

Comentario al libro
"El Derecho entre modernidad y globalización.
Lecciones de filosofía del derecho y del Estado^(*)"
André-JEAN ARNAUD

Gonzalo SOZZO

Colaboradores: Lucila REYNA, Pablo RANZANI, Julieta ALESSO y Leticia TOSELLI^(*)

Al lugar de encuentro teórico que es la globalización están arribando los estudiosos del campo jurídico. El libro que reseñamos del Profesor André-Jean Arnaud es además de pionero, una excelente muestra de esto. El trabajo tiene una cuota muy importante de interdisciplinariedad donde el autor deja ver su dominio tanto del campo de la dogmática jurídica como de la historia del derecho, la filosofía y la sociología. En esta labor de reseña nos interesó (además de acercar el texto al lector de nuestro medio) focalizar la problemática de la globalización del campo jurídico que realiza el autor y ponerla en relación con otros estudios en torno de la globalización del derecho. El objetivo es mostrar otras teorías sobre la globalización del derecho que analizan aspectos que también estudia el autor y otros que permanecen en la sobra y que enriquecen el cuadro final. Así nos proponemos vincular la teoría del Prof. Boaventura de Souza Santos⁽¹⁾ –con quien Arnaud “dialoga” expresamente– con la construcción de la sociología del derecho María Rosaria Ferrarese.⁽²⁾ Pese a que todo el libro es sumamente interesante, por razones de espacio hemos priorizado el tratamiento de las lecciones 1, 2, 5 y 6.

En la Lección 1 (“La Globalización: Repensar el Derecho?”), Arnaud comienza diciendo que “Se percibe al mismo tiempo que el mundo se globaliza que los modos tradicionales de regulación no cumplen más su función, que el derecho no tiene más la misma capacidad de asegurar la función para la cual ha sido erigido como modo privilegiado de regulación social”. Las tesis de Arnaud son: 1) que el derecho se encuentra implicado directamente en el proceso de globalización; 2) que la globalización adquirió hoy en día el valor de paradigma; 3) que los juristas pueden encontrar en el paradigma de la globalización una nueva manera de colocar problemas considerados sin solución, y hasta de superar la crisis permanente en la cual el Derecho se encuentra inserto. La idea es que efectivamente, de cara a la globalización del derecho deberá ser repensado si quiere cumplir alguna función, lo que se vincula directamente con los modos de producción del derecho de los que el autor se ocupa en la lección 5. En

⁽¹⁾ Ed. Renovar, Río de Janeiro; Traducción de Patrice Charles Guillaume, Brasil, 1999.

⁽²⁾ Traducción y revisión final del texto. Este libro, durante el segundo semestre de 2003, fue objeto de lectura y estudio en el “Taller de Derecho Privado” que se desarrolla en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL.

⁽³⁾ Boaventura de Souza Santos: *La globalización del derecho*, Universidad de Colombia, ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), 1998.

⁽⁴⁾ Ferrarese, María Rosaria: *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

planteo inicial de María R. Ferrarese). Para Santos, la globalización coloca al derecho en la disyuntiva de servir a dos proyectos radicales: o contribuye a la tendencia hacia la diáspora jurídica o hacia la ecúmene jurídica. Luego de pasar revista por numerosos términos como “internacionalización”, “transnacionalización”, “Globalización”, “planetario”, en busca de dar respuesta al interrogante acerca de si se justifica el uso del término globalización por su especificidad —a lo que culmina respondiendo afirmativamente—, se aboca a tratar “el valor paradigmático” de la globalización; al respecto sostiene que se trata de un paradigma esencialmente heurístico (pág. 16); “es hoy un paradigma que permite abordar problemáticas nuevas” (pág. 17).

De las posibles lecturas de la globalización como paradigma se ocupa Boaventura de Sousa Santos (pág. 48 y sgtes) para quien, al igual que Arnaud acoge la primera visión (pero sin descuidar las incidencias de la existencia de la lectura subparadigmática), pasan a integrar la “audiencia transformativa” de que habla Santos (pág. 53). Boaventura de Souza Santos define a la globalización diciendo: “El proceso de globalización es, por tanto, selectivo, dispar y cargado de tensiones y contradicciones. Pero no es anárquico. Reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades centrales, periféricas y semiperiféricas. No existe, entonces, un globalismo genuino. Bajo las condiciones del sistema mundial moderno, el globalismo es la globalización exitosa de un localismo dado. Ésta es mi definición de globalización: es un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales” (pág. 56).

Éste no es un problema menor y Rosaria Ferrarese le dedica un polémico primer capítulo en el cual parte de la crítica de la tesis de Anthony Giddens, y luego esboza sus propias ideas. “La globalización es “...un cambio que exporta efectos significativos en la esfera institucional” (pág. 11). “...la esfera institucional es entendida como esfera estatal y como esfera de la juridicidad” (pág. 11). La novedad más importante de la globalización no es lo que ocurre en la esfera económica en cuanto tal sino sus efectos reflejos sobre la esfera institucional”. Los cambios que genera son dos: 1) los cambios relativos a la relación entre economía y política y 2) los cambios en la esfera insitucional, en la esfera estatal o en la esfera jurídica. Se ocupa en seguida de “El problema de la definición de globalización” y dice que aquello que se llama globalización es sólo una etapa más en la evolución del capitalismo o un “cambio de naturaleza revolucionaria que envuelve aspectos fundantes del precedente orden” (pág. 11).

Sostiene que parece insatisfactoria la definición de globalización que hace Giddens, quien la define como “intensificación de las relaciones sociales mundiales..”; en su opinión esta definición responde perfectamente al intento del autor por explicar la modernidad como liberalización de los vínculos espaciales y temporales (pág. 13). Existen dos razones para rechazar esta definición: en primer lugar, destaca un aspecto cuantitativo que es evidente; y al destacar este aspecto, se soslayan otros más caracterizantes de la globalización: “a partir de un cambio en la esfera de relaciones entre política y economía, o si se quiere, entre estado y mercado” (pág. 14). Por ello la globalización asume una portada revolucionaria (pág. 15). Prefiere definirla como lo hace Strange: un proceso de pasaje de mayores poderes del Estado al Mercado (pág. 15). Por su parte, Boaventura de Souza Santos también se ocupa de explicar qué es la globalización (pág. 53) y también parte de la tesis Giddens (pág. 37).

Bajo el título “En dirección a una regulación globalizada” Arnaud comienza señalando que “la globalización amenaza con recolocar en cuestión, de una forma bastante radical, la regulación jurídica de tipo clásico” (...) el derecho no habrá vivido en esos años pasados sus mejores años” (pág. 18). El derecho pierde su dimensión nacional y va camino hacia lo global. La regulación como problema asume una dimensión nueva; al lado del derecho se regula a través de principios, estrategias y políticas planetarias. Al hilo de estas transformaciones se modifican sustancialmente las profesiones vinculadas al derecho (pág. 19).

Afirma la existencia de una dialéctica entre lo global y lo local. La lucha de lo global con lo nacional acarrea como consecuencia un desarrollo de lo local como contrapunto. La globalización incluye lo local, no lo absorbe anulándolo. Lo mejor de este fenómeno en el plano jurídico es que “Local es

entendido, pues, como descentralización, desconcentración o deslocalización de los lugares de producción de la norma jurídica en el ámbito del estado” (pág. 24). Para Arnaud, debe aprenderse la dialéctica entre los niveles global, regional, nacional y local con toda su riqueza y complejidad a la hora de repensar la juridicidad.

Luego se aboca a tratar la “Refundación de un derecho”: “Manifestamente, nuestro derecho no ha sido tallado para tales mutaciones” (pág. 28). Con ello se refiere a que el derecho moderno se encuentra fundado en una filosofía política y jurídica elaborada desde la baja Edad Media hasta el Iluminismo y que nada tiene que ver con la globalización. Ésta tiene sus propios pensadores económicamente neoliberales; ¿refundarán el derecho en esa línea? Algunos principios (enunciados por Karl Popper) son la necesidad de limitar al Estado; en que el mismo sea democrático; que se respete la tradición, se postule la evolución y no la revolución. Luego aborda la teoría de Friedrich Hayek; basada en algunas nociones fundamentales tales como la de la separación entre un orden espontáneo y la organización; el no-sentido de una justicia social en el ámbito de los órdenes espontáneos; y la inevitable transformación del orden espontáneo de una sociedad libre en un sistema totalitario colocado al servicio de alguna coalición de intereses organizados (pág. 32). Este telón de fondo ideológico que señala Arnaud se incardina con la idea acerca de la globalización que esboza María Rosaria Ferrarese; frente a ello, el autor destaca este proceso como una amenaza. Escribe Arnaud: “Nuestro derecho fue basado en premisas que Hayek cuestiona, principalmente lo que él llama ‘racionalismo constructivista’ y al que opone el racionalismo crítico de Popper al que él rebautiza como ‘racionalismo evolucionista’” (pág. 32). Concluye esta primera lección con algunos interrogantes que procurará cerrar en las páginas que siguen: ¿qué es lo que ocurre con el cuestionamiento de los fundamentos de un derecho sobre el cual vivimos hasta ahora?; ¿qué acontece con la pretensión de globalización o universalismo?; ¿qué con el lugar del Estado en la regulación por el derecho en las diversas escalas: global, regional, nacional y local: lo que ocurre con la perspectiva de lo que podría ser el derecho en el siglo que se abre? (pág. 35). De alguna forma deja entrever que el futuro del derecho puede definirse ideológicamente y allí hay que jugar algún papel. La cuestión es: ¿quiénes redefinirán el rol del derecho?; o mejor: ¿quiénes lograrán hacerlo? Evidentemente el autor presupone que será una cuestión de poder. En otra clave de lectura, Ferrarese se ocupa del problema en los capítulos II y III de su obra. Para Santos el destino del derecho pasa en cambio por la tensión entre las tendencias antitéticas hacia la ecúmene o la diáspora jurídica. Si el derecho será prevalentemente construido mediante “globalismos localizados” y “localismos globalizados” o por el patrón de la “herencia común de la humanidad” y el “cosmopolitismo”. Aunque no es el mismo planteo, también algo de estas ideas hay en lo que Ferrarese dice que es el derecho en la época de la globalización; una diversidad de derechos y no un solo derecho; una pluralidad de derechos tendencialmente diferentes: un “derecho de la posibilidad” y el “derecho de la necesidad”; el primero es un “derecho a la carta” de los particulares (como vgr. la *lex mercatoria*) y el segundo un derecho que tiende hacia la unidad y que procura asegurar ciertos contenidos mínimos en temas vitales como la paz o el medio ambiente (págs. 149-158).

En la Lección 2 Arnaud comienza diciendo que es fundamental comparar los dos procesos: el del derecho hacia el universalismo y el del derecho hacia la globalización (pág. 37). En esta lección da inicio al análisis acerca de la vinculación entre globalización, modernidad, pre-modernidad y ciertos procesos como la internacionalización, los derechos humanos, etc. El tratamiento del problema se cierra en la lección 6 en la cual el autor profundiza en la relación globalización/posmodernidad.

La tesis del autor en esta lección es que existe una tendencia de la globalización hacia lo universal sobre la que debe reflexionarse (Introducción). Existe en la globalización una pretensión de universalidad que es constatada por sus efectos (pág. 38 y sgtes). “Otra característica marcante de esa tendencia de la globalización hacia lo universal es el hecho de que esta última se presenta (...) como paradigma. Y en esa condición, para referirnos apenas a la definición clásica dada por Khun, existe una pretensión hacia lo universal ya que el paradigma, por definición, permite la colocación, por un determi-

nado tiempo, de problemáticas universales válidas” (pág. 40). “Eso porque el neoliberalismo tiene todo el interés en dar a la globalización un valor paradigmático...” (pág. 41). “En realidad la pretensión de la globalización hacia la universalidad debe ser analizada en términos de un proceso específico de la ley del mercado, una ley universal a la cual seríamos infaliblemente sometidos” (pág. 43).

El pensamiento jurídico moderno posee su propia especificidad. Uno de los grandes hallazgos del pensamiento jurídico moderno es haberse desarrollado como un pensamiento de tipo universal reposado sobre el iusnaturalismo. El formalismo creciente, la idea de derecho subjetivo, la progresiva laicización de las reglas jurídicas, son elementos entrelazados del sistema jurídico moderno que permitieron la universalización. “En resumen, la historia del pensamiento jurídico occidental nos enseña que los derechos humanos, en cuanto derechos subjetivos (...) fueron uno de los resultados del pensamiento jurídico universalista” (pág. 46). En este punto el autor traza una relación sumamente relevante: “Existe pues, una pretensión común hacia el universalismo bastante semejante tanto por parte del universalismo “moderno” como de la globalización contemporánea” (pág. 46). Pero enseguida lanza otra relación: “Existen así mismo algunas características de esa globalización que pueden ser encontradas en el pasaje de la época premoderna a la época del pensamiento jurídico ‘moderno’” (pág. 46). El autor sostiene con relación a esto último que antes de la instauración del pensamiento jurídico moderno existe un “pluralismo resplandeciente” que presenta muchas similitudes con el pluralismo actual; que el universalismo y la globalización no poseen los mismos fundamentos “ni connotan las mismas realidades” (pág. 49); que Europa desempeñó y desempeña un papel diferente en la implementación de uno y de otro. Respecto de lo local sostiene que el período moderno se desarrolló en contra de las regulaciones locales procurando destruirlas; en cambio, el universalismo de la globalización no puede ser concebido sin lo local. En la globalización tiene lugar una tendencia hacia la interacción e interdependencia global y, al mismo tiempo, un proceso de resurgimiento de localismos.

Luego analiza la situación de Europa premoderna, sosteniendo que se desarrolló entre el pluralismo que fue dando progresivamente pasos hacia el universalismo, destacando la riqueza del pluralismo de espacios de intercambios existentes en aquella época. Este proceso de instauración del universalismo a costa del pluralismo desembocó en el surgimiento del *ius commune* europeo. Luego de recorrer algunos de sus aspectos, concluye que “Es a esa idea de *ius commune* a la que se refieren los neoliberales contemporáneos. Ellos quieren transformarla en una ariete contra las fortalezas presentadas por los derechos nacionales y el derecho internacional clásico, fortalezas vistas como complicaciones incómodas y obsoletas de un mundo que camina hacia la sociedad planetaria. Mas ese *ius commune* no es una mixtura compleja de normas de diversos orígenes. Del “derecho común” sólo se apropia el nombre y su objetivo presunto. En cuanto al resto, tratase no tanto de procurar elaborar un derecho unificado para los comerciantes que de hacer avanzar por todos lados la ley del mercado” (pág. 58). Luego de analizar el rol del Papado y de las Universidades en el proceso de unificación jurídica Europea bajo el título “universalismo versus globalización” (pág. 67), señala que “el universalismo ‘moderno’ se desarrolló (...) contra el pluralismo anterior, pluralismo floreciente que existía antes de la instauración de un pensamiento jurídico y político modernos. En este aspecto, él difiere radicalmente del proceso de globalización, que no puede existir sin lo ‘local’, y mismo si ese proceso tiende hacia una sociedad global, universal, una ‘sociedad abierta’, como la denomina Popper, una ‘gran sociedad’, si preferimos los términos utilizados por Hayek” (pág. 67).

Desarrolla la idea de la similitud entre el pluralismo premoderno y el contemporáneo: existencia de multiculturalismo, policentrismo de fuentes jurídicas y “remodelación de las fronteras y las soberanías” (pág. 69). Luego desarrolla la segunda hipótesis (esto es, que existen similitudes entre el universalismo moderno y la globalización) con relación a ello explica que “...el universalismo y la globalización utilizan un lenguaje similar y a veces idéntico. Mas también podemos constatar que ese lenguaje no posee los mismos fundamentos intelectuales y no connota las mismas realidades. De un lado, fue un derecho para una economía de comerciantes que se formó con relación a un pluralismo que trababa

los intercambios comerciales. Dentro (del de la globalización, el paréntesis es mío) la ley del mercado, que los neoliberales pretenden universalizar, y que dicen ser universal, irrefutable y ineluctable. Con base en esos fundamentos, intentan implantarla universalmente. Para eso se apoyan en el concepto de equidad, que será el tema de la Lección 4". Finalmente explica la idea de que "Europa desempeñó un papel diferente en la implementación de los conceptos universales de derechos humanos, de democracia y de equidad" (pág. 70). Ferrarese sostiene que esta relación, que suele hacerse con el pluralismo jurídico medieval, "pone en un cono de sombra múltiples diferencias que caracterizan al pluralismo actual" (pág. 149).

La Lección 5 ("De la regulación por el derecho en la era de la globalización") es central. Un rasgo que tanto Ferrarese como Boaventura de Souza Santos y Arnaud identifican en la globalización es el debilitamiento de las soberanías estatales y la consiguiente pérdida de poder regulatorio del derecho estatal. Para Ferrarese el derecho se impregna de factualidad y lo que se concentra en la preocupación de los operadores del campo jurídico en su efectividad. La socióloga italiana profundiza en el cap. III de su obra los nuevos sujetos del derecho global: ONGs Internacionales, *law firms*, etc. Descubrir estos nuevos sujetos nos parece una cuestión sumamente relevante.

En este capítulo Arnaud analiza la regulación de lo social por el derecho y en cierta forma dialoga con el profesor Santos. Se cuestiona sobre la misma en 3 aspectos: la eficacia de la regulación tradicional por la vía del derecho, /la validez de otras formas de regulación social, /concepción de la desregulación como recurso indirecto a otro derecho más apto para dominar la complejización de las relaciones sociales; así mismo se cuestiona también acerca de la mundialización de esas relaciones que traen perturbaciones en las respuestas clásicas de esos problemas.

A partir de este análisis el autor considera que podrían ser comprendidos en forma asociada los diversos fenómenos que los autores identifican y que afectan las tradicionales formas del derecho. Entre estos fenómenos ubica: la aparición de un derecho "de textura abierta" que disloca las fuentes tradicionales de producción hacia los poderes privados económicos, con una participación mayor de los actores privados, y la consideración de valores provenientes de los sistemas económicos o técnico-científico; el creciente papel de las fuentes *soft* del derecho (cartas, códigos de buen comportamiento, etc.) que al adquirir fuerza coercitiva, se tornan *hard*.

Con respecto a la eficacia de la regulación tradicional por el derecho, Arnaud reconoce dos problemas fundamentales: el primero, relativo a la validez contemporánea de los postulados fundadores de la regulación por el derecho; y el segundo, que se presenta a raíz del impacto y los efectos que la mundialización de los intercambios produce sobre la regulación jurídica.

Además de ello propone dedicarle atención a la creciente complejidad de las interacciones que se tejen en el ámbito de regulación del derecho y otras formas de regulación extraña a la intervención del derecho estatal.

El debate que Arnaud presenta, en el fondo, consiste en el cuestionamiento del Estado, Estado soberano y dispensador del derecho, regulador de los comportamientos y controlador de la ejecución de las normas jurídicas y las reglas que de ella derivan. (pág. 153)

Aquí, bajo el título "Del lugar del derecho estatal en la regulación social contemporánea", comienza planteando una serie de definiciones para una comprensión unívoca de los conceptos que utilizará:

* Regulación Jurídica: "Regulación social que pasa por el canal del derecho". "No vincula derecho a moral".

* Derecho: "Conjunto de reglas positivas establecidas y controladas por el Estado" (o "derecho impuesto").

* Decir el derecho: "Atributo de la soberanía estatal según la concepción moderna de derecho y de Estado, como forma de regulación social por excelencia".(pág. 153)

Arnaud inicia el análisis propiciamente dicho presentando a la cuestión de la soberanía estatal como punto central de toda problemática de la regulación por el derecho. El problema es la autoridad para

dictar la regulación jurídica. Concluye que nos encontramos ante varios grados de intervención, cuyo efecto está en reducir el poder total del Estado en su papel de productor de derecho. Para eso muestra 3 momentos, sin pretender dar una imagen definitiva, ya que reconoce la permanente dialéctica entre el movimiento histórico de globalización y sus resistencias. Éstos son: El derecho estatal sustituido, el derecho estatal suprimido y, por último, el derecho estatal suplantado. (pág. 154)

Mostramos en un cuadro cómo son esos tres momentos de la soberanía estatal con relación a la producción del derecho. Como se dijo, estos momentos presentan grados crecientes de pérdida del poder regulatorio del Estado. Las intervenciones en la soberanía reducen el papel del Estado en la producción del derecho.

Momentos	Contexto nacional (Instancias Inferiores)	Contexto internacional (Instancias Superiores)	Norma Jurídica
Derecho Estatal Sustituido. (DERECHO, pero con la racionalidad de los particulares)	Sustituido por organismos privados: corporaciones; desarrollo del derecho negociado	Surgimiento de estructuras de derecho por acuerdos regionales (CEE; MERCOSUR; NAFTA, que poseen sus propias reglas de derecho)	Pluralismo jurídico: aparecen normas que reflejan las concepciones y vivencias de actores privados, incluso delegan a instancias privadas la posibilidad de: DECIR EL DERECHO
Derecho Estatal Suprimido, suplido. (El Estado regula la acción social pero no utiliza el derecho para hacerlo: REGULACIÓN JURÍDICA)	Suprimido por políticas públicas y programas de acción que no se implementan por medio del derecho	Suprimido por la administración planetaria de problemas (cuestiones de gobierno) como clima, medio ambiente, seguridad, economía, etc., que no pueden ser más tratados aisladamente por los Estados Nacionales ("Cuestiones de Equilibrio Mundial")	Reconocimiento de su ineficacia para regular en tópicos como el clima y el medio ambiente. La dependencia de la política económica de la política económica nacional, de una economía globalizada. Pérdida de autonomía en materia de seguridad ("Estatal y seguridad Global")
Derecho Estatal (Estructura ausente) Suplantado. El Estado es excluido por otros tipos de regulación global	Suplantado por formas alternativas de regulación social y de conflictos llevadas adelante por grupos que reclaman por sus derechos	Suplantado por políticas públicas mundialmente aceptadas y regulaciones dictadas por compañías multinacionales, FMI, G7, etc.	Suplantado por órdenes espontáneas globales, que escapan a la regulación estatal; políticas públicas internacionales dictadas por compañías multinacionales, FMI, G7

Éste es uno de los aspectos más relevados en las teorías que se ocupan de la globalización del derecho. Como dijimos, lo hace Boaventura de Souza Santos y también María Rosaria Ferrarese; esta última autora aborda el problema en el capítulo III y le adiciona un importante estudio sobre los nuevos actores del derecho global (ONGs Internacionales, *law firms*). Los autores, refiriéndose a este problema, coinciden en caracterizar al derecho global como un derecho plural.

En la sección "Formas contemporáneas de producción y de implementación de las normas jurídicas" el autor destaca la complejidad de la situación contemporánea donde coexisten formas de producción tradicionales de la norma jurídica (por ej. el derecho civil) y otras a las que llama posmodernas, ya que constituyen una superación o son la antítesis de la filosofía "moderna" del derecho y del Estado. (pág. 173)

El Estado desarrolla una imagen que posee dos caras ("Estado descentrado, Estado reforzado"). Por un lado, se muestra como la última Ciudadela contra la invasión de lo "global" y, por el otro, como el último actor capaz de representar el papel de guardián (pág. 173). Con la idea de "Estado ciudadela" Arnaud pretende explicar el hecho de que el Estado todavía es primordial y cumple funciones de

importancia. Lo presenta como el único agente de peso capaz, en muchos casos, de proteger contra ese nuevo “orden global” que se introduce a través de la economía. El propio Estado participa de su desregulación. Pero el autor sugiere que esto puede ser visto como una forma de recuperar poder, de asegurar su expansión según nuevas modalidades. A esto lo realiza con políticas de retorno a una mayor responsabilidad comunitaria porque, manejadas por el Estado, resuenan como una estrategia de poder. Al establecer, él mismo, las reglas de juego en el ámbito comunitario, está reproduciendo su propia imagen. Plantea una posible explicación de ese fenómeno partiendo de la distinción que formuló entre derecho y regulación. Es a través de esta última que el estado se estaría reintroduciendo en las cuestiones económicas (pág. 175). Aunque no inexacta, a esta visión la califica como maniqueísta, ya que utiliza una definición restrictiva de derecho, además de no tomar en cuenta las diferencias de culturas jurídicas. También refuta la probabilidad de la existencia de una nueva lógica que substituiría a la soberanía estatal, simplemente de delegación de autoridad por la sociedad civil al estado. Lo hace diciendo que no encuentra un modelo coherente de lógica clara en este desarrollo diferenciado del estado. Los ritmos de desgajamiento son diferentes, los procesos son algunas veces contradictorios. Expresa que no existe una dialéctica rigurosa de descentramiento ni de recentramiento. Además de esto, muestra lo paradójal que puede ser el proceso de globalización al disminuir el papel del estado. Éste debe asegurar la mejor regulación de la esfera social en el complejo contexto socioeconómico, que es producto de la globalización de los intercambios. Esto lo realiza a través de políticas públicas y dictando reglas de derecho. La intervención de estos poderes públicos se justifica plenamente por el hecho de que ellos se apoyan sobre movimientos sociales locales. Entonces en base a esto plantea la segunda paradoja, que consiste en que el estado garantiza la participación de la sociedad civil en la producción de regulación jurídica. Por último, el autor concluye diciendo que a la vez que el Estado se hace cada vez menos presente en razón de la aparición de autoridades concurrentes, él mismo se refuerza en el transcurso de esta dinámica compleja que se establece entre lo global y lo local y lo realiza según modalidades de producción de la norma jurídica tradicional.

Bajo el título “El Estado gendarme” muestra que el Estado Nación no sólo está lejos de morir, sino que además está instigado a desarrollar su poder tradicional de regulación y coerción por el derecho. De hecho, con él es que cuentan las instancias supra-estatales para implementar, en el interior de las fronteras nacionales, las decisiones que son tomadas en el exterior. Para quienes pretenden una gobernancia global sería contradictorio concebirla sin derecho. La primacía del derecho es una precondition para una “governance” global efectiva. Los que esperan un gobierno global apelan a un Estado tradicional. Como conclusión señala que los Estados Naciones continúan siendo indispensables para desempeñar el papel de guardas, de “gendarmes” en un orden internacional, que no puede ser más objeto de una regulación por el Derecho Internacional Clásico. (pág. 179)

Cuando se refiere al “Estado anémico, nuevas diplomacias”, busca explicar el hecho de que a la permanencia de un modo de producción jurídica tradicional, que muestran las formas de Estado anteriores, se le debe sumar una posmoderna, la cual se origina con: una renovación de la concepción del papel del Estado, llevado a actuar como un estratega, o por el fuerte retorno a la sociedad civil (pág. 180). Surge así el “El Estado Estratega”. Aquí Arnaud se pregunta si el papel esencial del Estado es el de la regulación tradicional, de enunciador del derecho, o su verdadera función sería hoy, preferentemente, la de definir las reglas de juego y armonizar los comportamientos de los actores económicos, la de ser “un regulador” (pág. 180). El autor comienza diciendo que algunos campos de la soberanía que tradicionalmente ejerció el Estado hoy deben ejercerse colectivamente. Los estados continúan asumiendo importantes funciones y deben tener los medios para realizarlas. Pero esto sólo puede ocurrir con el consentimiento permanente y la representación democrática de las personas. A los estados “progresivamente se les exige más en el sentido de implementar estrategias con base en los intereses de los ciudadanos, que funciona top-down para alcanzar el bienestar de estas elites y según el padrón de los propios gobernantes” (pág. 181). El Estado se transforma en estratega, su actividad

en cuanto producción de norma (derecho) se reduce. El gobierno por el estado es sustituido por una "global governance" en la que los Estados juegan un rol. En la gobernanza las políticas públicas y la acción directa por la sociedad civil son las estrategias principales de los Estados nacionales. Aquí el derecho juega un rol mínimo. La acción directa es la de grupos constituidos, que establecen en el terreno verdaderas estructuras de acción. Éstas son en función de lazos, de intereses y de objetos comunitarios. Los movimientos sociales son mayoritarios en el origen de esta estructura. Su ascenso eventual al rol de no gubernamentales les permite participar en el proceso de elaboración de las normas de regulación. El derecho actual es radicalmente diferente del heredado por la tradición cultural, especialmente en su modo de producción. Éste asocia cada vez más, en este campo, la sociedad civil al trabajo de sus gobernantes. En el mismo título ("Estado anémico, nuevas diplomacias") trata el "retorno a la sociedad civil". Este retorno, según Arnaud, se produce a través de acuerdos regionales que cuestionan la omnipotencia estatal en materia de regulación de la sociedad. Se le reclama al Estado una protección, la cual ahora no puede asegurar, y entonces se busca en "otro lugar", de "otra manera". Así nacen las ONG, por medio de las cuales las fuerzas sociales organizadas presionan y llegan hasta las instancias en las cuales son tomadas las decisiones intergubernamentales. Es por ello que el término *governance* se revela muy apropiado. Estos actores, de hecho, no actúan en el campo de la acción gubernamental en sentido estricto. Se trata de un proceso complejo de toma de decisiones, interactivo y dinámico, llamado a evolucionar constantemente para responder a situaciones variables. Pero este proceso —Arnaud remarca— aún no se encuentra institucionalizado. En el plano global emergen sistemas de toma de decisión que se superponen y que dependen de la consulta, del consenso, y de reglas de juego flexibles. A largo plazo, esto implicaría una reforma y un refuerzo del sistema existente de instituciones intergubernamentales, para tornarlo compatible con la intervención de grupos privados e independientes. Cuando esto ocurra habrá que reconsiderar qué función realizará el derecho en la conducción de las sociedades contemporáneas. En "Conclusión", para Arnaud estamos en presencia de dos problemáticas:

- * Una de origen moderno que reposa sobre los presupuestos de que la regulación social se hace por el derecho y que el estado es soberano y tiene un poder exclusivo sobre el derecho.
- * Una contemporánea que se basa sobre nuevos presupuestos: a) no toda regulación social pasa necesariamente por el derecho; b) que la mejor regulación social no es forzosamente el derecho; c) que el Estado pierde terreno en su soberanía, inclusive con respecto al derecho.

En su concepción de la globalización, el Profesor Santos introduce una cuestión fundamental que es la de la existencia del consenso de Washington como fuente de las características de la globalización⁽⁹⁾ que permite que los estados periféricos sufran imposiciones por parte de los Estados dominantes. Esta cuestión es fundamental a la hora de analizar el impacto de la globalización sobre la situación de los estados y de su capacidad reguladoras.

En la lección 6 Arnaud se dedica a estudiar aquí el derecho posmoderno (pág. 195), lo que, indudablemente, se vincula con el problema de la globalización del derecho. Arnaud asocia las dos problemáticas pues tienen, según dice, problemas comunes. Caracteriza tres vías de acceso a un pensamiento jurídico posmoderno: la puramente filosófica; la de los sociólogos y antropólogos del derecho —allí ubica a Boaventura de Souza Santos—, y la propia del autor, y señala que todas ellas convergen en un punto en común: el abordaje de la problemática de lo global y lo local.

Postula que la posmodernidad jurídica puede ser caracterizada por criterios tal como se hace con la modernidad, e hipotetiza que esos criterios pueden coincidir con los de la globalización.

Sostiene tres tesis: 1) que la posmodernidad jurídica se caracteriza por una preocupación de superación dialéctica del paradigma moderno (pág. 201); 2) que la crisis contemporánea del Estado de Derecho podría tener como causa un agotamiento de las raíces de sus instituciones: el pensamiento

⁽⁹⁾ Santos, Boaventura de Souza, (org) "A globalizacao e as ciencias sociais", Ed: Cortez, Brasil, 2002, pág. 27.

jurídico occidental moderno; 3) que la globalización podría coincidir intelectualmente con un pensamiento jurídico posmoderno (págs. 201-202).

El pensamiento jurídico posmoderno tendría un margen opuesto al moderno; una especie de reverso de las características esenciales del derecho moderno.

Modernidad	Posmodernidad
Abstracción	Pragmatismo
Subjetivismo	Descentralización del sujeto
Universalismo	Relativismo
Unidad de la razón	Pluralidad de racionalidades
Axiomatización	Lógicas estilizadas
Simplicidad	Complejidad
Sociedad civil/Estado	Retorno de la sociedad civil
Seguridad	Riesgo

Arnaud analiza cada uno de estos elementos del derecho posmoderno pero se centra en tres principales: el paso del universalismo moderno a un pragmatismo y relativismo posmoderno (págs. 204-211); b) de la monocentralidad moderna al pluralismo de fuentes del derecho posmoderno (p. 211-215); c) de la simplicidad del derecho moderno a la complejidad (págs. 215-221).

Pensamos que la hipótesis que mantiene el autor acerca de que el cambio de fisonomía del derecho moderno en la globalización importa el paso a un nuevo derecho, un derecho posmoderno, es debatible. Respecto de la lectura acerca de la policentralidad contemporánea, como un retroceso del Estado en favor de la sociedad civil, puede verse la interpretación de Boaventura de Souza Santos. Este último autor sostiene una explicación de la crisis del derecho moderno caracterizando el momento actual que atraviesa el derecho como una “transición paradigmática” hacia la posmodernidad (pág. 212).

Arnaud prefiere hablar de un derecho posmoderno, pese a las críticas que se han hecho a la posmodernidad: “El posmodernismo en derecho no es un movimiento ligado a una actitud política reaccionaria; hablar de derecho posmoderno en el sentido que lo entendemos, es invitar a reconocer que las raíces ‘modernas’ de la concepción del estado y del derecho sobre las cuales todavía vivimos, están bien muertas, y que es tiempo de pasar a una redefinición de las raíces susceptibles de permitir instaurar una regulación pertinente de nuestras sociedades contemporáneas (...). Se habla fácilmente de crisis; pero éste es un discurso superado, inútil e infecundo. Es mucho más importante procurar en sus raíces las causas de su disfuncionalidad. O bien el programa inicialmente previsto era defectuoso; o la idea de que el derecho es programado es errónea: fin del modernismo. El derecho del futuro, que será un derecho posmoderno, se enriquecerá al integrar las lecciones del relativismo y del pluralismo; se torna probablemente más leve, al ceder una parte de su tarea a otros tipos de regulación; al mismo tiempo se tornará sin dudas más complejo. Esa transformación estructural nos lleva a repensar el derecho no apenas en términos de programación, sino, de modo más amplio, en términos de tiempo” (pág. 220).

Para Arnaud el derecho posmoderno como paradigma que genera sus propias paradojas entre las cuales se “encuentran las antinomias que surgen a lo largo del proceso de globalización: universal/global/y particular/local. Desregulación-re regulación, sistemas alternativos o informales de resolución de conflictos y el fenómeno del “retorno del juez” (págs. 222-230).

¿Es la globalización una manifestación posmoderna? “¿La posmodernidad en derecho, será con todo apta para asegurar el triunfo de la globalización?” (pág. 231). Al respecto señala que “posmodernidad y Globalización se encuentran lado a lado en estos combates: el combate contra el intervencionismo del Estado y para el desarrollo de la sociedad civil...” (pág. 233). Sin embargo,

entiende también que algunas de las características esenciales del pensamiento jurídico posmoderno no siempre favorecen al postulado de los teóricos de la globalización sino que se distancian. Para el autor, éste es un punto esencial ya que identificando la globalización con estos postulados neoliberales y apoyando al mismo tiempo un derecho posmoderno, no como el que describe, es fundamental dejar sentado que esto último no significa consagrar la globalización.

El problema podría ser planteado también en otros términos; por ejemplo, como lo hace Ferrarese, quien se interroga en el capítulo I acerca de si la globalización importa una evolución o una revolución.

Terminamos el comentario no sin dejar apuntado que nos parece que un dato relevante para pensar la globalización del derecho desde Latinoamérica es tomar nota sobre la existencia de un consenso (el consenso de Washinton como telón de fondo) y sobre una nueva división internacional del trabajo entre países periféricos como el nuestro y países llamados centrales, y advertir que así como la globalización del campo jurídico es vista desde Europa continental como un peligroso encuentro entre el derecho oral-angloamericano y el derecho escrito continental europeo en el cual la tendencia es hacia la americanización de este último (problemática a la que María Rosaria Ferrarese dedica un interesante capítulo cuarto), observada la cuestión desde América Latina, quizá la clave de lectura sea: fuerzas centrales/periferia.