica y Polonia. En medio de estas dos coyunturas

⁷⁶ Thibaut, Anton Friedrich Justus. *Sobre la necesidad de un Código Civil para Alemania* (1814) y Savigny, Carl Friedrich, von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, (1814) (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*). Ambos en: *La codificación: una controversia programática basada en obras de Thibaut y Savigny*. Introducción y selección de textos por Jacques Stern.

⁷⁷ Ahondaremos más tarde en esta discusión cuando hagamos referencia a la influencia de las corrientes sociológicas en la concepción del Derecho.

⁷⁸ Weber, Gerhard. *Historia Contemporánea –de 1830 a 1872-*. F. Góngora y Compañía, Editores. Madrid, 1877. p.7

estatales que empiezan a consolidarse, existen dos estados desperdigados: fragmentos que evocan ciertas reminiscencias feudales⁷⁹. Estas zonas de conflicto experimentan un estado anterior al de las grandes potencias. Italia y Alemania son conformaciones políticas que forman parte de negociaciones entre los bloques oriental y occidental. Su configuración política depende, en mayor medida, de las fluctuaciones políticas y de las alianzas estratégicas entre los “cuatro grandes”⁸⁰ (Austria, Prusia, Rusia y Gran Bretaña). Alemania, finalmente, ha logrado liberarse de la opresión napoleónica. Dividida en ducados de tan diferentes texturas económicas y sociales como Baviera, Wuttemberg, Thuringen, Mecklenburg, Holstein y Hannover, Alemania conserva aún cierta integridad federal, pero su situación no es para nada similar a la de las grandes potencias.

El período comprendido entre 1814 y 1848 se conoce como “**La Restauración**”. Se restaura la monarquía constitucional en Francia. Europa se repone de cerca de medio siglo de luchas y sufrimiento desde la transición del Antiguo Régimen a la Revolución Francesa, y trata de restablecerse con el deseo de cierto orden de las feroces abatidas imperialistas de Napoleón.

Sección 1. ¿Por qué nos interesa la situación política de Alemania en el inicio de la época de la Restauración?

Friedrich Carl von Savigny es probablemente, como parte de la construcción codificadora del siglo XIX, uno de los arquitectos de la conformación del Derecho tal y como lo conocemos hoy. Para algunos autores como Cabra, Recasens Siches, García Maynez⁸¹ y Bobbio⁸², su

⁷⁹ Ford habla de “las Alemanias”, para referirse a una floja estructura derivada del Imperio Sacro Romano en donde además coexiste una jerarquía católica ante una predominancia luterana. Ford, Franklin L., Europa desde 1780 hasta 1830. Edit. Aguilar. Madrid 1973, p.40.

⁸⁰ Pirenne, Jacques. Historia Universal: las grandes corrientes de la historia. Edit Cumbre, México. 1978. Tomo V; p.345.

⁸¹ En ese sentido, desde un plano de la teoría jurídica general v. Monroy Cabra, Marco Gerardo, Introducción al Derecho; Recasens Siches, Luis. Tratado General de la Filosofía del Derecho, pp.321-325.; Díez-Picazo, Luis.; García Maynez, Eduardo. Filosofía del Derecho (1908) e Introducción al estudio del Derecho; en un plano u poco más histórico-analítico Soriano, Ramon. Compendio de Teoría del Derecho. Tema V, Capítulo III, pp.84-95.

⁸² Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999. p.209. Esta obra constituyó una piedra angular para las presentes reflexiones.

*Sistema del Derecho Romano actual*⁸³ es la primera referencia directa a la idea contemporánea de una unidad jurídica y sistemática⁸⁴; de una entidad jurídica coherente como idea. Fijaremos nuestro análisis en este momento histórico, no porque no hayan habido referencias anteriores al dogma de la plenitud del ordenamiento, sino porque éste es definitivamente el período histórico que marcó la definición del concepto de plenitud del Derecho tal y como lo conoceríamos hasta hoy. La comprensión de este contexto nos dará la oportunidad de reflexionar acerca de las corrientes jurídicas que vendrían después; de la escalonada consolidación del Estado y de su correspondiente monopolización de la producción jurídica, (cuestionada en algún momento por la escuela del Derecho Libre); de la evolución del concepto de Derecho desde una idea natural difusa hacia una red de comunicación jurídica y de una realidad positiva con una lógica jurídica propia.

El problema del origen del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico se parece a la discusión académica acerca del origen de la globalización⁸⁵. Para algunos autores su origen es rastreable hasta épocas ancestrales como la Grecia clásica o Roma, para otros, su génesis es más reciente. Tal vez el problema no está en la existencia del concepto, sino en lo que entendamos por su definición.

Ciertamente, un intento evidente de voluntad legisladora omnicomprensiva lo encontramos en el Codex de Justiniano, el cual era tan completo que “no había nada que

⁸³ Savigny, Carl Friedrich von. *Sistema de Derecho romano actual*. Edit. F. Góngora y compañía. Madrid, 1978.

⁸⁴ Creo que, siendo el principio de Plenitud Hermética un principio general del Derecho, su origen debe estar relacionado con el de los principios generales del Derecho como conjunto. Barth, en relación a los principios generales del Derecho, refiere a Gardella quien en la Enciclopedia jurídica OMEBA (pp.128-159) dice lo siguiente: “La expresión principios generales del Derecho cobra importancia generalizada en el lenguaje jurídico europeo en la época moderna, a partir del siglo XIX, en que aparece por primera vez en algunos códigos civiles.” (Gardella, Lorenzo. Enciclopedia jurídica OMEBA. “principios generales del Derecho” tomo 23, p128-159). Para Barth, “no existe, sin embargo, un conocimiento exacto sobre cuándo incursión esta fórmula verbal en el lenguaje del Derecho.” Barth Jiménez, José Francisco. *Los Principios Generales del Derecho y la Jurisprudencia Costarricense*. 1997. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

⁸⁵ Más tarde haremos alusión a dicho término. Para algunos autores comienza con fechas tan tempranas como el descubrimiento de América, para otros con la invención de la televisión: “la actual globalización es una nueva etapa más avanzada de la integración del mundo, que comenzó hace cinco siglos con la expansión europea hacia ultramar, la que significó el descubrimiento y la conquista por los europeos de América, Asia y de África”. Chonchol, Jacques. *Formas y consecuencias de la globalización, en Globalización, modernización y equidad en América latina. La invención y la herencia*. Cuadernos Arcis-LOM. Chile. Agosto 1997.

agregarle ni nada que le sobre⁸⁶. Era un intento por prever todas las situaciones de antemano, de regular la costumbre mediante un Derecho de cualidades omniscientes. Así, desde la época del restablecimiento del imperio romano, el mundo conocido pasa por el cisma y la división en los imperios de Dioclesiano, el surgimiento de Bizancio y de Justiniano, las cruzadas y las invasiones de los mongoles hasta llegar a la aparición de la Edad Media. En este tránsito histórico, Europa viaja desde una autoridad central hacia una atomización del poder. La fisonomía del Derecho formaría parte de esta transformación. El Derecho consuetudinario toma fuerza en medio de la ausencia de una centralización del poder. De ahí que no resulte extraña la influencia tan importante que tiene la investigación del Derecho romano en las universidades alemanas en el siglo XVIII. Thibaut define la situación del Derecho autóctono como una serie de “preceptos abigarrados”⁸⁷ en defecto de los cuales se acude al fósil de un Derecho canónico alejado de la realidad o a la aplicación de un Derecho romano rígido. Para cuando Savigny llega a escribir, el Derecho antiguo se encuentra diseminado por Europa, y el Derecho nuevo es un mosaico de costumbres. El Derecho nuevo no había conseguido un interés social para consolidarse en una institución y el Derecho antiguo es una colección de conocimientos de algunos pocos que lograron mantener vivo mediante el apacible y seguro reposo de sus claustros. Debido a la relación intrínseca entre Derecho y poder, la aparición del Estado Moderno puede ser entendida como la confirmación de que la voluntad de un intrincado impulso social de consolidación y de voluntad de política había encontrado, finalmente, cierta cohesión del poder para poder llegar a plasmarse en el Derecho positivo. Así llegamos al siglo XIX, apogeo del Estado Moderno como consolidación social. Ahí aparecen las codificaciones que darían lugar al Derecho positivo tal y como lo conocemos hoy, con principios generales del Derecho tales como el que nos ocupa.

El principio de Plenitud Hermética presupone una relación entre el Derecho y todo lo que existe. Hablar de un ordenamiento que regula cualquier situación de hecho implica hablar de la presencia del Estado en cualquier actividad humana. Al respecto nos dice Bobbio:

Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, significaba introducir un Derecho paralelo, romper el monopolio de la producción jurídica estatal. De allí que la afirmación del dogma de la plenitud vaya

⁸⁶ tomado de Bobbio. Teoría General del Derecho. Op. Cit. p.211.

⁸⁷ Thibaut. Op. cit.

*paralela con la monopolización del Derecho por parte del Estado. Para mantener este monopolio, el Derecho del Estado debe servir para todo uso. Las grandes codificaciones son la expresión macroscópica de esta voluntad de plenitud.*⁸⁸

Uno de los grandes errores en los que puede caerse al aplicar el principio de plenitud a las relaciones sociales, es el de concebir las transformaciones sociales como el tránsito de un estado social a otro como una transformación social de dos bloques uniformes. De esta manera, muchas veces se piensa en la Revolución francesa como un momento histórico de cambio radical instantáneo. Por supuesto que la revolución implica un cambio radical, pero no podemos pensar en él como una transformación social del "estado A" al "estado B" de manera instantánea. En este sentido, la revolución acontece en 1789 y en 1814 sus efectos todavía resuenan como corrientes agitadas dentro de un río torrencioso.

Durante la revolución francesa, un gran número de nobles franceses emigrarían hacia países en donde su vida no correra tanto peligro. Savigny es hijo de *émigrés*, lo cual probablemente le brindó cierta ventaja para comprender la influencia francesa en el contexto alemán en el que se encontraba. Hijo de nobles franceses, su familia se asienta en Alemania. Para 1814, Francia todavía experimenta un pulso entre las fuerzas revolucionarias y las del antiguo régimen. A este pulso debe sumársele una corriente napoleónica debilitada, la cual más tarde haría posible el restablecimiento de un emperador que abdicaría a favor de su hijo al cabo de cien días.

En Alemania, la definición de Derecho procede de ideas naturalistas, casi divinas, de autores de la escuela clásica del Derecho Natural del siglo XVI y XVII como Emmerichus, Tomassio, Grocio, Puffendorf y Wolff. Para algunos autores como Touchard⁸⁹, las ideas de Burke y Montesquieu incidirían directamente sobre la concepción contractual del Estado de los autores alemanes anteriores a Savigny, como Gustav Hugo por ejemplo. Hugo, influencia innegable para el desarrollo de las ideas de Savigny, pertenece a una escuela que trata de dejar atrás el apego hacia una razón que desde el siglo XVII defendía la existencia de un Derecho natural

⁸⁸ Bobbio. Op.cit.p.212.

⁸⁹ Touchard, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Edit. Tecnos, Madrid, 1961. 6ta reimpresión, 1979, pp. 372-394.

casi inmutable. Autores alemanes como Niebuhr, Puchta y Hugo⁹⁰, precursores de la conformación de un Derecho nuevo basado en el método histórico-empírico, reaccionan a favor del estudio de la historia y de la creación del Derecho a partir del Derecho antiguo y no de un sentido racional autosuficiente. Estos autores sirven de plataforma para que la escuela histórica del Derecho de Savigny llegue a engendrarse. El profesor Perez Vargas divide el movimiento historicista en tres grandes tendencias: la idealista, la naturalista o positivista y la humanista, pero es enfático al señalar que “las tres tendencias del historicismo son convergentes en un punto: el rechazo de los principios iusnaturalistas”.⁹¹ Droz⁹² también divide las diferentes escuelas del historicismo según su disciplina (historicismo filosófico, político, jurídico), pero es categórico al señalar la contraposición de estos autores frente al racionalismo predominante. La postura del movimiento historicista como reacción al iusnaturalismo es importante para entender el nacimiento de las fuentes de la escuela histórica. Si la fuente del Derecho ya no es el Derecho natural, ¿Dónde debe buscar el jurista la definición y las fuentes del Derecho? Esta reacción al iusnaturalismo puede ser la causa para que Savigny busque en la costumbre y en el espíritu del pueblo las fuentes del conocimiento jurídico. Pero con relación al tema que nos preocupa, lo más importante es que el Derecho natural pierda vigencia o al menos deje de mostrarse como divino, porque su anteposición al Derecho positivo iba a provocar durante largo tiempo que el Derecho positivo siempre fuera incompleto. El Derecho positivo al compararse con el Derecho natural, se mostraba irremediabilmente incompleto. El Derecho natural era siempre el anhelo jurídico inalcanzable, y la costumbre un elemento práctico con el cual se lidiaba mientras tanto. Con el abandono del ideal jurídico, empieza a observarse la realidad del Derecho y a elaborarse un sentido de completitud según esta realidad. Aún cuando la influencia de la escuela clásica naturalista no dejará de sentirse durante los dos siglos subsiguientes, el nacimiento del historicismo plantea un nuevo método de investigación para la ciencia jurídica: deja de discutirse lo que el Derecho debería ser para analizar lo que el

⁹⁰ Sobre la influencia de estos autores en las ideas de Savigny v. Tres vidas ilustres: Hugo, Savigny, Ihering. Resurgimiento del Derecho alemán. Traducción de Norberto Gorostiaga. Editorial de Palma, Buenos Aires. 1945. Esta obra, a la cual nos referiremos de manera reiterada, debe ser considerada como fuente directa de la presente investigación, por cuanto incluye: *Gustavo Hugo, el 10 de mayo de 1788. Contribución a la Historia de la Ciencia del Derecho* de Savigny, Carl Friedrich von; SAVIGNY de Ihering, Rudolf Von; IHERING por Merckel, Adolfo y *La ciencia del Derecho en Alemania, del Estado Actual y de la revolución que ella ha experimentado en los últimos treinta años* (1819), por Warnkoenig, Leopoldo Augusto.

⁹¹ Perez Vargas, Víctor. La jurisprudencia de intereses. Litografía e imprenta LIL. 2da ed. 1991. p .15.

⁹² Droz, Jacques. Op.cit. p.36.

Derecho es. Como veremos más adelante, cuando analicemos la postura de Rudolf von Ihering o la del mismo Savigny, esta actitud incidiría en la creciente atención sobre la jurisprudencia y el papel de la ciencia jurídica.

Por otro lado, el tono de los juristas alemanes, categóricamente despreciativos hacia la ciencia jurídica y la cultura francesa en general, nos da una idea del panorama, y nos brinda pistas para pensar que la discusión del Derecho no se limita a una dogmática jurídica pura. Es recurrente el exaltamiento de los elementos patrios⁹³. Autores como Goethe⁹⁴ constituyen citas frecuentes y casi obligatorias. Fichte⁹⁵, un autor que exalta vehementemente los elementos patrios de la nación alemana, compite con Savigny para dirigir la rectoría de la Universidad de Berlín en 1810. Thibaut ve la posibilidad de siquiera llegar a considerar la posible recepción el Código francés como un grosero insulto. Savigny compara el Code Civil a un cáncer que carcome la ciencia jurídica europea. Con relación a la confusión y la coexistencia del Derecho positivo y consuetudinario presente en la época, hace notar la influencia política sobre los criterios jurídicos cuando afirma que la intención del Code Napoleon es tratar de regresar al antiguo régimen en un estado post-revolucionario, produciendo una confusión del Derecho civil. Afirma sobre la analogía legis:

Este procedimiento presupone, una unidad orgánica, pero en el caso del Code no hay que pensar ni remotamente en semejante unidad, en el mismo Código ni material ni formal. No hay unidad orgánica porque el Code contiene mezclados de una manera simplemente mecánica los resultados de la Revolución y el Derecho anterior, e incluso el Derecho anterior no es en sí nada homogéneo, puesto que se trata de una transacción entre el Derecho romano

⁹³ Pese a las diferentes posturas propias de cada disciplina, para algunos antropólogos que se ocupan del tema, la cohesión cultural proviene mayormente de dos factores: los desastres naturales o la invasión opresora de otros pueblos. A su vez, si quiere llevarse el tema de la formación de la nacionalidad alemana a resultados posteriores, puede ilustrarse el fenómeno de la xenofobia, el cual proviene de una dinámica dual: el exaltamiento de las costumbres propias y un desdén ante las foráneas. Walter, Connor. Etnonacionalismo. (etnonationalism, the quest for understanding) Traducción de María Corniero. Editorial Trama, A.L. Madrid. Febrero 1998. Duncan, Quince y Lorain Powell, Teoría y práctica del racismo. Editorial DEI. San José, Costa Rica. 1988. Cashdan, Elizabeth, Ethnocentrism and Xenophobia: A Cross-Cultural Study. en Vol.42, Dic. 2001. p.761.

⁹⁴ Sobre la influencia de la revolución francesa en el quehacer intelectual alemán de la época (especialmente Goethe, Schiller, Kant y Fichte) v. Godechot, Jacques. Las Revoluciones (1770-1799). Edit. LABOR, Barcelona, 1977.p.123.

⁹⁵ Para Touchard es un nacionalista extremo, con una postura similar al análisis antirrevolucionario que hace de Burke: "el racismo al servicio del Derecho". *Op.cit.* p.384

*y las coutumes (...). Tendría unidad formal si los juristas que fueron sus autores hubieran hecho de él un todo lógico mediante la fuerza transformadora del pensamiento.*⁹⁶

Es importante entender el yugo napoleónico como un factor externo de solidaridad que lleva a la cohesión de la nación alemana. Alemania se encuentra, como dijimos anteriormente, en medio de dos fuerzas políticas mayoritarias, Rusia y Gran Bretaña, especialmente. Su destino depende de los resultados de las negociaciones de las nuevas potencias ahora que el imperialismo francés es un amargo recuerdo. Thibaut antepone “la unidad del Derecho” a la “seguridad e inestabilidad”. Para él, la unidad del Derecho es una forma de erradicar la presente anarquía. Además, asegura que la promulgación de un Código Civil constituye la oportunidad para formar nuevos juristas y llevar la ciencia jurídica alemana a su mayor alcance. Savigny responde con un razonamiento ligado a la conformación política de la época:

*(...)mediante el propuesto Código quedaría Alemania dividida en tres grandes grupos de países, a los que el Derecho civil separaría de una manera aún más tajante que antes, los cuales serían Austria, Prusia y los países del Código.*⁹⁷

Las razones expuestas no podrían revelar, algunas razones históricas que constituyen fundamentos teóricos de la discusión jurídica. Esta puede haber tenido como objeto más allá de la codificación, el futuro de Alemania: la posibilidad de una unificación con Prusia - cimentada en factores culturales análogos-, la institución de un nuevo Estado sin ella o la continuidad de una autonomía relativa de los ducados alemanes.

Sección 2. El papel de la ciencia jurídica para Savigny

Para Savigny el Derecho es como el lenguaje, y el Derecho vive, lo mismo que el lenguaje, en la *conciencia del pueblo*. Encarnado en la figura del *espíritu del pueblo* (Volksgeist), el Derecho proviene de la médula de la realidad social. De ahí desprende Savigny la función de la ciencia jurídica. Para él, los pueblos describen una línea de desarrollo, desde su nacimiento y su época juvenil

⁹⁶ Savigny. Op.cit. p.103

⁹⁷. Savigny. Op.cit.p.54

hasta su madurez social. Si las circunstancias lo permiten, el pueblo llega a ser capaz -como alguna vez lo fue el pueblo romano- de plasmar la voluntad del pueblo en una ley positiva. Las condiciones para un código perfecto dependen de que el pueblo disponga de las circunstancias adecuadas. Si el pueblo es aún joven, podrá tener el Derecho en su fase consuetudinaria, pero no tiene la facilidad de traducir estas costumbres del lenguaje cotidiano al lenguaje de la ley. Si esta traducción no se hace adecuadamente, sus resultados son desastrosos. Cuando el momento es el correcto, el papel de la ciencia jurídica consiste, para nuestro autor, en percibir la conciencia popular y en traducir a conceptos jurídicos la realidad social. El Derecho se pliega, de esta manera, en una doble vida: la ciencia especial y el fragmento de vida total de un pueblo.

Por otro lado, Savigny entiende el Derecho como único y centralizado. Para él, el Derecho positivo -entendido este como la emanación de un poder estatal supremo- corresponde a la realidad cuando el ideal de legislación logra plasmarse en una ley válida para todos los tiempos⁹⁸. Paradójicamente, esta idea tan rígida del Derecho positivo se contrapone a su idea más libre del Derecho como lenguaje.

Acerca del problema de la costumbre y el Derecho, su postura defiende el símil del lenguaje. Así como cada cultura conserva en su lenguaje rasgos fundamentales singulares, así también existen detalles singulares para cada pueblo. El problema de la codificación, sostiene, es la modificación de la voluntad del legislador por el Derecho consuetudinario existente, al dejar la interpretación de un código sin efecto la costumbre. Pero sobretodo la interrogante primordial es ¿de dónde se derivaría el contenido del Código, si la costumbre es la única fuente de Derecho?⁹⁹ *El problema repercutiría en un menoscabo de la seguridad jurídica, y el Código, -repite- **debe contener de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse.***¹⁰⁰ Este enunciado es casi idéntico a la definición que nos da Bobbio del principio de plenitud del ordenamiento.

⁹⁸ Savigny. Op.cit. p.53.

⁹⁹ ibid. p.62

¹⁰⁰ ibidem p.64. El subrayado es nuestro.

Savigny busca explicar la realidad del Derecho de la siguiente manera: En un triángulo, ciertos ángulos que no conocemos pueden deducirse con base en los que sí conocemos, debido a las relaciones de cada una de los segmentos entre sí. De la misma manera, dice Savigny, la ciencia jurídica debe deducir los datos que no posee de aquellos datos que sí puede recabar. En esta relación triangular, la ciencia jurídica representa una de los ángulos de la realidad, traduciendo el lenguaje del pueblo al Derecho positivo mediante el espíritu de los juristas. A esto se refiere Savigny cuando habla de **Principios Rectores** de la coherencia interna del Derecho. Esta nomenclatura no debe llevarnos a confusión. El hecho de que Savigny hable de “principios rectores” no debe llevarnos a pensar en un triángulo kelseniano en donde la norma fundamental o el Derecho natural se encuentren en la cúspide y la realidad social en la base. Tampoco debe llevarnos a la idea de los principios generales del Derecho tal y como los entendemos en la ciencia jurídica actual. Los principios rectores son la condensación de las costumbres del pueblo mediante el quehacer científico-jurídico. La ciencia jurídica es una etapa en el tránsito hacia el Derecho positivo. Sus principios rectores no deben ser entendidos como entes metafísicos aplicables a un caso determinado, sino como una síntesis del plano natural y el positivo.

Al respecto, el Dr. Lino Arias Bustamante, estudioso de la obra de Savigny, nos explica la visión del alemán acerca del Derecho:

El Derecho, por consiguiente, no es obra de la voluntad arbitraria del legislador como pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo, y la tarea del jurista no es crear el Derecho, inventarlo, sino más bien depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor: de los pueblos.¹⁰¹

Las críticas de Savigny a los códigos civiles existentes en su época (francés, prusiano y austríaco), proceden de un aprecio hacia el quehacer teórico y científico. Tal vez la principal crítica que se le puede hacer a su riguroso método científico sea la de otorgarle demasiada

¹⁰¹ Rodríguez Arias Bustamante, Lino. Un precursor del positivismo: Federico Carlos de Savigny y la escuela histórica. Revista de Ciencias Jurídicas. num. 3. Mayo 1964.p.24.

importancia al quehacer científico en la composición y construcción del Derecho. Gadamer, con relación a Savigny afirma lo siguiente:

*El propio Savigny en 1840 entiende la tarea de la hermenéutica jurídica como puramente histórica (en el System des römischen Rechts). Igual que Schleiermacher no veía problema alguno en que el intérprete se equipare con el lector originario, también Savigny ignora la tensión entre el sentido jurídico originario y el actual. El tiempo se ha encargado de demostrar con suficiente claridad hasta qué punto esto es jurídicamente una ficción insostenible.*¹⁰²

Debemos ser claros, sin embargo, al señalar que el concepto de Derecho para Savigny no es un silogismo en donde se aplica el plano del Derecho objetivo a la esfera del Derecho subjetivo. Su visión de lo que debe ser el Derecho no es una serie de principios rectores iusnaturalistas basados en la experiencia, como a veces se señala en la literatura jurídica. Todo lo contrario, su escuela proviene de una reacción a estos principios. La idea principal de Savigny con respecto a la ciencia jurídica es que ésta consiste en una disciplina que logra armonizar Derecho positivo y realidad social.

¹⁰² Gadamer. Op.cit. p.398

Título Segundo: El Liberalismo y el Derecho

Capítulo I. Inserción del liberalismo en la concepción filosófica del Derecho

En tiempos del imperio napoleónico, el Emperador le escribía lo siguiente a su hermano José: “He aquí la gran ventaja del Código Civil. El consolida nuestro poder, porque da en tierra con todo lo que no es fideicomiso, y no quedarán casas grandes, sino las que erijáis en feudos. Esto es lo que me ha movido a predicar un Código Civil, o lo que me ha conducido a establecerlo”¹⁰³. Veinticuatro años después de haberse escrito estas palabras en Francia, la Confederación Alemana firmaba el primer Tratado de Aduanas. Este tratado, que no entraría en vigor hasta Enero de 1834 con una Unión Aduanera de 18 Estados Federales, terminaría finalmente vinculando a 28 de los 39 Estados Federales de la Confederación Germánica y representando a 23 millones de habitantes en torno a Prusia¹⁰⁴. Sin ningún temor a equivocarse, puede afirmarse que el Tratado de Aduanas o *Zollverein* sería un antecedente inmediato e importante para la consolidación del Imperio Alemán en 1871.

El siglo XIX traería consigo la revolución industrial. La máquina de vapor, el ferrocarril y la luz eléctrica son algunos de los inventos que propiciarían la transformación económica de Europa. Europa Central pasa de una economía estatal centrada en su actividad agraria, a una expansión imperial basada en su producción industrial. Esta transición origina la constitución de bloques liberales en la representación política de Europa. Propugnan el librecambio frente a una postura estatal colonialista más conservadora y centralista. Naturalmente, una explicación binaria de dos sectores opuestos sería una explicación demasiado simple para un fenómeno tan intrincado como la conformación política de un conglomerado social tan extenso como Europa

¹⁰³ Guier, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*. Tomo II, p.599. Edit. Costa Rica. 1968.

¹⁰⁴ *Deutsche Geschichte in Quellen und Darstellung. Band 7: vom Deutschen Bund zum Kaiserreich (1815-1871)*. [Historia Alemana con Fuentes e Ilustraciones. Tomo 7: De la Liga Alemana al Imperio. (1815-1871)] Edit. Phillip Reclam. Stuttgart, 1997.p.151

Central en el siglo XIX. Para lograr una ilustración menos limitada habría que considerar, aparte del movimiento expansionista y mercantil oficial, la oposición laborista, por ejemplo. La creciente actividad económica incidiría a su vez sobre una polarización económica. Surgiría el problema de la Cuestión Social¹⁰⁵, el malestar social por el creciente volumen de la población y de la pobreza, con el consecuente arraigo de nuevas ideas acerca de la organización social. Empezaría a circular por Londres, en 1848, el Manifiesto Comunista, redactado por dos propagandistas alemanes invitados al primer congreso de los grupos obreros ingleses: Carlos Marx y Federico Engels. A grandes rasgos se puede decir que las políticas neocolonialistas de las potencias europeas, exacerbadas por una gran competencia, buscan un financiamiento interno que produce cierta polarización y división entre los partidos. Es así como Guillermo I, Rey de Prusia, ante la negativa del Parlamento o Cámara de Señores¹⁰⁶ (*Landtag*) de otorgarle un crédito con fines militares, decide ofrecerle la jefatura del gobierno prusiano a un militante de la aristocracia prusiana que en el momento fungía como embajador en París: Otto von Bismarck. Bismarck era un *junker*, nombre con el que se conocía a los militantes de este partido aristócrata prusiano. Tenía claras intenciones de unificación para los estados alemanes y categorías intenciones imperialistas. Su carrera política alcanzaría su cumbre con la Proclamación del Imperio Alemán y la coronación del Kaiser en Versalles el 18 de Enero de 1871.

Por otro lado, la situación política de Francia presentaba una compleja transformación que ya parece ser una irremediable constante. Desde la Restauración, Francia había experimentado un turbio clima revolucionario (especialmente en 1848) cuyo pretexto político y resultado final sería la promulgación de un Estado Constitucional. Para 1852, después de haberse consolidado la “Segunda República Francesa” bajo el mandato constitucional de Luis Napoleón Bonaparte, y una vez conseguido el respaldo militar y popular necesario para apoyar su mandato, se instaura en Francia el mandato de Napoleón III. Napoleón III ejerce el poder

¹⁰⁵ Surgían diferentes autores frente a la realidad social, con realistas como Theodor Fontane (1819-1818), por ejemplo, con una temática humorística hacia los problemas sociales.
¹⁰⁶ Compuesta por príncipes de sangre real, nobles hereditarios y miembros vitales representados por terratenientes, las universidades y la ciudades, la Cámara Alta fue reconstituida con una enmienda a la constitución prusiana de 1848, dándole menos libertad a las organizaciones liberales, las cuales habían logrado mayor presencia en este órgano.

de una manera más bien despótica. Su reinado traería a Francia a un nuevo contexto mundial en el cual había perdido presencia. Habiendo logrado una mayor estabilidad desde las Revoluciones de Febrero y Junio de 1848, Francia seguía siendo una zona en transformaciones sociales constantes. La transformación local de cada uno de los Estados Nacionales que se iban consolidando, es un síntoma de la constante evolución social que se manifiesta en la Europa Central del siglo XIX.

Para ilustrar el ambiente de la época, reproduciré la introducción de la insigne obra del profesor de historia de la Universidad de Bielefeld, el Dr. Hans Ulrich Wehler:

“Desde finales del siglo XVIII la revolución industrial inglesa y la revolución política francesa se habían hermanado en una “Doble-revolución”, cuya dinámica sin precedentes transformaría inicialmente el mundo europeo y posteriormente revolucionaría el mundo entero. Mientras que en Europa del Este se conformaban dos poderes en movimiento, la construcción de dos Estados claramente distinguibles experimentaba una fase trascendental de transición, lo cual constituye una característica inconfundible de la historia alemana del inicio de esta fase, en donde estos dos procesos de modernización coincidieron en algunos países importantes durante un lapso de tiempo particularmente corto. De ahí que una numerosa cantidad de desarrollo acelerado se encontrara presionado por un proceso de transformación que duraría cerca de treinta años, de 1845 a 1873. En otras palabras: los ciudadanos de esta era de cambio vivieron no sólo la caída de la revolución industrial alemana y el profundo estancamiento del sistema industrial, como lo comprobara luego el doloroso período de prueba de la industrialización posterior a la crisis mundial del comercio de 1873. Sobrevivieron simultáneamente, además, a la revolución política de 1848/49 y entre 1866-1871 a una segunda revolución, que siendo un tipo distinto de revolución política formó un nuevo tipo de Estado, cuyo resultado final sería la unificación del gran reino prusiano y el pequeño reino alemán. Cada uno de estas complejas problemáticas tomadas por separado presentaba sus propias dificultades e insospechadas cargas. Aparte de ellas, quedaría en el horizonte de aquellos años y para las experiencias de cada año futuro, el novedoso experimento del Industrialismo y la riesgosa política de una constitución del Estado Nacional, los cuales ensombrecerían con el velo y la interrogante de un resultado desconocido los años que vendrían.

Amoldado junto a la ganancia de una generación surgiría de la articulación de estos complejos problemas de desarrollo una época especialmente crítica. El capitalismo industrial alemán daba un gran paso hacia delante. Las clases sociales económicamente más comprometidas se desplazaban hacia un primer plano, como formaciones

sociales dominantes. En Europa Central se constituía un nuevo poder estatal y nacional con una postura inicialmente semi-hegemónica. Por todo lado, la economía alemana, la sociedad alemana y la política exterior alemana buscaban una nueva incursión hacia nuevos puertos y horizontes. En medio de esta época escribía un publicista liberal lo siguiente: “Una transformación tan completa en todas las condiciones externas de vida, tal y como la que se ha llevado a cabo en los último treinta años, no la volveremos a enfrentar de manera similar en el curso de la historia; una ruptura de esta magnitud y aquí resume su impresión acerca del cambio de los tiempos- todavía no se había dado en el orden del desarrollo de la Humanidad”.

Dándole un vistazo al punto de quiebra (Zäsur) que representa el periodo de 1871/1873 puede reconocerse, que la Doblerevolución alemana había alcanzado su propósito. El capitalismo industrial estaba sólidamente consolidado después de la revolucionaria acta que sustentaba su imposición. El nuevo Reino Alemán de 1871 le brindaba a la mayoría de los diputados alemanes el tan ansiado Estado Nacional -y al mismo tiempo un estado constitucional, cuya naturaleza particular aún nos queda por aclarar-. A pesar del éxito de un político conservador tan excepcional como Bismarck, el cual además tuvo la suerte de contar con el apoyo de de la fuerza militar prusiana en tres guerras y de una nueva “revolución desde arriba” con la unión causada por la lucha por la hegemonía europea, este Estado del movimiento liberal fungía como una posible modernización política. El despliegue ilimitado de la industria y del capitalismo agrario ofrecía un nuevo mercado, e incalculables recursos de capital para lo que hasta ahora había sido un simple apoyo jurídico.”¹⁰⁷

Evidentemente, el contexto político de Europa Central no debe ser entendido de manera aislada. La transformación constante se da a nivel local como mundial: el sistema agrario ruso empieza a mostrarse poco flexible para la carrera imperialista de las naciones alrededor del mundo (lo cual provoca cierto aislamiento dentro de Rusia misma), Estados Unidos y Alemania se consolidan como poderes político-hegemónicos indiscutibles, e Inglaterra resurge como potencia mundial. Fue tal vez la polarización global este-oeste del poder en Europa y la carrera colonialista de las potencias lo que permitió que se descuidara el conflicto Austria-Prusia-Alemania, y que la pérdida de fuerza de control francés diera como resultado una confluencia de circunstancias que permitirían la construcción del Imperio Alemán.

¹⁰⁷ Hans Ulrich Wehler. *Deutsche Gesellschafts-Geschichte. 1849-1914. Band 3: Von der “deutschen Doppelrevolution” bis zum Beginn des ersten Weltkrieges: 1849-1914.* CH Becksche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck) Munich, 1995.

Mientras tanto ¿qué pasaba en la Ciencia jurídica de Europa Central? Iniciaremos nuestra progresión histórica desde las ideas del jurista alemán Rudolf von Ihering. La intención de la presente sección consiste en realizar un viaje a través de la construcción del fenómeno jurídico. Desde el Código de Hammurabi, hasta Roma; desde Bizancio hasta los postglosadores; desde las codificaciones hasta los contratos atípicos de Joint Venture y las fusiones de las compañías transnacionales, el Derecho ha experimentado un proceso de sedimentación. Es una práctica social consolidada mediante el texto de la ley. Trataremos de ilustrar este fenómeno con la progresión histórica de las diferentes escuelas –especialmente del Derecho alemán- que han reflexionado acerca del fenómeno jurídico.

Capítulo II. Rudolf von Ihering (1818-1892)

El propósito de esta primera sección es elaborar una progresión histórica desde la consolidación del principio de plenitud del ordenamiento como dogma jurídico hasta los postulados de lo que se ha llamado la escuela del Derecho Libre y la idea del pluralismo jurídico de Santi Romano. En medio de estos dos momentos históricos encontramos la obra de Rudolf von Ihering, la cual utilizaremos como un vínculo para describir ligeramente el camino que la ciencia jurídica experimentó durante el siglo XX. La obra de von Ihering resulta especialmente útil e ilustrativa, por cuanto su posición doctrinaria experimentó un cambio que puede ser entendido, además, como producto de sus circunstancias históricas.

Ihering nace en el reino de Hannover. Escribe sus primeras obras en la década del 50, influenciado por los maestros Puchta y Savigny. *Pertenece a una nueva generación que tiene ya medio cuerpo fuera del romanticismo mientras el otro avanza hacia una actitud vital de enérgico pragmatismo.*¹⁰⁸ Su etapa final, sin embargo, avoca hacia un punto de vista mucho más utilitarista y práctico. En palabras de Phillip Heck, uno de los juristas que posteriormente apoyara parte de su trabajo en las ideas del autor que nos ocupa, von Ihering “pasó de ser Saúl a Pablo de Tarso”. Pasó de ser un conceptualista a un defensor de lo que llamó la “jurisprudencia teleológica” y el descubrimiento de los “intereses” en juego. Abandonaría el papel teórico de la ciencia jurídica como creadora del Derecho, de la “jurisprudencia conceptual” y se redefiniría mediante la descripción de una visión mucho más cercana a la realidad ideológica del Derecho. Trataremos de esbozar brevemente el cambio doctrinario descrito por las ideas de este autor. Utilizaremos cuatro obras del autor que son esenciales para comprender su tránsito intelectual: Primeramente, *El espíritu del Derecho Romano Actual*, posteriormente *El fin del Derecho*, *La Lucha por el Derecho* y finalmente, *Bromas y Veras en la Jurisprudencia: un regalo navideño para los lectores de Obras Jurídicas*. Lleva absoluta razón Ruthers cuando, con meridiana claridad, afirma que de los libros anteriormente citados, tanto el primero como el último son dos obras en las que von

¹⁰⁸ Prólogo de Fernando Vela a *El espíritu del Derecho Romano* de von Ihering, Rudolf. Revista de Occidente. Buenos Aires, 1947. p.8.

Ihering habla como jurista, situado dentro del Derecho, mientras que en “La Lucha por el Derecho” y “El fin del Derecho” von Ihering habla con un metalenguaje sociológico, es decir, situado desde un punto de vista externo al Derecho.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Ruthers, Bernd. Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Munchen, 1999.

Sección 1. El primer Ihering.

El espíritu del Derecho Romano, es la obra que consolidó a Rudolf von Ihering como un ilustre jurista. Es apreciable de manera evidente la influencia de Savigny y de la escuela histórica. Naturalmente, la fundamentación histórica basada en el estudio del Derecho romano proviene del resurgido interés promovido por la escuela histórica hacia las fuentes clásicas del Derecho. La obra se divide en el análisis de tres sistemas de Derecho romano: los orígenes del Derecho romano, la consolidación del Derecho escrito y, por último, la fase de desmembramiento del Derecho romano como legado a culturas europeas posteriores.¹¹⁰ Señala como el periodo de mayor importancia el de la época del Imperio, sistema en el cual se consolidó el Derecho escrito como sistema. Algunas de sus ideas son fieles reproducciones de la tesis de Savigny: la analogía entre el Derecho y el lenguaje y la función de la ciencia jurídica en virtud de esta relación, por ejemplo. Sin embargo, el hecho de que von Ihering concentre su atención en la época imperial de la historia romana, nos da un breve vistazo de su todavía embrionaria

¹¹⁰ “Diferenciamos en el Derecho romano tres sistemas. El segundo, los pensamientos nacionales de Roma en materia de Derecho. Los otros dos son los eslabones por los correspondiente a la época de la República, es el más importante y peculiar, porque en él llegan a su culminación y triunfo cuales el Derecho romano enlaza con la historia extraña a Roma, bien por recibir de ella, como el primero, bien por devolver aumentado al mundo lo recibido. El primer sistema, punto de partida de su Derecho, ya estaba formado muy anteriormente a Roma, en la época anterior a la separación de los pueblos indogermanos, como lo prueba su semejanza con el Derecho que aparece entre los germanos sólo ocho o diez siglos más tarde que en Roma, adelanto que prueba el genio del pueblo romano para la cultura del Derecho. En el segundo sistema, cuya formación comienza ya en el tiempo de los reyes, termina la indecisión del Derecho antiguo, propia de todo lo que empieza: en él se separan el Derecho de la religión, el individuo y el Estado, todo queda definido y delimitado en claras formas plásticas, todo es robusto como los romanos de la época, todo completo y desarrollado, todo patente, sencillo, deducido de una sola idea impulsada por una lógica inexorable y cruel, como una máquina grandiosa que opera con seguridad y uniformidad sumas. Esta uniformidad hace que a veces no se pueda plegar a las condiciones individuales; así ha podido decirse en muchos casos *summum ius summa injuria*. (...) Mas tarde vino con otra raza otro genio y en el séptimo siglo de Roma la libertad degeneró en licencia y la seguridad del Derecho en incertidumbre. La fuerza romana descendió al nivel de las fuerzas humanas ordinarias y el Derecho, adaptándose a ellas, abandonó su carácter rigurosamente romano para revestir otro más general y cosmopolita. Este es el tercer sistema, en el cual, por virtud de las relaciones con los extranjeros, se forma un Derecho internacional independiente de las formas romanas, menos rigurosas, más amplias y mejor adaptado al espíritu de las cosas, y, en suma, más universal. Desde este punto de vista el tercer sistema es un progreso. Si en el segundo los factores principales son las cualidades morales del pueblo romano, en el tercero las sustituye el genio intelectual, que sobre los sólidos fundamentos anteriores, edificó una obra maestra de arte jurídico que cerca de diez siglos más tarde es la base del Derecho de todos los pueblos extranjeros.” Von Ihering,, Rudolf. Espíritu del Derecho Romano, trad. Fernando Vela. Revista de Occidente. Buenos Aires, 1947.

concepción del Estado, en el sentido de que es una visión similar al Leviatán de Hume; una relación vertical entre individuo y sociedad, la cual permite la vida en sociedad mediante su férrea imposición.

A pesar del tono pragmático que empieza a distinguirse en la prosa de von Ihering, esta primera etapa se distingue por su avocación hacia la construcción de conceptos jurídicos mediante el mecanismo inductivo de la “Jurisprudencia Conceptual”. Dentro de esta primera fase, dedicada al estudio histórico de las fuentes del Derecho, se distingue también su interés por la historia de algunas tribus indoeuropeas. Este mecanismo reproducía ciertos modelos de su maestro, Georg Friedrich Puchta, quien mediante la clasificación de los Derechos subjetivos había trabajado sobre la edificación de una “Genealogía de Conceptos Jurídicos”. Como integrante del movimiento iushistórico, Puchta creía, -al igual que Savigny-, en el reconocimiento de los conceptos jurídicos y de las reglas jurídicas a partir del espíritu popular, y en el papel de la Ciencia Jurídica como creadora del *Juristenrecht*, o “Derecho de los juristas”. Como vemos, von Ihering se inicia en la ciencia jurídica en momentos en donde la “construcción jurídica” goza de gran popularidad. Esta influencia lo llevaría a concebir un “alfabeto jurídico”, en donde pudiera reconocerse, mediante el método “histórico-natural” la descripción más fiel de los distintos conceptos jurídicos.

En cuanto a la labor jurisprudencial, diferenciaba dos grandes estratos: la alta jurisprudencia y la baja jurisprudencia. La baja jurisprudencia, por estar más cercana a las interpretaciones cotidianas y al carácter normativo del Derecho, contendría conceptos e institutos instrumentales, directamente relacionados con las formas más imperativas y rudimentarias del Derecho. La alta jurisprudencia contendría reglas y principios de una densidad conceptual mayor, personificaría los cuerpos jurídicos más densos y complejos, con los cuales se podría construir un sistema jurídico capaz de evolucionar, según las condiciones, hacia nuevas y sistemáticas formas jurídicas.

Sección 2. El segundo Ihering

Esta segunda postura de Ihering propone una forma más finalista de ver el Derecho. La reformulación de la teoría de Ihering procede de una visión utilitarista: pasa de ser una

construcción social análoga al lenguaje y pasa a ser una realidad práctica -casi maquiavélica-. El aspecto teleológico del Derecho es evidente en el título de su obra: “El fin del Derecho”. Esta segunda etapa posee un estilo marcadamente agresivo. Parafrasea a Descartes y afirma: “volo, y no cogito, ergo sum”. Von Ihering se muestra mucho más enérgico y cínico hacia la situación de la ciencia jurídica y de Alemania en general: “¿Cómo puede el egoísmo existir todavía en el mundo? Porque el egoísmo lo quiere todo para sí. Pero el mundo lo toma a su servicio y le paga el salario que reclama.”¹¹¹ Von Ihering distingue la esfera interna del individuo de la esfera externa de sus acciones, compara al ser a un animal que, guiado por la compulsión de su egoísmo, se relaciona con sus semejantes para saciar sus intereses. “Relacionar su propio fin con el interés del otro. El Estado, la sociedad, las relaciones, los negocios, toda la vida descansa en esta fórmula”.¹¹² El egoísmo, para este autor, llega a ser un motor egoísta del movimiento social, con diversos mecanismos de coacción, diferenciables únicamente por la proporción de su compulsividad.

Aún así, si bien es cierto existen diferencias esenciales en su forma de ver el Derecho, algunas ideas se mantienen. Algunas ideas de von Ihering se presentan como un continuo a lo largo sus reflexiones como jurista. Por mencionar un ejemplo, sus ideas relacionadas con la analogía entre la fisiología humana y el vitalismo jurídico, bautizada por él mismo en “El Sistema de Derecho Romano actual” como la “fisiología del organismo jurídico”¹¹³ es un *leitmotiv* que se repite a lo largo de su obra. Von Ihering compara el Derecho a un órgano vital del Estado, el cual reacciona mediante un violento mecanismo de defensa dependiendo de la proporcionalidad del riesgo. Cuanto más vital el órgano, mas feroz la defensa del Derecho en virtud de su propia supervivencia. El ataque más violento que se le puede ejercer a este organismo estatal es sobre uno de sus órganos más vitales: la propiedad. “En apropiándonos de la cosa, la imprimo el sello de mi personalidad, cualquier ataque dirigido a ella, me hiere a mí, porque mi propiedad soy yo, como que la propiedad no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa”.¹¹⁴ Su forma vitalista y orgánica de ver el Derecho como un

¹¹¹ Ihering, Rudolf von. El fin en el Derecho. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1960. p.23.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibidem

¹¹⁴ von Ihering, Rudolf. La lucha por el Derecho. Edit. Porrúa S.A. México D.F. 1982. p. 52.

ser viviente, que reacciona en protección de sus órganos vitales, es una analogía que posteriormente fue retomada por los movimientos nacionalsocialistas. La versión de von Ihering es marcadamente agresiva, pero no tan violenta como para llegar a justificar la existencia de un régimen totalitario. Su posición acerca de la fisonomía del Estado, sin embargo, se acerca más a la visión lockiana que a la visión rousseaussiana de un Contrato Social: “El Estado no puede lograr mantener el orden legal más que luchando continuamente contra la anarquía que le ataca.”¹¹⁵

La postura utilitarista de von Ihering, tomando en cuenta su contexto histórico, contrasta por mucho con las diferentes visiones de su entorno jurídico. En este sentido, von Ihering fue todo un visionario, quien logró aboradar con mucha antelación los problemas de la dogmática jurídica de su tiempo. El sarcasmo de von Ihering, - *in crescendo* conforme avanza su obra-, encuentra su cúspide en una serie de publicaciones que hiciera, inicialmente de manera anónima, en 1844 en el *Preussische Juristische Zeitung*, un periódico dedicado a la discusión de temas jurídicos. Estos textos serían posteriormente reconocidos y publicados por el mismo Ihering. En esta serie de publicaciones von Ihering no tendría ningún reparo en retractarse tácitamente de su primera fase dogmática, y de volver sus escritos hacia una ácida crítica de la nostálgica corriente histórica del Derecho. El artículo más significativo de *Bromas y veras en la Jurisprudencia* es “En el Cielo de los Conceptos Jurídicos”, parodia en la cual un jurista pragmático accede al cielo en donde se encuentran los juristas teóricos más renombrados, desde los glosadores hasta Savigny. Este es un lugar en donde los conceptos jurídicos son guardados con inmenso respeto y en donde su cuidado consiste en evitar cualquier contacto de éstos con el mundo real. La sátira de von Ihering es directa y puntual, derriba con admirable herejía y coraje, santos y dioses del mundo jurídico que habían llegado a ser respetados de manera irrazonable mediante un culto académico. Con von Ihering se empieza a abandonar esa nostalgia histórica hacia el mundo jurídico romano, y se empieza la construcción de una ciencia jurídica pragmática, directamente relacionada con su entorno.

¹¹⁵ Op. cit. p.7.

Capítulo III. La jurisprudencia de intereses: Phillip Heck

Con la investigación y el arduo trabajo que el Código Civil alemán había supuesto para la Ciencia Jurídica alemana en general, finalizaba una cadena de recepción de las fuentes jurídicas históricas romanas. Esta sucesión de estudios jurídicos había comenzado con la indagación del Corpus Iuris por parte de Savigny y la Escuela Histórica, seguía con la pirámide conceptual de Puchta (la cual fue posteriormente adoptada por Bernhard Windscheid) y finalizaba con la promulgación del Código Civil Alemán para el inicio del nuevo siglo, es decir, en 1900. Se iniciaba de esta manera un período que empezaba a ver el Derecho alemán ya no como un objeto de estudio de los recintos académicos, sino como el resultado vívido de la aplicación de sus propias definiciones legales. Dentro de este nuevo movimiento, avocado hacia una nueva interpretación del término “interés” de Rudolf von Ihering, encontramos a un grupo de juristas denominado la escuela de la “Jurisprudencia de Intereses”.¹¹⁶ Su representante más significativo fue Phillip Heck, quien con su lectura “El Problema de la Creación del Derecho” iniciaría las celebraciones del cumpleaños del Rey Guillermo II, en su calidad de rector de la Universidad de Tubinga. Es importante que el lector atienda el momento histórico en el que se desarrolló la escuela de la Jurisprudencia de Intereses. Como señalamos anteriormente, al inicio del siglo XIX el ordenamiento jurídico alemán respondía a la situación de incertidumbre política que vivía esta nación. Por un lado, regía el Código General Prusiano de 1794, el Código Civil

¹¹⁶ Frecuentemente, con la intención de facilitar el estudio de ciertas épocas o autores, los entendidos en la materia, tal vez desde Aristóteles, realizan clasificaciones que responden a un proceso intelectual de comparación, dividido éste mismo proceso en dos procesos contradictorios: el reconocimiento de diferencias o de semejanzas entre los conceptos examinados. La categorización de autores en Escuelas o bajo “etiquetas” teóricas constituye un medio bastante común y útil para seccionar el estudio de ciertas corrientes jurídicas en fracciones más puntuales. De esta manera, se hace más sencillo su estudio. No obstante, y para gran satisfacción de la pluralidad en las tonalidades de la Ciencia Jurídica, no existe cosa semejante a una “lista oficial” de clasificaciones jurídicas. Con cierta reiteración, no existe consenso en la doctrina en cuanto a qué escuela debe pertenecer uno u otro autor, o cómo debe denominarse su obra. Esta faceta está directamente relacionada con la noción de “plasticidad del Derecho” (Vaz Ferreira) a la cual haremos frecuente referencia a lo largo de la presente investigación. La justificación que mediante estas líneas esbozamos, responde a la polémica clasificación que diferencia a los autores de la Escuela de la Jurisprudencia de Intereses y aquellos de La Escuela Libre del Derecho, por cuanto ellos mismos difieren muy específicamente dentro del mismo discurso de sus planteamientos. Por supuesto que existen autores principales como Heck, o Kantorowicz, que no pueden ser sumidos dentro de una misma clasificación porque sería una categorización demasiado alejada del contexto bajo el cual hacemos el presente examen. Sin embargo, cuando se trate de autores menores trataremos de no ser excesivamente puntuales en el tratamiento de estas divergencias, por cuanto el principal objetivo de esta Sección es sencillamente ilustrar la progresión del Derecho desde las codificaciones hasta el “pluralismo jurídico” y, finalmente, la más reciente “Teoría de los Sistemas” de Luhmann, y particularmente la aplicación de ésta por parte de Gunther Teubner.

Francés de 1804, el Código Civil General Austríaco de 1811, el Derecho Común de cada uno de los restantes Estados de la Confederación Germánica, así como un sinnúmero de ordenanzas, costumbres y leyes particulares propias del Derecho consuetudinario germano. Con la consolidación de Alemania como imperio en 1871, se empieza a dar la necesidad de reflejar su reciente y adquirida cohesión mediante un instrumento jurídico que la refuerce. Es así como se inicia la redacción del Código Civil Alemán. Uno de los grandes constructores llamados a la comisión redactora fue el profesor Bernhard Windscheid. Windscheid había sido alumno de Savigny en Berlín. Poseía una gran influencia de La Escuela Histórica del Derecho, la cual se había dividido en una vertiente que procuraba el estudio de las fuentes romanas y otra que propulsaba el estudio del Derecho común germano. Su obra, en contraposición a la vertiente germanista (dentro de la cual se encuentran autores como Eichhorn, Grimm y Gierke), se clasifica dentro de la corriente romanista de la escuela histórica. Junto con la obra de Savigny y Puchta, el trabajo de Windscheid procuraba el estudio del Derecho romano para la elaboración de conceptos jurídicos que pudieran ser aplicados por los tribunales alemanes del siglo XIX. De ahí que su movimiento particular, dada la importancia que el estudio de las Pandectas significaría para esta corriente, se conozca como la Pandectística Alemana. Puede entenderse que la construcción de conceptos legales había sido hasta ahora la gran preocupación de la Ciencia Jurídica alemana. De esta manera, y con la promulgación del Código en 1900, la ardua labor de Windscheid y de la comisión redactora del Código ponía fin no sólo a la discusión acerca de la posible elaboración de un Código Civil para Alemania, sino que permitía por primera vez la sistematización de este abigarrado complejo de normas que cohabitaban en el entorno jurídico alemán.

Por otro lado, y con la llegada de la Revolución Industrial, empezaba a surgir un nuevo Derecho mercantil o industrial, acompañado por nuevas formas jurídicas de índole laboral o social. Este fenómeno social empieza a producir fricciones entre los valores propios de la idea de un Derecho material y la rigidez de la teoría procesal de la época, y obligan a una redefinición de los métodos de interpretación. Es así como reaparece la influencia pragmática, utilitarista y teleológica de von Ihering, como justificación para volver a buscar por medio del “interés” el sentido adecuado para la norma jurídica.

El problema fundamental del que se ocupa Heck es la redefinición del método legal. Retoma el concepto de “interés”, y le aplica una inversión en la manera en que este debe ser construido. Su postura, sin embargo, está lejos de ser una simple redefinición de la forma en que los conceptos jurídicos deben ser ideados o de los procedimientos lógicos mediante los jueces resuelven sus litigios. Heck y su escuela defienden una “jurisprudencia de intereses”, con una aplicación práctica y un asidero directamente tomado de la realidad. Su reacción proviene fundamentalmente de la “construcción” de “conceptos legales” de la manera tradicional, deductiva y analítica en la que hasta ahora se había venido trabajando en la dogmática jurídica alemana posterior al Código Civil de 1900. A continuación examinaremos, brevemente, los antecedentes que dieron origen a esta escuela. Como podemos ver, ciertos autores iban a servir de apoyo innegable para sustentar las diferentes posiciones de la jurisprudencia de intereses. La primera y más evidente influencia de la escuela de intereses es Rudolf von Ihering¹¹⁷. La crítica de Heck se basa en el análisis de tres conceptos fundamentales: “Intereses en juego”, “conceptos de la ciencia jurídica” y “construcción legal”. El primero tuvo su origen en los escritos de von Ihering, haciendo referencia a la necesidad del juez de recurrir no a los formalismos conceptuales de un código sino a los verdaderos intereses que se pudieran presentar en el litigio. El segundo hace referencia a la derivación deductiva mediante la cual se pretendía construir conceptos mediante un proceso inductivo que empezaba con la observación de la realidad y que concluía con la elaboración de conceptos por parte de los juristas. La “construcción legal” era una terminología que provenía de la escuela pandectística de Windscheid.

Capítulo IV. La Escuela del Derecho Libre: Hermann Kantorowicz

El escenario histórico dentro del cual se desarrolló la Escuela del Derecho Libre tiene como fecha de arranque el primer tercio del siglo XX. Sobra decir que ésta sería una época convulsa y de grandes transformaciones.

¹¹⁷ Heck inició sus estudios en Ciencias Naturales y Matemática. Esta influencia es notable en su forma de organizar sus textos mediante esmeradas amplias y complejas clasificaciones. Su reconocido interés por Ihering es lo que lo lleva a orientar su carrera de las Ciencias Naturales al Derecho: “Ihering hizo de mi un jurista de intereses, antes de que yo siquiera llegara a ser un jurista”. Heck, Phillip. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Gehlen, Berlin, 1968.

Hasta finales del siglo XIX, Europa Central (talvez debido a su localización geográfica), había sido el escenario de las negociaciones de los poderes de Francia, Inglaterra y Rusia. Para finales del 1800, Inglaterra se mantenía como la indiscutible hegemonía europea, gracias a su poder marítimo, el cual reforzaba su expansionismo colonial. Europa Central aparecía como un escenario de poderes fragmentados: Bélgica, Suiza, Italia, los Países Bajos, Hungría, Austria y Prusia eran reinos, no potencias. Sin embargo, con la pérdida de influencia francesa, el panorama centroeuropeo comienza a transformarse. Alemania, a partir de la coronación del Kaiser en Versalles en 1871, iniciaría un periodo de consolidación política interna.

En cuanto a las conclusiones que esboza este capítulo es preciso hacer la siguiente observación. Es cierto que en la elaboración de una teoría, sobretodo en cuanto a filosofía política, la historia presenta miles de facetas mediante las cuales se puede construir un argumento que explique causalmente las inferencias hacia las cuales se quiere llevar al lector. Cada piedra se amolda y se adhiere al muro de la teoría que se quiere construir. Sin embargo, cuando una variedad de visiones, estructuras y detalles apuntan hacia cierta identidad, podemos estar de acuerdo con el hecho de que las circunstancias históricas se mueven bajo cierta dinámica reconocible. En el caso de la Alemania anterior a la primera guerra mundial, algunos de los historiadores consultados razonan desde diferentes puntos de vista: la actividad económica, los juegos políticos, la consolidación de las fuerzas laborales en representaciones sociales oficiales. Sin embargo, existe una línea de razonamiento que permanece fiel a sus distintos análisis: la consolidación del pueblo alemán en una sociedad estratificada. Ampliaremos esta idea de manera breve, mediante uno de los fenómenos más interesantes de la cohesión que permitió la institución del imperio alemán: la consolidación de los partidos socialdemócratas.

El auge de la actividad económica, inicialmente impulsado por el sector aristócrata prusiano de los *junkers*, había permitido cierta acumulación de la riqueza, la cual despertaría el surgimiento de los movimientos obreros excluidos de ella. A finales del siglo diecinueve, sin embargo, esta tensión de sectores contrarios empieza a disiparse mediante la inserción de cada uno de los sectores en su ideología contraria. En el caso de las organizaciones de obreros, éstas habían sido conformadas originalmente por obreros autodidactas, los cuales habían iniciado su

inclusión en los temas de representación sindical más por una necesidad que por el interés hacia discusiones doctrinarias acerca del papel del Estado. Con la estabilidad propia que significaría el establecimiento de facilidades de intercambio económico y la ausencia del asedio de los conflictos con el estado francés, algunos sectores intelectuales integrados por jóvenes académicos empiezan a insertarse en las causas de reivindicación obrera. Esta inserción de discusiones menos pragmáticas acerca del actuar de los representantes obreros estaría muy lejos de hacer desaparecer la tensión entre los sectores de señoríos industrializados y aquellos de trabajadores organizados. Sin embargo, y de manera lenta, la clase obrera no se opone tan férreamente a la clase industrial, como sí lo hiciera a inicios de la gestión de Bismarck.¹¹⁸ Esta unificación es importante, por cuanto la sociedad alemana empieza a reconocerse como una sociedad estratificada. Se reconoce a sí misma como una sociedad contenida por su estratificación social, pero unida. Desde el punto de vista de sus relaciones hacia afuera, esta cohesión terminaría dirigiendo a la sociedad alemana hacia la idea de una política expansionista externa. Europa Central había sido hasta el momento el escenario del juego de una Pentarquía de la cual Alemania no había sido parte. Sin embargo, el periodo comprendido entre 1871 y 1914 marcaría el despliegue del desarrollo industrial de Alemania. Esta actitud unificadora y nacionalista ignoraría descontentos que se mostrarían de manera forzada casi medio siglo después. Sin embargo, en una manera trascendental para el desarrollo de la historia del imperio alemán, esta cohesión nacional posibilitaría el hecho de que el pueblo alemán empezara a pensar en proyectarse hacia fuera mediante planes expansionistas. De esta manera, en 1890 Guillermo II, anuncia una política exterior alemana que marcaría el inicio del siglo XX mediante la Primera Guerra Mundial: su ideología pangermanista y expansionista, la *Weltpolitik*¹¹⁹.

En un plano más global, la hegemonía inglesa empezaría a ser desafiada ya no sólo por los poderes europeos que como Rusia y Alemania asediaban el poder marítimo y colonial inglés, sino que adicionalmente, dos nuevas potencias ya consolidadas, Japón y Estados Unidos,

¹¹⁸“Poco a poco, una parte de la socialdemocracia se va integrando en la sociedad imperial”. Badia, Gilbert. Historia de la Alemania Contemporánea. trad. de Analia Cárdenas. Tomo I (1917-1932). Editorial Futuro, Buenos Aires. 1964. p. 32.

¹¹⁹ Welt: mundo.

entrarían al juego político mundial. La carrera imperialista, el crecimiento poblacional acelerado y la expansión económica, son factores que aceleraron las tensiones al punto que estallara en 1914 la Primera Guerra Mundial, resultado de una “tensión insoportable”.¹²⁰

En 1903 aparece la conferencia de Eugen Ehrlich, la cual dio nombre a este movimiento: la ciencia jurídica libre. (*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*). Esta obra, y en 1906, “La lucha por la Ciencia del Derecho” (*Das Kampf um die Rechtswissenschaft*), de Hermann Ulrich Kantorowicz, marcan de manera clara la aparición de esta escuela en el medio jurídico alemán. Otro autor comúnmente enmarcado dentro de este discurso es Hermann Isay. Sus herejes postulados resonarían de manera tan profunda en la forma tradicional de ver el Derecho, que algunos juristas contemporáneos todavía catalogan a estos autores como terroristas de un principio de seguridad jurídica que usualmente llega a retratarse de una manera sacralizada¹²¹. Sus dos argumentos más “sacrílegos” serían: primero, que la sentencia constituye una tarea creadora proveniente de todos los elementos extralegales que existen en la conciencia del juez y, segundo: que el juez, en su función valorativa y bajo ciertas excepciones, puede apartarse del texto de la ley. Su postura no es anárquica, sino simplemente sincera y realista. Uno de los hechos más importantes que motiva el interés de la *Freirechtsschule* en la libre creación del juez es el hecho de que al final de la primera guerra mundial se genera una gran recesión económica que obliga a reinterpretar muchos de los contratos que habían sido firmados antes de ella. Debido a las relaciones inflacionarias que causaron las retribuciones que debía pagar el Estado alemán a los vencedores de la guerra, estos contratos pierden sentido real y deben ser reinterpretados al tenor de las apremiantes circunstancias. En palabras de Gustav Radbruch, amigo cercano de Hermann Kantorowicz, profesor de la Universidad de Heidelberg y Ministro de Justicia bajo la administración del canciller Stressemann en la postguerra, “la teoría de la interpretación basábase en principios jurídicos, en el postulado jurídico de la unidad cerrada del orden jurídico, que es el supuesto de la prohibición de crear Derecho y de negarse a fallar impuesta por el juez. Pues bien, el movimiento del Derecho Libre empezó a demostrar, con ayuda de medios lógicos y psicológicos, que aquella pretendida unidad cerrada era simplemente

¹²⁰ Gephardt, Bruno. *Handbuch der deutschen Geschichte*. Band 4: *Die Zeit der Weltkriege*. Union Verlag, Stuttgart, 1959.p.9.

¹²¹ v. García Maynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho* (1908). Op cit. p. 82.

un postulado, o, por mejor decir, una ficción” Más tarde, afirma lo siguiente: “El movimiento del Derecho Libre no se propone, pues conferirle al juez nuevas atribuciones, sino simplemente llevar a su conciencia lo que, sin confesárselo y tal vez sin darse cuenta de ello, ha hecho siempre, que es venir en ayuda de la ley, complementando sus normas por medio de la propia iniciativa”.¹²²

Es harto difícil contextualizar el momento histórico en el que surge la Freirechtsschule, más aún delimitar las influencias o corrientes científicas que pudieron haberle dado su origen. El momento histórico en el que se da su arranque, aún tratando de ignorar el agitado momento por el que atravesaba la historia universal, presupone un escenario científico bastante complejo y variado. Tal vez por el hecho de que surge en medio de la apática, impasible y desalentadora era de la República de Weimar, la filosofía del Derecho de esta época se encuentra opacada por los estudios acerca de la Segunda Guerra Mundial que se generarían de manera posterior.¹²³ Ilustraremos la situación de la ciencia jurídica en Alemania durante el primer tercio del siglo veinte mediante un breve repaso de la vida de Hermann Ulrich Kantorowicz, lo nos puede dar un revelador enfoque del convulso ambiente en el que nació la Escuela del Derecho Libre. Kantorowicz nace en Posen en 1877, seis años después de que el imperio alemán se coronara en Versalles. Asiste al ejército en funciones de inteligencia durante la Primera Guerra Mundial. Sus primeras aproximaciones políticas las realiza en el Partido Socialdemócrata Alemán (SPD en por sus siglas en alemán) y en el “Gegeneingabe”, un manifiesto de oposición a las políticas imperialistas del Canciller, junto a intelectuales y científicos de renombre de la época como Max Planck, por ejemplo. La polémica surgida en 1921 a causa de sus publicaciones en contra de las políticas expansionistas oficiales lo obligan a atenuar su tono vanguardista. En 1933

¹²² Gustav Radbruch. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. 3 Aufl. Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1965. p.80.

¹²³ Ver las apreciaciones iniciales de Hans-Peter Haferkamp, profesor de la Universidad Libre de Berlín en *Bemerkungen zur deutschen Privatwissenschaft zwischen 1925 und 1935-dargestellt an der Behandlung der exceptio doli generalis* en *Forum Historiae Iuris*, una revista especializada en historia del Derecho de la Universidad Libre de Berlín. (www.rewi.hu-berlin.de/FHI). Por otro lado, el Dr. Salas, profesor de nuestra Facultad, ilustra el problema de la siguiente manera: “La necesidad no sólo nos enseña a mendigar, sino también a filosofar, sentenciaba uno de los maestros de la filosofía alemana del siglo pasado, me refiero a Gustav Radbruch. Él tenía razón. Qué tan unidos se encuentran la calamidad humana y la filosofía (en especial la metafísica) se refleja con absoluta claridad si se estudia lo sucedido con la Filosofía del Derecho después de 1945. Es después de esta fecha que los juristas germanos se retrotraen sobre sí mismos con el objetivo de responder a la pregunta; ¿Cómo pudieron suceder tales horrores?”. Salas, Minor E. *¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general*. En *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm.24, 2001. pp.203-234.

emigra hacia Estados Unidos y posteriormente a Inglaterra. Examinando de manera muy sumaria su vida, podemos observar que Hermann Ulrich Kantorowicz experimentó el apogeo del reino alemán, su caída en la segunda guerra mundial, la ocupación aliada en la República de Weimar entre 1918 y 1933, y la ascensión de Hitler al poder en el golpe de estado de 1931. La Segunda Guerra Mundial explotaría en 1939 y la capitulación de Alemania se firmaría en 1945. Esta breve reseña nos puede dar una idea de lo sacudida que fue ésta época para la generación germana de este período de la humanidad.

Por un lado, y estrictamente en el ámbito de la Ciencia Jurídica, el quehacer de la Escuela Libre coincide históricamente con el quehacer científico de la Escuela de Intereses. Algunos de los autores de la escuela de la Jurisprudencia de Intereses, como Stampe, Muller-Erzbach o Stoll coinciden o divergen de manera muy particular y específica en relación con cada uno de sus argumentos, ya sea entre sí¹²⁴ o en relación con los planteamientos de la Escuela Libre. Ambas tendencias comparten, eso sí, su arraigo en las ideas utilitaristas que por influencia de Bentham planteara von Ihering en la ciencia jurídica alemana. En el mismo círculo científico-jurídico empezarían a manifestarse nuevas formas de entender el Derecho, como la corriente neokantiana, la cual, replanteando el contraste entre los valores y la realidad, se encuentra representada por tres escuelas en particular: las escuela sudoccidental, con autores como Rickert, Weber y Radbruch; la escuela de Marburgo, con Cohen y Stammler; y la escuela vienesa con el maestro Hans Kelsen. Al otro lado del Atlántico, en Estados Unidos (una potencia que irrumpe en el siglo XX como protagonista) la corriente del *Realismo Jurídico* personifica una progresión y un fenómeno jurídico aparte. Tomando como punto de partida las observaciones del juez Oliver Wendell Holmes y posteriormente la obra de autores como Roscoe Pound y el polémico y ácido tono de Jerome Frank, el Common Law estadounidense manifiesta una dinámica semejante a la progresión histórica que experimentara la Ciencia Jurídica centroeuropea durante el siglo XIX. Esta postura posee una posición crítica aún más ácida hacia el estatilismo jurídico, pero igualmente semejante a la irreverencia pragmática de la Escuela del Derecho Libre.

¹²⁴ Por ejemplo, la disputa Heck-Oertmann acerca de la construcción de términos jurídicos, a la cual Heck le dedica la mitad de su estudio, es muy puntual en sus observaciones. V.Heck, Phillip. Begriffsbildung und interesenjurisprudenz. Op.cit. p.146.

Por otro lado, la corriente del Derecho Libre procede de discusiones metajurídicas. Según Larenz, la escuela Libre aparece influenciada por la reacción irracionalista y voluntarista de Nietzsche y Schopenhauer, la cual a su vez es una reacción a las anteriores nociones del siglo XVII o de concepciones propias del Derecho Natural de autores como Wolff.¹²⁵ Sin duda alguna, el auge de las ciencias naturales que exploran las corrientes sociales subterfugas –como la sociología o la antropología–, constituyen el punto de arranque para las reflexiones de la Freirechtschule. Sus ideas provienen de la concepción materialista de la historia de Marx y Engels, y coinciden temporalmente con las observaciones de Ehrlich y de su “jurisprudencia sociológica”, con el trabajo de Emile Durkheim y con las publicaciones de Max Weber, cita recurrente en los ensayos de Kantorowicz, por ejemplo. El capitalismo había despertado la lucha entre los que ostentaban el poder y los que se encontraban subordinados a él. Desde este punto de vista la ciencia jurídica empieza a escarbar en el Estado desde las relaciones sociales de “abajo”, y desprecia un análisis o definición del Derecho que provenga de conceptos naturalistas. Kantorowicz llama a esta desmitificación de las nociones jurídicas el “Pragmatismo Conceptual” (“Begrifflicher Pragmatismus”). A diferencia de los formalismos de los defensores de la construcción teórica de la escuela histórica, para Kantorowicz la discusión acerca de los conceptos y su significado es un círculo vicioso de descalificaciones y aclaraciones académicas. A su juicio, el “realismo verbal” (“verbalen Realismus”) discute acerca de los nombres para los conceptos, no de la realidad, que es lo más importante. Para él no importa tanto la discusión acerca del nombre del concepto mediante el cual aprehendamos la realidad, a final y al cabo sólo existen descripciones parciales de un objeto de estudio; cualquier descripción de él posee algún grado de acierto: “El camino equivocado: *Verbalen Realismus*. Una definición científica no puede ser encontrada mediante camino lexicográficos, a pesar de que – así parece- nuevos y antiguos Filósofos del Derecho así lo hayan creído”. (...) “No es tan importante la discusión acerca de conceptos y significados, existen discusiones más importantes que la elección de un término o de otro. Abordar los acuerdos conceptuales como preguntas falsas o verdaderas del uso del lenguaje, es un error fundamental, el cual se ha traído abajo incontables investigaciones en cada ámbito de la Ciencia. Se ha tratado de encontrar la

¹²⁵ Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. 2da Edición. Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero. Edit. Ariel. Barcelona, 1980. p.81.

esencia (*Wesen*) del Derecho. Se ha tratado de definir como si existiera una descripción falsa y otra correcta de un Estado identificado, en vez de observar que estas definiciones son un medio para describir el objeto. En este sentido, el realismo verbal nos lleva por un círculo vicioso.”¹²⁶

Como muchos grandes juristas, Kantorowicz también aborda la pregunta acerca del Derecho desde la distinción entre el Derecho y la Moral. Diferencia los actos autónomos desde una esfera interna del individuo de aquellos actos externos, presentes en el mundo de la representación, en los cuales la heteronomía define la delimitación de la esfera jurídica. Esta diferencia lo lleva a buscar el punto de partida para la diferencia entre ambos conceptos. “El Derecho es un conjunto de reglas, las cuales prescriben una conducta externa que se considera obligatoria”¹²⁷. De esta manera Kantorowicz entiende la diferencia entre Derecho y costumbre en términos de la posibilidad de la primera de ser justiciable, de poder ser impuesta. Esta “justiciabilidad” (*Gerichtsfähigkeit*), sin embargo, no debe provenir exclusiva- ni necesariamente de un orden jurisdiccional. La obediencia hacia una norma no es un fenómeno jurídico únicamente. Puede provenir de otras esferas de la realidad individual. De esta manera, Kantorowicz diferencia doce tipos de “formas de ordenamientos sociales”, entre los cuales se pueden enumerar los siguientes: las buenas costumbres, la comunicación entre seres humanos (como el lenguaje corporal cuando se recibe un regalo por ejemplo), correspondencia, etiqueta, tacto, ceremonias y festividades, atuendos, relaciones sexuales y amabilidad en el trato hacia la gente.¹²⁸ Todos estos ordenamientos, en un menor grado de coerción y positividad, tienen la particularidad de prescribir una conducta debida en el ámbito de acción del individuo. ¿Pueden existir redes de comunicación, lógicas o circunstancias en las que el individuo se vea de igual manera obligado a actuar de cierta manera, incluso en contraposición a su voluntad inmediata, o en contraposición a lo establecido por el ordenamiento jurídico estatal? En ese sentido, las costumbres comparten esa particularidad con el Derecho: su heteronomía.

¹²⁶ Kantorowicz, Hermann Ulrich. *Der Begriff des Rechts*. Edit. Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1957. p.20.

¹²⁷ Ibid.p.36.

¹²⁸ Ibid.p.66

En realidad, el análisis de Kantorowicz para cada uno de estos ordenamientos puede reducirse al ámbito de las reglas de trato social. Su teoría puede criticarse desde un punto de vista más pragmático, puesto que su análisis desde la amabilidad y las buenas costumbres es casi intrascendente frente a la coercitividad del Derecho en el ámbito de las relaciones sociales. Otros autores, en especial los de las teorías italianas del pluralismo jurídico que veremos a continuación, sumaron a estos círculos sociales relaciones mucho más complejas y trascendentes en la realidad social, como las organizaciones criminales, comerciales o religiosas. Lo importante del aporte de Kantorowicz, es su diferenciación de la identidad entre Estado y Derecho, y su desmembración del concepto de Derecho como institución. En este punto, Kantorowicz comparte su punto de vista con las teorías de Santi Romano que veremos enseguida.

Capítulo V. El pluralismo jurídico

En Italia, esta corriente que analiza el Derecho como organización social detrás de una institución fue representada por Santi Romano, quien en 1917 publicara “El Ordenamiento Jurídico”. Dentro de esta corriente institucionalista de Romano puede sumarse el antecedente del francés Maurice Hauriou y la teoría del “Derecho de los particulares” de Widar Cesarini Sforza, profesor de la Universidad de Bologna. Tanto Romano como Cesarini-Sforza parten de un análisis inductivo del Derecho como construcción social, desde la práctica social (respaldada por la autonomía de la voluntad) hasta la conformación del Estado y del Derecho como instituciones aparentemente idénticas. Sus teorías, a diferencia de la sociología jurídica que acababa de surgir, no tratan de descubrir las corrientes secretas que fluyen por debajo del Estado. Por supuesto que ambas corrientes están íntimamente relacionadas entre sí y resultan muy similares. Sin embargo, a diferencia del acercamiento sociológico, las aproximaciones del pluralismo jurídico observan el Derecho como una asociación de individuos que -a diferencia de las demás corrientes sociales- sí logra solidificarse; **institucionalizarse**. Su enfoque difiere del sociológico por cuanto asume la relación entre los estratos sociales no como pujantes fuerzas de poder, sino como simples circunstancias producto de progresiones históricas. No existe una dialéctica vertical o un statu quo, existe simplemente una situación social en donde el Estado representa una formalización de las relaciones sociales que lo sostienen. De esta manera, desde la práctica individual, pasando por una asociación o una institución como la Iglesia o el Derecho canónico, hasta el concepto de Estado -y el máximo relativo-, es decir la sociedad, estas formas sociales difieren simplemente en su grado de consolidación.¹²⁹ La teoría institucionalista del pluralismo jurídico puede ser condensada en la inversión del aforismo jurídico “Ubi Ius ibi societas”. Ya no es el Derecho lo que forma la sociedad, para los institucionalistas no puede existir Derecho sin sociedad. Primero está el contorno social y luego el Derecho: “Ubi societas ibi Ius”¹³⁰. El pluralismo reconoce esta compleja relación entre

¹²⁹ v. Widar Cesarini Sforza, Filosofía del Derecho. Trad. de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961. p.85.

¹³⁰ Widar Cesarini Sforza El Derecho de los particulares. Editorial Civitas, Madrid. 1986. p. 49.

ambos estados sociales, critica esta postura dualista entre sociedad y Derecho mediante una construcción teórica que concibe el Derecho de una manera más flexible y organicista, y que entiende las relaciones entre Derecho y sociedad como una relación dialéctica.¹³¹ Romano por ejemplo, define ciertos parámetros, los cuales definen el concepto de Derecho: la sociedad, el orden social y el Derecho. El primero es una relación entre los particulares que puede ser entendida como una correspondencia entre los individuos que la componen, el segundo tiene que ver con la coercitividad, la fuerza con la que una conducta puede ser prescrita. El tercer elemento, el Derecho como “organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla. El Derecho como unidad, como ente con sustantividad propia. Siendo esto así, el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de Derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el concepto de institución. Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico: la correspondencia entre estos dos conceptos es necesaria y absoluta.”¹³² Pero su acepción de Derecho nunca es limitada al monopolio estatal. Veamos su concepción organicista del ordenamiento: “Entonces, todo ordenamiento jurídico, considerado en su aspecto no solamente más amplio y comprensivo, sino más decisivo para comprender su naturaleza, se revela, no como un complejo de normas, que son más bien un producto y una derivación de él, sino como un ente social, que tiene su organización propia, y por lo tanto, una vida que se identifica con el espíritu jurídico que la anima y no puede separarse de la estructura del ente, así como el espíritu vital no puede separarse del cuerpo vivo, sino por mera abstracción.”¹³³

Una vez entendida la pluralidad de ordenamientos jurídicos, y asumiendo que por ordenamiento no sólo debe entenderse el círculo normativo estatal, Bobbio¹³⁴ distingue dos

¹³¹ Como delimitación conceptual del término “dialéctica”, utilizamos el contexto que Sabine interpreta al realizar su investigación de la filosofía hegeliana: “El conocimiento mediante el análisis, divide los todos orgánicos vivientes, como la sociedad, en partes discretas, los átomos humanos que la componían, y por eso es incapaz de considerarla como algo creador y en continuo movimiento”. George H. Sabine. Historia de la teoría política. 2da ed., 9na reimpresión, trad. de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica, México D.F. p.460.

¹³² Romano, Santi. El Ordenamiento jurídico. 2da ed., trad. de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. p. 111.

¹³³ Romano, Santi. Fragments de un diccionario jurídico. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1964.p.176.

¹³⁴ Bobbio. Op.cit. p.243.

fases en la corriente del pluralismo jurídico. Al hablar de la interrelación de los ordenamientos jurídicos, Bobbio aborda la tesis del pluralismo en oposición a la teoría monista, la cual sólo reconoce la existencia de un único ordenamiento jurídico-estatal. El maestro italiano distingue un primer estadio de **pluralismo jurídico estatal o nacional** y un segundo estadio posterior, constituido por un **pluralismo jurídico institucional**. La primera fase, Bobbio la ubica en el contexto de la Escuela histórica del Derecho. Consiste en el reconocimiento de una pluralidad de ordenamientos, pero con una identificación del ordenamiento jurídico estatal como única estructura jurídica posible. De esta manera, pueden existir varios ordenamientos en la medida en que existen variedad de Estados nacionales. Lo que se da es una especie de fragmentación del Derecho universal, al existir numerosas naciones con un ordenamiento unitario. Es en este punto, en donde el análisis de Bobbio llega a un punto eximio, que resume la progresión que esta primera sección de esta tesis ha tratado de ilustrar, y que nos vemos en la obligación de transcribir:

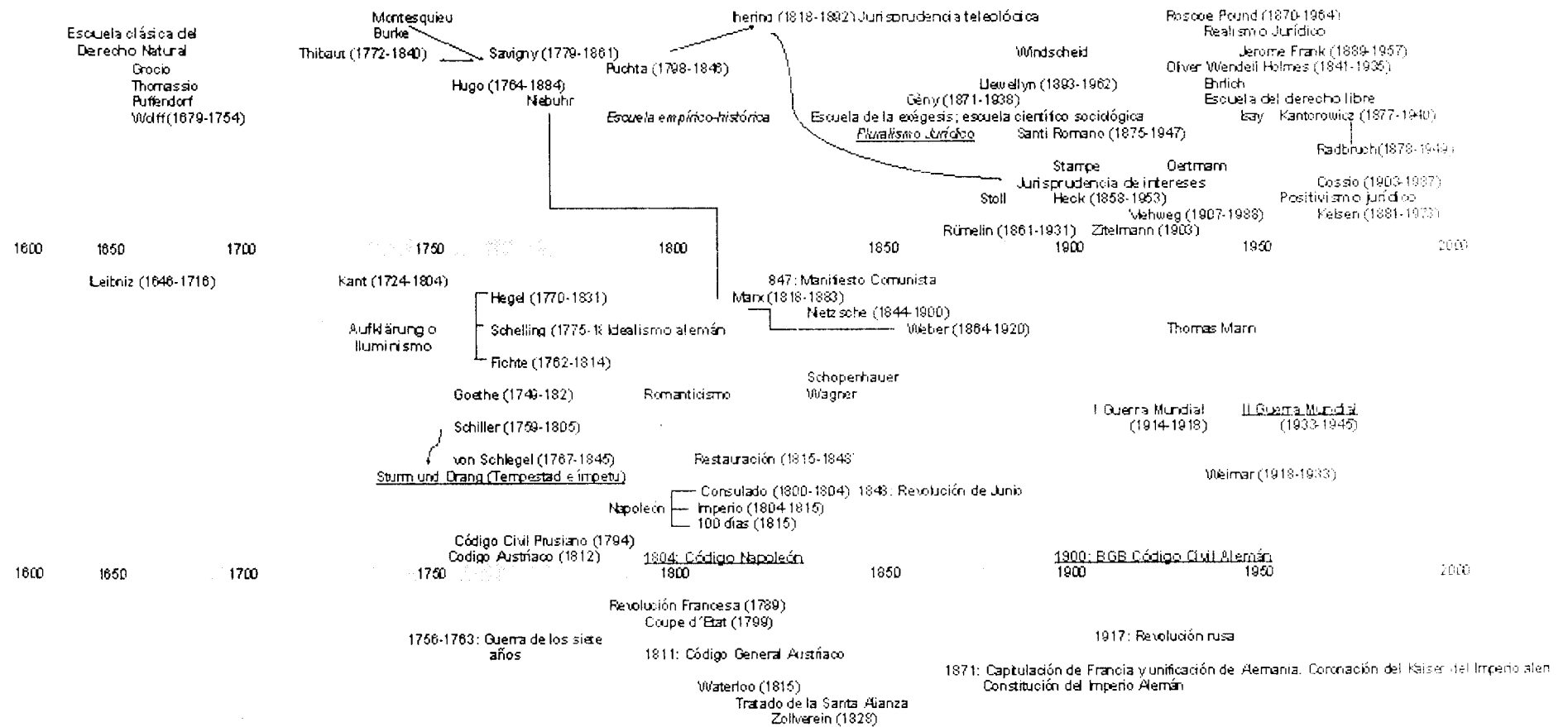
Dondequiera que exista un poder soberano existe un Derecho, y todo poder soberano es, por definición, independiente de cualquier otro poder soberano, luego todo Derecho constituye un ordenamiento en sí mismo. Hay tanto Derecho, diferentes entre sí, cuantos poderes soberanos existan. Es una realidad fáctica que los poderes soberanos son múltiples e independientes. Partiendo del dogma voluntarista del Derecho, un Derecho universal no se puede concebir sino suponiendo un único poder soberano universal, puesto que esta hipótesis habría dado origen a la idea de que el Derecho emana de una sola voluntad soberana, la de Dios, y de que los poderes soberanos individuales históricos son emanaciones, directas o indirectas, de la voluntad de Dios. Pero esta idea fue abandonada con el surgimiento del pensamiento político moderno, para el cual la idea universalista del Derecho habría reaparecido bajo la forma del Derecho natural, cuyo órgano creador no era ya la voluntad, sino la razón. Pero al volver a encontrar el Derecho su fuente en la voluntad y no en la razón, y desaparecida la concepción teleológica del universo en la filosofía y en las ciencias modernas, de ellos se derivó, como consecuencia inevitable, el pluralismo jurídico.¹³⁵

Por otro lado, la segunda fase del pluralismo, la concepción institucional, lleva esta ruptura de la noción natural del Derecho a una fragmentación aún mayor: reconoce ordenamientos

¹³⁵ Ibid.

estatales y no estatales. Estos ordenamientos pueden presentarse en relación de conflicto o de armonía, en relación de subordinación o de supremacía o incluso en relaciones colaterales de coexistencia. En realidad, esta imagen de las interrelaciones de los ordenamientos jurídicos evoca el problema de las antinomias en los conflictos entre leyes dentro de un mismo ordenamiento jurídico estatal. Pareciera ser una segunda elaboración de la misma dinámica.

Así de intrincado, complejo y dinámico es el panorama de lo que Bobbio llama un “Derecho positivo universal”, escenario de la ciencia jurídica contemporánea y del contexto social del siglo XXI, tema que trataremos de abordar en la segunda mitad del presente trabajo, desde el contexto comercial internacional.



Conclusiones de la primera parte: La fragmentación del Derecho Natural y el Derecho positivo universal.

A lo largo de la era moderna, desde la constitución de los estados nacionales hasta el estallido de la segunda guerra mundial, el Derecho sufrió una enorme fragmentación. El Derecho dejó de fundamentarse en el unísono de la palabra divina, encontró sustento en los callejones de la razón, y de ahí llegó a plasmarse en las interminables manifestaciones de voluntad del ser humano. En un principio, las nociones naturales de un Derecho divino fueron reemplazadas por una noción de un Derecho fáctico, conmensurable, proveniente de la razón. Con el positivismo, el Derecho dejó de ser la insondable voz divina del espíritu del pueblo y se convirtió en un hecho constatable. Sin embargo, la suficiencia del modelo cartesiano empezó a mostrarse como un laberinto racional. El modelo jurídico reaccionó hacia una versión más impulsiva e irracional. Una vez que el modelo racional y positivo pasó a su fase crítica, esta racionalidad fue desplazada por un voluntarismo que entendía el Derecho como un producto del inherente egoísmo de las pulsiones humanas. Sería la fase más pragmática del Derecho, en donde este no podía ser sino otra cosa que un producto ideológico, y como tal, un resultado de las diferentes ideologías, no de una sola fuente de poder. Esta transición, naturalmente, no se da de manera distintiva ni escalonada. Cada corriente jurídica retoma argumentos de la corriente anterior; cada modelo reproduce un modelo anterior mediante su propia y única interpretación. Ejemplo de esta contradicción del conglomerado jurídico es la crítica que se le hace al positivismo de la escuela de Viena, al basar toda su Teoría Pura en una hipotética norma fundamental¹³⁶. El positivismo reconoce la multiplicidad de ordenamientos jurídicos. Se adscribe, de forma indirecta, a un pluralismo estatalista, al reconocer como único ordenamiento jurídico aquel que se encuentre formalmente positivizado. Su planteamiento, sin embargo, se basa en una especie de esencialismo iusnaturalista, al remitir al individuo, sin

¹³⁶ Kelsen es un autor que por la originalidad y densidad de su aporte originó un remolino de adulaciones y críticas dentro del torrente de la ciencia jurídica. Desde la segunda mitad del siglo veinte, no ha habido autor que no se relacione con su doctrina, la mayoría de las veces con la intención de figurar -al creer que la mejor forma de sobresalir intelectualmente es derribar las concepciones de un autor importante-. Es por esto que durante la presente investigación, encontramos numerosas críticas hacia la escuela vienesa, todas de la más diversa índole. Sin embargo, la crítica más brillante que tuvimos la oportunidad de encontrar en Kantorowicz y Heck, la cual tratamos de reproducir en el presente aparte. V.

importar cuántas veces se instituya un nuevo ordenamiento, a una voluntad original del legislador. Su teoría, similar a las escuelas de Derecho Natural del siglo XVII, induce al individuo a actuar bajo una verticalidad inexorable del ordenamiento jurídico, dentro de la cual hasta un movimiento revolucionario aparece “dentro del sistema”, como un mecanismo de reorganización previsto de antemano por el mismo ordenamiento jurídico. En ambas concepciones, el Derecho permanece con una presencia abrumadora y englobante, su inexistencia es impensable. Para el positivismo, el Derecho procede, tal vez ya no de la voz divina, sino de la voluntad del legislador, pero sigue existiendo como una realidad inexcusable dentro del contorno social.

La crítica expuesta, explica no sólo la inserción de una corriente dentro de la elaboración de otra, sino además la constante transformación del discurso jurídico. El Derecho experimenta una constante transformación. Lejos de ser un ente rígido, y probablemente debido a un instinto de autoconservación y de sobrevivencia, el Derecho presenta un estado de constante reformulación. De esta manera, el Derecho retoma saberes de otras ciencias y los digiere, convirtiéndolos en “mecanismos discursivos que el Derecho implementa para fundar su existencia y jerarquía teórica”¹³⁷. De igual manera, desecha aquellas teorías que ya no resultan útiles para justificar su supremacía.¹³⁸ Esta personificación orgánica del Derecho no es, lamentablemente, una metáfora novedosa. Fue utilizada por el nacionalsocialismo, para justificar las actuaciones de un estado, en cuya cabeza se encontraba el “Führer”, y que buscaba su preservación mediante la explotación de un “espacio vital” que hiciera posible su supervivencia. Es deseable, por estas razones, que el resurgimiento de la teoría vitalista en las corrientes jurídicas sea visto con recelo por quienes se ocupan de elaborarla. Sin embargo, esta plasticidad del conglomerado discursivo jurídico no debe pasarse por alto. Para efectos de nuestra investigación, esta visión orgánica del Derecho nos puede servir para proseguir nuestros cuestionamientos hacia razonamientos más allá del origen del dogma de plenitud.

¹³⁷ Courtis, Christian. Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas. en: AA.VV. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú. José F. Palomino Manchego (director). Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual). Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú. 1999.p.262.

¹³⁸ “Gráficamente, podríamos decir que el Derecho pegatina o embadurna términos novedosos o espectaculares provenientes de otros saberes para abrir nuevos espacios en su propio ámbito.” Ibidem. p.258.

Ya sea dentro de la lógica de la teología iusnaturalista, del humanismo racionalista o del escepticismo voluntarista, lo cierto es que a la base de la pregunta hacia el principio de plenitud herética del ordenamiento, radica la pregunta acerca de la búsqueda de alguna esencia del Derecho. En otras palabras, el principio de Plenitud Hermética procede de la pregunta acerca de la concepción del Derecho. Muy asiduamente se había entendido el Derecho como un sistema infalible e infranqueable.¹³⁹ Sin embargo, detrás del dogma de la plenitud de ordenamiento subyace la idea de una concepción sistemática del Derecho. El Derecho, entendido tradicionalmente un como un “universo del discurso” jurídico preciso y no-contradictorio¹⁴⁰, empieza a aceptarse a sí mismo, por medio de la ciencia jurídica, como un complejo producto social, al lado de otras fuerzas y corrientes.¹⁴¹ ¿Será ésta una nueva reformulación del Derecho; una nueva estrategia para asegurar su sobrevivencia? El acercamiento a esta interrogante, en caso de ser afirmativo, sólo lograría dejarnos perplejos hacia una admirable articulación del discurso jurídico. En caso de tener una respuesta negativa, nos confirmaría la idea de que la finalidad de la Ciencia Jurídica no se aleja más allá de la mera idea del “arte por el arte” y de reflexiones que sólo sirven como alimento ideológico, que con

¹³⁹ “Las normas jurídicas o lo que son lo mismo, las proposiciones jurídicas, no se encuentran aisladas. Aunque yuxtapuestas, están asociadas unas con otras, constituyendo una unidad cerrada, un sistema. Nawiasky, Hans. Teoría General del Derecho. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, 1962. p.42.

¹⁴⁰ “La dogmática jurídica, como así también la abrumadora mayoría de los estudio de Teoría Básica del Derecho, dan por admitido que el Derecho es un “sistema”, un “orden”. Es más, la mayor parte de los afanes de los autores y de las discusiones que protagonizan dicha Teoría están dirigidos, sobre todo, a revelar, o en todo caso a “construir”, las reglas que estructuran –se supone- cierto sistema jurídico. Ahora bien, la palabra SISTEMA, si es aplicada a para calificar a un universo del discurso, suele entenderse en el sentido de que este conforma cierto orden que ofrece, por lo menos, dos caracteres básicos: a) *precisión*, vale decir, reconocibilidad y distinción intersubjetivas de los elementos que lo componen –estos son, en nuestro caso, los conceptos jurídicos y la manera como ellos están relacionados entre sí por normas del Derecho positivo-; b) *no-contradicción* entre ellos. Pero difícilmente sea dable mostrar que el discurso jurídico real constituye, ni pueda llegar a constituir, algo por el estilo.” Haba, Enrique Pedro. Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos. 1era ed. San José, Costa Rica. 2001. Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004. p.323.

¹⁴¹ Ver observaciones de Werner Krawietz sobre la Teoría de Sistemas de Luhmann, la cual acepta dentro de un marco contemporáneo el pluralismo jurídico como una forma de ver el Derecho. Dentro de sus afirmaciones destacamos las siguientes: “En el sistema jurídico estatalmente (o interestatalmente) organizado de la sociedad moderna no existe –tal como lo puede demostrar la interpretación de la teoría de los sistemas- ni una cúspide ni un centro desde el cual pudiera llevarse a cabo una conducción central intrasistémica”, (...) “Sobre este trasfondo, tiene que parecer totalmente equivocado un concepto de Derecho puramente estatal, según el cual todo Derecho es Derecho estatal. La teoría de las instituciones y los sistemas, al sustituir las concepciones difusas de “sociedad” por una “red de relaciones sociales”, tendida entre todos los individuos, las insituciones, grupos y organizaciones sociales hasta las burocracias...”. Krawietz, Werner. “El concepto sociológico del Derecho. en: Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho. Departamento de Filosofía de la Universidad de Alicante. Núm 5, 1988. p.265-271.

el paso del tiempo son retomadas por el incansable apetito del Derecho. En realidad, este cuestionamiento, aunque atractivo, sobrepasa los alcances de la presente investigación. Esta tesis no pretende ofrecer profecías. No pretendemos abordar el tema del *Derecho positivo universal* (Bobbio), vaticinando las nuevas formas jurídicas de las organizaciones sociales del siglo XXI. No sabemos si la ciencia jurídica irá a reaccionar con un neo-naturalismo que unifique los fragmentos jurídicos desperdigados con el resurgimiento del pluralismo jurídico. Lo que sí podemos afirmar con franqueza, es que el Derecho, a diferencia de las corrientes codificadoras del siglo XIX, ya no se retrata a sí mismo como un todo autosuficiente. La siguiente sección tratará de ambientar la validez de ésta teoría desde la conformación de ciertos círculos privados, comerciales e internacionales en lo que se conoce como la “Lex Mercatoria”, o el Derecho de los comerciantes.

§2.

Parte §2: Lex Mercatoria

“Un gran novelista de nuestro tiempo se preguntó alguna vez si la tierra no será el infierno de otros planetas. Tal vez sea mucho menos: una aldea sin memoria, dejada de la mano de sus dioses en el último suburbio de la gran patria universal. Pero la sospecha creciente de que es el único sitio del sistema solar donde se ha dado la prodigiosa aventura de la vida, nos arrastra sin piedad a una conclusión descorazonadora: la carrera de las armas va en sentido contrario de la inteligencia. Y no sólo la inteligencia humana, sino de la inteligencia misma de la naturaleza, cuya finalidad escapa inclusive a la clarividencia de la poesía. Desde la aparición de la vida visible en la tierra debieron transcurrir trescientos ochenta millones de años para que una mariposa aprendiera a volar, otros ciento ochenta millones de años para fabricar una rosa sin otro compromiso que el de ser hermosa, y cuatro eras geológicas para que los seres humanos-a diferencia del abuelo Pitecántropo-, fueran capaces de cantar mejor que los pájaros y morir de amor”.

-Gabriel García Márquez. *El cataclismo de Damocles*. Conferencia de Ixtapa, México, 1986.

internacional¹⁴². Esta “codificación creciente” del Derecho objetivo transnacional, es parte de un fenómeno que puede ser entendido como una **sedimentación** o **condensación** del Derecho. Siendo éste uno de los principales resultados o conclusiones de esta tesis, analizaremos este fenómeno con frecuencia en las siguientes páginas. Trataremos de explicarlo brevemente: desde la creación de las Naciones Unidas, la Convención de Nueva York en 1929, la creación de contratos modelos por parte de UNCTAD y UNCITRAL, la publicación de los Principios de UNIDROIT en 1994, la institución y conformación de la Cámara de Comercio Internacional como un actor político importante, y más recientemente, desde la puesta en práctica de sus procedimientos arbitrales como un posible preámbulo de lo que puede llegar a ser la construcción de un Derecho corporativo transnacional, podemos delinear una progresión histórica que evidencia un proceso de construcción del Derecho. Al igual que el Derecho de las codificaciones, que fue condensándose desde las prácticas individuales de los glosadores, hasta la práctica social y la letra de los Códigos, de la misma manera, el Derecho transnacional de la *lex mercatoria* ha ido consolidándose, haciéndose más específico, y como aspecto inherente a la creación jurídica, se muestra cada vez como un cuerpo normativo con mayor coercitividad. Una vez delimitado el marco teórico y jurídico dentro del cual se ha desarrollado la noción de una *lex mercatoria*, el primer capítulo examinará la estructura organizativa de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio. Utilizaremos datos como su fecha de creación y el marco jurídico dentro del cual se ha desarrollado la CCI para investigar un tema que consideramos tiene poca difusión en nuestro medio. Nombraremos algunos fallos arbitrales importantes, su estructura administrativa y jerárquica y sus planes a futuro, específicamente para el año 2005, como signos para la interpretación e ilustración del Derecho transnacional como un hecho contemporáneo de marcada trascendencia para la constante definición de nuestro entorno social. Prestaremos especial atención a la discusión acerca de la “*lex mercatoria*”, como un ente jurídico objetivo transnacional; un ordenamiento jurídico autónomo. La principal preocupación del primer capítulo consistirá en la descripción del marco doctrinal dentro del cual se analiza la existencia de un Derecho transnacional paralelo a la producción estatal del Derecho, y la ideología que existe detrás de este discurso aparentemente objetivo.

¹⁴²Berger, Klaus Peter. The New Law Merchant and the Global Market Place-A 21st Century View of transnational Commercial Law, (www.tldb.de)

El segundo título examina las discusiones de la doctrina comercial internacional en torno al fenómeno de la globalización y la cuestión “norte-sur”, -con este nombre conoceremos el sector de la discusión que reconoce o niega la exclusión social generada por la polarización de la riqueza producida por la globalización. El segundo capítulo de este título examina las concepciones iusfilosóficas de algunos autores contemporáneos. Con especial atención, abarcaremos el problema del llamado “pluralismo metodológico” de las ciencias, basándonos en las ideas de un “Derecho reflexivo” o “autopoietico”, según la concepción de Gunther Teubner. La finalidad de la última sección del presente trabajo consiste en la formulación de la pregunta ¿hacia dónde se dirige el punto de vista científico del Derecho? Es decir, ¿cuál estrategia usará ahora el Derecho para autopreservarse? Abordaremos esta cuestión desde el problema de la transdisciplinariedad del Derecho, de su capacidad para absorber y desechar otros saberes disciplinarios, para justificar la nueva visión de la Ciencia acerca del Derecho, ya no como un sistema infalible o como una estructura normativa estática, sino como un proceso comunicacional flexible y orgánico. La presente sección abordará el tema del Derecho transnacional y el fenómeno de la globalización. Estamos conscientes que aludir a un término tan comúnmente utilizado produce un problema metodológico en la investigación bastante difícil de solucionar.¹⁴³ Nuestra intención primordial en la presente sección es investigar el mundo del arbitraje comercial internacional, y el conflicto norte-sur. Este conflicto, generalmente ignorado o minimizado por la literatura jurídica tradicional, se encuentra vinculado a problemas como la exclusión social, la pobreza en los países en vías de desarrollo o periféricos, o la corrupción en los círculos estatales o privados involucrados con el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, a pesar del disimulo con que la doctrina ha conseguido evadir el polémico tema del conflicto, o de los eufemismos mediante los cuales se menciona la

¹⁴³ El término “globalización” nos exige realizar, cuando menos, un marco teórico que defina, aunque sea de manera breve, una pequeña reflexión que le permita al lector comprender qué vamos a entender bajo tan grande “etiqueta” conceptual. Sin embargo, para efectos de la presente introducción -y con la intención de que el lector entienda qué queremos decir bajo “conflicto norte-sur”- estamos seguros de que a pesar de la anfibología propia del concepto “globalización”, cualquier lector contemporáneo podría -con la mínima cuota de percepción y acuciosidad en la observación social- identificar algunos de las circunstancias -y a veces- problemas sociales que han surgido con el desarrollo de las comunicaciones y de los avances tecnológicos actuales: pérdida de identidad del sujeto, concentración desigual de la riqueza, explotación desmedida de los recursos naturales, por mencionar algunos ejemplos. Aún así, referimos al lector al segundo capítulo de esta sección, el cual incluye un breve apartado dedicado a este término.

problemática social que conlleva el proceso de la concentración de capitales y la globalización, una nueva corriente sociológica, con autores como Yves Dezalay, Brian Garth o el portugués Boaventura de Sousa Santos, abordan el tema del conflicto norte-sur desde puntos de vista muy críticos hacia el fenómeno de la globalización, con una preocupación social expresa y con enfoques y métodos de investigación bastante novedosos. Por otro lado, sobra decir que en el estudio del arbitraje internacional, desde una perspectiva sociológica, es muy difícil realizar una diferenciación tajante entre las áreas del Derecho internacional público y privado. Como veremos a lo largo de la investigación, no con poca frecuencia se encuentran zonas en donde ambas ramas del Derecho internacional se encuentran tan íntimamente ligadas que su diferenciación conllevaría a un análisis distante de la -si se quiere llamar de esta manera- “verdadera”, realidad social. Es por esta razón que para la metodología y el fundamento teórico del presente capítulo hemos recurrido a un enfoque sociológico del Derecho. Utilizaremos para el análisis del fenómeno del llamado “apartheid global”, las teorías sociológicas de dos autores de la última generación de la llamada “Escuela de Frankfurt”: Niklas Luhmann y Gunther Teubner. Nos referiremos especialmente al concepto de **Autopoiesis**, una teoría acerca de las relaciones y la organización de los seres vivos, que proviene de las ciencias naturales y que Gunther Teubner utiliza como punto de partida para sus observaciones acerca del Derecho como un fenómeno social. La idea de la Autopoiesis, proveniente de teorías de la Biología que examinaban las relaciones intracelulares, tiene como punto de partida fundamental la observación de las relaciones sociales -y del Derecho como parte de estas relaciones- como un proceso comunicacional. A diferencia de la concepción tradicional del Derecho, esta corriente sociológica no ve el Derecho como una relación jerárquica y estática, sino como una serie de sistemas sociales “desorganizados”.

Finalmente, mediante la interpretación de la teoría de sistemas, esta última parte tratará de abordar algunas ideas antes de llegar a las conclusiones generales de esta tesis. Esbozaremos algunas aproximaciones propositivas en cuanto al acercamiento científico y jurídico en que creemos deben abordarse en el futuro, en Costa Rica, ciertos temas relacionados con el estudio de la constitución de un Derecho transnacional y con el “doble papel” de los abogados. Este trabajo nos ha llamado poderosamente la atención sobre el hecho preocupante de la poca difusión que tiene, en nuestro medio, el enfoque sociológico-jurídico de las repercusiones sociales del arbitraje comercial internacional. En realidad, esta limitada difusión se debe, en

gran parte, al problema de la disponibilidad que se tiene sobre la bibliografía relacionada con el tema. Es por esta razón que, antes de adentrarnos en con mayor detalle en el tema del arbitraje comercial internacional, haremos algunas observaciones acerca de la concentración y correspondiente exclusión que se puede evidenciar al realizar la búsqueda de la bibliografía que discute el arbitraje internacional.

Las serias dificultades metodológicas y bibliográficas que implica la investigación sociológica del arbitraje comercial internacional.

La intención primordial que nos habíamos propuesto con la redacción de la presente sección, era investigar la conformación, durante de segunda mitad del siglo XX, de una *lex mercatorum* del Derecho internacional privado. Es decir, nos habíamos propuesto –como punto de inicio para la segunda sección de la tesis- la investigación de un grupo conformado por gerentes y abogados, algunos de ellos a la cabeza de las empresas transnacionales más grandes del mundo, que han conformado un círculo -progresivamente creciente- alrededor del arbitraje comercial internacional y que han propugnado la implementación de una ley comercial autónoma “flotante” (sin mayor sujeción normativa legislativa estatal de las partes contratantes). Esta nueva normativa comercial, se empieza a mostrar bastante alejada del plano estatal, y la nueva *lex mercatoria* comienza a institucionalizarse, a plasmarse en organizaciones como la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional y en fuentes de Derecho de las que emana un Derecho objetivo transnacional o una ley de los comerciantes (*lex mercatoria*).

Como señalamos en la introducción de esta tesis, nuestro enfoque no responde a confabulaciones ni a “teorías de la conspiración”. Por ejemplo, no pretendemos satanizar a una compañía, o dañar su imagen corporativa cuando la calificamos de “transnacional”. Sin embargo, trataremos de no caer en “fórmulas vacías” o eufemismos técnicos sobreelaborados: independientemente de la connotación negativa que pueda tener esta designación, una corporación se convierte en transnacional cuando tiene operaciones en más de un país. A pesar de reconocer la imposibilidad de una absoluta objetividad, la presente tesis trata de mantener cierto margen de realismo. Hacemos esta aclaración con la finalidad de que la presente tesis no sea criticada por examinar el círculo del arbitraje comercial internacional con malicia o rencor, como si existiera alguna verticalidad inexorable. Como resultado de la presente investigación,

pudimos observar cierta crítica hacia la falta de altruismo de la CCI, como si ciertos sectores sociales esperaran responsabilidades por parte de la Cámara con las cuales ésta nunca se ha comprometido. Es por esta razón que hemos acudido a las teorías de Niklas Luhmann como base científica para el estudio del gremio del arbitraje comercial internacional. Bajo un punto de vista contractualista, el gremio comercial internacional puede ser visto como un grupo de presión, inmerso dentro de todo un conglomerado de “sistemas sociales”, todos con el legítimo Derecho a defender sus intereses.

Algunas de nuestras interrogantes en este punto eran las siguientes:

1. ¿Qué tipo de empresas recurren al arbitraje internacional?
2. ¿Recurren sólo las empresas o también los estados nacionales? ¿Cuáles estados?
3. ¿Son estos laudos importantes para una significativa cantidad de gente o estamos hablando de simples procedimientos y trámites que no tienen mayor trascendencia para la definición de las dinámicas sociales “globales”?
4. Si la respuesta ante la tercera interrogante es positiva, ¿existe algún tipo de presión por parte de los grupos de presión que no se encuentran representados en los procedimientos arbitrales (asociaciones de trabajadores, cámaras de comercio paralelas, otros sectores sociales)? En caso de que así sea, ¿cómo ha respondido la Cámara de Comercio ante éstas presiones? ¿Ha otorgado audiencia a estos sectores dentro del proceso arbitral, se ha negado a hacerlo o ha sido omisa en sus pronunciamientos en relación con esta problemática?

Pues bien, después de delimitar a los actores políticos que conformaban este círculo, nuestro segundo propósito era examinar el problema del acceso a la información mediante el examen del principio de confidencialidad (no-publicidad) de los procedimientos arbitrales.

Los procedimientos arbitrales se desarrollan dentro del marco jurídico del Derecho internacional privado. Es por esta razón que las decisiones de un tribunal arbitral no pueden ser conocidas por un tercero, salvo cuando ya se haya dictado un laudo arbitral que ponga fin a las diferencias entre las partes. No con poca frecuencia, los puntos de discusión de un procedimiento de arbitraje implican que el árbitro conozca información muy delicada para la empresa. La divulgación de cierta información confidencial de la empresa, especialmente si es

conocida o empleada maliciosamente por sus competidores, puede servir para perjudicar de manera irreversible las operaciones de una compañía. Es por esto que los diversos procedimientos de resolución de controversias que dirigen los numerosos centros de resolución alterna de conflictos, tales como la Corte de Londres para el Arbitraje Internacional (LCIA), la CCI, AAA o la USCID, mantienen la confidencialidad y la no-publicidad como principios generales de los procesos arbitrales. En el caso de la Cámara de Comercio, por ejemplo, no todos los laudos son publicados. Como un reconocimiento a la labor realizada por los árbitros, y como veremos luego, con la intención primordial de otorgarle legitimación política a los procedimientos que dirige la Cámara, los laudos más importantes, según los criterios de la misma CCI, son publicados como “premios” (Awards), en colecciones anuales que publica la Cámara de Comercio Internacional.

En ese sentido, estábamos conscientes de que la investigación tendría que pelear, hasta cierto punto y al menos en lo referido a conocimiento académico y profesional, en contra de una parte de su propio objeto de estudio: la exclusión social –sea ésta en el plano económico, en la participación política o en el conocimiento-. Lamentablemente, resulta absolutamente pleonástico señalar que la gran mayoría de la bibliografía pertinente no se encuentra traducida al español.¹⁴⁴ Para brindar un ejemplo, la colección de laudos arbitrales de la CCI a la cual hacemos referencia, tiene un costo de aproximadamente cuatrocientos dólares estadounidenses. Este precio tiene una razón lógica de ser. En términos generales, un abogado de una economía de primer orden como Estados Unidos, puede ganar de cien a cuatrocientos dólares la hora, dependiendo de la región en la que trabaje, siendo este mínimo aplicable a una zona rural y el máximo promedio de acuerdo a una región urbana¹⁴⁵. Es decir, que para un abogado común y corriente de un bufete corporativo, con ingresos mensuales mínimos de veinte mil dólares al mes y de ciento ochenta mil dólares al año, la compra de un libro de cien

¹⁴⁴ En este sentido, exhortamos a nuestros profesores para que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, al igual que como se ha hecho -y se hace normalmente!- en otras facultades, como las de Medicina y de Odontología, por ejemplo, se introduzca bibliografía en otros idiomas, por lo menos en inglés, dentro del curriculum académico. Forjar esta tradición nos parece muy importante para actualizar y mejorar el nivel de la enseñanza en la facultad.

¹⁴⁵ Datos generales extraídos de un libro de un abogado de Carolina del Sur, el cual ofrece una breve guía para que el cliente común y corriente sepa cuánto es un monto razonable por honorarios profesionales. Lyles, Joseph S. How You can avoid legal Land Mines. A laymans's guide to law. R.J. Communications, Carolina del Sur, Estados Unidos, 2002.

dólares, (que de todos modos va a terminar redundando en utilidades en vista de que a final de cuentas supone una inversión y que no paga otros gastos como flete o sobrecargo por envío postal), representa un egreso proporcional y razonable. En cambio, en una economía “subdesarrollada” como Costa Rica, el salario mínimo para un profesional en Derecho ronda los doscientos cincuenta dólares mensuales, y el ejercicio del Derecho comercial transnacional –salvo marcadas excepciones- no es algo habitual, por lo cual una investigación en este tema extraordinariamente pasaría de ser una mera curiosidad intelectual por saber cómo opera el Derecho en otras latitudes. En el caso del arbitraje comercial internacional, al ser una representación profesional cuyos honorarios se calculan de acuerdo a un porcentaje de la cuantía del asunto¹⁴⁶, los montos que se cobran por resolver un asunto pueden llegar a ser astronómicos. El hecho de que el arbitraje sea un negocio tan lucrativo desde el punto de vista del ejercicio legal de la profesión, hace que el arbitraje se convierta en una especie de cerrado “club social”, y que la información relacionada con el arbitraje se convierta en información privilegiada. De esta forma, los elementos relacionados con su ejercicio se convierten en mercancías selectas. Este fenómeno de marketing -o de “McDonalización”- de la Justicia, como lo llama el profesor Juan Marcos Rivero, -y que analizaremos con mayor detalle posteriormente cuando abordemos el tema del Derecho como mercado-, convierte a la bibliografía jurídica del arbitraje internacional en una especie de “souvenir legal”, un accesorio muy *chic*, y encarece -a veces hasta de manera desmedida- su respectivo precio¹⁴⁷.

De esta manera, pensamos en idear una metodología que nos permitiera evadir o al menos minimizar las repercusiones de estas dificultades bibliográficas. A diferencia de la primera sección de la presente tesis, la cual se desarrollaba dentro de una lista bibliográfica de autores clásicos (y en donde no ahorramos esfuerzos para revisar la bibliografía relacionada, aún cuando se enunciara de manera indirecta), nuestra metodología para la presente sección consistió en: 1.) Contactar a personas que estudiaran actualmente -o hubieran estudiado en universidades extranjeras, con la finalidad de que nos facilitaran bibliografía actualizada 2.) la

¹⁴⁶ Ver aparte relacionado con el procedimiento arbitral de la CCI, en donde hemos incluido una tabla que detalla los montos que se deben pagar de acuerdo a la cuantía del asunto.

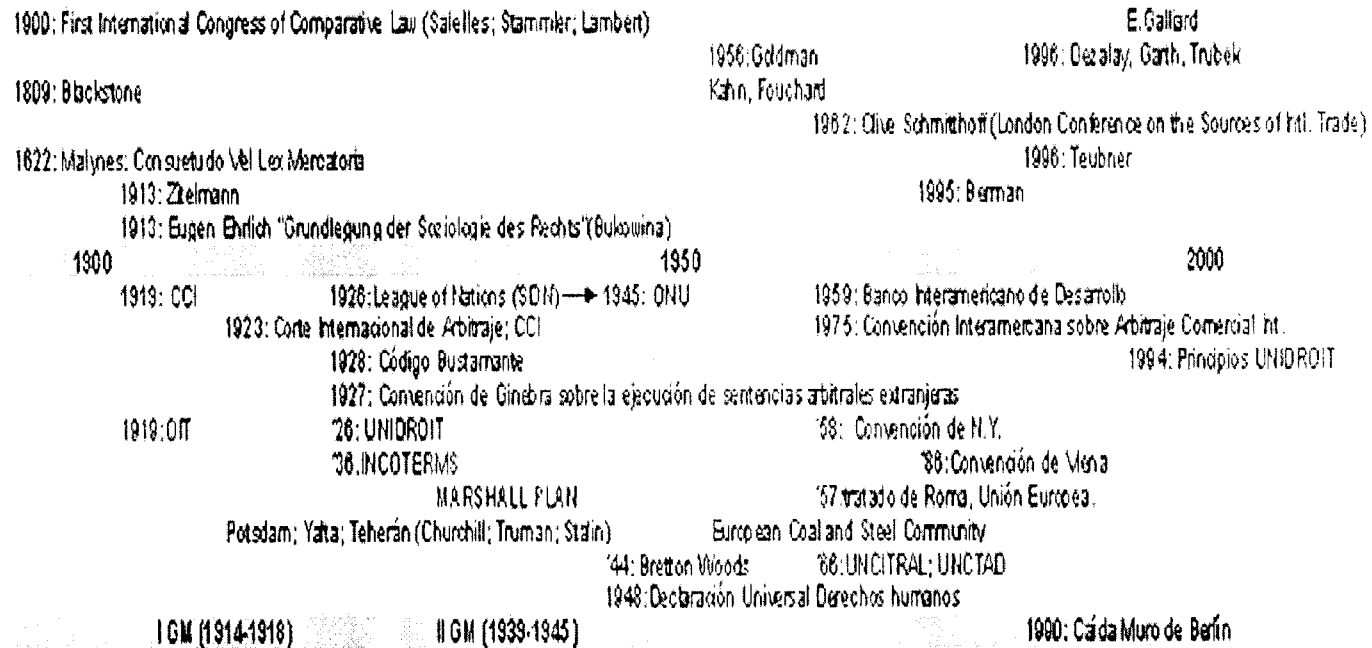
¹⁴⁷ Rivero Sanchez, Juan Marcos. Episteme y Derecho: una exploración jurídico-penal. Editorial Comares, 2004. Granada, España. p.203 y ss.

consulta de los catálogos digitales interbibliotecarios que posee nuestra universidad -tales como JSTOR o Academic Search Premier- y 3.) La consulta de internet. Estos tres métodos de investigación con la finalidad de elaborar un marco teórico previo que nos permitiera descalificar autores que no fueran muy útiles en términos de nuestro enfoque, y de elaborar una pequeña lista de autores clave, que no elevaran el presupuesto de esta tesis más allá de lo que se espera de una tesis de licenciatura, pero que coincidieran plenamente con el enfoque sociológico con el que pretendíamos abordar el tema del arbitraje internacional.¹⁴⁸ El resultado de dicha lista fue a veces desesperanzador, con obras que parecían ser de gran utilidad pero que al final resultaron demasiado complicadas o hasta ininteligibles¹⁴⁹. Sin embargo, confiamos en que el lector apreciará el esfuerzo que significó introducir -muy seguramente por vez primera- uno o dos títulos que pertenecen a esta lista, a la actividad académica y jurídica costarricense.

¹⁴⁸ La compra de la corta lista bibliográfica se realizó mediante el arrendamiento de un apartado postal. El uso de este servicio implica la compra del libro mediante tarjeta de crédito, por separado, y un pago adicional de aproximadamente \$25 por kilo (Incluye y por los gastos de transporte y el uso del apartado postal en Estados Unidos). Aunque esta indicación parezca superflua, la hacemos con la intención de que los estudiantes que pudieren llegar a leer esta tesis tomen esta técnica como una útil recomendación.

¹⁴⁹ Nos referimos especialmente a la obra de Klaus Gunther, The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law. Trad. de John Farrell. State University of New York Press, Albany, 1993.

Fig.3.1. Progresión histórica y contexto de la doctrina comercial internacional de la lex mercatoria.



Título primero: Las tres fases históricas de la Cámara de Comercio Internacional.

Capítulo I. La fase inicial (1919-1970)

[Antecedentes: Los Protocolos de Ginebra y la Convención de Nueva York; las firmas legales; Plan Marshall, Paul Cravath y “Legal fields”: árbitros reconocidos y doctrina; “Grand Old Men” & “Guardians of the Temple”]

El primer antecedente importante en la normativa internacional de arbitraje son los protocolos de Ginebra suscritos por la Sociedad de las Naciones. Por iniciativa de la Sociedad de las Naciones, se inició un proyecto que consistía en la elaboración de una Convención que reconociera la validez de las cláusulas arbitrales. Este proyecto dio como resultado el Protocolo suscrito en Ginebra el 24 de setiembre de 1923, el cual entró en vigencia el 29 de julio de 1924, conocido como el *Protocolo Relativo a las Cláusulas Arbitrales en Materia Comercial*. Este protocolo se conoce también como el protocolo de Ginebra de 1923. Poco tiempo después, en 1927, se sintió la necesidad de regular la ejecución y el cumplimiento de los acuerdos de arbitraje que se hubieren firmado bajo el marco de dicho protocolo. Es por esta razón que el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones, por medio de un Comité de Expertos, redactó un proyecto de Convención que regulaba la fase de ejecución de los acuerdos arbitrales firmados bajo el amparo del Protocolo de 1923, el cual fue abierto a firma de los Estados miembros el 26 de setiembre del mismo año, y entró en vigor el 25 de julio de 1929. La problemática surgida a raíz de las dos Convenciones de Ginebra, la de 1923 y la de 1927, comenzó a aglutinar a los sectores comerciales alrededor de las convenciones estatales. De esta manera, organizaciones como la Cámara de Comercio Internacional, comenzaron a ganar presencia ante la Sociedad de las Naciones. Santos Balandro nos ofrece su punto de vista, desde una postura que, sin duda, evoca la teoría del pluralismo jurídico y de la Escuela del Derecho Libre que acabamos de estudiar: “En ese momento, la CCI resultó el portavoz de un movimiento de opinión de los sectores económicos interesados en el arbitraje. Integraba una tendencia que

negaba el carácter exclusivamente estatal del Derecho y postulaba el reconocimiento de otra fuente de producción jurídica representada por la autonomía de la voluntad¹⁵⁰ Ya para 1945, la Organización de las Naciones Unidas estaría constituida tal y como la conocemos hoy. De esta manera, en 1953, la Cámara de Comercio Internacional, cuya Corte Internacional de Arbitraje ya estaba en funcionamiento desde 1923 y poseía cierta experiencia en la materia, redactó un informe sobre la ejecución de las sentencias arbitrales internacionales. Este documento de la Cámara de Comercio Internacional sería presentado ante el Secretario General de las Naciones Unidas, el cual lo trasladó al Consejo Económico y Social en 1954. Después de haber sido estudiado por un Comité de Expertos, (y de habersele dado audiencia a los Estados miembros y a institutos especializados de Derecho comparado como UNIDROIT, para que emitieran su opinión con respecto al informe), el informe pasó, finalmente, a ser debatido en la Conferencia de Plenipotenciarios realizada en Nueva York del 20 de mayo al 16 de Junio de 1958. Después de una acalorada deliberación, y de haber sido ratificada por tan sólo 10 Estados, el 7 de junio de 1959, entraría en vigor la Convención de Nueva York, el principal instrumento de Derecho internacional que regula el arbitraje comercial internacional.¹⁵¹

Como vemos, el arbitraje como fenómeno transnacional, tiene como escenario inicial el contexto de la postguerra. Con la reconstrucción de Alemania, se puso en marcha en Europa la implementación del Plan Marshall, con la correspondiente cuota de influjo de inversión extranjera –especialmente estadounidense- que esto significaba para la economía local. Una de las tantas corrientes estadounidenses que llegó a transformar la estructura económica alemana fue la inserción del ejercicio de la profesión legal como actividad corporativizada en un ambiente en donde había sido ejercida de manera más “clásica”, personal y académica.

¹⁵⁰ Santos Belandro, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Oxford University Press México D.F. S.A. de C.V., 2000. México D.F. p.9. Ver esta obra para un marco histórico más detallado de la problemática de la normativa comercial internacional de la Sociedad de las Naciones.

¹⁵¹ En el caso de la normativa nacional o regional aplicable a Costa Rica, haremos un breve resumen de las principales normas relacionadas con el arbitraje en la bibliografía. Por ahora, esbozamos los antecedentes de la Convención de Nueva York con la intención de brindar un panorama que nos permita entender el surgimiento de la Cámara de Comercio Internacional como una institución que ha ido ganando injerencia durante los últimos cincuenta años.

Años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, Paul Cravath, un abogado estadounidense, al observar la revolución técnica que los métodos de Henry Ford suponían para el diseño de la producción industrial, decidió incorporar los mecanismos de producción en serie al ejercicio de la profesión legal. Esto quería decir varias cosas: en primer lugar, la especialidad o, en palabras menos favorables de Ortega y Gasset, “la barbarie del espacialismo” de cada uno de los integrantes del bufete.¹⁵² Es decir, que cada abogado que formara parte de la firma, fuera un especialista de cada tema o materia jurídica que el bufete atendiera. Cravath se refería a su bufete como “la fábrica”. Su modo de operación, impulsado por una serie de “jóvenes irreverentes” como los llamó el periódico Times de Nueva York, causó revuelo en Nueva York. En segundo lugar, Cravath personificaba una actitud pragmática hacia el Derecho. De acuerdo a la “american way of life”, ejercer la profesión suponía respuestas rápidas; una reacción pronta del bufete ante las demandas de sus clientes. De esta manera, el “cravathism” llegó a ser la manera en que las firmas legales estadounidenses llegaron a comprender su función como asesores legales.

Cravath Swain & Moore LLP (Cravath) es definitivamente, una de las más prestigiosas firmas legales en los Estados Unidos. Con su base de operaciones en la Ciudad de Nueva York, y con una oficina adicional en Londres, Cravath opera desde 1819. El bufete proviene de dos firmas anteriores, una en la ciudad de Nueva York y otra en la ciudad de Auburn, en las afueras de Nueva York. En 1854, estos bufetes se fusionaron para fundar “Blatchford, Seward & Griswold”. Uno de sus socios, William H. Seward, sirvió como senador y gobernador de Nueva York, y posteriormente ocupó el cargo de Secretario de Estado, tanto bajo la administración del Presidente Lincoln como la del presidente Andrew Jonson. En 1867, fue este abogado quien negoció la compra de Alaska a Rusia. Paul Drenan Cravath se unió a la firma en 1899. Fue él, como explicamos en el párrafo anterior, quien instituyó el “Sistema Cravath”, un riguroso plan de entrenamiento para asociados, el cual rotaba a los abogados recién graduados en cada una de las oficinas de los abogados socios, dentro de cada área de

¹⁵² Ortega y Gasset habla de esta manera de lo que él llama el hombre-masa: “No es un sabio, porque ignora formalmente cuanto no entra en su especialidad,; pero tampoco es un ignorante porque es un *hombre de ciencia* y conoce muy bien su porciúncula de universo”. Ortega y Gasset, José. *La Rebelión de las Masas*. Espasa-Calpe S.A. Decimooctava edición. Colección Austral. Madrid, 1969. p.106.

práctica específica. Después de una serie de cambios, Cravath, Swaine & Moore, se quedó como el nombre permanente de la firma a partir de 1944. Desde sus orígenes, Cravath ha representado íconos de la industria y del mercado, desde corporaciones como F.B.Morse -el inventor del telégrafo- hasta titanes del mundo corporativo como IBM, PriceWaterhouseCoopers, y la compañía de televisión norteamericana CBS. También realizó los actos necesarios para la constitución de la televisora NBC. En las décadas más recientes, Cravath ha representado a compañías de informática, tales como Netscape, que en un litigio contra Microsoft concilió por una suma cercana a los setecientos cincuenta millones de dolares. Como si fuera poco, Cravath ha dirigido varios procesos de fusión y adquisición tales como la fusión entre las empresas automovilísticas Ford-Jaguar, o la fusión Bristol-Myers-Squibb, y dos demandas muy sonadas en los medios de comunicación, en las cuales una de las partes procede de un ámbito estatal significativo: una defendiendo a la cadena Time Inc., contra el israelí Ariel Sharon, y otra defendiendo a la televisora CBS contra el general de las fuerzas armadas estadounidenses William Westmoreland. Cravath, Swaine & Moore ha representado a compañías como el grupo AOL Time Warner, Bristol Meyers, IBM, Unilever y Vivendi Universal. Esta última es una compañía de telecomunicaciones francesa, de cuyo seno han salido dos funcionarios muy importantes de la CCI, el actual secretario general de la CCI y el anterior presidente de la Cámara de Comercio Internacional, el francés Jean-René Fourtou.

La puesta en marcha del Plan Marshall vinculaba a los abogados estadounidenses con la sociedad europea. Tanto los abogados de los bufetes grandes de Estados Unidos, como los gerentes de las compañías estadounidenses que los contrataban, comenzaron a relacionarse y a formar familias con la población francesa y alemana. A su vez, comenzaron a buscar, en Europa, abogados o contadores que satisficieran las necesidades de las corporaciones que dirigían. Esto originó una nueva forma de ver el Derecho en países como Francia y Alemania. Se empezó a entender el bufete como un establecimiento de corte más comercial, y con una relación profesional menos personalizada y menos estrecha en la relación cliente-abogado. El giro comercial de los bufetes empezó a variar, ofreciendo una variedad de servicios adicionales, tales como contabilidad o asesoría tributaria. Cada uno de los abogados que conformaba el bufete se encontraba especializado en una materia específica, y su especialización le brindaba experiencia y antecedentes dentro de un rango de conocimiento cercano e inmediato, dentro del cual podía resolver la cuestión de hecho de una manera rápida y eficiente, invirtiendo

menores costos y tiempo en la investigación, pero distanciándose un poco de la rígida relación personal con su cliente. Por otro lado, en Alemania, el culto de la Ciencia Jurídica seguía siendo ejercido por los legatarios de los glosadores. Haciendo uso de la ancestral relación entre Derecho y Religión, Yves Dezalay y Brian Garth explican la situación del ejercicio profesional en Francia y Alemania desde la figura de lo que ellos llaman “los sacerdotes del Derecho”. “Guardians of the temple” y “Grand Old men”, son dos términos que los autores acuñan para referirse a las “vacas sagradas” que forjaron la idea de un nuevo Derecho comercial internacional.¹⁵³ Según explican los autores, en Europa, la función del jurista era un legado de sus ancestrales directos, los glosadores. Los profesionales en Derecho eran a su vez académicos, cuyos estudios en cada una de sus temas en materia civil consistían en tratados detallados y elaborados acerca de conceptos jurídicos comúnmente nominados según su ascendencia latina: “la actio”, “la exceptio doli generalis”, etc. Cuando se presentaba un caso, el cual se le mostraba al abogado de manera muy particular, por medio de una relación muy personal entre el jurista y su cliente, el primero disponía de tiempo para meditar acerca de la situación jurídica en específico, y para emitir finalmente el resultado de sus deliberaciones conforme al acompasado y minucioso trabajo que había realizado como producto de las necesidades de su cliente.

Sin embargo, con la inserción de capital estadounidense en Europa Central, las compañías americanas trajeron consigo su *modus operandi* y sus costumbres comerciales. Los abogados

¹⁵³ En ese sentido, Yves Dezalay, David M. Trubek y Brian C. Garth, son tres autores que han trabajado en forma conjunta el tema de los bufetes corporativizados, descendientes de los métodos de Cravath, como actores principales de los fenómenos sociales del Derecho de la segunda mitad del siglo XX. Como discípulos del sociólogo francés Pierre Bourdieu, el *approach* de Garth y de Dezalay tiene una gran influencia estructuralista. Esto representa una influencia metodológica cuantitativa y cualitativa importante. Por ejemplo, la metodología utilizada para su reveladora obra, consistió en más de trescientas entrevistas con abogados ligados al mundo del arbitraje. Su aproximación a la investigación del arbitraje y a las ciencias sociales en general, consiste en analizar y hacer observaciones acerca del sistema social, pero siempre con referencias específicas a ejemplos individuales. Es por esta razón que en su obra existe una constante ejemplificación de los fenómenos sociales mediante resúmenes de la vida profesional o conexiones personales de los principales actores políticos del arbitraje. Dezalay es sociólogo y director de investigación en el *Centre national de la recherche scientifique*, ligado al *Centre de sociologie européenne de la Ecole des hautes études en sciences sociales* y al *Collège de France*. Garth es un abogado de Chicago. Antes de asociarse a la barra norteamericana, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Indiana en Bloomington. Ver Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational legal order. The University of Chicago Press, 1996. Chicago, Illinois; Trubek, David M y Dezalay, Yves. Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. Case Western Reserve Law Review. Vol.44. Fascículo 2.

practicantes, y aquellos individuos que habían permanecido inmersos en el quehacer diario de la ley (notificadores, registradores, abogados litigantes), empezaron a surgir como grandes protagonistas en la creación de la nueva costumbre jurídica, y a pesar de que antes habían sido vistos de reojo y con cierto desdén por parte de la comunidad jurídica, se convertían en un activo de gran valor para los bufetes americanos. De esta manera, los jóvenes discípulos de los “templos de Derecho puro”, los “practitioners” como los llama Dezalay, empezaron a emigrar hacia fuera de los templos y hacia el Derecho industrial, pragmático y corporativo que generaban las industrias de capital americano, desplazando a los grandes sacerdotes del Derecho como fuente monopolística del estudio y la enseñanza del Derecho. Esto obligó a los bufetes centroeuropeos tradicionales a dinamizarse y a reestructurar su forma de ejercer el Derecho. Algunos lograron desenvolverse en esta transición, al punto de que el bufete “híbrido” (con capital estadounidense e inglés) más grande de Europa, y el segundo más grande del mundo, Clifford Chance, emplea hoy en día a cerca de mil cien abogados.

De esta manera, el estilo corporativo de las firmas legales o contables, ya no sólo en Estados Unidos o en Europa, sino como un modelo de ejercicio de la profesión que ha sido absorbido mundialmente, constituye un factor de las relaciones internacionales y de la globalización que vale la pena analizar. El fenómeno de la recepción del “método cravath” para el ejercicio de la profesión legal no es un fenómeno propio o único de la Europa central de la segunda mitad del siglo XX. Este fenómeno, con distorsiones y variables que lo hacen único en cada región, ha sido una dinámica de alcances mundiales. El ejercicio corporativo de la abogacía en países o regiones como Indonesia, Egipto, India, China, Suecia y Latinoamérica, presenta particularidades propias que están íntimamente relacionadas con las formas culturales preexistentes a la llegada de los bufetes americanos. En una escala menor a lo que representó la aceptación del Estado Moderno, cada región presenta una distorsión distinta -un resultado social distinto- con relación al modelo que provenía de la otra sociedad que lo creó. Cada resultado social es producto de una mezcla social particular. En este sentido -por ser una idea que desde el inicio de la investigación queríamos incluir en esta tesis- resultó muy interesante las conclusiones a las cuales llega el *case study* de Dezalay y de Garth. El mismo examina la inclusión del arbitraje comercial internacional en países como Algeria, Lybia o India y compara

estos casos con países de economías más desarrolladas tales como Suecia, Hong Kong y China.¹⁵⁴ En relación con la incorporación de los bufetes estilo primer mundo en el Tercer Mundo, los autores llegaron a una conclusión similar, y hablan de una “caricaturización” del fenómeno legal propia para cada región.¹⁵⁵ Es curioso como la adaptación del fenómeno jurídico a cada sociedad se parece al problema de la transdisciplinariedad de las ciencias. Así como no existe una traducción fidedigna para trasladar un idioma a otro, o de la misma forma en que las ciencias no pueden comunicarse sino al producir una nueva forma de ciencia, cada sociedad tiene su forma particular de adaptar el mundo jurídico corporativo a su entorno social. Surge así, cada vez, una forma distinta de distorsionar o caricaturizar el Derecho.

Grandes bufetes, como Baker & McKenzie –el más grande del mundo- o Morgan & Morgan; bloques de presión o asociaciones de abogados, como Global Law, Lexis Nexis o Lex Mundi, con operaciones a una escala mundial y con una planilla de cientos –y a veces hasta miles- de abogados, tienen un alcance y una influencia notable sobre las dinámicas sociales. Baker & McKenzie, por ejemplo, es un bufete fundado por dos abogados de Nuevo México, Russell Baker y John McKenzie, con cerca de 3000 abogados asociados, y 8400 profesionales de otras profesiones. Ha representado a multinacionales tan grandes como Abbott Laboratories, y ha servido como intermediario en fusiones y adquisiciones enormes, tales como la compra de Boeing por otra compañía, McDowell Douglas; la fusión de AOL con la televisora Time Warner; la fusión de las compañías de telecomunicaciones MCI y Worldcom; la fusión de la compañía de telecomunicaciones Lucent con otra compañía de telecomunicaciones, Ascend.

Su doble carácter de corporación multinacional y de representante de los intereses corporativos, una especie de “agentes dobles”, le otorga a los bufetes una flexibilidad y una

¹⁵⁴Naturalmente, hacemos la aclaración de que “desarrollado” procede de una nomenclatura de teoría del desarrollo ya superada. Hoy en día se reconoce de forma más general, que el desarrollo o la calidad de vida responde a muchos factores y no sólo al económico. Hay varios términos políticamente correctos, que la teoría del desarrollo ha ideado como sinónimos a la pobreza (desde los términos ya superados, como “economías subdesarrolladas” o “tercer mundo” hasta eufemismos conscientes como “países en vías de desarrollo”, “economías de escala”. Para no hacer una digresión y no enredarnos en lenguaje inhumanista, reconocemos el hecho de que esta terminología será usada de manera indistinta en el presente trabajo. Hacemos esta distinción, no sin antes justificar al lector nuestra elección mediante la referencia a una obra del profesor Haba con la cual coincidimos. Ver: Haba, Enrique Pedro. ¿De qué viven los que hablan de Derechos Humanos?(tres tipos de discursos-dh:”de”, “para”, “con?”). En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°26 (separata).2003, p.882.

¹⁵⁵Dezalay, Garth. Op. cit. p. 240.

posición bastante ventajosa. Esta “capacidad para incidir”, es decir la capacidad de la comunidad de abogados para incidir sobre otros sectores sociales, es lo que en terminología de Garth y Dezalay podemos entender como “campos legales” (“legal fields”). Esta terminología proviene del autor deconstructivista francés Pierre Bourdieu, quien habla en términos sociológicos –no tan relacionados a la actividad jurídica- de “campos sociales” o “social fields”. El bufete de Baker, empezó en Nuevo México con la idea de suplir de mano de obra inmigrante a las empresas de Texas. Es interesante ver como su círculo de injerencia logró incidir no sólo sobre el funcionamiento de su empresa, sino también sobre su ambiente social, transformando una ciudad entera.

Más adelante veremos cómo esta definición del círculo legal define al gremio jurídico como un sistema social, según el marco teórico de Niklas Luhmann, y abordaremos esta idea con mayor profundidad, mediante elementos propios de la teoría de sistemas de Luhmann. Hablaremos de estos procesos como fusiones de los sistemas sociales desde el continuo proceso de comunicación que describe la noción de Autopoiesis. Mientras tanto, realizaremos una progresión histórica que nos permita comprender cómo el arbitraje comercial internacional se ha desarrollado hasta llegar a ser un influyente sistema social en la sociedad.

La Lex Mercatoria (concepto)

Definir el sentido o el nacimiento de la lex mercatoria sería tan difícil como demarcar el nacimiento del Derecho comercial como un fenómeno separado del comercio. ¿Cuándo nace la ley de los comerciantes, el antecedente inmediato a las relaciones jurídicas comerciales tal y como las conocemos hoy? No se puede determinar específicamente. Su evolución como un fenómeno jurídico esta inevitablemente ligado al Derecho como un fenómeno que se cristalizó, y que bien podría tratar de delimitarse espacial y temporalmente usando como fecha inicial el redescubrimiento del Digesto hasta la consolidación del Ius Commune como un

cuerpo normativo claramente definido. Sí se puede, sin embargo, hablar de un antecedente histórico en la época medieval de Europa Central.¹⁵⁶

El tráfico comercial dentro de Europa, desde los pueblos franceses como Champagne a St.Yves, desde Wye hasta Nurnberg, generó la constitución de un gremio comercial, cuya práctica social se fue consolidando con el tiempo, y que generó ciertas prácticas propias de los comerciantes. Una de estas prácticas era solución de controversias mediante la intervención de terceros. Por ejemplo, en las costas de Inglaterra -Bristol e Ipswich, principalmente- comenzó a aflorar un gremio que se especializaba en dirimir los conflictos de carácter mercantil. Generalmente, estos terceros eran escogidos según su experiencia, y el conflicto se solucionaba en la misma playa. Una característica particular del inicio de estos tribunales era la ambulancia de su sede. Como dijimos, el nacimiento de la ley de los comerciantes no puede delimitarse mediante una simple fecha. Sin embargo, estas agrupaciones de mercaderes constituyen un valioso antecedente a la constitución de organizaciones comerciales para la solución privada de conflictos mercantiles. Es en esta área de Europa en donde encontramos dos obras de procedencia medieval que marcan un definitivo punto de inicio para el uso del término “Lex Mercatoria”: La obra de George Malynes, escrita en 1622 llamada “Consuetudo Vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant” y “Commentaries on the Laws of England” de William Blackstone, quien, en sus “Comentarios a las leyes de Inglaterra”, también hace referencia a la lex mercatoria y propugna la elucidación de los intereses comerciales en una jurisdicción especial: la “law merchant”.¹⁵⁷

Ya hemos repasado, de forma muy general, la forma en que el Derecho continental europeo se fue constituyendo desde el descubrimiento del Digesto hace casi novecientos años, mediante el

¹⁵⁶Wieacker, Franz. “Supuestos históricos y paradigmas de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales.” *Revista de Derecho Privado española*. Tomo 66; Enero-Diciembre, 1982, Madrid. Pp.899-912.

¹⁵⁷ Berman, Harold J. *Recht und Revolution, die Bildung des westlichen Rechtsstradition*. Trad. del inglés al alemán de Hermann Vetter. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 539. No ahondaremos con mayor detalle en los orígenes de la lex mercatoria en la época clásica, porque éste es un tema que se ha desarrollado de manera muy completa por autores costarricenses como Víctor Pérez Vargas, Julián Solano y Rosemarie McLaren. Remitimos a aquellos lectores que estén interesados en una progresión histórica más detallada de la lex mercatoria, con referencia directa a la normativa medieval, a esas obras. Ver entre los señalados: McLaren Magnus, Rosemarie. *Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Agosto, 2003. Tesis 22650.

esfuerzo de los glosadores por recopilar el Derecho, hasta llegar a los grandes movimientos de las codificaciones estatales. En este sentido, la ley informal de los comerciantes que surgió en el medioevo, para no quedar en el olvido como una actividad inútil o hasta prohibida, debió integrarse a este fenómeno, convirtiéndose muy lentamente en la rama del Derecho comercial que se desarrollaría como doctrina propia de los tribunales jurisdiccionales. De esta manera, podríamos decir que el uso de la *lex mercatoria* como término técnico jurídico mantuvo cierto reposo durante este largo proceso de **solidificación** del Derecho. Principios como la buena fe, cuyo origen se remonta a épocas como la Edad Antigua, no sólo siguen siendo la base para el ejercicio del Derecho o del Derecho comercial en general, sino que además constituyen principios rectores dentro del gremio comercial. Sin embargo, pese a que podríamos encontrar orígenes del sentido de la *lex mercatoria* en escritos tan antiguos como Grecia y Roma, y en principios del Derecho Privado que tienen más de dos mil años de haber sido acuñados como términos jurídicos (*bona fides*, *pacta sunt servanda*, *res sibus stantibus*, *ex aquo et bono*, por nombrar algunos ejemplos), no es sino hasta principios de la década de 1960 en que el término *lex mercatoria* reaparece en la discusión jurídica como una construcción conceptual debidamente delimitada. Ocurre con ocasión del “Coloquio de Londres sobre las Nuevas Fuentes del Derecho Comercial internacional” en el King’s College de Inglaterra, en 1962, cuando el profesor Clive Schmitthoff enuncia a la *law merchant* como uno de los desarrollos más importantes de la ciencia jurídica de nuestro tiempo. Esta postura originaría una serie de discusiones de Schmitthoff con otro autor que se considera uno de los padres de la nueva *lex mercatoria*, el francés de origen rumano Berthold Goldman. Sus escritos actualmente se consideran clásicos del Derecho Internacional Privado, y colaborarían a la recepción de la *lex mercatoria* como un término propio de la ciencia jurídica del Derecho Internacional Privado de la segunda mitad del siglo XX. No obstante, la constatación de la existencia de una *lex mercatoria*, aún cuando ha sido aceptado por una parte mayoritaria, sigue siendo un tema bastante polémico dentro de la doctrina. Para el mismo Goldman, había una “batalla alrededor de la *lex mercatoria*”, una “guerra sin cuartel”, y a pesar de sus detractores, algunos de los cuales se referían a la *lex mercatoria* como “un mito”, o hablaban del “Waterloo de la *lex mercatoria*”, lo cierto del caso es que el tema ha ido ganando adeptos con el paso del tiempo.

¿Qué es la *lex mercatoria*?

Como buen término jurídico, no existe una definición única y exclusiva para este concepto. Sin embargo, para aquellos lectores que consideren útil o productiva la elaboración de una definición jurídica, transcribimos algunas de las definiciones que ofrece Michael Mustill, un reconocido juez en asuntos de comercio de la Cámara de los Lores inglesa y distinguido árbitro comercial internacional, en su artículo sobre los primeros veinticinco años de lo que él denomina la “nueva lex mercatoria”¹⁵⁸:

una serie de principios generales y usos y costumbres referidas de forma espontánea o elaboradas en el marco del comercio internacional, sin referencia directa alguna a un sistema de normas nacional particular” (Berthold Goldman, *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1983.)

Un único cuerpo de leyes autónomo creado por la comunidad comercial internacional” (Cremades and Plehn, *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, 1984.)

Este fenómeno de reglas uniformes que sirve para uniformar la necesidad de la comunidad comercial internacional y la cooperación económica se conoce hoy en día comúnmente como lex mercatoria” (N. Horn, *Introduction to The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 1984.)

Las costumbres de la comunidad comercial puede llegar a combinar todos los principios generales del Derecho para crear un sistema de auto-determinación comercial” (W.L.Craig, W.W.Park y J.Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1984.)

..un Derecho transnacional, apto para recibir los principios comunes del Derecho nacional, pero (creuset) también de las reglas específicas que evoca el comercio internacional” (Berthold Goldman. *Frontières du droit et lex mercatoria, archives du philosophie du droit*, 1964.)

¹⁵⁸ Mustill, Michael. The New Lex Mercatoria: The First twenty-five years. Kluwer Law International. (www.tldb.de)

También, desde un punto de vista menos entusiasta:

una *lex mercatoria* a-nacional or un sistema legal híbrido encuentra sus fuentes tanto en el Derecho nacional e internacional como en una indefinida región de principios generales del Derecho llamada “Derecho transnacional”. (H.A. Grigera Naón. *The transnational Law of International Commercial Transactions*, 1984.)

Boaventura Sousa dos Santos define la *lex mercatoria* como “una serie de principios y normas basados en la costumbre, los cuales son reconocidos y aplicados de manera uniforme y general en las transacciones internacionales”¹⁵⁹.

En Costa Rica, los principales autores que se han ocupado del tema de la *lex mercatoria* son los profesores Víctor Pérez Vargas y Julián Solano Porras. El Dr. Pérez Vargas, de acuerdo a numerosos laudos recientes, nos brinda la siguiente definición de la *lex mercatoria*: “Las reglas y principios generales, relativos a las obligaciones contractuales internacionales, que gozan de consenso internacional”¹⁶⁰. Por su parte, el Lic. Solano Porras nos ofrece dos definiciones. La primera, propia del Common Law, que dice así: “la *lex mercatoria* designa el sistema de costumbres y usos generalmente redactados y adaptados por los mercaderes para la regulación de sus transacciones o las soluciones de sus controversias”¹⁶¹. La segunda es del autor Aldo Frigiani, la cual reza lo siguiente: “El cuerpo de reglas e institutos relativos al comercio internacional, comúnmente aplicados por los comerciantes con la conciencia de que se trata de reglas jurídicas, o al menos de que los demás contratantes se comportarán observando las mismas reglas.”¹⁶² Tanto el profesor Pérez Vargas como el profesor Solano Porras coinciden al señalar en sus estudios las cinco características que el profesor de la Universidad de Harvard, Harold J. Berman, le atribuye a la *lex mercatoria*:

¹⁵⁹ De Sousa Santos, Boaventura. Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation. Butterworths Lexis Nexis, 2da Edición. 2002. Londres, Reino Unido, p.209.

¹⁶⁰Pérez Vargas, Víctor. La *lex mercatoria*. Conferencia Académica de Inauguración del Curso de Arbitraje Comercial del Centro latinoamericano de Arbitraje Empresarial y Universidad para la Cooperación Internacional. 21 de Enero de 2002. San José. Costa Rica.

¹⁶¹Black’s Law Dictionary, p.1138, citado por: Solano Porras, Julián. La *lex mercatoria*: sistema romano civilista y sistema del Common Law. Revista Judicial. Año XXII, N° 76, Setiembre de 1999. San José Costa Rica. P.13.

¹⁶²Frigiani, Aldo. Il Diritto del Commercio Internazionale, citado por Solano Porras, Julián. *Ibidem.*

1. Era transnacional
2. Su principal fuente eran las costumbres mercantiles
3. Era administrada no por jueces profesionales sino por los propios comerciantes
4. Sus procedimientos eran informales y expeditos
5. Afirmaba la equidad en el sentido medieval de honestidad como principio.

Adicionalmente, el Dr. Pérez Vargas señala otras características propias de este nuevo ordenamiento, como el hecho que la *lex mercatoria* se desliga del formalismo propio del Derecho romano; que se otorga mayor fuerza al mero consentimiento; se utiliza el concepto de buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, y finalmente, que se emplea la representación en la celebración de negocios jurídicos¹⁶³.

Para Mosset Iturraspe la nueva *lex mercatoria* posee las siguientes características:

“la ley de mercado traduce los usos y costumbres de la comunidad internacional de los comerciantes:

- globalizado
- sin Estado
- sin Derecho de la autoridad
- sin jueces del Estado
- sin utilización de la fuerza pública monopolizada”¹⁶⁴

Efectivamente, principios generales del Derecho, tales como la buena fe de los contratos, constituyen principios reconocidos y empleados frecuentemente por el arbitraje comercial internacional. Rudolf Meyer habla por ejemplo, de un principio romano “*bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii*”, que puede servir para darle fin a la batalla

¹⁶³Pérez Vargas, Víctor. Op.cit. p. 6. Ver caso Norsolor vs. Pabalk Ticaret Sirketi, N°3131 de la CCI, en donde se reconoció explícitamente la buena fe como un principio rector de la ejecución de los contratos y que inspira la *lex mercatoria*.

¹⁶⁴Mosset Iturraspe, Jorge. Cómo contratar en una economía de mercado. Kubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. pp110-116.

sobre la existencia de una *lex mercatoria*, y puede llevar a mejor término procesos de integración tales como la Unión Europea.¹⁶⁵

Ahora bien, para algunos autores de corte sociológico, como los que venimos utilizando para el presente estudio (Dezalay y Garth) existe una *ideología* detrás de la definición de un concepto académico.¹⁶⁶ Por un lado, afirmar que la *lex mercatoria* proviene y ha existido desde la época medieval, le otorga una naturalidad y una legitimación histórica como una práctica social consolidada. Por otro lado, el discurso de la *lex mercatoria* proviene de actores individuales de gran reputación dentro del ámbito del Derecho, lo cual le otorga una legitimación discursiva. Analizaremos estos dos enunciados con mayor atención.

La definición de la *lex mercatoria*, y la discusión acerca de su existencia proviene de autores como Berthold Goldman, René David, Julian Lew, Jean Carbonnier, Phillippe Fouchard, Werner Goldschmitt, Clive Schmitthoff, Paul Lagarde, o Phillippe Kahn, por mencionar algunos autores propios de la doctrina comercial internacional. Con alguna frecuencia se recurre a autores del Derecho internacional público como Louis Henkin o Phillip C. Jessup, éste último gestor del concepto de “Derecho transnacional”. Esta generación de abogados de renombre, es la que le otorgaría legitimación al Derecho comercial internacional de la Cámara de Comercio. En palabras de Klaus Gunther, quien ilustra este proceso de consolidación definiendo el Derecho “como un proceso”, el Derecho nace de los expertos, del *Juristenrecht* – principalmente de los expertos en Derecho, los cuales son generalmente profesores- y de ahí se solidifica hacia instituciones como el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.¹⁶⁷ Este es el caso de la *lex mercatoria*. La “santa palabra” de las distinguidas figuras que propugnaban la creación de un Derecho transnacional, con la densidad de sus carreras, habría de convertir el Derecho transnacional en la nueva cara del Derecho internacional. Similar al proceso de condensación que sufrió el Derecho de los glosadores hasta las codificaciones, o al proceso de

¹⁶⁵ Meyer, Rudolf. Bona Fides und Lex Mercatoria in der europäischen Rechtstradition. Wallstein Verlag. Gotinga, 1994. (www.tldb.de)

¹⁶⁶ Ver concepto de ideología como la formación de una “Nebelbildung”, una “falsa conciencia” en Rivero Sánchez, Juan Marcos. Op. Cit. p. 26.

¹⁶⁷ Gunther, Klaus. Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory. (www.nyu.edu)

construcción de los Derechos humanos, el Derecho del arbitraje comercial internacional nacería en los escritorios de los estudiosos del Derecho. De ahí que Trubek, Dezalay y Garth se refieran a esta generación como los “guardianes del templo” o los “grand old men”. Repasemos algunos de los *currícula* de estos juristas:

Pierre Lalive: Este profesor y abogado suizo puede ser considerado como una vaca sagrada del arbitraje internacional, con un papel trascendental para la historia del arbitraje comercial internacional de la década de los setentas y ochentas. Fue presidente de la Comisión Derecho y prácticas mercantiles de la ICC, miembro de la Corte de Arbitraje de Londres (LCIA) y miembro del Club de Árbitros de Milán. Ha dado clases en la Academia de la Haya de Derecho Internacional y es miembro de éste Instituto de Derecho Internacional, el cual goza de gran prestigio dentro de la comunidad jurídica comercial-internacional. Fue profesor en Ginebra hasta su retiro en 1986, y ha sido profesor invitado en las Universidades de Columbia, de Cambridge, y en la Universidad de Bruselas. Aparte de ser mundialmente conocido por numerosos libros y artículos, Lalive dirige un reconocido bufete junto con su hermano, Jean-Flavien Lalive, y ha presidido el Tribunal Arbitral en diversos casos de gran importancia y renombre dentro del arbitraje comercial internacional, tales como el caso de la ICSID *Klochner-Industrie Anlagen contra la República de Camerún en 1985*, en el cual, por primera vez en la historia del arbitraje, un tribunal arbitral de la ICSID revocaba el pronunciamiento del tribunal original.

Juez Gunner Lagergren: Este juez sueco graduado de la Universidad de Estocolmo en los treinta, fecha para la cual inició su actividad jurisdiccional. En ese tiempo, especialmente durante la Segunda Guerra Mundial, la ICC mantuvo estrechas relaciones con el Estado sueco, tanto así que durante la guerra, la sede de la ICC estuvo radicada en Suecia. Fue presidente de la Comisión de Derecho y prácticas mercantiles de la ICC en 1951 hasta 1967. Fue presidente del Tribunal de Demandas Irán-Estados Unidos en los primeros años de la década de los setentas. Durante su gestión, el juez Lagergren mantuvo como actividad principal sus atribuciones como juez estatal -sirvió de juez en la Corte de Apelaciones de Suecia, y adicionalmente, en la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, por ejemplo- y, simultáneamente, fue ganando terreno y renombre con su papel en conflictos petroleros tales como el tribunal de la concesión petrolera Reino Unido-Libia.

William D. Rogers: Es socio de la firma Arnold and Porter, un bufete de Washington D.C. Es graduado de Yale y de Princeton, y ha realizado labores en el gobierno, tales como pasantías en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, subsecretario de estado para Asuntos Económicos, y emisario especial para el presidente Carter en El Salvador. Ha dado clases en la Universidad de Cambridge y fungió como vice-presidente de Kissinger Associates, Inc., la firma consultora de Henry Kissinger a principios de los noventa.

Ahora bien, conforme avanzó el historial de casos de la CCI, se fue especializando el gremio de los abogados dedicados al arbitraje comercial internacional. Tal y como lo vaticinara Berthold Goldman, el Derecho comparado dejó de ser una afición de los profesores de Derecho y se convirtió en el Derecho comercial de la segunda mitad del siglo XX. Tres abogados de un perfil distinto, que, sin embargo, sí forman parte del “club” del arbitraje comercial internacional son Joseph Morris, Yves Derains y Jan Paulsson.

Jan Paulsson: A diferencia de los “Grand Old men”, Jan Paulsson, es un ejemplo del nuevo tipo de abogados que empieza a surgir en el medio del arbitraje comercial internacional. Nació en Suecia y creció en Liberia, en donde sus padres eran misioneros. Asistió a las universidades de Harvard y Yale. Para 1991 dirigía un bufete inglés radicado en París. También inició sus actividades dentro del arbitraje como parte (consejero) en un caso petrolero relacionado con la nacionalización del petróleo en Libia. Aparte de haber escrito numerosos artículos acerca de arbitraje, también ha sido vicepresidente de la Corte de Londres de Arbitraje (LCIA) y ha sido miembro del Comité Arbitral del Comité Olímpico Nacional, (una institución de donde, dicho sea de paso, proviene el actual presidente de la Cámara de Comercio, el coreano Yong Sung Park). La diferencia profesional y “generacional” –que es a fin de cuentas lo que más nos interesa- de Paulsson, a diferencia de otros abogados reconocidos dentro del arbitraje como Lalive, Rogers o Lagergren, es que Paulsson es un abogado especialista del arbitraje comercial internacional. Su figura no es la de un magistrado o un juez con vasta experiencia en la actividad jurisdiccional estatal que ocasionalmente dirige un Tribunal arbitral a petición de las partes, sino que es un abogado dedicado exclusivamente al arbitraje internacional. De manera similar a Paulsson tenemos el caso de Yves Derains. Derains, un abogado francés radicado en París, comenzó su actividad profesional en el departamento de servicios legales de la ICC, y posteriormente llegó a ser presidente de la Corte Arbitral de la CCI y director del

departamento legal de la ICC. Como producto la consolidación de la ICC como organización y de su estrecha relación con esta organización, actualmente dirige un bufete que se dedica única y exclusivamente al arbitraje desde 1971.

Joseph Morris: Joseph Morris es un especialista en Resolución Alternativa de Conflictos. Este abogado estadounidense, antiguo juez federal y abogado consejero de Shell y de Amerada Petroleum Corporation, es un ejemplo del “boom” que experimentó el arbitraje internacional en la década de los setentas como parte de la actividad petrolera. Morris inició su carrera como Decano de la Universidad de Tulsa, Oklahoma y juez del Distrito de Oklahoma del Este. Fue su notoriedad como investigador lo que despertó el interés de las compañías petroleras anteriormente mencionadas. Su habilidad para publicar y ejercer, sumado al interés de las compañías de Texas por conocer más acerca del Derecho petrolero lo llevó a renunciar a su rol estatal, y pasó a ser Consejero General para la Shell, puesto del cual se retiró en 1984. Desde entonces, Morris se ha dedicado exclusivamente a la resolución alternativa de conflictos en materia petrolera.

Esta diferencia –el cambio en el perfil profesional de los abogados que se dedican al arbitraje comercial internacional- nos da a entender que, probablemente, la especificación de la profesión implica una mayor cohesión y estabilidad del arbitraje comercial internacional como una práctica jurídica consolidada.

Capítulo II. La segunda fase: Los Petrodólares y el Tercer Mundo:

La política del New Deal de Roosevelt y el Plan Marshall produjeron un cambio en la concepción del Estado. Poco a poco, se comenzó a construir el “Estado empresario”, lo que implicaba un papel más activo del Estado en las economías locales. En el plano del tercer mundo, en donde paulatinamente –aproximadamente en un plazo aletargado de unos veinte años- se fue absorbiendo este movimiento, la influencia en la concepción del Estado como empresario originó una nacionalización de los recursos del Estado, entre ellos el suelo y el subsuelo. Como resultado de este movimiento de nacionalización de los recursos, surgieron conflictos, especialmente en el campo del petróleo, entre las empresas que explotaban el

petróleo, y que de ahora en adelante se veían forzadas a explotar estos recursos en calidad de concesionarios, y los Estados nacionales, que habían monopolizado el uso del subsuelo. Esta época, que puede ser delimitada en la década de los sesentas especialmente, constituyó un “boom” en el arbitraje comercial internacional. Muchos de los conflictos de construcción o materia de petróleo con Estados del Medio Oriente, fueron dirimidos en tribunales arbitrales ad hoc, los cuales ganaron gran popularidad. Adicionalmente, el grado creciente de especialización y experiencia del gremio de los abogados que se dedicaban al arbitraje comercial internacional le permitió a las partes involucradas encontrar un ambiente en donde se les proporcionara una solución aparentemente neutral, expedita y eficiente.

El perfil del grupo de abogados de renombre, especialistas en arbitraje comercial internacional, surgidos con el boom de los petrodólares, no difería mucho de las características con las que definimos a los “Grand Old men”. Su situación como actores políticos difería, sin embargo, en un aspecto muy importante: su carácter de “agentes dobles”. A diferencia de los profesores de Derecho privado de Europa, como Berthold Goldman o Clive Schmitthoff, los grand old men del tercer mundo poseían una gran influencia sobre el ámbito estatal.¹⁶⁸ Algunos árbitros “Grand Old Men” pero del Tercer Mundo eran Ahmed El-Kosheri de El Cairo, el Juez Mohammed Bedjaoui de Algeria, el Juez Khaled Kadiki de la Corte Suprema de Libia, y el juez uruguayo de la Corte Mundial, Eduardo Jiménez de Aréchaga. A continuación, dos resúmenes de las carreras profesionales de dos árbitros de renombre del tercer mundo.

Juez Mohammed Bedjaoui: Este árbitro, a diferencia de los anteriormente mencionados, proviene de Algeria, un país en vías de desarrollo. El juez Bedjaoui ha sido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Algiers, Ministro de Justicia para su país, miembro de la representación permanente de Algeria ante la UNESCO. Como un exitoso árbitro proveniente del tercer mundo, su carrera es importante porque personifica un fenómeno de

¹⁶⁸ Este carácter de doble agente, es lo que Trubek y Dezalay llaman –por influencia de Bordieu-, “legal fields”: “Por “legal field” (campo legal), entendemos no sólo el ensamble de instituciones y prácticas mediante las cuales se produce la ley, sino también el conjunto de éstas que la interpretan y la incorporan al proceso de debate y de decisión social.” Ver Trubek, David M y Dezalay, Yves. Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. Case Western Reserve Law Review. Vol.44. Fascículo 2.

importancia con relación a los árbitros de la periferia, y es que el juez Bedjaoui, un abogado con formación universitaria francesa, quien mediante sus numerosos libros acerca del arbitraje internacional clama por un “nuevo Orden de la Economía internacional” que sea más sensible hacia las diferencias con el tercer mundo, reside y atiende un bufete varios meses al año en París, lo cual nos da una idea de cómo son “traídos hacia el centro” o “atraídos hacia el ojo del huracán”, aquellos árbitros que logran ingresar y ser reconocidos dentro del círculo del arbitraje.

Ibrahim Shihata: Vicepresidente y consejero del Banco Mundial y consejero también del Secretario General del Centro Internacional de Resolución de Disputas sobre Inversiones del Banco Mundial (ICSID), el Dr. Shihata, proveniente de Egipto, es graduado de la Universidad del Cairo con un postgrado en la Universidad de Harvard. A diferencia del juez Bedjaoui, Shihata ha construido su carrera “desde afuera”. A pesar de que ha propugnado, junto con el algeriano, la construcción de un Nuevo Orden Económico Mundial (especialmente durante el auge de una perspectiva de sensibilidad hacia el tercer mundo en la ONU durante la década de los setentas), el Dr. Shihata ha ocupado distintos cargos en Viena (Director del Fondo OPEC para el Desarrollo Internacional), y ha ejercido su posición dentro del arbitraje comercial internacional desde Viena y desde otras ciudades importantes del centro europeo del arbitraje internacional.

De esta manera, el arbitraje comercial internacional se volvió más específico, con la figura de personajes del arbitraje dedicadas de manera permanente a la promoción de este tipo de arreglo de controversias. Al día de hoy, la Cámara de Comercio puede ser identificada plenamente como una institución¹⁶⁹. En el caso del tercer mundo, el arbitraje comercial internacional, y las figuras que lo materializan, poseen en su mayoría, un papel de “agentes dobles”. Por un lado, son figuras reconocidas en el medio por haber llevado cargos públicos, y por el otro lado, el acceso a esta información les permite desenvolverse como consultores privados.

¹⁶⁹ Recordemos la definición de institución y de organización de Santi Romano y Cesarinni Sforza. Ver infra. Sección Primera.

A continuación, examinamos de manera muy general la conformación política de la Cámara de Comercio Internacional. En algunos pasajes que vienen a continuación, estamos seguros de que el lector se preguntará el porqué de un análisis tan detallado de esta institución. De hecho, el análisis se hace de una manera muy general. Hemos decidido incluir estos datos, porque el estudio de la Cámara de Comercio Internacional es un aporte algo novedoso a los estudios de Derecho internacional privado de nuestro país. Por otro lado, esperamos que el lector pueda apreciar, después, la interpretación de estos datos mediante teorías propias de la filosofía del Derecho.

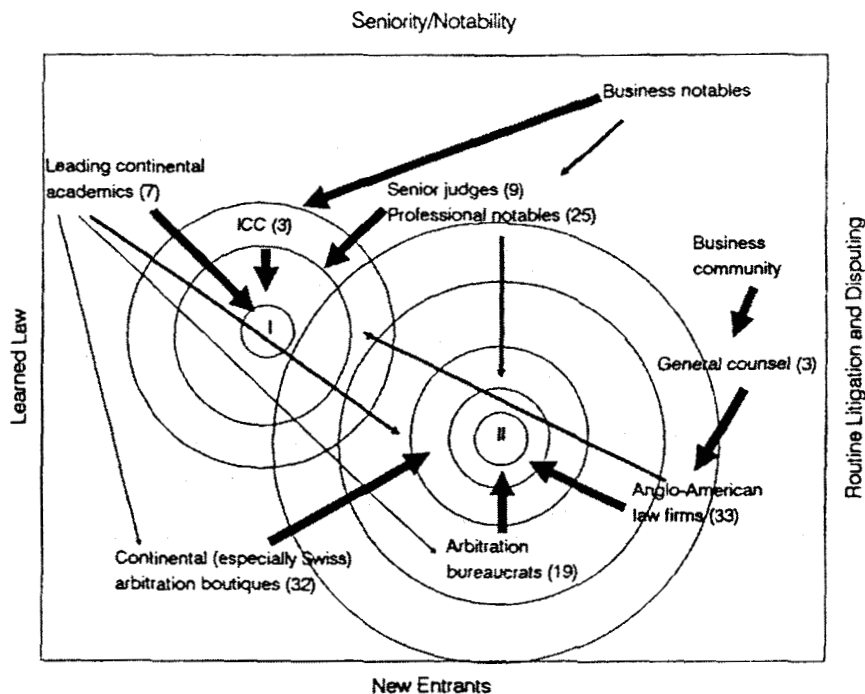


Fig.3.2.

Esquema de los "legal fields" del arbitraje comercial internacional

Fuente: DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant G. "Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a

Capítulo III. La fase actual: Composición Orgánica de la Cámara de Comercio Internacional, Directorio de actores políticos del Arbitraje Internacional

Sección 1. Conformación política de la CCI

Los diferentes órganos de la ICC poseen facultades y prerrogativas que suponen un control de pesos y contrapesos similar al de cualquier constitución estatal. Señalaremos algunas atribuciones asignadas por la Constitución de la ICC a los distintos órganos que la componen.

Aparte del Consejo Mundial, los órganos más importantes de la ICC son el Comité Financiero, la Secretaría Internacional, y la Junta Directiva.

El Consejo Mundial

La Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI por sus siglas en inglés) está compuesta inicial y principalmente por los Comités Nacionales que operan en cada país o territorio. Cada uno de los Comités Nacionales, formalmente constituidos según las normas de la CCI en los distintos países del mundo, conforman el órgano supremo de la Cámara de Comercio Internacional: El Consejo Mundial o World Council. En caso de que haya un interés por parte de los comerciantes de un país o territorio de pertenecer a la CCI, y bajo el supuesto de que no exista un Comité Nacional constituido en su país, dicha representación puede ser llevada a cabo por la Cámara de Comercio del país interesado, o en su defecto, por algún colegio profesional que quiera encargarse de la representación del sector empresarial ante la CCI. Asimismo, cabe señalar que cada una de las Cámaras de Comercio del mundo que conforman la CCI paga un canon anual por su incorporación, con lo cual se financia la CCI. Este Consejo Mundial tiene como funciones principales, la elección de la Presidencia de la CCI, la probación de las distintas Comisiones especiales, la elección –bajo la recomendación de la Presidencia- de la Junta Directiva, y la elección de la Secretaría Internacional, entre otros. Desde la fundación de la CCI en 1919, noventa Cámaras de Comercio de distintos países o territorios se han incorporado a la CCI.

La Presidencia

Está compuesta por un Presidente, un Vicepresidente, y un Presidente honorario (este último, presidente de la Presidencia del periodo inmediato anterior). Dentro de las funciones de la Presidencia, la cual está sujeta a un término de dos años, están la elección del Presidente del Comité Financiero y la recomendación al Consejo Mundial de los candidatos que integran la Junta Directiva.

Junta Directiva

Está compuesta por reconocidos líderes empresariales y miembros ex officio. La Junta Directiva es elegida por el Consejo Mundial bajo la recomendación previa de la Presidencia. Se

reúne tres veces por año y tiene como función primordial la elaboración de las prioridades y políticas de la organización.

Comité Financiero

El Comité Financiero brinda su apoyo a la Junta Directiva en aquellos puntos que estén relacionados con materia presupuestaria. Su presidencia es elegida por el Consejo Mundial.

La Secretaría Internacional

Una de las funciones más importantes de la Secretaría General, la cual es elegida por el Consejo Mundial y la Junta directiva de manera conjunta, consiste en la propuesta al Consejo Mundial de la creación o la modificación de las distintas Comisiones Especiales. Ya en la práctica, La Secretaría General ha tenido un papel muy importante en la representación de la CCI ante los distintos foros internacionales. Su Secretaría General, la griega Maria Livanos Cattai, expresidenta del Foro Económico Mundial, concluye su mandato en esta secretaría en el presente año. Su figura ha sido emblemática como portavoz de la Cámara de Comercio en los diferentes foros mundiales.

Comisiones Especiales

Por otro lado, la CCI opera mediante dieciséis Comisiones especiales que manejan temáticas específicas del Comercio Internacional. La Secretaría General, por medio de su Secretaria General, propone la creación de estas Comisiones especiales, las cuales son finalmente aprobadas por el Consejo Mundial. En este momento, funcionan las siguientes Comisiones Especiales:

1. Anti-corrupción
2. Arbitraje
3. Técnicas y Prácticas Bancarias
4. Bio-sociedad
5. Empresas en sociedad
6. Derecho y prácticas mercantiles
7. Competencia
8. Aduanas y regulación de Comercio

9. Comercio electrónico (E-Business), Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones
10. Medio Ambiente y Energía
11. Servicios Financieros y Seguros
12. Propiedad Intelectual
13. Marketing y Publicidad
14. Impuestos
15. Comercio y política de inversiones
16. Transporte y Logística

Divisiones Especializadas:

1. Servicios de Resolución de Disputas (Corte de Arbitraje de la CCI)
2. Federación Mundial de Cámaras (ATA carnet)
3. Instituto de Derecho Empresarial Mundial
4. Conferencias de la CCI
5. Servicios de Delitos Comerciales (CCS)

Sección 2 .Comisión de Arbitraje y La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

El procedimiento

El procedimiento de arbitraje se inicia mediante la presentación de la Demanda de Arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

El procedimiento de arbitraje mantiene cierta similitud con un proceso jurisdiccional. Se inicia con la presentación de la demanda ante la Secretaría General de la Corte de Arbitraje, la cual contiene algunos elementos esenciales para que pueda proseguir el procedimiento: un resumen de la controversia que da origen al arbitraje, las pretensiones de la parte actora, y copia o una referencia exacta a la cláusula arbitral que le da legitimación al procedimiento arbitral, (como puede ser una transcripción del documento o contrato comercial que da origen

a la controversia) . Deben señalarse, además: el árbitro que la parte designa para *dirimir* el conflicto, la sede donde deberá llevarse el procedimiento, las normas aplicables y el idioma oficial que se empleará en el procedimiento. Adicionalmente, la compañía demandante debe cancelar un anticipo de los gastos administrativos y aportar una copia de la demanda.

Una vez hecho el emplazamiento por la Secretaría, y opuestas las excepciones, la demandada debe contestar dentro del plazo de treinta días. La contestación también guarda una directa similitud a la de un proceso jurisdiccional estatal. Debe contener las calidades del demandado, sus observaciones y comentarios acerca de los hechos alegados por la accionante, y un comentario con relación al número de árbitros que integran el tribunal arbitral. Cabe señalar que las controversias arbitrales de la CCI, como es lo usual en un procedimiento arbitral *ad hoc*, pueden ser dirimidas por un árbitro unipersonal, o por un tribunal colegiado compuesto por tres miembros. Generalmente, cada una de las partes propone un árbitro, y la Secretaría de la Corte refiere al tercer árbitro, quien preside el tribunal. Por otra parte, las reglas para recusar o sustituir a los árbitros están dispuestas en el mismo reglamento de Arbitraje de la CCI. Estas disposiciones no guardan mayor diferencia a las normas procesales de recusación e inhibición de un código de procedimientos civiles de índole jurisdiccional-estatal.

Excepcionalmente, la parte demandada puede contrademandar, para lo cual debe fundamentar las pretensiones de la reconvención mediante la enunciación de los hechos sobre los cuales se basa. En este caso, se le otorga a la parte demandante un plazo de treinta días a partir de la presentación de la reconvención, para que presente la réplica respectiva.

La contestación de la demanda es presentada ante la Secretaría de la Corte de Arbitraje, quien finalmente formaliza la conformación del Tribunal Arbitral. Desde ese momento, la corte deposita el expediente en manos de los árbitros, y el procedimiento se encuentra formalmente constituido mediante la redacción de un Acta de misión. Dicho documento contiene la información necesaria para entender el origen del conflicto. El acta debe indicar como mínimo: las calidades de las partes y el lugar señalado por éstas para recibir notificaciones, las pretensiones de las misma, un recuento de los puntos litigiosos que dan lugar al arbitraje, las calidades de los árbitros, la sede en donde se llevará a cabo el arbitraje, y las normas aplicables al procedimiento. Esta última indicación sin perjuicio de que el tribunal pueda decidir *ex aequo*

et bono o conforme a equidad. El acta de misión no sólo contiene la información necesaria para entender la naturaleza del conflicto, sino que constituye, adicionalmente, un boceto preliminar de lo que será el procedimiento arbitral. De ahí que uno de las características primordiales del acta de misión sea la elaboración de un calendario provisional que planifique – con una extensión máxima de seis meses- las diligencias previstas por el tribunal arbitral.

A pesar de la instrucción del procedimiento arbitral posee un principio rector de índole acusatorio, existen algunas circunstancias en las que su actuación puede ser de oficio o inquisitiva. Las facultades del tribunal con relación a la prueba ofrecida de las partes, no se alejan mucho de los actos procesales comunes de un proceso jurisdiccional: aporte de documentación tanto pública como privada, dictámenes periciales y declaración de testigos o confesional. Sin embargo, según el artículo 20 inciso 7 del Reglamento, el Tribunal se encuentra facultado para tomar las medidas necesarias para “proteger secretos industriales y comerciales e información confidencial” de las partes.

La principal característica del procedimiento arbitral radica sin embargo, en una limitación al poder de decisión del tribunal arbitral. A diferencia del juez de la jurisdicción estatal, cuyo fallo es apelable (pero quien decide independientemente del criterio o aprobación de los órganos superiores) el laudo arbitral debe ser aprobado por la Corte de Arbitraje de la CCI antes ser rendido como tal ante las partes. Su revisión, sin embargo, está limitada – supuestamente- a aspectos formales y no de fondo, cosa que no siempre se ha dado. Al dar por terminada la instrucción de la causa de arbitraje, el tribunal debe redactar un proyecto de laudo, el cual contiene un borrador de lo que será, finalmente, el laudo arbitral. Dicho borrador debe ser presentado a la Corte de Arbitraje, para que ésta lo apruebe. Una vez aprobado, el proyecto se convierte en el laudo arbitral, el cual puede ser ejecutado mediante exequátur en la jurisdicción estatal. De acuerdo con el artículo 27 del Reglamento, “Ningún Laudo podrá ser dictado por el Tribunal Arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte”. La Secretaría de la Corte retiene el original del laudo. Aparte de las diligencias relacionadas con la cancelación de los honorarios del arbitraje, el depósito del laudo constituye el acto final del procedimiento arbitral ante la CCI.

Sección 3. El Derecho como mercado y el Derecho a la información

Analizar el comercio como un sistema social absolutamente separado de los demás sistemas sociales sería caer en una visión simplista del papel que éste juega en la sociedad. La Cámara de Comercio Internacional, como su nombre lo dice, representa a los diferentes sectores empresariales del mundo. Para algunos, su alcance internacional es menor al que la Cámara desea proyectar ante los ojos del consumidor.¹⁷⁰ Sin embargo, es evidente que la CCI no persigue otra finalidad que no sea promover el comercio mundial. Es por esta razón que su secretaria general, Maria Livanos Cattai, cuando se le entrevistó acerca de la publicidad de los laudos arbitrales, se defendió de la postura oficial de la Cámara -la cual defiende la confidencialidad de los procedimientos arbitrales- diciendo que la Cámara no podía lidiar con problemáticas sociales que no tuvieran nada que ver con el comercio. En su opinión, “abrir” los procedimientos arbitrales y otorgarle audiencia a los terceros que pudieren estar involucrados en los laudos, significa conferirle a la Corte de Arbitraje un papel político que la Cámara no está en posición de defender. En realidad, lleva razón Livanos Cattai cuando afirma que hay sectores de presión que buscan soluciones por medio de la Cámara de Comercio Internacional a problemas que trascienden sus fines y objetivos. Muchas veces, como lo dijera el expresidente de la CCI, Richard McCormick, algunos sectores -como ONG’s ambientalistas, por ejemplo- atacan a la Cámara con la única finalidad de ganar popularidad, y acusan a la CCI de problemáticas que no tienen nada que ver con su actividad.¹⁷¹ Por otro lado, sin embargo, la Cámara de Comercio Internacional posee una gran presencia en la Organización Mundial del Comercio; posee contactos y proyectos con organizaciones de una trascendencia enorme, tales como INTERPOL, y forma parte de proyectos de índole política, tales como el Código de Conducta “Global Compact”, un programa de *responsabilidad corporativa* impulsado por la organización de las Naciones Unidas, que trata de que las empresas multinacionales asuman un compromiso con ciertas causas mediante la suscripción de un código de ética corporativo. Por ahora, el polémico código de ética de Global Compact es voluntario. No posee ninguna fuerza vinculante más que la

¹⁷⁰ El European Corporate Observer, un periódico de internet bastante serio y con investigaciones bastante críticas, acusa de “autoproclamarse” la Organización Mundial del Comercio.

¹⁷¹ Entrevistas extraídas de la página web oficial de la Cámara de Comercio Internacional (www.iccwbo.org)

desacreditación política o moral. Sin embargo, en el futuro, podría convertirse en una interesante fuente del Derecho para proteger legislaciones relacionadas con el medio ambiente o los Derechos laborales, por ejemplo. Este proyecto, impulsado por el secretario general, Kofi Annan, ha sido criticado, especialmente por premiar a empresas con cuestionadas conductas corporativas que acusadas por las ONG más heterodoxas o reaccionarias, atentan contra los Derechos humanos, tales como Monsanto, Bechtel o Río Tinto.¹⁷² Aparte de la discusión, lo cierto del caso es que el ejemplo de Global Compact es uno de los tantos sectores en donde una línea divisoria entre el gremio comercial y el ámbito estatal, que inicialmente se mostraba de forma mas clara, se empieza a mostrar un poco más borrosa. En estas líneas se entrecruzan estructuras jurídicas como el Derecho internacional privado y el Derecho internacional público, por ejemplo.

Ahora bien, explicaremos qué queremos decir al analizar el Derecho como mercado. Al inicio de este trabajo, hablamos de la racionalidad –especialmente bajo los términos de Max Weber– como una lógica que surge de la masificación de los medios de producción. Podemos hablar, en términos de los últimos ciento cincuenta años, de una creciente crítica al “paradigma de la post-modernidad”, como lo llama Boaventura de Sousa Santos. Bajo estas condiciones, si la sociedad ha condensado la racionalidad weberiana en la figura de la corporación privada, la Cámara de Comercio Internacional significa una institucionalización de esta “lógica del marketing”.

Las primeras sociedades anónimas fueron constituidas en Europa durante la época del expansionismo colonial, especialmente alrededor del año 1620, con la intención monárquica de financiar las expediciones coloniales que llevaban a cabo las potencias europeas. A las primeras se les llamó “joint stock companies” (un nombre que todavía subsiste) y fueron constituidas bajo el nombre de “East India Companies” en cada país en donde fueron creadas, inicialmente

¹⁷² Como producto de esta iniciativa de las Naciones Unidas, ha surgido un movimiento “anti-corporacionista”, con organizaciones no gubernamentales de diversa índole, unas más serias que otras. Una de estas es Corporate Accountability Internacional, antes llamada In-fact Internacional, por ejemplo. Corporate Accountability ha tenido especial notoriedad por su lobbying en contra de las tabacaleras, especialmente Phillip Morris y British American Tobacco Company, en la redacción de un Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en contra del Fumado.

en Holanda e Inglaterra.¹⁷³ A diferencia de las formas de inversión que se habían utilizado hasta el momento, y debido a la enorme inversión que suponían, las sociedades anónimas son un aporte de capitales de varias personas. Tradicionalmente, los comerciantes habían financiado los proyectos mediante una porción de sus capitales. Si la inversión no era exitosa, respondía una porción de sus capitales personales. Sin embargo, la actividad colonial y el volumen de capitales que esto significaba, exigía un cambio sin precedentes en las formas de invertir. De esta manera, las sociedades anónimas actuales representan una evolución progresiva de cuatrocientos años de actividad humana. Es por esta razón que la conformación de la Cámara de Comercio Internacional no es un hecho fortuito. En su conformación se plasman cuatrocientos años de creciente liberalismo, desde la East India Co., hasta la conformación gremial compuesta por corporaciones mundiales tales como Rio Tinto, Monsanto, Shell o las demás compañías que han tomado un papel protagónico en las diferentes actividades de la CCI.

¹⁷³ Otros autores se refieren estas formas asociativas como “Merchant ventures”. Para una breve progresión histórica en el Common Law de los “partnerships” y “corporations” hasta los contratos surgidos con las inversiones posteriores a la segunda guerra mundial, ver: Miranda González Susie y Céspedes Chaves, Juan Carlos. *Joint Venture*. Revista Judicial, Año XXII, N°76, setiembre, 1999. San José.

La lógica del marketing, como práctica social consolidada, tiene sus propias maneras de manifestarse. Las tácticas de mercado y de producción a las cuales recurre, tienen también por lo menos un siglo de encontrarse en continua examen y reelaboración. Una de estas tácticas de marketing, es por ejemplo, la producción en serie. Se trata de producir mediante mecanismos que respondan a cuatro principios básicos: eficacia, cálculo, previsibilidad y control¹⁷⁴. Es curioso como este constituye un sistema social en donde cada uno de los principios conserva su relación armónica con los demás. Así, por ejemplo, la

masificación de los procesos uniformes de producción implica una reducción de los efectos imprevistos por la inexperiencia. Este rango conocido de problemas disminuye los procesos de experimentación y de adaptación, y por lo tanto, facilita la eficacia o eficiencia, y mantiene el

Fig.3.4. Algunos actores políticos importantes de la CCI:

Maria Livanos Cattai: Secretaria General de la ICC

Yong Sung Park: Presidente de la ICC

Supachai Panicpakdi: Secretario General de la OMC

Adnan Kassar. Ministro de Economía y Comercio de la República de Líbano, Presidente de la ICC (1999-2000)

Richard D. McCormick: Presidente Honorario de la ICC

Jean René Fourtou: Presidente de la ICC (2003-2004), Gerente General y Presidente de Vivendi Universal, una empresa de telecomunicaciones francesa.

Pottengal Mukundan: Director de ICC Commercial Crime Services

Fabio Borlotti: Presidente de la Comisión en Derecho y Prácticas comerciales

Robert Briner: Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC

Marcus Wallenberg: ICC Vice-Chairman

Serge Lazareff: Presidente del Institute of World Business Law

Selig S.Merber: Presidente de la Comisión de Aduanas y Regulación del Comercio (2004)

Bertrand Collomb: Presidente del Consejo Mundial del Comercio para el Desarrollo Sostenible (WBCSD), Presidente de Lafarge.

¹⁷⁴ Ver Rivero, Juan Marcos. Op. Cit. p.203.

control —o al menos una ilusión de control sobre las circunstancias- como un principio rector de la actividad comercial. Otro de los efectos utilizados por el marketing, es la impresión. Podríamos llamarlo el efecto del “Mago de Oz”. Consiste en disfrazar, mediante aparentes complejos sistemas de información o infraestructura muy deslumbrante, el verdadero funcionamiento de una empresa. Generalmente, estos programas de informática o estos lujosos edificios llevan al consumidor a pensar que la empresa privada, en oposición al ámbito estatal, es más eficaz. De esta manera, se olvida que el funcionamiento de una empresa está sujeto a errores, y se piensa de ella como una institución infalible. Su encanto radica en una especie de ilusión. Sólo desde adentro de la corporación puede el sujeto darse cuenta de que la institución es realmente pequeña, o de que hay situaciones ante las cuales sus funcionarios no se encuentran realmente bien capacitados, o de que aparte del espejismo de las apariencias, las instituciones están hechas por personas de carne y hueso. Este efecto hace que a los gerentes ejecutivos se les atribuya características de eficiencia sobrehumanas, principalmente porque la convivencia con ellos por parte de los empleados que integran la corporación se torna imposible, y entonces se tiende a mitificar lo desconocido.

Una de las cualidades más asombrosas de la lógica del marketing, es su capacidad para diversificarse para absorber cualquier producto que se considere rentable. Desde microchips hasta implantes de silicón, desde comida rápida hasta satélites. El Derecho no es la excepción. En 1954, aparece Mc Donald’s al mercado, actualmente con una cadena de más de 10.000 franquicias a nivel mundial. De ahí que George Ritzer, haciendo alusión a la transculturización presente en el proceso de expansión económica de estos restaurantes hablara de una McDonalización de la sociedad. El profesor Juan Marcos Rivero retoma este concepto y se lo aplica al Derecho. En su obra “Episteme y Derecho”, el profesor Rivero analiza el tema de la “McDonalización” de la justicia desde el punto de vista que sugiere que lo mejor para una sociedad es que el Derecho penal sólo actúe cuando su actividad sea mínima (teorema - = + o del Derecho penal mínimo). El autor critica los Malls de justicia o “megadespachos”; los combos judiciales mediante los cuales se puede negociar una pena, y critica lo que él llama el culto a los perfiles, a los test psicológicos, la dictadura de la estadística (práctica en donde el éxito de un juez depende solamente de cuántos casos pueda resolver en un día y no con la

“calidad” con la que haya resuelto), y la falsa modernización a través de la informática, todos estos síntomas de una sociedad mcdonalizada.¹⁷⁵

En el caso de la Cámara de Comercio Internacional es imperativo, que, si las decisiones de sus tribunales arbitrales van a tener un “campo legal” tan extenso, se recurra a la publicidad como un presupuesto de sus acuerdos. Por otro lado, es importante discutir la necesidad de un acceso a la información por parte del consumidor. Es curioso como la Cámara de Comercio Internacional reproduce la información relacionada con sus actividades, mediante los mismos métodos de marketing que utilizan sus afiliadas. Así por ejemplo, la información relacionada con la Cámara se reproduce en brochures. Su principal fuente de divulgación es Internet. Sus conferencias o la afiliación a sus boletines se cobran mediante bonos de afiliación parecidos a una suscripción en un supermercado. El sistema es auto-reflexivo. Más adelante analizaremos con mayor detalle el tema de la Autopoiesis, una teoría de la sociología del Derecho. Según esta teoría, una de las cualidades de un sistema es la capacidad de autorreproducirse mediante los mismos elementos de los cuales está compuesto. Esto lo que implica es una reflexión de un sistema. Por ejemplo, escribir un libro acerca de cómo escribir un libro es un simple ejemplo de auto-reflexión. O, por ejemplo, decir “no existen más reglas que el hecho de que no existe ninguna regla en absoluto”, es una forma de autorreproducción. (O existen reglas, porque decir que no existen es crear una regla, o no existen). Esto genera una paradoja que no se puede resolver, no porque no exista solución, sino porque el problema está mal planteado al ser ambas respuestas excluyentes entre sí.

En el caso del comercio internacional, se produce un fenómeno de auto-reflexión muy interesante, al reproducirse, mediante el mecanismo con el cual se crea la institución comercial, una contra-discurso que, paradójicamente, lucha contra su propia estabilidad. Es decir, por un lado, existe un fenómeno de autorreflexión cuando una cámara, integrada por corporaciones, reproduce, a su vez, un ambiente corporativizado. Sin embargo, el fenómeno más interesante de auto-reflexión de lo corporativo se produce en la crítica anti-corporativa, la cual se mantiene y se institucionaliza mediante los mismos recursos y procedimientos que pretende atacar.

¹⁷⁵ Ibid.

Ampliaremos esta idea. Veamos, como un signo para interpretar las dinámicas sociales actuales, el caso Aguas del Tunari (Bechtel) contra la República de Bolivia. Este es un caso relacionado con la privatización del servicio de agua en Cochabamba, Bolivia.

En el año 2004 apareció un documental en el Festival de Cine de Sundance, basado en el libro de Joel Bakan, “The Corporation: The pathological pursuit of profit and power” (La corporación, la persecución patológica de la ganancia y el poder).¹⁷⁶ El documental, escrito por Bakan y por dos productores más, Mark Achbar y Jennifer Abbott, fue un éxito alrededor del mundo. “La Corporación” comparaba a la empresa con las características un enfermo psiquiátrico; comparaba las características de un sociópata, según los términos descritos por consultores del FBI –incapacidad de sentir amor o lástima, un egoísmo patológico, etc.- y las aplicaba a las corporaciones. El documental contaba con la participación de premios Nobel de economía tales como Milton Friedman, Noam Chomsky, y un periodista muy famoso últimamente, especialmente para la clase media mundial, el norteamericano Michael Moore.

Uno de los casos que retrataba el documental, era el caso de Bechtel en Bolivia anteriormente mencionado. Bechtel es una de las compañías constructoras más grandes del mundo. Es socia de Alterra en la remodelación del Aeropuerto Juan Santamaría en nuestro país, y su caso de arbitraje –relacionado con la construcción del Canal de la Mancha entre Inglaterra y Francia- fue resuelto por la Cámara de Comercio Internacional de París. Este es sin duda, como la misma Cámara lo publica, el caso más célebre jamás resuelto por cualquier centro de arbitraje en los últimos veinte años. Adicionalmente, Bechtel ha sido adjudicada con algunas de las licitaciones que ofreció el gobierno de Estados Unidos como resultado de la ocupación de Irak.¹⁷⁷

“The Corporation” brindaba imágenes de las calles de Bolivia. Es sorprendente el paralelismo que estas imágenes guardan con las marchas originadas en Costa Rica con el llamado “Combo del ICE”. Según el documental, Bechtel había logrado presionar políticamente, para que la

¹⁷⁶ www.thecorporation.com

¹⁷⁷ En su página de Internet, Bechtel no hace referencia a su retiro de Cochabamba (<http://www.bechtel.com>).

recolección de agua llovida generara, de manera automática, un gravamen sobre la propiedad del propietario que la recolectaba. La polémica surgida por este caso, llevó a más de trescientos dirigentes de diferentes organizaciones de Derechos humanos, a plantear ciertos puntos al Centro de Arbitraje del Banco Mundial. Entre estos dirigentes, se encontraba Mike Achbar, coproductor de “The Corporation” y presidente de “Invisible Hand Inc.”. Transcribimos esta carta porque ejemplifica, de manera vívida, el conflicto que empieza a surgir por la necesidad de otorgarle carácter de interés público a los arreglos arbitrales.

“

29 de agosto de 2002

James D. Wolfensohn, Presidente del Banco Mundial

Ko-Yung Tung, Secretario General CIADI

David D. Caron, presidente del tribunal

Henri C. Alvarez, miembro del tribunal

José Luis Alberro-Semerena, miembro del tribunal

CIADI Panel de Arbitraje

c/o International Centre for the Resolution of Investment Disputes

World Bank

1818 H Street, NW

Washington, DC 20433

RE: Demanda de participación pública

Aguas del Tunari S.A. (Bechtel) v. República de Bolivia (Case No. ARB/02/3)

Estimados señores,

Los y las firmantes de esta carta representamos a más de 300 organizaciones de la sociedad civil y líderes públicos en cinco continentes. Les escribimos a partir de nuestra preocupación

compartida por el Derecho de los ciudadanos de participar en asuntos públicos que afectan a sus comunidades y naciones. Por medio de esta carta respetuosamente pedimos que garanticen participación pública en el arbitraje entre Aguas del Tunari/Bechtel Enterprises y la República de Bolivia, un caso que implica directamente un de las necesidades básicas mas fundamentales – acceso al agua. Este es uno de los casos más visibles e importantes que ha llegado a un tribunal del Banco Mundial/CIADI – Aguas del Tunari/Bechtel Enterprises vs. Bolivia.

ANTECEDENTES

La historia de este caso es bien conocida en todo el mundo. Bajo presión directa del Banco Mundial, el Gobierno Boliviano, por medio de licitación pública ofreció en concesión privada el sistema de agua de Cochabamba, la tercera ciudad de Bolivia. En 1999, después de una licitación donde solo un grupo se presentó, se firmó un contrato de concesión por 40 años con Aguas del Tunari, una subsidiaria de Bechtel Enterprises de California que se había formado para este objetivo. Apenas unas semanas después de que el sistema de agua cambió de manos, la compañía subió los precios del agua en un promedio de más del 50%, y en unos casos mucho más. Familias que viven con un salario mínimo de alrededor de 60 dólares al mes (y muchas veces menos) fueron obligadas a pagar hasta 25% de sus ingresos sólo para mantener el servicio de agua.

El pueblo de Cochabamba no era capaz de pagar las facturas que le presentó la compañía, tampoco recibió apoyo satisfactorio por parte del Gobierno Boliviano, y fue obligado a recurrir a protestas masivas y amplias. Para proteger el contrato con la compañía, el Gobierno Boliviano tomó medidas extraordinarias, incluyendo la declaración del estado de sitio, la suspensión de Derechos constitucionales, y la represión violenta de las protestas, lo que dio por resultado más de 100 heridos y la muerte de un joven de 17 años, Víctor Hugo Daza. En abril de 2000, el gobierno incapaz de frenar las protestas, la compañía abandonó la gerencia del sistema de agua y el país.

EL FUNDAMENTO DE NUESTRA DEMANDA DE PARTICIPACIÓN

Para ser claro, desde nuestro punto de vista, en principio el Banco Mundial/CIADI no debería estar tratando este asunto. El sistema del Banco Mundial/CIADI es uno de lo que el New York Times calificó recientemente como una “corte comercial secreta” (“A Fairer Trade Bill” editorial del New York Times, 25 de julio de 2002), en el cual asuntos de primordial interés público se deciden bajo un manto de confidencialidad, sin información completa y sin ninguna oportunidad de vigilancia o participación pública, las cuales son la base de la legitimidad pública. Dicha participación pública es esencial para la resolución legítima de disputas, como este, que directamente afecta asuntos de interés público fundamental.

Además, que el Banco Mundial/CIADI trate este caso es aun más injustificado por otras dos razones específicas del caso:

En primer lugar, el Banco Mundial no es de ninguna manera una parte neutral en este asunto. Es bien documentado (y estamos dispuestos a demostrar) que era el Banco Mundial mismo quien obligó al Gobierno de Bolivia a privatizar el sistema de agua en Cochabamba, haciendo esta privatización una condición para acceder a fondos para aliviar su deuda y para la expansión del sistema de agua, por este medio iniciando la cadena de eventos del caso. Además, durante las protestas de abril 2000, el presidente del Banco Mundial James Wolfensohn personalmente hizo comentarios públicos sobre el caso, justificando el aumento en los precios del agua. Además, a pesar del rol del Banco en la historia de este caso, Sr. Wolfensohn violó un de los principios mas importantes de objetividad, cuando el directamente seleccionó el Presidente del tribunal de arbitraje que decidirá el caso. Estos hechos han creado una duda fuerte y muy justificada sobre la capacidad del ICSID de resolver justamente esta disputa.

En segundo lugar, la demanda de Bechtel/Aguas del Tunari en la jurisdicción del CIADI se sostiene sobre la afirmación espuria que es una empresa Holandesa (de este modo beneficiándose del Tratado Bilateral sobre Inversiones entre Holanda y Bolivia, el cual invoca al CIADI como arbitro en disputas sobre inversión entre los países). Bechtel/Aguas del Tunari trasladó su registro a Holanda solo después de firmar el contrato de concesión con Bolivia, en un ejercicio de búsqueda un escenario desde donde manejar sus negocios, ya repudiado por el Gobierno Holandés.

Tomando en cuenta, sin embargo, que el CIADI ha aceptado el pedido de Bechtel/Aguas del Tunari de tomar el caso, esto hace aun mas imprescindible que el proceso sea abierto a la participación y vigilancia pública, tal como indicamos en la presente comunicación.

También queremos señalar formalmente que Bechtel/Aguas del Tunari ya ha demostrado su disposición de proporcionar información fraudulenta sobre el caso. En respuesta a la amplia atención pública a los aumentos tarifarios de la empresa, vocera de Bechtel Enterprises, Ms. Gail Apps, distribuyó ampliamente el siguiente comunicado a miembros del público y de los medios de comunicación, cuando preguntaban sobre los aumentos impuestos: “Para la mayoría de la gente pobre en Cochabamba las tarifas subieron poco, apenas el 10%.” Datos del centro de computo de la empresa de agua demuestran claramente que los aumentos tarifarios en promedio eran mas del 50%.

Si Bechtel/Aguas del Tunari está dispuesto a dar información tan fraudulenta al público, uno solo puede imaginar que otra información falsa estarán dispuestos a presentar al tribunal detrás de puertas cerradas y lejos de la luz pública. También por esta razón, grupos de la sociedad civil con conocimiento directo de los hechos del caso tienen que participar activamente en el caso, para asegurar que el tribunal reciba presentaciones completas y acertadas de los hechos.

LOS MÉTODOS PROPUESTOS DE PARTICIPACIÓN

Por todas estas razones, proponemos que el tribunal adopte los siguientes procedimientos:

1) Aceptar la Petición de Individuos y Organizaciones Afectadas a Participar en el Caso

Hacemos un llamando a que el tribunal acepte la petición de participar por parte de líderes de la sociedad civil boliviana, incluyendo a Oscar Olivera, portavoz de la Coordinadora de Defensa del Agua y de la Vida; Omar Fernández de la Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes; Padre Luis Sánchez, miembro elegido del Directorio de la empresa local de Agua, SEMAPA; y el Honorable Dr. Jorge Alvarado, diputado del Congreso Nacional de Bolivia y Presidente de la Brigada Parlamentaria de

Cochabamba, elegido en 2002. Estos líderes, representados por abogados estadounidenses y bolivianos experimentados, representan a los docenas de miles de personas con un interés directo en el caso. Su participación es esencial para una resolución legítima del caso.

2) Poner a la Disposición Pública todos los Documentos Presentados al Tribunal

Para garantizar una fiscalización pública adecuada de los reclamos y afirmaciones de las dos partes, llamamos al tribunal de poner en el record y ámbito publico todos los documentos presentados por las partes al tribunal.

3) Que los Miembros del Tribunal Viajen a Bolivia para Recibir Testimonios Públicos

Está claramente dentro de las atribuciones del tribunal viajar a Cochabamba, Bolivia, para recibir testimonios directamente de la gente afectada por el caso que tiene información importante para compartir con el tribunal.

“... el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario ... trasladarse al lugar donde se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.” [Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; Capitulo IV, Sección 3, Artículo 43.]

Llamamos al tribunal que haga uso de ese poder en este caso y viaje a Cochabamba para recibir testimonios apropiados del público y que sea relevante en el caso.

4) Que las audiencias del tribunal sean completamente abierto al público.

Todas las audiencias y sesiones deben estar abiertos al público, incluyendo la presentación al público de las transcripciones de de testimonios recibidos, además de cualquier decisión o laudo.

CONCLUSIÓN

Ningún caso presentado ante un tribunal de CIADI han atraído el interés público como este caso lo ha hecho y lo seguirá haciendo, y por razones muy buenas. Las acciones de Bechtel/Aguas del Tunari in Bolivia dejaron una ciudad de más de 600,000 personas en un conflicto tumultuoso durante más de cuatro meses. Dejó cientos de heridos y un joven muerto, y puso en peligro el acceso de miles de personas a un elemento fundamental de la vida. En este caso se trata de mucho más de la transferencia simple de activos de una entidad económica a otra. Se trata de un asunto de profunda importancia para muchos más que las dos partes que ahora tienen acceso formal al proceso de arbitraje. Esperamos que el Tribunal respete nuestras demandas, y la petición de participación, y respetará el Derecho legítimo de la sociedad civil a tener un rol activo y constructivo en este caso.

(La carta esta firmada por más de 300 personas en representación de más de cincuenta organizaciones alrededor del mundo. Por Costa Rica, firmó Isaac Rojas, de COECO Ceiba-Amigos de la Tierra.)¹⁷⁸

Este conflicto entre el gremio comercial internacional (Cámara de Comercio y sus afiliadas, miembros de la burocracia internacional) y la sociedad civil (miembros de movimientos de Derechos humanos, organizaciones no gubernamentales), es un fenómeno recurrente en las reuniones de carácter “global”. Reuniones como el Consejo de la Tierra en Rio de Janeiro en 1993, las Rondas de negociación de Doha, o las reuniones del Foro Económico Mundial, implican una movilización de sectores anti-“globalización”. Este choque entre ambos movimientos evidencia una reformulación de la oposición de discursos muy interesante, la cual puede ser analizada mediante la teoría de la Autopoiesis. Para ilustrar el punto, narramos a continuación una anécdota acontecida en la reunión del Foro Económico Mundial:

En Enero de 1999, en Davos, Suiza, en una reunión del Foro Económico Mundial, una muchedumbre se reunió en las afueras de la sede. Apostados con marchas y carteles en las afueras de las sedes de deliberación, fueron invitados por varios gerentes de transnacionales como Shell, Exxon, y otras, a ingresar al Foro y exponer su pliego de peticiones. Esto generó

¹⁷⁸ <http://www.democracycitr.org>; <http://www.cedib.org>; <http://bolivia.indymedia.org>.

polémica, no sólo entre los gerentes que no estaban de acuerdo con esta invitación, sino además, con dentro de aquellos grupos que habían mostrado su descontento ante la reunión. Más allá del hecho de que el grupo estaba integrado por personas con creencias o valores muy disímiles, lo interesante del caso es la discusión que sostuvieron. Algunos activistas estaban de acuerdo con la invitación. Otros, sin embargo se mostraron renuentes a ingresar. Para ellos, ingresar era “legimitar” la reunión y a su organización.

Esta anécdota expone de manera muy clara un proceso de autoreflexividad de la crítica al comercio transnacional. Por un lado, puede asumirse la postura “tradicional”. Esta sería un discurso contrario, de oposición. “No entrar a la reunión”. Esta ha sido la forma en que originalmente surgieron ONGs como Greenpeace, Human Rights Watch o Amnistía Internacional. Con discursos reactivos, de oposición. Sin embargo, más de veinte o treinta años después, en el campo de la “reivindicación anti-corporativa” actualmente se produce una reformulación de la oposición.

Después de “The Corporation”, han surgido nuevos documentales y organizaciones de la sociedad Civil de toda clase. Morgan Spurlock realizó un documental en donde comía durante un mes en McDonald’s, con la finalidad de debatir un fallo de una corte federal que había desestimado la demanda de dos jóvenes obesas que acusaban al restaurante de comida rápida de su mala alimentación. El documental se sumó a la lista de grandes éxitos de ventas de los best-sellers anticorporativos¹⁷⁹. La crítica corporativa ha empezado a proliferar. Desde el proyecto Global Compact de las Naciones Unidas, hasta el punto de vista de Corporate Accountability Internacional, hasta Michael Moore, se aboga por un lucha hacia la responsabilidad corporativa¹⁸⁰. Lo curioso es que estas organizaciones reproducen el discurso contra el cual reclaman. “The Corporation”, por ejemplo, utiliza todos los formatos propios de marketing de una corporación: una página de Internet, mediante la cual se puede comprar las películas mediante tarjeta de crédito; un formato publicitario con el estilo de corporación, con propiedad intelectual registrada y con información tipo brochure previamente diseñada, etc. Al

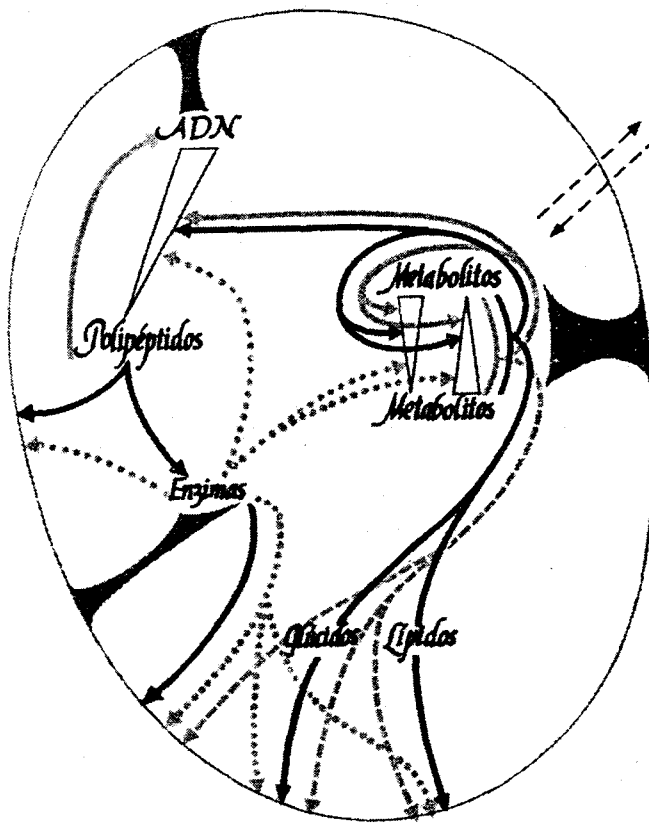
¹⁷⁹ www.supersize.com

¹⁸⁰ www.Globalcompact.org ; www.stopcorporateabuse.org ; www.michaelmoore.com.

criticar a la corporación, se produce un fenómeno de Autopoiesis, y la crítica corporativista se convierte en otra institución mercantil.

Título segundo: Autopoiesis y Globalización

Fig. 3.5. Contraportada del libro de Maturana y Varela, "Autopoiesis: la organización de lo vivo". Nótese su parecido con el esquema de los legal fields de Bordieu en la figura



Capítulo I. Globalización

Un término tan utilizado como “globalización”, sirve para cualquier fin. Su uso es tan generalizado, que hasta una introducción a un marco teórico que indique esta condición, es -a su vez- un aporte poco original. Sin embargo, con la intención de que el lector entienda nuestra concepción del término, nos vemos obligados a dedicarle unas líneas a este concepto tan difuso. Aprovecharemos estas líneas para que el lector entienda, además, que queremos decir cuando hablamos de “postmodernismo” o de “liberalismo”.

El estudio de la globalización puede ser visto desde muchos puntos de vista. Nuestro estudio trabaja con una concepción de la globalización estrictamente referida al ámbito del Derecho. En este sentido, cabe hacer la siguiente aclaración: Algunos autores trabajan con autores que trabajan con la globalización desde un punto económico, en su nivel máximo de abstracción política. Esta visión abarca los procesos sociales de los últimos cincuenta años desde una variedad inmensa de prácticas sociales: desde los comportamientos de los mercados, hasta los conflictos bélicos; desde la explotación de los recursos naturales hasta los conflictos laborales. Típicos autores de esta postura son los llamados “futurólogos” de un sistema académico que vincula el Derecho Internacional Público, con las Relaciones Internacionales, con la Ciencia Política y con la Economía. Autores como Anthony Giddens, Alvin Toffler, George Soros, Robert O. Keohane, Eric Hobsbawn, Ulrich Beck, Francis Fukuyama, Samuel Huntington y Antonio Cançado Trinidad, son algunos de los autores “geopolíticos” que podemos mencionar dentro de esta línea. Son estudios que con frecuencia recurren a estudios de las Naciones Unidas o a indicadores económicos.¹⁸¹

Como ramas secundarias de estos estudios, existe una tendencia en el Derecho a analizar el fenómeno de la globalización desde esas herramientas conceptuales. Estos estudios, hacen

¹⁸¹ No utilizaremos estas referencias para brindar un concepto de globalización. No sólo porque excede los alcances de este trabajo, sino porque, por razones que no ampliaremos, este tipo de aproximación nos parece no sólo inocua, sino además, que puede llegar a ser nociva. Hasta cierto punto, pareciera que algún sector de estos estudios reproduce la idea de los sistemas sociales, sin percibir que de hecho lo están haciendo. Ver, por ejemplo, Ordoñez, Jaime. Neo-tribalismo y globalización. Estudios para el Futuro (UCR, FLACSO, UCCP). San José, 2002.

alusión, con frecuencia, a una relación entre el Estado y los procesos de comunicación “globales”. De ahí que hayan temas recurrentes en sus análisis: el concepto de soberanía y la pérdida de soberanía del Estado Moderno, por ejemplo. Otro tema común es la el poder político del Estado, y una correspondiente reacción a esta postura que revaloriza el papel del Estado. Es decir, una postura que concuerda en la pérdida de preponderancia del Estado en el fenómeno social, pero que también indica que el Estado no ha perdido, para nada, su influencia política y que constantemente se reformula para seguir integrado a la sociedad. Dentro de esta postura encontramos estudios como el de Saskia Sassen o el estudio editado por Gunther Teubner, llamado “un Derecho global sin Estado”.¹⁸²

Otro punto de vista muy interesante, es el nuevo *approach* de la geografía, y más específicamente de la cartografía, con respecto al tema de la globalización. Utilizando nuevos parámetros de medición, menos objetivos y más sociológicos, una nueva corriente de la cartografía ha iniciado el estudio de la globalización desde la medición de comportamientos de consumo y actividad humana. La relación entre la cartografía y la globalización es un tema recurrente en el análisis jurídico. Por ejemplo, en vez de dibujar mapas con zonas delimitadas por límites políticos, algunos cartógrafos estudian la relación entre los flujos de capital de las fusiones y adquisiciones de las compañías transnacionales, en relación con el flujo de mano de obra y los fenómenos de migración.¹⁸³

El principal resultado de esta tesis consistió en la observación del proceso de **sedimentación** del Derecho. Como hemos reiterado a lo largo de la misma, entendemos el Derecho como un proceso comunicacional, que con el paso de los años se solidifica y se convierte en una moral consolidada, es decir, en ley. Para Boaventura Sousa dos Santos, la dinámica social surge de la tensión de dos ejes: las experiencias y la emancipación. Por un lado, las experiencias responden

¹⁸² Ver, entre muchos otros: Sassen, Saskia. Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization. Columbia University Press, Nueva York, 1996; Teubner, Gunther. (editor) Global law without a State. Dartmouth Publishing Company Limited, 1997. Brookfield, Vermont, E.E.U.U.; Snyder, Francis. Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law. European Law Journal, Vol 5, N°4, December 1999, pp.334-374. Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 1999

¹⁸³ Ver estudios “The New American Imperialism” de David Harvey, professor de Antropología de la Universidad de Nueva York, y “The local-global dialectic, a geographer’s perspective”, del profesor de Geografía y Estudios del Desarrollo de la Universidad de Berkeley en California, Michael Watts. (<http://globetrotter.berkeley.edu/people4/Harvey/harvey-con0.html>)

a un modelo de regulación moderna. Esto quiere decir que la sociedad solidifica su experiencia mediante la creación de normas, prácticas e instituciones.¹⁸⁴ Este proceso de sedimentación forma parte de un proceso de expectativas y regulaciones sociales. Estas expectativas son como el motor de la sociedad, generan nuevas ilusiones que con el tiempo se convierten en leyes, que dan origen a nuevas expectativas, y conforman un ciclo de cambio en la sociedad. Lo importante del análisis del autor, es que examina la globalización desde los mismos caminos por donde hemos caminado a lo largo de este trabajo: Desde la primera fase de lo que él llama Regulación-emancipación (que comprende 1. la recepción del Derecho Romano-germánico, 2. las escuelas del Derecho Natural, y 3. las teorías del contrato social) hasta el desarrollo capitalista., que el autor lo divide en tres fases: El capitalismo liberal, el capitalismo organizado y el capitalismo desorganizado.¹⁸⁵ Finalmente, la tercera fase es el “Dejar de pensar el Derecho”, que consiste en el desmembramiento de la estructura jerárquica del Derecho, cosa que está muy relacionada con la teoría de la Autopoiesis que veremos más adelante.

En resumen, y con la intención de brindar una definición de un término tan polisémico como globalización, ofrecemos las características de la globalización postmoderna de los sociólogos franceses anteriormente mencionados. Para Yves Dezalay y David M. Trubek, las siguientes son algunas características que definen el fenómeno de la globalización:

1. **Cambio en los patrones de producción:** Nuevos y flexibles sistemas de especialización y la “fábrica global”, han hecho posible una ágil localización de la producción y de otras actividades económicas en diversas partes del mundo, facilitando

¹⁸⁴ Este eje de la regulación posee tres principios básicos: El principio del Estado, representado por la teoría del Leviatán de Hobbes; el principio de mercado, con las ideas de Locke y de Adam Smith; y el principio de comunidad, el cual se encuentra en el principio del contrato social de Rousseau. Por el otro lado, las expectativas son la forma en la que la sociedad piensa una utopía. Sousa dos Santos llama a este el modelo de la **emancipación moderna**. El autor hace un análisis de este modelo desde una lectura de Max Weber, y condensa estas expectativas sociales en tres manifestaciones de la racionalidad que nombrara el sociólogo alemán: la racionalidad expresiva, propia de las artes y de la literatura; la racionalidad cognitiva instrumental de la ciencia y la técnica; y la racionalidad moral y práctica, manifiesta en la ética y el Derecho. De Sousa Santos, Boaventura. Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation. Butterworths Lexis Nexis, 2da Edición. 2002. Londres, Reino Unido.

¹⁸⁵ Esta creciente y paulatina forma de estructuración social, organizada dentro de un auge económico, constituye una parte esencial de nuestra concepción sobre el liberalismo.

el desmembramiento de la actividad económica de un país a otro, y contribuyendo al surgimiento de una nueva división internacional del trabajo.¹⁸⁶

2. **Vínculo de los mercados financieros:** La creación de capitales globales, ligados entre sí, facilita el libre flujo de capitales de inversiones a través de las fronteras nacionales.
 3. **Creciente importancia de las Firmas transnacionales:** Debido a que las empresas transnacionales son capaces de esparcir su producción y otras operaciones a través del mundo, y de mover sus plantas de un país a otro, su poder de negociación se ha visto fortalecido y su importancia en el mundo de la economía ha crecido.
 4. **Creciente importancia de los Bloques regionales de comercio y de desarrollo:** el comercio internacional ha crecido, debido a la proporción del PIB de la mayoría de los países. Las barreras arancelarias han bajado en la mayoría de los países; este proceso se ha acelerado en ciertas regiones mediante zonas francas regionales y mercados comunes. Los regímenes comerciales están siendo extendidos, de manera que ahora cubren servicios y propiedad intelectual. Las reglas de comercio internacional, las cuales promueven el libre comercio en bienes y servicios ha tenido influencia directa e indirecta sobre muchos aspectos de la normativa nacional.
 5. **Ajuste Estructural y Privatización:** todo el antiguo bloque soviético y mucho del mundo en vías de desarrollo, está influenciado por presiones que buscan una mayor estabilidad macro-económica y una reducción del papel del Estado en la economía local. Se le ha dado gran énfasis a las instituciones de desarrollo del mercado, incluida la estructura normativa comercial, para facilitar la interacción económica.
 6. **Hegemonía de conceptos neoliberales y de relaciones económicas:** El “Consenso de Washington” (nombrado de esta forma debido a las instituciones financieras internacionales situadas en la capital norteamericana) le da especial énfasis a
-

los mercados privados, la desregulación de la actividad económica, al rol reducido del Estado y del gobierno, y al libre comercio. Esta visión, influenció la política exterior de los Estados Unidos e Inglaterra, especialmente durante las administraciones Reagan y Thatcher, y ha comenzado a afectar a la Europa continental. Bajo la égida del Fondo Monetario Internacional (IMF) y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (IBRD o Banco Mundial), así como por medio de los bancos regionales y el Acuerdo General sobre tarifas y Aranceles (GATT), la visión neoliberal se ha esparcido a través del mundo en vías de desarrollo, ha influenciado a Europa del Este y la antigua unión soviética, y está teniendo efecto en China.

7. **Un movimiento mundial hacia la democratización:** la protección de los Derechos humanos, y un renovado interés en el “gobierno de la ley” (Rule of Law): Junto a las presiones por cambio económico, también se ha centrado mucha atención mundial en el tema de la creación de políticas liberales, control de los gobiernos arbitrarios, protección de los Derechos individuales, y un fortalecimiento del sector judicial.

8. **El surgimiento de una serie de actores supranacionales y transnacionales** que promueven los Derechos humanos y la democracia: Nuevos actores, tales como el movimiento de Derecho humanos y la defensa transnacional de los intereses de las organizaciones no gubernamentales (ONG’s), los cuales promueven la democratización, la protección de intereses ambientales y sociales, y la defensa de las personas con algún tipo de discapacidad o desventaja social, han entrado al escenario mundial y han comenzado a influenciar el desarrollo de sus movimientos en la campo legal (legal fields) nacional.

Haciendo uso de estas características, esperamos que el lector comprenda de una manera más clara, qué vamos a entender por “globalización”. Entramos ahora a discutir el tema de la Autopoiesis, su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional.

Capítulo II. Autopoiesis; el Derecho como un sistema social

Al inicio de este trabajo diferenciamos la concepción del Derecho como **estructura**, de aquella que entiende el Derecho como **sistema**. La primera es una noción que entiende la construcción jurídica como una serie de andamios; ramificaciones de leyes, reglamentos y de conceptos jurídicos desperdigados por encima del quehacer humano. El gran problema de esta postura, radica en su concepción de la práctica jurídica como algo separado de las ideas acerca del Derecho. La segunda, alude a un ideal de armonía y univocidad. Es un sistema, es decir, infalible. Bajo esta tradicional visión de sistema, cada acción origina una reacción, y todas las causalidades en conjunto están situadas dentro de un mismo ambiente. El ambiente, por lo tanto, mantiene su balance.

Ahora bien, podemos tomar como punto de partida el hecho de que el principio de Plenitud Hermética responde a esta noción de **sistema cerrado**. Se concibe el Derecho como un todo coherente, un recipiente lleno de respuestas. Como dijimos anteriormente, la sociedad sabe que este ideal de perfección no es posible en el ambiente jurídico, pero actúa “como si” (Vaihinger) existiese. Dentro de este envase, el jurista puede encontrar una solución a cualquier interrogante que le plantee la práctica. En términos del presente trabajo, la parte fácil consistía en descalificar esta postura. El verdadero reto consistía en descubrir *qué estaba afuera del frasco*.

La primera pregunta consistió en buscar sistemas infalibles. ¿Dónde encontramos sistemas infalibles? ¿Dónde existen tales sistemas? ¿Dónde puedo encontrar un sistema que se adecúe a esta noción de “perfección”? ¿En una naturaleza biológica, es decir en el entorno natural, en una selva sin intervención humana, en un ecosistema? ¿En la ciencia? ¿En la sociedad?

Tal vez, desde un punto de vista solipsista, el único sistema que existe, desde esos parámetros, es la gónada o el universo de cada quien. Pero esa alternativa es demasiado complicada como para abordarla en este trabajo. Baste con dejar la inquietud sentada.

Por otro lado, la ciencia, definitivamente, no responde a esa noción sistemática y unívoca. Hasta las ciencias llamadas exactas han tenido que reformular su noción de orden. A

continuación, nos vemos obligados a hacer una digresión con tal de demostrar que las ciencias no son sistémicas. No encuentro más claro y didáctico ejemplo para ilustrar este problema (el vuelco de la postura científica hacia el problema de la inconmesurabilidad de las ciencias y la influencia que tuvieron las teorías de Einstein sobre la visión de mundo de la humanidad para el siglo XX) que el siguiente extracto de la obra de ficción del mexicano Jorge Volpi, el cual describe esta crisis del paradigma científico desde el punto de vista de la evolución de la sistematización matemática:

“A lo largo de más de dos milenios, las matemáticas habían evolucionado de forma descontrolada, como un árbol cuyas ramas se cruzaban, chocaban y se entretrejían. Los descubrimientos de los babilonios, egipcios, griegos, árabes e indios, y luego los avances logrados en el occidente moderno, habían convertido la aritmética en una especie de monstruo de mil cabezas, cuya verdadera naturaleza nadie alcanzaba a comprender. Aunque se trataba del instrumento científico más objetivo y evolucionado de la humanidad, utilizado a diario por millones de hombres para resolver problemas prácticos, nadie sabía si, en medio de su infinita diversidad, era posible que las matemáticas contuviesen un germen en descomposición, un hongo o un virus que desacreditara sus resultados.

Los griegos fueron los primeros en advertir esta posibilidad, al descubrir las paradojas. Como constataron Zenón, y más tarde otros estudiosos de la aritmética y la geometría, la estricta aplicación de la lógica a veces producía sinsentidos o contradicciones que no podían resolverse con claridad. Muchas paradojas eran conocidas desde la antigüedad clásica, como la aporía de Aquiles y la tortuga que negaba el movimiento o la paradoja de Epiménides, según la cual una proposición se negaba y se afirmaba a la vez, pero fue en las postrimerías de la Edad Media cuando estas irregularidades comenzaron a multiplicarse como una plaga maligna. Esta herejía, que ofuscó tanto a los pitagóricos como a los padres de la Iglesia, podía en evidencia que la ciencia *podía* equivocarse, contrariamente a lo que se pensaba hasta entonces.

Para revertir esta tendencia caótica, numerosos hombres de ciencia trataron de sistematizar las matemáticas y las leyes que las gobernaban. Uno de los primeros en realizar esta labor fue Euclides, el cual, en sus *Elementos*, intentó derivar todas las reglas de la geometría a partir de cinco axiomas básicos. Más tarde, filósofos y matemáticos como René Descartes, Immanuel

Kant, Frank Boole, Gottlob Frege y Guiseppe Peano buscaron hacer lo mismo en campos tan alejados como la estadística y el cálculo infinitesimal, con resultados poco concluyentes. Entre tanto, habían aparecido nuevas paradojas, como las introducidas por Georg Cantor en su teoría de conjuntos.

Al iniciarse el siglo XX, la situación era aún más confusa que antes. Conscientes de las aberraciones derivadas de las teorías de Cantor, los matemáticos ingleses Bertrand Russell y Albert North Whitehead se unieron para tratar de reelaborar *todas* las matemáticas a partir de unos cuantos principios básicos, tal como había hecho Euclides dos mil años atrás, en lo que ellos denominaron “teoría de los tipos”. Como resultado de éste método publicaron, entre 1903 y 1937, un tratado monumental, titulado *The Principles of Mathematics* —o *Principia Mathematica*—, en una clara alusión a la obra maestra de Newton—, gracias al cual deberían desaparecer las incómodas contradicciones del saber matemático anterior.

Desafortunadamente, la obra era tan vasta y compleja que, al final, nadie quedó convencido de que a partir de sus postulados podían derivarse todas las demostraciones posibles sin caer jamás en un sinsentido. Poco después de la aparición de los *Principia*, David Hilbert, un matemático de la Universidad de Gotinga, leyó durante un congreso en París una ponencia que se conoció a partir de entonces como *Programa de Hilbert*. En él se presentaba una lista de los grandes problemas aún no resueltos por las matemáticas —la tarea para los especialistas del futuro—, entre los que se hallaba, señaladamente, la “cuestión de la completitud”. La pregunta era, básicamente, si el sistema descrito en los *Principia Mathematica* —o cualquier otro sistema axiomático— era coherente y completo, es decir, si contenía o no contradicciones y si cualquier proposición aritmética podía ser derivada a través de sus postulados. Hilbert pensaba que la respuesta sería afirmativa, como señaló a sus colegas reunidos en París: “Todo problema matemático es susceptible de solución, todos nosotros estamos convencidos de esto. Después de todo, una de las cosas que más nos atraen cuando nos dedicamos a un problema matemático es precisamente que en nuestro interior siempre oímos la llamada *aquí esta el*

*problema, hay que darle una solución; ésta se puede encontrar sólo con el puro pensamiento, porque en matemáticas no existe el ignorabimus.*¹⁸⁷

Como respuesta a los planteamientos de Hilbert, surgieron los planteamientos de otro matemático, Gödel, quien logró descifrar uno de los problemas presente en los *Principia* de Hilbert, problema hasta entonces irresuelto en la historia de la matemática. Continúa explicando Volpi:

“Cuando en 1931 resolvió finalmente el problema, Gödel era un joven matemático prácticamente desconocido. Su artículo, titulado “Sobre proposiciones formalmente indecidibles de los *Principia Matemática* y sistemas similares.I” cayó como un cubo de agua que destempló para siempre el optimismo de Hilbert. En sus páginas, Gödel no sólo demostraba que en los *Principia Matemática* podía existir una proposición que al mismo tiempo fuese verdadera e indemostrable –esto es, *indecible*–, sino que esto ocurriría, *necesariamente*, con cualquier sistema axiomático, con cualquier tipo de matemáticas existente ahora o que fuese a existir en el futuro. En contra de las previsiones de todos los especialistas, las matemáticas eran, sin ningún asomo de duda, *incompletas*.

Con sus sencillos razonamientos, Gödel echó por tierra la idea romántica de que las matemáticas eran capaces de representar completamente al mundo, libres de las contradicciones de la filosofía.” (...) En resumen, Gödel afirmaba que cualquier sistema –en cualquier ciencia, en cualquier lengua, en cualquier mente- existen aseveraciones que son *ciertas* pero que no pueden ser comprobadas, Por más que uno se esfuerce, por más perfecto que sea el sistema que uno haya creado, siempre existirán dentro de él huecos y vacíos indemostrables, argumentos paradójicos que se comportan como termitas y devoran nuestras certezas. Si la teoría de la relatividad de Einstein y la teoría cuántica de Bohr y sus seguidores se habían encargado de demostrar que la física había dejado de ser ciencia *exacta* –un compendio de observaciones absolutas–, ahora Gödel hacía lo mismo con las matemáticas. Nadie estaba a salvo en un mundo que comenzaba a ser dominado por la incertidumbre. Gracias a Gödel, la verdad se tornó más huidiza y caprichosa que nunca”.

¹⁸⁷ Volpi, Jorge. Op. cit. p. 86.

Puede ser que finalmente, después de ocho mil años de ciencia, el ser humano haya aprendido algo de humildad, y haya decidido, últimamente, no modificar su entorno de acuerdo a su noción de orden, sino todo lo contrario, ajustar su noción de orden al mundo que lo rodea. En ese sentido, la Autopoiesis puede ser uno de los primeros cincelazos al cristal que guardaba la verdad de la ciencia. Repasemos algunos detalles de esta teoría.

La teoría de la Autopoiesis (auto por su autorreferencialidad y poiesis: a contrario de la praxis, una construcción teórica) fue ideada por tres biólogos chilenos de la Universidad de Harvard que trabajaban juntos en el Instituto de Tecnología de Massachussets (MIT): Ricardo Uribe, Humberto Maturana y Francisco Varela¹⁸⁸. Su idea, originalmente pensada para los procesos intercelulares, fue adaptada posteriormente al Derecho por el sociólogo alemán Gunther Teubner. Valga señalar que el pensamiento de Teubner se ve fuertemente influenciado por antecedentes científicos de gran magnitud y por corrientes científicas contemporáneas de su trabajo. Por un lado, el principal antecedente a su teoría del Derecho como un Sistema autopoietico, es la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann. Esta teoría, a su vez también surgida originalmente de la Biología, con el aporte del inglés Ludwig von Bertalanffy.

El presente capítulo no pretende dar una interpretación exhaustiva, mucho menos crítica, de la Teoría de Sistemas o de la tesis de la Autopoiesis de Teubner. Para un análisis de esta teoría de Luhmann, habría, por lo menos, que abordar sus antecedentes históricos (comenzando con las ideas de la biología de Ludwig von Bertalanffy hasta las corrientes sociológicas de Weber y Durkheim; desde la fenomenología de Heidegger y Husserl hasta la biología aplicada a la cibernética de los investigadores que originaron las ideas de la Autopoiesis, como Heinz von Foerster o A.M Turing –un par de las tantas citas comunes entre el trabajo de los biólogos de Harvard y el sociólogo de Bielefeld); sus corrientes “paralelas”, tales como el deconstructivismo y la influencia de Jacques Derrida; o la influencia de la Teoría del Discurso de Jürgen Habermas. Sobra decir que este sería un marco teórico excesivamente complejo y agotador. El presente capítulo **no** es un análisis o un resumen de la Teoría de Sistemas. Es una

¹⁸⁸ Maturana, Humberto R. y Varela, Francisco. De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Editorial Universitaria, 5ta ed., 1998. Santiago de Chile.

breve explicación que pretende aplicar sus presupuestos al estudio del arbitraje comercial internacional. El presente capítulo puede ser entendido como las conclusiones del presente trabajo. Trataremos de aplicar el nuevo sentido del Derecho (un sistema comunicacional) a la observación que tuvimos del arbitraje comercial internacional. En consonancia con las afirmaciones del profesor Haba Müller, pero con un tono un poco más sereno, no nos referiremos a todo este edificio intelectual como “arabescos” o “malabares intelectuales”¹⁸⁹. Sin embargo, sin importar el disimulo del tono crítico que se quiera formular, la obra de Luhmann y de Teubner sí es muy compleja. Sus tejidos lingüísticos son sumamente intrincados. No en vano, el mismo Luhmann compara la teoría social con un laberinto. Para algunos, esta compleja estructura es un gran cumplido a la hora de evaluar una teoría científica. El grado de complejidad implica un grado de inteligencia y creatividad admirable. Para otros, la teoría científica no tiene valor si no es “democrática” y útil. En realidad, la discusión del “arte por el arte” versus la “finalidad reivindicatoria-social” del trabajo intelectual no tiene por qué ser excluyente una de otra. Pero, francamente, en términos de la exclusión social que pretende evidenciar este trabajo, yo me adhiero a la segunda posición. Esto no quiere decir, en absoluto, que estas obras eminentemente “teóricas” –si se quiere trazar esa línea, esa fCClión, entre práctica y teoría- carezca de valor. Su grado de previsión acerca de los fenómenos sociales que aún están por acontecer, por ejemplo, es muy valiosa.

En fin, aparte de cualquier examen que se quiera hacer de la teoría de los sistemas, se puede afirmar con certeza que la árida obra de Luhmann no se puede leer en un cafetín. Para entrar al laberinto de Niklas Luhmann hay primero que nadar hasta Creta. Su lectura conlleva un esfuerzo de comprensión, análisis y, finalmente, de maduración de las ideas. Aquel que afirme lo contrario estará haciendo alguna impostura intelectual o goza de un nivel de análisis absolutamente inusitado. Trataremos de que el lector que no se encuentra familiarizado con estas teorías pueda entender de manera general lo que estos autores proponen, y que el lector

¹⁸⁹ Ver fuertes críticas a la obra de Rawls, Dworkin, Habermas, Luhmann y otros en: Haba, Enrique Pedro. Estrategia del Wishful thinking en una moderna *santa familia*. sobre Habermas, rawls, etc.: de la concepción misionera de las ciencias sociales. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Costa Rica. N°73/74 pp.

que sí conozca esta literatura académica, pueda conocer las aplicaciones que hicimos de esta teoría, en el marco del gremio comercial internacional.¹⁹⁰

Como dijimos anteriormente, la teoría de la Autopoiesis proviene originalmente de la biología. Fue ideada por dos biólogos chilenos, Francisco Maturana y Antonio Varela; investigadores de la Universidad de Harvard, con la idea de estudiar las relaciones de organismos unicelulares. Cabe decir que Francisco Maturana posee una gran influencia de la filosofía. En sus escritos, hay una constante referencia a diversos filósofos, desde los clásicos como Aristóteles, hasta autores más recientes como Ortega y Gasset, Husserl, Heidegger, Merleau-Ponty, Bachelard o Thomas Kuhn¹⁹¹. Un problema que analiza la teoría de la Autopoiesis, es la relación todo-parte. El análisis de esta relación, la cual analizamos anteriormente cuando hablábamos de los presocráticos y de los pitagóricos en relación con el problema de la transformación de la materia -desde el punto de vista de Karl Popper- consiste en preguntarse si existe una relación entre lo general y lo particular. Trataremos de explicar esta idea en términos muy generales y abstractos. Trataremos de explicar el salto teórico de la Autopoiesis, desde la Biología, a la sociología, y de ahí al Derecho.

El cuerpo humano está compuesto por células. Estas células son un organismo particular, con procesos de alimentación, de desechos, y con un ciclo de vida propio. Las células, a su vez, -y observadas bajo un proceso deductivo- están compuestas por moléculas, y éstas por átomos. Visto de manera inductiva, las células producen tejidos, y éstos componen aparatos digestivos, nerviosos y demás. El conjunto de estos aparatos componen el ser humano. Ahora bien, ¿qué es lo que define al cuerpo humano? ¿El cerebro? ¿El corazón? ¿Cómo es una célula parte del todo, y al mismo tiempo, una parte singular? Todo, parece ser, depende del punto de vista del

¹⁹⁰ Ver apartado “las estructuras racionales. Abstracciones sobre abstracciones”, en el marco teórico del estudio introductorio de este trabajo. Sobre la progresión histórica, es importante que el lector tome en cuenta las figuras que hemos elaborado a lo largo de este trabajo. sobre la idea de una progresión histórica. Esto quiere decir que hemos tratado de encontrar los vínculos entre una idea y su contexto. Los diagramas 2.1 y 2.2, son ejemplificaciones de la idea de una progresión histórica menos lineal. Ahí, el lector encontrará una relación **vertical** entre la segunda guerra mundial y las escuelas de Phillip Heck y de Hermann Kantorowicz, por ejemplo. Pero al mismo tiempo, encontrará una relación **horizontal** entre este autor y las otras escuelas jurídicas. De esta manera, la “tridimensionalidad” o aparente desorden en el cual se encuentran sumergidas las ideas de los autores que hemos analizado, se convierte en una visión autopoietica de los diferentes sistemas sociales que influyen sobre el Derecho.

espectador. (Nótese la gran influencia de la teoría de la relatividad sobre las ciencias sociales). Se puede analizar la célula bajo un “ambiente” reducido, un contexto particular. Esto no quiere decir que este análisis excluya un contexto *relativamente* más extenso, como el del cuerpo humano tomado en cuenta como *el todo*.

A partir de esta teoría de las células y los organismos vivientes, la sociología encontró un paralelismo entre la sociedad y el individuo..¹⁹² Así como se puede preguntar por las relaciones entre la célula y el cuerpo, así también se puede investigar la relación entre el individuo (parte) y sociedad (todo). Este paralelismo, según Maturana y Varela, los biólogos que le pusieron nombre a la idea de la Autopoiesis, es altamente discutible. Para algunos autores, decir que el todo es algo más que la suma de las partes, es crear fantasías; hipostasiar o crear “esencias” en donde no las hay. No entraremos en esta discusión. Nuestro objetivo es meramente narrativo. Sin embargo, lo cierto del caso es que por medio de este puente, autores como Teubner realizan el viaje a través del lenguaje de la biología hacia la sociología, y de ahí al Derecho. Nótese que no hablamos de un salto de un sistema a otro, ya que la misma idea de la Teoría de los Sistemas, similar a un proceso de alimentación celular por medio de la osmosis de una membrana celular, habla de que los sistemas gozan de una **interpenetración**. Son diferenciables, pero al mismo tiempo forman parte del mismo sistema. Es decir, son organismos con un flujo (**input**), y un reflujo (**output**), por los cuales fluyen los procesos de comunicación.

De esta manera, el sistema conceptual de Luhmann y de Teubner, consciente o inconscientemente, aporta un nuevo modelo de observación para el teórico social: abandona el metalenguaje. Influenciado por el velo que levantó Einstein hace ya medio siglo, el punto de vista del observador se convierte en parte del objeto estudio. Ya no es el observador haciendo un análisis de una sociedad estática, como si estuviera tomando una fotografía de la sociedad que tuvo a la vista. Tampoco es el observador tomando un video de una sociedad un poco más

¹⁹² Para ilustrar una de las aplicaciones de esta teoría al ámbito jurídico, podemos señalar como esta discusión guarda cierta similitud con las controversias que originaron las teorías neocontractualistas de autores como John Rawls. Ver: Salas, Ricardo. La Teoría de la Justicia y el Neocontractualismo (a propósito de la obra de John Rawls), IJSA, San José, 2001.

dinámica, evolucionando. No. Se trata de un observador, que ve al observador, que ve al observador, y así *ad infinitum*. Y todos estos son sistemas. Esta capacidad de un sistema de reproducirse mediante elementos propios del sistema, Luhmann la denomina **auto-reflexibilidad**. El sistema relativamente mayor, es decir, el sistema que incluye el mayor número de sistemas, se llama **mundo**.¹⁹³

Habiendo analizado estos algunos de los conceptos presentes en la Teoría de los Sistemas, podemos entender por qué esta teoría habla de la inexistencia de **sistemas abiertos o cerrados**. Es ahí donde encontramos un contraste con la visión sistémica “clásica” del Derecho, y lo que es definitivamente un aporte importante de la teoría autopoietica. A diferencia de la dogmática jurídica anterior, no existen planos jurídicos separados. La Autopoiesis parece ser, a fin de cuentas, una clara evidencia de que el pensamiento humano ha finalmente incorporado a sus razonamientos la idea de la dialéctica hegeliana. La ilusoria dualidad se desvanece. No existe una división tajante entre el plano del Derecho natural y otro plano separado del Derecho positivo. No existe el plano de la práctica jurídica y el plano de la teoría. Todo es parte del todo y un todo a la vez. Todo, literalmente, es reflexivo, autoreferencial, y depende del punto de vista del espectador. Esta “tercera” postura del espectador, su “**observación de segundo orden**”, la cual toma en cuenta su punto de vista como espectador y como parte del ambiente que observa, implica toda una lógica nueva de pensamiento. Al igual que el cálculo infinitesimal obligó a los matemáticos a reformular su Weltanschauung, y a no pensar en términos de geometría euclidiana sino en tendencias hacia lo infinito; o al igual que el comportamiento de los electrones obligó a los físicos del siglo XX a replantear todo su modelo científico y a no pensar en absolutos sino en tendencias; así, más de medio siglo después, el jurista debe pensar en que las aporías y paradojas tradicionales del Derecho, no pueden ser solucionadas no porque el intérprete sea más o menos calificado, y que debido a esto no haya encontrado la solución correcta, sino porque desde su lógica de

¹⁹³ Ver “Welt” en: Baraldi, Claudio; Corsi, Giancarlo; Esposito, Elena. GLU: Glosar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Suhrkamp, 1999. Frankfurt am Main.

pensamiento, es posible que nunca fuera a arribar a una respuesta. Hay ciertos problemas que parecen ser aporías desde cierta postura en su formulación.¹⁹⁴

Como vemos, el ambiente teórico de la Autopoiesis, al describir la realidad desde el punto de vista del espectador, produce un efecto de reflejo. Similar a dos espejos situados uno en frente del otro, la determinación del sistema social se convierte en una cadena de identidades, la cual conforma una red infinita de sistemas –una sala de espejos-, todos entrecruzados entre sí. Como no existe ni un principio ni un final, todo depende de la delimitación conceptual que haga el espectador. Ante la insuficiencia del sistema lógico, se replantea la formulación de la pregunta, no la construcción de su respuesta. No en vano, entonces, existen ciertos elementos, recurrentes en la Teoría de Sistemas o en la Autopoiesis, que están directamente relacionados con una redefinición de la noción de orden, como la teoría del caos, el concepto de la paradoja y de las aporías, por ejemplo. En ese sentido, la teoría de sistemas parece haber absorbido el desorden como parte del mundo, lo cual podría ser una descripción más fidedigna de su entorno. A fin de cuentas, ¿Qué es más paradójico y confuso que la vida misma?

Capítulo III. El gato de Schrödinger y la araña de Curtis

En definitiva, la teoría de sistemas contiene un inherente sentido de solipsismo. Para la teoría de sistemas, todo son sistemas. Desde el mundo interno de la conciencia, que proviene del sistema nervioso –una serie de impulsos eléctricos a través del sistema nervioso y hasta la espina dorsal-, hasta la sociedad, o cualquiera que sea el sistema social más extensamente concebible. Todo pareciera ser un discurso de “comunicación autista”, en donde millones de espectadores -sin ninguna referencia a lo que esto quiere decir- observan una realidad virtual, incomunicada con las demás gónadas que podrían existir en sus dimensiones paralelas, en las demás cajas con gatos de Schrödinger que podrían existir.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Un ejemplo de estas aporías es algo que Hofstadter llama el problema de las “tangled hierarchies”. Ver Teubner, Gunther. *Recht als autopoietisches System*. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1989. p. 9.

¹⁹⁵ El experimento del gato de Schrödinger –un físico alemán contemporáneo de Podolsky, Heisinger, Max Planck, y a los físicos que dieron origen al final de la Segunda Guerra Mundial- guarda algunas semejanzas con el la postura del observador de la teoría de sistemas, que su simple comparación evidencia la influencia tardía de la

En ese sentido, para la teoría de sistemas, las personas también son un complejo compuesto sistémico. Desde sus sistemas fisiológicos y biológicos, hasta sus sistemas psicológicos o mentales. La persona se convierte en un centro de imputación de sistemas. Un punto en donde diversos sistemas se intersecan, tanto temporal como espacialmente.

Ante el problema de la definición de un sistema, existen –inicialmente– dos posturas contrarias. La que defiende esta definición diciendo “un sistema es lo que el sistema diga qué es un sistema”. (La tautología presente en esa afirmación se toma como un auto-referencialidad prevista en la idea de sistema) Y la segunda, que a partir de esta aporía, formula la pregunta: ¿pero quien dice qué es un sistema?, es decir, los discursos provienen de personas de carne y hueso, ¿Quiénes son las personas que le dicen al sistema como autodefinirse?¹⁹⁶ Sin embargo, sin entrar a determinar qué es un sistema, podemos afirmar, sin necesidad de entrar en controversias, que el “sistema” es una cosa. No es una persona. La teoría de los sistemas viene

física cuántica sobre la *científica de las ciencias*, es decir, el Derecho. Explicaremos este experimento mediante una breve cita de Jacobo Cruces Colado (<http://www.ciencia-ficcion.com>): “Experimento mental propuesto por el físico alemán Erwin Schrödinger para explicar la naturaleza de las observaciones y predicciones de la teoría cuántica. Schrödinger propuso una caja que contenía un gato, una partícula radiactiva y un frasco de veneno. La partícula radiactiva tenía un 50% de probabilidades de desintegrarse en un plazo de una hora; si lo hacía, el veneno se liberaba y el gato moría. La partícula y el gato constituían por lo tanto un sistema sometido a las leyes de la mecánica cuántica, ya que la suerte del gato dependía de la suerte de la partícula. Como para cualquier otro sistema cuántico, el gato y la partícula estaban descritos por una función de onda. La pregunta de Schrödinger era: ¿Está el gato vivo o muerto? Schrödinger afirmaba, siguiendo la interpretación clásica de la cuántica conocida como *interpretación de Copenhague*, que sólo el hecho de observar el interior de la caja permitía que el gato viviese o muriese. Hasta la intervención de un observador externo, el gato estaba en un extraño estado vivo-muerto. Al abrir la caja y mirar, el observador colapsaba la función de onda a un estado u otro.

La paradoja de Schrödinger es un buen ejemplo de uno de los pilares de la interpretación de la mecánica cuántica: el observador es tan importante como el sistema que observa. Sin él, el sistema está indefinido entre cualquiera de las situaciones posibles. Esta visión del mundo de la teoría cuántica está profundamente conectada con la interpretación de los muchos mundos, según la cual cada observación de la caja provoca la formación de dos mundos paralelos, uno en el que el gato está vivo y otro en el que el gato está muerto. Según dicha interpretación cada instante se genera un número infinito de tales universos. Una de las muchas novelas que tratan sobre mundos paralelos es *LA LLEGADA DE LOS GATOS CUÁNTICOS*, de Frederik Pohl, cuyo título hace clara alusión a la paradoja propuesta por Schrödinger. *CRONOPAISAJE*, de Gregory Benford, ahonda notablemente en este tema y cómo el observador colapsa el universo a uno u otro estado según sus acciones. En los últimos años el australiano Greg Egan ha retomado el tema, con su metafísica habitual, en *CUARENTENA*, donde se describe cómo una serie de experimentos podría llevar a que un ser humano manipulase el mundo que lo rodea.”

¹⁹⁶ Resumen de la controversia discutida por el Dr. Enrique Pedro Haba, Dr. Minor Salas y el Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez, Conferencia “La sociedad sin seres humanos: la teoría de sistemas” pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2 de Setiembre de 2005. El término “comunicación autista” que formulo en este texto es parte de la intervención de una alumna no identificada.

a ser una apología de la “cosificación”. Como si no existiera suficiente *fetichismo de la mercancía* en la sociedad contemporánea (para decirlo en términos marxistas), la teoría de sistemas *objetiviza* al ser humano desde un plano eminentemente teórico o conceptual. Lo convierte en un sistema. Su objetivación del sujeto es un complejo sistema teórico, que disimula, con grandes construcciones teóricas, dilemas morales que deben ser tratados de manera directa, sin cabida a confusiones o elucubraciones lingüísticas. Recordemos, además, que lo peligroso de la teoría radica en su potencialidad. Una vez construidas en el *inconsciente colectivo*, son las ideas las que sirven para cualquier movimiento de acción social. No quiero atribuirle a la teoría de sistemas potencialidades tiránicas, o acusarla, como recurrentemente se ha hecho, de ser la materia prima intelectual para futuros regímenes despóticos. Sin embargo, si se concibe a la persona como un receptáculo de sistemas, su supresión podría ser entendida de manera similar a la que se entiende la eliminación de un programa de computadora. Al igual que una computadora es un sistema, con cierta capacidad de comunicación –bajo ese sentido de la palabra comunicación–, de manera similar se podría eliminar una persona como si fuera una cosa, un “simple” sistema complejo.

Esta desvaloración del sujeto, también está relacionada con la pérdida de valor individual de la persona en una sociedad de poblaciones masivas. Por esta razón, es posible que la teoría de sistemas sólo sea una forma del sistema científico de reaccionar hacia su entorno. Es decir, en una sociedad de seiscientos mil millones de habitantes, la capacidad del individuo de incidir sobre su sistema social se reduce al punto de ser casi imperceptible. Se requiere entonces, de una teoría que analice las fluctuaciones masivas humanas. Que abandone la observación de la relación entre sociedad e individuo, y que empiece a analizar la relación de las masas sociales, es decir, de los sistemas sociales que interactúan en la sociedad.

Sin embargo, existe una gran distancia entre el mundo de Teubner y de Luhmann, y el resto del mundo. Especialmente entre el mundo académico de la Universidad de Harvard, del MIT, de la Universidad de Frankfurt o de Nueva York; y el “Tercer Mundo” -una designación que habla de un tercer mundo como si existieran dos más, y como si no los eventos de cada uno de ellos no tuvieran relación entre sí-. Para ilustrarlo de una manera muy directa, lo diremos de la siguiente forma: En las obras de Teubner se cita la Antígona de Sófocles y se recurre frecuentemente a terminología en latín, pero no existen pronunciamientos acerca del

analfabetismo mundial. Si su obra no es de acceso generalizado, ¿no será su descripción de los sistemas sociales una definición bastante limitada? ¿No estará ignorando muchos sistemas importantes? Como hemos repetido a lo largo de este capítulo, no es nuestra intención descalificar la obra de Teubner o de Luhmann. Mucho menos es nuestro propósito, discutir si su obra carece de valor por no tener una aplicabilidad práctica inmediata. Sin embargo, hay choques entre sus elaboraciones teóricas, las cuales tienen perfecto sentido durante la lectura de su obra, pero que contrastan drásticamente con la observación que se puede tener de la sociedad, una vez que el lector se desprende de la lógica de su discurso académico. A continuación haremos una comparación entre dos extractos textuales, uno de Boaventura Sousa dos Santos y otro de Niklas Luhmann:

Luhmann afirma sobre la jerarquía:

Desde los años sesenta hay tendencias que describen la diferenciación del sistema como “jerarquía”. Esto no significa la ordenación en instancias, ni tampoco una cadena de instrucciones de arriba abajo. En este contexto, jerarquía significa, más bien, que los sistemas parciales pueden, a su vez, diferenciar sistemas parciales y se origina de esta manera una relación transitiva del estar incluido en el estar incluido. Las ventajas racionales de la jerarquización están a la mano; dependen, sobre todo, de que dentro de los sistemas parciales puedan formarse sistemas adicionales. Son embargo, esta suposición es irreal. Puede valer, en gran medida, sólo para las organizaciones, ya que a estas las puede asegurar mediante reglas formales. Sin embargo, en los sistemas sociales generales sólo se puede partir de un esquema básico de diferenciación —o por segmentos, o por estratos, o por funciones. No significa esto, por otro lado, que otras maneras de formación de sistemas sólo sean posibles dentro de esta clasificación global ya establecida.

Por eso es necesario distinguir, en el nivel de la teoría general de sistemas sociales, entre diferenciación y jerarquización. La jerarquización sería, según esto, un caso especial de diferenciación. La jerarquización es una manera de autosimplificación de las posibilidades de diferenciación del sistema; sin embargo, facilita la observación del sistema (incluso el análisis científico). Si el observador presupone una jerarquización, puede regular la profundidad en el campo de la percepción y la observación conforme a los niveles jerárquicos que pueda captar. Sin embargo, no se puede tomar como supuesto que la evolución conduzca a la complejidad

*necesariamente bajo la forma de jerarquía. Es evidente que se han encontrado otras formas posibles de diferenciación, más caóticas, que han probado su eficacia y han sobrevivido.*¹⁹⁷

Dentro de esta lógica, la jerarquización es sólo otra forma de organización social. La menos caótica, dicho sea de paso. Veamos ahora la aproximación del portugués:

*En relación con la promesa de igualdad, esto es, la promesa de un sociedad más justa y libre, una abundancia que resulta de la conversión de la ciencia en una fuerza productiva, de acuerdo a las últimas cifras de la FAO, en 1997-99 hubo 815 millones de personas desnutridas en el mundo: 777 millones en países en vías de desarrollo, 27 millones en países en vías de transición hacia economías de mercado, y 11 millones en los países industrializados. En el siglo XX, más gente se ha muerto de hambre que en ninguno de los siglos anteriores, e incluso en los países más desarrollados, el porcentaje de los socialmente excluidos, aquellos viviendo por debajo de la línea de pobreza (el llamado “tercer mundo interior”), sigue creciendo. Con base en datos del PNUD, el Global Policy Forum ha estimado que “hace tres décadas, la gente en los países ricos estaban 30 veces mejor que aquellas personas en los países en donde vive el 20% de personas más pobres del mundo. Para 1998, esta brecha se ha expandido a 82 veces más (desde las 61 veces que y existían desde 1966). Un economista del Banco Mundial concluyó que en un estudio de un margen bastante amplio, el cual cubre un 85% de la población mundial de 91 países, el 1% más rico tiene un ingreso equivalente al 57% de los más pobres. Cuatro quintos de la población mundial del planeta viven por debajo de lo que países como Estados Unidos o Europa consideran su línea de pobreza. El 10% de los estadounidenses más pobres, están aún mejor que los dos tercios de la población mundial”*¹⁹⁸.

¿Adónde radica la diferencia en la aproximación de ambos sociólogos?

En términos de la presente investigación, la teoría de sistemas nos sirvió para acercarnos el gremio comercial internacional de una manera menos “aparcada”. Tradicionalmente, se ha concebido el gremio comercial como un sector apartado de la sociedad. Se entiende la sociedad como un conglomerado social flexible, y el comercio como un gremio separado, autónomo y rígido. La teoría de sistemas nos sirvió para incluir el sector del arbitraje comercial

¹⁹⁷ Luhmann, Niklas. Op.cit.p 43.

¹⁹⁸ Sousa dos Santos, Boaventura. Op. Cit. P. 8.

internacional como un sistema más, dentro de un sistema dinámico, autopoietico. Sin embargo, desde otro punto de vista, la teoría se convierte en una afición intelectual.

La teoría de Luhmann habla de la jerarquía como si fuera una curiosidad. En ese sentido, “desarma” este concepto desde un punto de vista abstracto, pero olvida su carácter coercitivo, -esclavitud, regímenes totalitarios, otras formas de coerción- fuera de su formulación conceptual. En el texto que acabamos de citar, muy sutilmente, describe la jerarquía como la forma *menos caótica* de organización social. Esta postura, primero, educa al lector a no cuestionar una obediencia hacia la jerarquía, actuando como una especie de oveja Dolly, para usar la terminología del Dr. Rivero. Segundo, en el caso del arbitraje comercial internacional, es muy evidente que existe un “techo” jerárquico muy consolidado. Como analizamos en el segundo capítulo de esta sección, en este gremio hay una jerarquía muy tangible, en donde se decide quién es el abogado que puede entrar al “club social” del arbitraje comercial internacional. Entonces, la teoría de la Autopoiesis y de los sistemas sociales, curiosa y paradójicamente, no se falsea ni se derrumba, sino que, todo lo contrario, se solidifica. Se produce el efecto inverso, porque finalmente nos damos cuenta de que el poder produce una visión “vertical” del Derecho, en donde existe una estructura jurídica y una realidad social separadas. La idea sistémica de la sociedad puede sonar muy interesante, y ser muy romántica, pero inevitablemente, la sociedad sigue moviéndose bajo una jerarquía insoslayable. Esta visión vertical se convierte, de nuevo, en una visión que describe de manera más fiel la realidad: existe un poder que aplica el Derecho. No son sistemas paralelos, entrecruzándose. No. Existe una verticalidad inexorable, similar al plano del Derecho natural y del Derecho positivo. En el caso del arbitraje comercial internacional, esta verticalidad puede ser irrumpida con los contactos adecuados, con un nivel de perfeccionamiento del ejercicio de la profesión o con una posición de “doble agente”, tanto a nivel público como privado, que le permita al abogado incidir sobre los dos sistemas sociales.

La teoría de los sistemas sociales tiene como gran aporte, la auto-observación del observador. Su doble perspectiva es un punto valioso. Pero adolece del gran problema de que relativiza dilemas morales que deben ser resueltos con firmeza y seguridad, no con elucubraciones teóricas extensas. En la doctrina relacionada con el Derecho y la globalización, los aportes que discuten la exclusión social son vistos como reacciones activistas, una falta de etiqueta

académica, una burda y grosera falta de educación intelectual. ¿Será la Autopoiesis una nueva forma de “nuestra araña”¹⁹⁹, del Derecho, de disfrazar la jerarquía?

¹⁹⁹ Ver las conclusiones de la primera parte de este trabajo. Ver Curtis, Op. Cit. P.118.

Conclusiones Generales: La corporación y el dilema moral

El principal resultado de esta tesis consistió en la observación del proceso de **sedimentación** del Derecho. Como hemos repetido a lo largo de la misma, entendemos el Derecho como un proceso comunicacional, que con el paso de los años se solidifica y se convierte en una moral consolidada, es decir, en ley. Desde el Código de Hammurabi, hasta Bizancio, hasta la Escuela Iusnaturalista; desde el Digesto hasta los postglosadores, desde el Derecho de los juristas (*Juristenrecht*) hasta las codificaciones de Europa Central, el Derecho fue erigiéndose como una construcción social.

El mismo proceso de construcción e institucionalización puede ser aplicado a las corporaciones transnacionales. Con el crecimiento de los mercados y el ascenso del liberalismo, las corporaciones se institucionalizaron. La presente tesis nos permitió ver este proceso de condensación de las instituciones mercantiles en el caso de las corporaciones relacionadas con el ambiente jurídico: desde los glosadores hasta los bufetes corporativos más grandes del mundo; desde las West India Companies hasta las fusiones de las grandes corporaciones transnacionales; desde las *foulangeries* de Saint Simon y las observaciones de Marx, hasta los procesos fordianos de producción y la institucionalización de la Cámara de Comercio Internacional.

El Derecho es un proceso comunicacional que se condensa, se expande, se contrae, se transforma. De la misma manera en que el Derecho se sedimenta, también se defragmenta. Se condensa en un sector social, y pierde auge en otro. Muchos años y reflexiones acerca del fenómeno jurídico dieron origen a una defragmentación del Derecho.

La observación de este proceso de construcción del Derecho contemporáneo logra exorcizar el capitalismo de una satanización a priori. Un planteamiento que retratará a la corporación

privada como un monstruo apocalíptico sería un estudio inmaduro. Sin embargo, el punto ecléctico es difícil de encontrar. En el caso del comercio internacional, cuando uno observa lo cerrado del círculo del arbitraje, o especialmente, las abrumadoras estadísticas de la concentración de la riqueza mundial, las teorías acerca de la reformulación y constante transformación del Derecho pierden su sentido. Lo cierto es que hay una jerarquía inexorable y una serie de sistemas sociales excluidos, que definitivamente no interesan dentro de ciertos análisis.

Quisiera concluir este trabajo con una reflexión acerca del dilema moral de las profesiones.

La corporación privada es la forma en que la sociedad de nuestra época se ha organizado. A veces, el sujeto podría llegar a sentir que su presencia está por todas partes. De esta manera, una persona se ve rodeada de cientos de dilemas morales diariamente. Puede levantarse en la mañana y no utilizar pijamas con poliéster porque aparentemente la empresa que las fabricó emplea a mil mujeres en estado de esclavitud en Ciudad Juárez o en Malasia. Puede sentirse mal por no haber reciclado el recipiente de plástico con el que desayunó. Después, puede sentirse mal porque ese día no marchó en contra del aleteo de tiburón o en defensa de las ballenas orca que estaban en extinción. Sin embargo, su profesión, es decir, la profesión con la que voluntariamente se comprometió, sólo le exige ser consecuente con un único dilema.

Pareciera ser que toda profesión tiene un dilema moral implícito. Un político puede ofrecer promesas que aumenten su caudal electoral, pero estar consciente de que esas promesas son falsas. También puede ofrecer promesas en las cuales realmente cree, y recibir un apoyo menor. Un abogado puede trabajar como consultor privado en las tardes, y aprobarle las exenciones tributarias a su cliente, en su calidad de Ministro del ramo, a la mañana siguiente. Un zapatero puede hacer diez zapatos con un cuero resistente, o hacer cien zapatos con un cuero de menor calidad, venderlos como si fueran zapatos resistentes, y ganarse noventa veces más de utilidades. Un escritor puede escribir una novela complaciente que vende diez veces más, pero que hace que la gente reflexione diez veces menos. Y así infinidad de ejemplos. Lo cierto del caso es que, a pesar de que la vida puede llevarnos a tomar ciertos rumbos, hay una gran parte que radica en la elección –determinada y consciente- del ser humano. Entonces, es

posible que cada profesión conlleve un dilema moral, único dilema con el cual el profesional se compromete de manera voluntaria y expresa.

En el caso de las corporaciones, este dilema va más allá. Se refugia en su reprochabilidad. Trataré de ampliar esta idea mediante una historia de la vida real, en la cual el suscrito fue protagonista. Un consumidor se presenta a un almacén, y sin dedicarle mucho tiempo a la meditación sobre su compra, a diferencia del dueño del almacén, alza la vista y observa un gran cartel mostrando una promoción. A la hora de pagar, le enseñan otro precio más alto, distinto al del cartel, y le indican que su compra corresponde a una foto mucho más pequeña, situada en una disimulada esquina del anuncio. Ahora bien. Para empezar, el consumidor tiene dos salidas. O protesta, o hace lo que la mayoría de los consumidores hacen, paga y se va. (En diez minutos probablemente olvide su compra.) Por otro lado, el consumidor puede reprocharle al vendedor. Empecemos por este reproche. ¿Tiene la culpa el cajero o el vendedor, de que el consumidor no se sienta a gusto con su compra? La persona que ideó el cartel, la forma en que el consumidor ingresa al establecimiento después de haber sido objeto de una cuantiosa campaña publicitaria, el tiempo que dura en tomar la decisión acerca de su compra y, en general, todos los estudios que hicieron que el cliente comprara esa opción, y la gente a la que se le puede reprochar realmente el asunto de la publicidad engañosa, probablemente se encuentra en otro país. Entonces, queda descalificado el reproche como una alternativa, salvo que la molestia sea tan consistente como para que el consumidor insista y pueda traspasar el “filtro” de quejas hasta llegar al nivel gerencial de la compañía. Después de soportar las numerosas llamadas que significa contactar al gerente de relaciones públicas de la compañía, probablemente logre el reembolso de la ínfima suma que pago por su artículo. No entraremos en estos temas de eficacia del Derecho del Consumidor. Centrémonos en el aspecto de la reprochabilidad, y el dilema moral que enfrenta esta clase gerencial –el cerebro de ese organismo, para usar una analogía hobbesiana aplicada a la lógica mercantil transnacional- a la hora de elaborar técnicas de mercadeo de extensiones masivas.

La competencia que supone construir una corporación, hace que el dilema moral de las profesiones se desvanezca. Ya no se trata de hacer un zapato resistente. Se trata de fabricar millones de zapatos, y que no se pueda probar que el zapato no es resistente. Se trata no de “fabricar” buenas hamburguesas cuya calidad se deba evidenciar, sino de que **no se pueda**

probar que las hamburguesas no tienen ingredientes que producen adCCión. Obviamente, la situación es mucho más compleja que la formulación individual de cada uno de las personas que componen una institución mercantil. En una población de millones de personas, las tensiones sociales crean lógicas, redes de actuaciones humanas con grandes tensiones. Estamos de acuerdo en que las actuaciones de los sujetos se convierten en redes de discursos. “Las personas van por un lado y los discursos por el otro”, según acertadamente oí nombrar en una charla a la cual asistí. Sin embargo, acertadamente también, la sociedad sigue siendo integrada no por individuos, sino por personas. Miles de dilemas morales acumulados, desplazados para un “después” que nunca llega, hacen que los sistemas sociales crezcan enfermos. Así es como las estrategias de mercadotecnia se convierten en políticas institucionales, y que se conciben como implacables, a pesar de que éstas son ideadas por personas de carne y hueso. El problema está en la consecuencia del discurso que debe mantener cada quien. Y en este caso, cuando se provee a una economía de trescientos millones de consumidores, la transgresión o reformulación del dilema moral va más allá del dilema moral inicial. Ahora, se trata de la reprochabilidad que tenga un tercero sobre el dilema moral de las profesiones. Depende de su exigibilidad, no de su simple formulación individual. Ya no existe el dilema moral. Solo existen sistemas sociales y las personas se desvanecen. Para bien o para mal, el ser humano, al desprenderse de su personalidad en la influencia de su entorno, al desaparecer como unidad, como individuo, se ha desprendido de su moralidad. Pero sentimos, a lo largo de esta investigación, una corriente que lucha por la revalorización de cada persona: gerentes de compañías multinacionales que quieren transformar el ambiente del marketing en una lógica más humana y menos cosificada; activistas de organizaciones no gubernamentales que quieren criticar menos y escuchar más; profesores y académicos interesados no tanto en un reconocimiento personal sobre la autoría de sus ideas, como en la aplicabilidad y funcionalidad de éstas.

No pretendemos dar un “deber-ser” de lo que debe ser la actuación corporativa. No pretendemos sermonear o señalar a los culpables de la pobreza mundial. Sin embargo, pareciera ser que la moralidad es a su vez una compleja forma de acuerdo social, que –tal vez de la misma forma en que se sedimentó el Derecho, o en que Freud explica la prohibición del incesto como una forma de tabuizar algo que de otra forma se convertiría en un caos social- se ha sedimentado a través del tiempo, y es muy posible que si cada quien asumiera su único

dilema moral, tendríamos un mundo mucho menos conflictivo. Como dijimos al principio de esta tesis, ésta podría ser criticada por ser una postura ingenua. Tal vez, incluso, sería necesario preguntarnos de dónde procede la idea de una Utopía, para no seguir su huella incansablemente, sin cuestionarnos las razones de tan angustiante empresa o el destino que perseguíamos en primer lugar. Sin embargo, y a pesar de todas las elucubraciones y relativizaciones que uno pueda hacer al definir lo “mejor”, lo que esto quiera decir en el universo de cada quien, o lo que quiera decir una “intuición hacia lo debido”, lo cierto es que el problema de la globalización como una “McDonalización” mundial no se restringe únicamente al ámbito jurídico. Si se parcializa la visión de la globalización como un concepto industrializado, en donde se sustituye la creatividad humana por la propiedad intelectual, en donde peligra la diversidad cultural, entonces ¿Qué queda como resultado social?

Como decíamos al inicio de este trabajo, tal vez no haya nada de reprochar en la incansable esperanza y dulce patología humana de ser idealista, y de seguir pensando un mundo que se acerque más a los ideales de la humanidad y no a los horrores ante los cuales el ser humano es -a veces- incapaz de avergonzarse.

Bibliografía

1. A.A.VV. La codificación: una controversia programática basada en obras de Thibaut y Savigny. Introducción y selección de textos por Jacques Stern
2. AA.VV. 20th Century legal Philosophy Series. Vol. 2. The Jurisprudence of Interests. Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1948.
3. AA.VV. Deutsche Geschichte in Quellen und Darstellung. Vol. 7: vom Deutschen Bund zum Kaiserreich (1815-1871). Edit. Phillip Reclam. Stuttgart, 1997.
4. AA.VV. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú. José F. Palomino Manchego (director). Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual). Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú. 1999.
5. AA.VV. Tres vidas ilustres: Hugo, Savigny, Ihering. Resurgimiento del Derecho alemán. Compilación de Norberto Gorostiaga. Editorial de Palma, Buenos Aires. 1945.
6. Abbagnano, Nicola. Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica. México, 1963.
7. Artavia Barrantes, Sergio. El Arbitraje en el Derecho costarricense. Edit. Sapiencia, Edit., Dupas. 2000. San José.
8. Artavia Barrantes, Sergio. Normativa sobre arbitraje nacional e internacional. Edit. Porvenir; San José, 2001.
9. Badia, Gilbert. Historia de la Alemania Contemporánea. Trad. de Analia Cárdenas. Tomo I (1917-1932). Editorial Futuro, Buenos Aires. 1964.
10. Baraldi, Claudio; Corsi, Giancarlo; Esposito, Elena. GLU: Glosar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Suhrkamp, 1999. Frankfurt am Main.
11. Barth Jimenez, José Francisco. Los Principios Generales del Derecho y la Jurisprudencia Costarricense. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1997.
12. Berman, Harold J. Recht und Revolution, die Bildung des westlichen Rechtstradition. Trad. de Hermann Vetter. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.

13. Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999.
14. Calvo García, Manuel. Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Edit. Tecnos, Madrid, 1994.
15. Capra, Frithof. The Tao of Physics. Sambhala Publications. Boston, 1991.
16. Casanovas, Pompeu. Pero...¿Qué Demonios Es La Sociología Del Derecho? IURIS. Revista de Actualidad Jurídica n° 25, febrero 1999. Dr. Grup d'Estudis Sociojurídics UAB (GRES). Réseau Européen Droit et Sociéte. CNRS. GCR 2240-04
17. Cesarini-Sforza, Widar. El Derecho de los particulares. Editorial Civitas, Madrid. 1986
18. Cesarini-Sforza, Widar. Filosofía del Derecho. trad. de Marcelo Cheret. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961
19. Chonchol, Jacques. Formas y consecuencias de la globalización, en: Globalización, modernización y equidad en América latina. La invención y la herencia. Cuadernos Arcis-LOM. Chile, 1997.
20. Connor, Walter. Etnonacionalismo. (Etnonationalism, the quest for understanding). Traducción de María Corniero. Editorial Trama, A.L. Madrid. Febrero 1998.
21. Cordbridge, Stuart. Development Ethics: Distance, Difference, Plausability. Revista Ethics, Place and Environment. Vol.1, n°1, 1998.
22. Cossio, Carlos. La plenitud del ordenamiento jurídico. 2da ed. Edit. Losada, Buenos Aires. 1947.
23. Cossio, Carlos. La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. 2da ed. Edit. Losada, Buenos Aires, 1944.
24. Darby Nock, Arthur. Corpus Hermeticum. París, 1960.
25. De Sousa Santos, Boaventura. Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation. Butterworths Lexis Nexis, 2da Edición. 2002. Londres, Reino Unido.
26. Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the construction of a transnational legal order. The University of Chicago Press, 1996. Chicago, Illinois.
27. Diccionario Enciclopédico Quillet. Edit. Cumbre S.A , México D.F, 1978.

28. Diez Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Edit. Ariel. Barcelona. 1975.
29. Droz, Jacques. Europa: restauración y revolución. 1815-1848. Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1978.
30. Duncan, Quince y Lorain Powell. Teoría y práctica del racismo. Editorial DEI. San José, Costa Rica. 1988.
31. Eco, Umberto. El péndulo de Foucault. Plaza y Janés Editores. Barcelona. 4ta ed. 2002.
32. Eco, Umberto. Gesammelte Streichholzbriefe. Deutsche Taschenbuch Verlag GMBH, Munich. 2002.
33. Entrikin, Nicholas. Democratic Place-making and multiculturalism. Geografiska Annaler. 84 b (2002) pp-19-25.
34. Falk, Richard. La globalización depredadora, una crítica. Siglo XXI, España Editores, 1999.
35. Falzea, Angelo. Eficacia jurídica Trad. y prefacio de Walter Antillón. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2001. San José.
36. Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía. Edit. Sudamericana. Buenos Aires, 1975.
37. Ford, Franklin L. Europa desde 1780 hasta 1830. Edit. Aguilar. Madrid, 1973.
38. Foulquie, Paul; colaboración Raymond Saint-Jean. Diccionario del lenguaje filosófico. Edit. Labor, Barcelona, 1967.
39. Freund, Michael. Deutsche Geschichte. C. Beitzelmann Verlag Gütersloh, 1960.
40. Gadamer, Hans-Georg. Verdad y método. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977.
41. García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 4ta ed. Edit. Porrúa, S.A. México. 1951.
42. Godechot, Jacques. Las Revoluciones (1770-1799). Edit. LABOR, Barcelona, 1977.
43. González Solano, Gustavo. Semiótica jurídica. Sobre las interpretaciones y las argumentaciones jurídicas. Edit. IJSA, San José, Costa Rica. 2002.
44. Goodrich, Peter. Anti-Teubner: Autopoiesis, paradox, and the theory of law. Social epistemology, 1999, vol.13, No. 2, 197-214.

45. Guier, Jorge Enrique. Historia del Derecho. Tomo II. Edit. Costa Rica, 1968.
46. Gunther, Klaus. The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law. Trad. de John Farrell. State University of New York Press, Albany, 1993.
47. Gustav Radbruch. Vorschule der Rechtsphilosophie. 3 Aufl. Vandenhoeck & Ruprecht in Gottingen, 1965.
48. Haba, Enrique Pedro. ¿De qué viven los que hablan de Derechos Humanos? (tres tipos de discursos-dh: "de", "para", "con"). En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N|26 (separata), 2003.
49. Haba, Enrique Pedro. Estrategia del Wishful thinking en una moderna santa familia: sobre Habermas, Rawls, etc.: de la concepción misionera de las ciencias sociales Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Costa Rica. N°73/74 pp.
50. Haba, Enrique Pedro. Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos. 1era ed. San José, Costa Rica. 2001. Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004.
51. Hans Ulrich Wehler. Deutsche Gesellschafts-Geschichte. 1849-1914. Band 3: Von der "deutschen Doppelrevolution" bis zum Beginn des ersten Weltkrieges: 1849-1914. CH Becksche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck) Munich, 1995.
52. Heck, Phillip. Das Problem der Rechtsgewinnung; Gesetzeslegung und Interessenjurisprudenz; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Verlag Dr. Max Gehlen, Verlag Bad Homburg v.d. Höhe, 1968.
53. Heck, Phillip. El problema de la creación del Derecho. Ediciones Ariel, Barcelona. 1961.
54. Hegel, Wilhelm Friedrich. Filosofía del Derecho. Edit. Claridad. Buenos Aires, 1955.
55. Hermann Tenebrock, Robert. Historia de Alemania. Max Hueber Verlag, Munich. 1969.
56. Hinkelammert, Franz J. El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido. Editorial Universidad Nacional. San José, 2003.
57. Jaspers, Karl. Los grandes filósofos. Los hombres decisivos, Sócrates, Buda, Confucio, Jesús. Trad. de Pablo Simón 2 ed. Tecnos, Madrid, 1996.

58. Kant, Immanuel. Sobre la paz perpetua. Trad. de Susana Aguiar. Editorial Longseller. Buenos Aires, 2001.
59. Kant, Inmanuel. Introducción a la teoría del Derecho. Versión del alemán e introducción por Felipe Gonzáles Vicen. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.
60. Kantorowicz, Hermann Ulrich. Der Begriff des Rechts. Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1957.
61. Kantorowicz, Hermann Ulrich. Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre. Verlag C.F. Müller Karlsruhe, 1962.
62. Kelsen, Hans. La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho. Editorial Época. México D.F., 2001.
63. Krawietz, Werner. El concepto sociológico del Derecho. en: Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho. Departamento de Filosofía de la Universidad de Alicante. Núm 5, 1988. p.265-271.
64. Kundera, Milán. La insoportable levedad del ser. 19ª ed. Tusquets Editores S.A. Barcelona, 2003.
65. Larenz, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Sechste, neu bearbeitete Auflage. Springer-Verlag. Berlin, 1991.
66. Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. 2nda Edición. Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero. Edit. Ariel. Barcelona, 1980.
67. Levine, Norman. The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism. en: Journal of the History of Ideas, Vol. 48, No.3 (Jul-Sep.1987), 431-451.
68. Likosky, Michael B. Compound Corporations: The public law foundations of lex mercatoria. Non State Actors and International Law. N° 3, pp.251-281, 2003. Koninklijke Brill NV, Holanda
69. Luhmann, Niklas. Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general. Trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anhropos, en coedición con la Universidad Iberoamericana, Mexico D.F., y con el Centro Editorial javeriano, Pontificia Universidad Javeriana; Barcelona, 1998.

70. Luhmann, Niklas. Sistema jurídico y Dogmática jurídica. Trad. de Ignacio de Otto Pardo Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
71. Lyles, Joseph S. How You can avoid legal Land Mines. A laymans's guide to law R.J. Communications, Carolina del Sur, Estados Unidos, 2002.
72. Marias, Julián. Historia de la Filosofía. 22nda Ed. Ediciones Castilla, Madrid. 1970.
73. Maturana, Humberto R. y Varela, Francisco. De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Editorial Universitaria, 5ta ed., 1998. Santiago de Chile.
74. McLaren Magnus, Rosemarie. Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Agosto, 2003. Tesis 22650.
75. McLuhan, Marshall y Quentin Fiore. El medio es el masaje. Edit. Paidós, Buenos Aires 1969.
76. Miranda Gonzáles Susie y Céspedes Chaves, Juan Carlos. Joint Venture. Revista Judicial, Año XXII, N°76, setiembre, San José, 1999.
77. Mondolfo, Rodolfo. Heráclito. Textos y problemas de su interpretación. Siglo XXI Editores, S.A. México, 1976.
78. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. sétima edición. Edit. Porrúa, México, 1981.
79. Mosset Iturraspe, Jorge. Cómo contratar en una economía de mercado. Kubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999.
80. Mouchet, Carlos y Ricardo Zorraquin Becu. Introducción al Derecho. décima edición. Editorial Perrot, Buenos Aires. 1984.
81. Moynihan, Colin; Butler, Jacqueline. Social exclusion and youth unemployment-an overview from a European perspective. Reporte hecho para la conferencia del Banco Mundial sobre exclusión social, capital social y la crisis del este asiático sostenida en Manila, el 7 de nov. de 2001.
82. Nawiasky, Hans. Teoría General del Derecho. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, 1962.

83. Neves, Marcelo. From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law. Journal of Law and Society. Volumen 28, N° 2, Junio de 2001. Blackwell Publishers, Malden Massachussetts, E.E.U.U.
84. Nieto, Alejandro. El arbitrio judicial. Edit. Ariel Derecho. Barcelona, 2000.
85. Ordoñez, Jaime. Neo-tribalismo y globalización. Estudios para el Futuro (UCR, FLACSO, UCCP). San José, 2002.
86. Ortega y Gasset, José. La Rebelión de las Masas. Espasa-Calpe S.A. Décimo octava edición. Colección Austral. Madrid, 1969.
87. Pacheco, Máximo. Teoría del Derecho. 3era Ed. Edit. Jurídica de Chile. 1990.
88. Perez Vargas, Víctor. El contrato de arbitraje en el comercio internacional. Elementos y patología. Ponencia presentada a las jornadas Franco-latinoamericanas de Derecho Comparado. 30 de noviembre a 3 de diciembre de 1998. Universidad Internado de Colombia, Bogotá. Monografía facilitada por el autor.
89. Perez Vargas, Víctor. La lex mercatoria. Conferencia Académica de Inauguración del Curso de Arbitraje Comercial del Centro latinoamericano de Arbitraje Empresarial y Universidad para la Cooperación Internacional. 21 de Enero de 2002. San José. Costa Rica. Monografía facilitada por el autor.
90. Perez Vargas, Víctor. La jurisprudencia de intereses. 2nda ed. Litografía e imprenta LIL, 1991.
91. Popper, Karl. El Mundo de Parménides. Ensayos sobre la ilustración presocrática. Paidós, Barcelona. 1999.
92. Pound, Roscoe. Introducción a la Filosofía del Derecho. Topográfica editora Argentina. Buenos Aires, 1972.
93. Recasens Siches, Luis. Introducción al estudio del Derecho. 4ta ed. Edit. Porrúa. México, 1977.
94. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y Derecho: una exploración jurídico-penal. Editorial Comares, 2004. Granada, España.
95. Rodriguez Arias Bustamante, Lino. Un precursor del positivismo: Federico Carlos de Savigny y la escuela histórica. en: Revista de Ciencias Jurídicas. num. 3. Mayo 1964. p.24.
96. Rohl, Klaus F. Allgemeine Rechtslehre, ein Lehrbuch. Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2001.

97. Romano, Santi. El Ordenamiento jurídico. 2da ed., trad. de Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.
98. Romano, Santi. Fragmentos de un diccionario jurídico. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1964.
99. Romero Pérez, Jorge Enrique. La sociología del Derecho en Max Weber. Tesis de grado para obtener el grado de licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1969.
100. Ruthers, Bernd. Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1999.
101. Sabine, George H. Historia de la teoría política. 2da ed., 9na reimpresión, trad. de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1984.
102. Sack, Robert David. The geographic problematic: empirical issues. Norsk geografisk tidsskrift (Norwegian journal of geography). Vol. 55, Issue 3, 2001. pp.107-116.
103. Sack, Robert David. The geographic problematic: Moral issues. Norsk geografisk tidsskrift (Norwegian journal of geography). Vol. 55, Issue 3, 2001. pp.117-125.
104. Salas, Minor E. ¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general.en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Núm.24, 2001. pp.203-234.
105. Salas, Minor. Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas. ¿Charlatanería de moda o aspiración relamente científica? Monografía inédita facilitada por el autor. Conferencia impartida el día miércoles 30 de marzo de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
106. Salas, Minor. Vade Retro Fortuna. O de la expulsión de "Satanás" –el Azar- del mundo de las Ciencias Sociales (con especial énfasis en la "ciencia" jurídica). Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Num.24; 2001.
107. Salas, Ricardo. La Teoría de la Justicia y el Neocontractualismo (a propósito de la obra de John Rawls), IJSA, San José, 2001.
108. Santos Belandro, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Oxford University Press México D.F. S.A. de C.V., 2000. México D.F.

109. Sassen, Saskia. Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization. Columbia University Press, Nueva York, 1996.
110. Savigny, Carl Friedrich von. Sistema de Derecho romano actual. Edit. F Góngora y compañía. Madrid, 1978.
111. Savigny, Karl Friedrich von. Metodología Jurídica. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1979.
112. Sayer, A. Y Storper M. Ethics unbound: for a normative turn in social theory. Environmental and Planning D: Society and Space. Vol15. pp.1-17
113. Smith, David M. Moral progress in human geography: transcending the place of good fortune. Progress in Human Geography 24, 1 (2000) pp.1-18.
114. Smith, Munroe. Four German Jurists. en: Political Science Quarterly, Vol.12, No.1 (Mar., 1897), pp. 21-62.
115. Snyder, Francis. Economic Globalisation and the Law in the 21st Century. Austin Sarat (ed), The Blackwell Companion to Law and Society. New York and Oxford, Blackwell Publishers, 2003.
116. Snyder, Francis. Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law. European Law Journal, Vol 5, N°4, December 1999, pp.334-374. Blackwell Publishers Ltd., Oxford and Malden MA, USA 1999.
117. Solano Porras, Julián. La lex mercatoria: sistema romano civilista y sistema del Common Law. Revista Judicial. Año XXII, N° 76, Setiembre de 1999. San José Costa Rica.
118. Soriano, Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho.
119. Tamanaha. Brian Z. A non-essentialist version of legal pluralism. Journal of Law and society. Volume 27, Number 2, June 2000. pp.296-321.
120. Teubner, Gunther (editor). Global law without a State. Darmouth Publishing Company Limited, 1997. Brookfield, Vermont, E.E.U.U.
121. Teubner, Gunther. Recht als autopoietisches System. Suhrkampf. Frankfurt am Main. 1989.
122. Teubner, Gunther. The "State" Of Private Networks: The Emerging Legal Regime Of Polycorporatism In Germany. Brigham Young University Law Review; 1993, Vol. 1993 Issue 2, p553.

123. Teubner, Gunther. The king's many bodies: The self-deconstruction of Law's hierarchy. Law & Society Review; 1997; 31, 4; Academic Research Library, pg. 763-787.
124. Touchard, Jean. Historia de las ideas políticas. 6ta reimpresión Edit. Tecnos, Madrid, 1979.
125. Trubek, David M. y Dezalay, Yves. Global Restructuring and the law: Studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas. Case Western Reserve Law Review. Vol.44. Fascículo 2.
126. Vanossi, Jorge Reinaldo A. Teoría Constitucional. Tomo II. Supremacía y control de constitucionalidad. Ediciones de Palma, Buenos Aires. 1976.
127. Volpi, Jorge. En busca de Klingsor. Edit. Siex Barral, Barcelona. 1999.
128. Von Ihering, Rudolf. Bromas y veras en la jurisprudencia. Un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974.
129. Von Ihering, Rudolf. El fin en el Derecho. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1960.
130. Von Ihering, Rudolf. Espíritu del Derecho Romano, trad. por Fernando Vela. Revista de Occidente. Buenos Aires, 1947.
131. Von Ihering, Rudolf. La lucha por el Derecho. Edit. Porrúa S.A. México D.F., 1982.
132. Weber, Gerhard. Historia Contemporánea –de 1830 a 1872-. F. Góngora y Compañía, Editores. Madrid, 1877.
133. Wieacker, Franz. Supuestos históricos y paradigmas de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales. Revista de Derecho Privado española. Tomo 66; Enero-Diciembre, Madrid, 1982.
134. Zumbansen, Peer. Piercing the legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law. European Law Journal, Vol 8, N° 3, Setiembre de 2002, pp.400-432. Blackwell Publishers, Malden, Massachussets, Estados Unidos.

Conferencias

1. Salas, Minor E. Sofismas (y mentiras) de la teoría social y jurídica. LA FALACIA DEL TODO. Conferencia impartida el día miércoles 30 de junio de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
2. Rivero Sanchez, Juan Marcos. La sociedad sin personas: el concepto de personas en la Teoría General de Sistemas. Conferencia impartida en día miércoles 31 de Agosto de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Documentos aportados por la CCI

1. CCI Arbitration, the world's most trusted arbitration system. (brochure). Cámara de Comercio Internacional, París.
2. Serving world business. (brochure). N° de publicación 837. Cámara de Comercio Internacional, París.
3. CCI ADR, resolving disputes amicably (brochure).Cámara de Comercio Internacional, París.
4. Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Servicios de Solución de Controversias. Soluciones mundiales a las controversias comerciales. (brochure) Tercera edición revisada. N° de publicación 810. Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, Barcelona agosto de 2003.
5. Reporte Mundial de la CCI para el año 2004, La organización Mundial en el 2004. Cámara de Comercio Internacional, París.
6. Reporte Mundial de la CCI para el año 2005, The World Business Organization in 2005. N° de publicación 835E. Cámara de Comercio Internacional, París, 2005-08-18.
7. CCI International Court of Arbitration Bulletin. Vol.14/N°2-Otoño de 2003. Cámara de Comercio Internacional, París, 2003.
8. CCI International Court of Arbitration Bulletin. Complex Arbitrations, perspectives on their procedural implications. Special Supplement. Cámara de Comercio Internacional, París, 2003
9. CCI International Court of Arbitration Bulletin. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their use in International

- Arbitration. Special Supplement. Cámara de Comercio Internacional, París, junio de 2002.
10. Reglamento de Peritaje de la CCI, vigente desde el 1° de enero de 2003. Cámara de Comercio Internacional, N° de publicación 649; París, 2004..
 11. Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente a partir del 1° de enero de 1998. Cámara de Comercio Internacional. N° de publicación 808; París, 1998, 2003.
 12. Reglamento ADR de la CCI y Guía del ADR de la CCI; vigente a partir del 1° de julio de 2001. Cámara de Comercio Internacional, N° de publicación París, 809; 2003.
 13. MANTILLA SERRANO, Fernando. (Consejero de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI). La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Versión actualizada de un artículo publicado en la Revista Universitas de la Universidad Javeriana, Santafé de Bogota, n°83, 1992.
 14. BOND, Stephen R. How to draft a compromisal clause. CCI International Court of Arbitration bulletin Vol 1/N°2, Dic 1990.
 15. ULMER, Nicholas. Winning the opening stages of an CCI Arbitration. CCI, Journal of International Arbitration. Vol8. N°2, Junio 1991.
 16. BLESSING; Marc. The CCI Arbitral Process. Part III: The procedure before the Arbitral Tribunal. CCI International Court of Arbitration Bulletin. Vol 3. N°.2 noviembre de 1992.
 17. LAZAREFF, Serge. Terms of Reference under the 1998 CCI Arbitration Rules a practical Guide.

Artículos en Internet

Transnational Law Database (www.TLDB.de):

1. Meyer, Rudolf. Bona Fides und Lex Mercatoria in der europaischen Rechtstradition. Wallstein Verlag. Gotinga, 1994.
2. Mustill, Michael. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years.
3. Berger, Klaus Peter. The New Law Merchant and the Global Market Place-A 21st Century View of transnational Commercial Law.

University of New York (www.nyu.edu):

1. Gunther, Klaus. Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as a Problem of Legal Theory.

Otros sitios:

German Law Journal (germanlawjournal.com) CALLIES, Galf-Peter. Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to An Autonomous Legal System.

CATROGIOVANNI, R.M. Lex Mercatoria. Compilación especial para estudiantes. <http://www.Derecho-comercial.com>

ROOS, Nico. NICE -dreams and Realities of European Private Law. Paper to be presented at the Fifth Benelux-Scandinavian Conference on Legal Theory: European Legal Integration and Analytical Legal Theory, Maastricht, 28.-29.10.2002

COHEN, Edward S. Allocating Power and Wealth in the Global Economy: The Role of Private Law and Legal Agents. CSGR Working Paper No. 101/02 July 2002 Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation (CSGR), Westminster College, University of Warwick, Coventry, CV4 7AL, United Kingdom. URL: <http://www.csgr.org>

Índice

Parte Introductoria	1
Introducción	2
El tema de este trabajo: ¿Qué tiene que ver el principio de Plenitud Hermética con la lex mercatoria?.....	6
Plenitud Hermética.....	7
Lex Mercatoria.....	8
Lex mercatoria y postmodernidad	10
¿Puede existir Derecho sin Estado?.....	12
Marco teórico y conceptual	13
A. En sentido estricto	13
Objetivos.....	13
Hipótesis:	15
Metodología.....	15
Estructura.....	17
B. Marco conceptual	18
La coincidencia de los opuestos.....	18
Las estructuras racionales: abstracciones sobre abstracciones.....	21
¿Por qué hacemos estas observaciones tan alejadas de un plano “científico” o dogmático del Derecho?	23
Acerca de falsos chauvinismos y de teorías de la conspiración.....	27
¿A quien está dirigido el presente trabajo?	31
Parte §1: El dogma de la Plenitud Hermética del Ordenamiento	33
Título Primero: Las codificaciones del siglo XIX. Constitución y orígenes de la idea del Derecho como “sistema pleno”.....	34
Introducción: tres niveles conceptuales e históricos: jurídico, filosófico, histórico-social.....	34
Capítulo I: Hermetismo, hermenéutica y plenitud	37
Capítulo II: El problema de las lagunas del Derecho	46
Sección 1. Aclaración: Abordaje Metodológico	48
Sección 2. El Realismo Ingenuo (Eduardo B. Busso)	50

Sección 3. El empirismo científico (Ernest Zitelmann, Donato Donati).....	51
Sección 4. El Eclecticismo(Francois Geny, Eduardo García-Maynez, Hugo Alsina, Hans Reichel).....	53
Sección 5. El pragmatismo (Nicolás Coviello; Hans Vaihinger).....	54
Sección 6. Acerca de la relación entre el dogma de plenitud y la denegación de Justicia	54
Sección 7. El apriorismo filosófico (Carlos Cossio, Jorge Reinaldo Vanossi, Hans Kelsen).....	56
Capítulo III: La escuela histórica y el principio de plenitud del ordenamiento.....	58
Sección 1. ¿Por qué nos interesa la situación política de Alemania en el inicio de la época de la Restauración?	59
Sección 2. El papel de la ciencia jurídica para Savigny.....	65
Título Segundo: El Liberalismo y el Derecho.....	69
Capítulo I. Inserción del liberalismo en la concepción filosófica del Derecho.....	69
Capítulo II. Rudolf von Ihering (1818-1892).....	74
Sección 1. El primer Ihering.	76
Sección 2. El segundo Ihering.....	77
Capítulo III. La jurisprudencia de intereses: Phillip Heck.....	80
Capítulo IV. La Escuela del Derecho Libre: Hermann Kantorowicz	82
Capítulo V. El pluralismo jurídico	91
Conclusiones de la primera parte: La fragmentación del Derecho Natural y el Derecho positivo universal.	96
Parte §2: Lex Mercatoria.....	100
Introducción de la segunda parte: El Tercer Mundo.....	101
Título primero: Las tres fases históricas de la Cámara de Comercio Internacional.....	111
Capítulo I. La fase inicial (1919-1970).....	111
La Lex Mercatoria (concepto).....	118
¿Qué es la lex mercatoria?.....	120
Capítulo II. La segunda fase: Los Petrodólares y el Tercer Mundo:.....	127
Capítulo III. La fase actual: Composición Orgánica de la Cámara de Comercio Internacional, Directorio de actores políticos del Arbitraje Internacional	131
Sección 1.Conformación política de la CCI.....	131

Sección 2 .Comisión de Arbitraje y La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI....	134
Sección 3. El Derecho como mercado y el Derecho a la información.....	137
Título segundo: Autopoiesis y Globalización.....	152
Capítulo I. Globalización	153
Capítulo II. Autopoiesis; el Derecho como un sistema social.....	158
Capítulo III. El gato de Schrödinger y la araña de Curtis.....	167
Conclusiones Generales: La corporación y el dilema moral	174
Bibliografía.....	179
Índice.....	192
Anexos	195

Anexos

Junta Directiva (Executive Board) de la CCI para el 2004

Abdeslame Ahizoune, Marruecos, 2004-2006: Presidente y Director Ejecutivo de Maroc Telecom (Gerente General de 1998 a 200); Ministro de Telecomunicaciones y es Director Bernal de la Oficina Nacional de Servicios Postales y Telecomunicaciones.

Ronald O. Baukol, Estados Unidos, 2001-2004: Ex Vicepresidente Ejecutivo, Operaciones Internacionales y miembro del Consejo de Administración de 3M; Vicepresidente del United States Council for Internacional Business.

Antonio Brufau Niubó, España, 2003-2005: Presidente de Gas Natural, Director General y CEO de Grupo La Caixa; Consejero de Repsol-YPF, Enagás, CaixaHolding; Presidente de Barcelona Fundación Digital y el Círculo de Economía

Victor Chu, Hong Kong, 2004-2006: Fundador y presidente de First Eastern Investment Group; Presidente de FE Securities Limited, Guangdong Development Fund Limited y CMEC GE Capital China Industrial Holdings Limited.

Michael Fuchs, Alemania, 2003-2005: Copropietario y miembro del Consejo Consultivo, Impex Group; miembro del Parlamento Alemán (Bundestag); miembro del Consejo, Ifo for Economic Research; Vicepresidente de la CCI en Alemania

M.Shafik Gabr, Egipto, 1998-2004* (2005 pasó a ser Ex-officio): Presidente y Director General, Artoc Group for Investment and Development; Presidente de ABC (Arab Business Council), Egypt's International Economic Forum, Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Business Council, miembro del Consejo de Presidentes EEUU-Egipto, miembro del Centro Egipto de Estudios Económicos (Egyptian Center for Economic Studies).

Robert T.E. Gillespie, Canadá, 1999-2004*(2005 pasó a ser Ex-officio): Presidente y CEO de General Electric Canada; ex Presidente de la Canadian Standards Association (CSA); ex-director de la Cámara de Comercio de Canadá (Canadian Chamber of Commerce), Director del Canadian Council of Chief Executives (CCCE); Director, del Consejo Canadiense para el Comercio Internacional (Canadian Council for International Business).

Richard Greenhalgh, Reino Unido, 2001-2004* (En el 2005 pasó a ser Ex-officio): Presidente de Unilever UK Limited, National College for School Leadership; CBI Pensions Strategy Comitee, British Quality Foundation, Miembro del Gabinete del Presidente, London Business

Advisory Board, Administrador de British Occupational Health Research Foundation; Consejero de Qualification and Curriculum Authority.

Khaled Ahmed Juffali, Arabia Saudita, 2001-2005: Vicepresidente y socio-gerente de E.A. Juffali & Brothers (grupo saudita de comercio e industria); Presidente de Juffali Automotive Company (Daimler Chrysler), Juffali Heavy & Agricultural Equipment, Juffali Industrial Products, National Automobile Industries, Raychem Saudi Arabia, Saudi Ericsson Systems.

Kiat Sitteseamorn, Tailandia, 2003-2005: Secretario General Ejecutivo de la Junta de Comercio de Tailandia (Board of Trade, Thailand); Presidente de PRODEN Group of Companies; Director del BankThai Consulting (miembro de BankThai), ex consejero del Primer Ministro de su país; Presidente de la CCI Tailandia.

Vratislav Kulhánek, República Checa, 2002-2004. Presidente del Consejo Skoda Auto; Presidente, Automobile Industry Association; Presidente de la CCI en República Checa.

François de Laage de Meux, Francia, 1999-2004: Vicepresidente del Consejo Supervisor, Rubis S.A., Consejero del Taittinger Group; Presidente de la CCI en Francia.

A.C. Muthiah, India, 2003-2005: Presidente de Southern Petrochemicals Industries Corporation (SPIC); miembro del Consejo Asesor sobre Comercio e Industria del Primer Ministro; Presidente, Federation of Indian Chambers of Commerce and Industry (FCCI)

Tariq M.A. Rangoonwala, Pakistán, 2003-2005: Presidente del Consejo del Grupo de empresas Rangoonwala; Administrador, ZVMG Rangoonwala Trust and Foundation, Presidente de la CCI de Pakistán.

Richard Schenz: Austria, 2003-2005: Ex Presidente y CEO (1992-2001); ÖMV AG; desde 2001, Representante designado por el gobierno austriaco para los mercados de capitales; Presidente de la Austrian Corporate Governance Working Group, Investors Advisory Board of Viena Stock Exchange, Infraestructura Comitee of the Austrian Federation of Industrialists; Vicepresidente, Austrian Federal Economic Chamber, Presidente de la CCI en Austria.

Björn Svedberg, Suecia, 2004-2006: Consejero, Investor SAAB, Presidente del Consejo H13G Access AB; Nefab; Nacional Agency for Higher Education, ex presidente ejecutivo de Ericsson, Skandinaviska Enskilda Banken.

Victor Uckmar, Italia, 2003-2005: socio Principal de Studio Uckmar, catedrático emérito de la Genoa University, catedrático de Derecho fiscal en varias universidades italianas y latinoamericanas; Editor de “Diritto e Pratica Tributaria” y “Diritto e Pratica Tributaria Internazionale”, consejero de grandes empresas e instituciones italianas.

Edson Van Musa, Brasil, 2003-2005: Socio y Presidente de Vidasanos Empreendimentos e Participações; Propietario y Presidente del Consejo CALOI; ex Presidente y CEO de Roída (América del Sur), Miembro del Consejo Ejecutivo, Rhône-Poulenc Group; Presidente y Consejero de otras empresas y fundaciones.

Lili Wang, China, 2003-2005: Vicepresidenta Ejecutiva y Consejera del Industrial Comercial Bank of China (ICBC), Vicepresidenta de ICBC Asia, miembro en China de de ABAC (APEC Business Advisory Council), miembro de WLN (Women Leaders Network of the World), Directora de la CCI en China.

Rona Yircali, Turquía, 2002-2004: Presidente del Consejo, Yapy ve Kredi Bankasi, Balykesir Chamber of Industry, Presidente del Consejo Ejecutivo del Foreign Economic Relations Board, miembro del Consejo Economic Development Foundation, Vicepresidente de la Federación Mundial de Cámaras, Presidente del Comité Ejecutivo de la CCI Turquía.

Subcomisiones de la Comisión de Arbitraje:

ADR

DOCDEX

Peritajes (expertise)

Procedimiento Precautorio Prearbitral

Arbitraje Ad hoc-CNUDMI

Junta Directiva 2005 (Salieron: Gillespie, Greenhalgh y Gabr)

Entraron:

Pierre A. Froidevaux, México, 2005-2007: CEO de Holcim Apasco ; Miembro del Cuerpo Consultivo del Banco Nacional de México, Vice-Presidente de Asuntos Internacionales de COMPARMEX; Vice-Presidente de CANACEM; Miembro de la Junta Directiva de FUNDES (México), CESPEDES, Miembro de la Junta Directiva de la CCI México.

Paul Skinner, Reino Unido, 2005-2007: Presidente de la empresa “Río Tinto”; Presidente Ejecutivo del Standard Chartered Bank, Presidente de la Junta Directiva de la CCI del Reino Unido.

Kees van der Waaij, Holanda, 2004-2006: Presidente de Unilever Nederland Holdings BV, SVM. Pact; Member of the Executive Comitee: VNO-NCW (Dutch Employers Federation),

Opportunity in Bedrijf, Miembro de General Meeting of Achmea; Director y consultor de, Arbo Unie; Miembro de la CCI de Holanda.

Otros actores políticos frecuentemente citados por la CCI

Ron Noble: Secretario General de la INTERPOL

Avijit Mazumdar: Presidente de la Federación Mundial de Cámaras o World Chambers Federation (WCF), Presidente de TIL, India, expresidente de la Associated Chambers of Commerce and Industry of India. Ex presidente de la CCI, India.

Jurgen Reimnitz: Presidente del Comité de Finanzas de la CCI, Presidente de Air Liquide (Alemania), Merrill Lynch Investment Managers de Luxemburgo, miembro del Consejo de Administración Bongrain, y Rémy Cointreau en Francia, miembro del Comité de las Naciones Unidas para la Inversión (UN Investments Comitee), Miembro del Consejo Asesor Internacional, Fitch Inc. (Nueva York, Londres); Vicepresidente y Tesorero de la CCI Alemania.

Pascal Lamy: Comisionado para el Comercio de la Unión Europea (1999-2004)

Fig. 3.3. Normativa que regula el Arbitraje en Costa Rica

Antecedentes históricos en Costa Rica:

Código General de Carrillo de 1841

Código de Procedimientos Civiles de 1887 (Reformas de 1933 y 1937)

Código Procesal Civil de 1990 (algunas normas siguen vigentes)

Código Civil (arts. 1386 y ss.)

Normativa actual y vigente

Art. 43 de la Constitución Política

Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado (ratificado por Decreto-Ley N°50 del 13 de Diciembre de 1928.

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Ley 6157 del 15 de noviembre de 1977, publicada el 06 de Enero de 1978)

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (ratificada mediante Ley N°6165 del 15 de Noviembre de 1977, publicada el 21 de diciembre de 1977)

Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (aprobada mediante Ley N°6157 del 15 de Noviembre de 1977)

Convención para el Establecimiento de la Agencia Multilateral de Garantías de Inversión (aprobada mediante Ley 7318 del 9 de Diciembre de 1992)

Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (aprobado mediante Ley N°7332 publicada el 16 de Abril de 1993)

Convenio con el Banco Interamericano de Desarrollo sobre aplicación de fondos multilaterales de inversión (aprobado mediante Ley N°7466 del 18 de Enero de 1995)

El Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de México (Ley 7474 publicada el 23 de Diciembre de 1994)

GATT o Acta Final de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales (Ley 7475 publicada el 26 de Diciembre de 1994)

Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias

Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre arbitraje comercial internacional

Acuerdos bilaterales:

Italia (del 08 de Febrero de 1903, adicionado el 31 de octubre de 1933)

Suiza (15 de Enero de 1965)

Nicaragua (28 de Junio de 1889)

Portugal 816 de Mayo de 1914)

Normas legales costarricenses:

Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz social. (aprobada mediante ley 7727 del 4 de diciembre de 1997, publicada en la Gaceta N°9 del 14 de Enero de 1998)