



Pluralismo y Monismo ante el Derecho Transnacional

Pluralism and Monism facing Transnational Law

Resumen: Este trabajo analiza la naturaleza del Derecho Transnacional, también denominado nueva *lex mercatoria*, a fin de determinar si su comprensión resulta más adecuada desde un enfoque monista o pluralista del derecho. Se examinan sus características, fuentes y principales sujetos, así como las tensiones que genera frente a los ordenamientos estatales y al derecho internacional público. Se sostiene que las explicaciones monistas, al intentar subsumir este fenómeno en marcos estatales o interestatales, tienden a invisibilizar su autonomía, lógica propia y funcionalidad respecto a los intereses corporativos. En contraste, el pluralismo jurídico ofrece un marco conceptual más pertinente para entenderlo como un sistema normativo autónomo, aunque aún incipiente, que coexiste con los demás órdenes jurídicos. Finalmente, se concluye que esta configuración plantea importantes desafíos a la soberanía estatal y a la justicia global en el contexto de la globalización.

Palabras-clave: Derecho Transnacional; Globalización; Lex Mercatoria; Monismo; Pluralismo Jurídico.

Abstract: This paper analyses the nature of transnational law, also known as the new *lex mercatoria*, in order to determine whether it is better

understood from a monist or pluralist approach to law. It examines its characteristics, sources and main subjects, as well as the tensions it generates with regard to state legal systems and public international law. It argues that monist explanations, by attempting to subsume this phenomenon within state or inter-state frameworks, tend to obscure its autonomy, its own logic and its functionality with respect to corporate interests. In contrast, legal pluralism offers a more relevant conceptual framework for understanding it as an autonomous, albeit still incipient, normative system that coexists with other legal orders. Finally, it is concluded that this configuration poses significant challenges to state sovereignty and global justice in the context of globalisation.

Keywords: Transnational Law; Globalisation; Lex Mercatoria; Monism; Legal Pluralism.

Ernesto Moreira Sardiñas

Bacharel em Direito. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. E-mail: ems911015@gmail.com
ORCID: 0000-0002-3584-6386

Antonio Carlos Wolkmer

Doutor em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: acwolkmer@gmail.com
ORCID: 0000-0003-1958-8433

DOI: 10.18616/rdhs.v8i2.10137

Recebido: 26-09-2025
Aprovado: 28-11-2025



INTRODUCCIÓN

Quizás la máxima expresión del positivismo jurídico formalista, es pensar que en todo el mundo hay un solo Derecho, un único sistema jurídico positivo, al que todas las leyes, principios y costumbres jurídicas pertenecen. Y ciertamente, a primera vista parece tener poco sentido que distintos sistemas normativos existan en una única sociedad global con independencia uno del otro, o directamente negándose entre sí. Si en el Derecho en general se tiende a buscar la coherencia, la unidad de todo el Derecho en un único sistema es la culminación de este propósito. Así, tendría sentido afirmar, o al menos pretender, que el Derecho Internacional y los distintos ordenamientos internos de cada país, sean en esencia un único ordenamiento.

Justamente de lo que tratará este texto, es la vigencia de esa idea en un contexto en el que los fenómenos que entendemos por Derecho son más diversos. Ya no es tan sencillo rastrear cadenas de validez a lo largo del mundo como pudiera serlo en la primera mitad del siglo XX. Por ello, vale la pena preguntarse si las distintas variantes de la postura monista en torno a la relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos internos pueden sostenerse aún. Para ello, tomaremos el ejemplo del emergente Derecho Transnacional, como forma de ponerla a prueba.

Este contexto internacional que mencionamos está fuertemente determinado por el más reciente proceso de globalización, que llegó a ser particularmente intenso en la segunda mitad del siglo XX (Dalhuisen, 2022). Con él, las relaciones sociales transnacionales, o sea, aquellas que se dan a través de las fronteras de los Estados, adquirieron una escala que nunca antes habían tenido. Ello tuvo una especial influencia en el mundo del comercio internacional, y en la emergencia de normas que son resultado de usos y costumbres (Turégano Mansilla, 2017). Normas que, por demás, no encajan fácilmente ni como parte de los ordenamientos internos, ni como parte del Derecho Internacional Público.

Por demás, los actores protagonistas de estas normas que han sido llamadas Derecho Transnacional (Galgano, 2010), son principalmente las grandes empresas transnacionales (Dalhuisen, 2022). Estas son las que mueven las cadenas globales de valor que se rigen por estos usos del comercio, y su poder, influencia y

significación en el mundo actual está más allá de toda duda. Como ha señalado Wolkmer:

(...) el sistema capitalista de la “economía-mundo” está dominado por una lógica económica global avasalladora en donde los mercados transnacionales multiplican las capacidades de actuación normativa de empresas, instituciones y conglomerados comerciales, mientras que se ponen en jaque los principios básicos de la soberanía de los Estados. Estos pierden progresivamente el control de la coherencia sistemática de sus leyes y acaban sometiendo sus ordenamientos a la competencia de otros ordenamientos procedentes tanto de organismos multilaterales de centros transnacionales como de centros regionales y locales (Wolkmer, 2018, p. 15).

Por ello, es esencial tener una comprensión clara de cuál es la naturaleza de las relaciones jurídicas en las que estas participan. Una comprensión esquemática del Derecho podría terminar por enmascarar estas relaciones, y propiciar soluciones jurídicas erradas a los múltiples problemas, desigualdades y desequilibrios que se derivan del proceso globalizador.

Y se trataría, por otro lado, de situaciones que se pueden presentar en el mundo actual, en el que el Derecho Transnacional es utilizado a diario en el mundo del comercio. Decir que estas normas son parte del Derecho Internacional público, de los ordenamientos internos, que son otra cosa, o simplemente desecharlas como una perversión que viola el Derecho Internacional privado, es algo que interpela a la práctica jurídica tal y como se da hoy.

La respuesta que se dé a esta cuestión, depende por supuesto de la perspectiva teórica con que se enfoque este asunto. Un enfoque formalista o positivista nos obligaría a afirmar el monismo, y por tanto habría que ver cómo encaja el Derecho transnacional en una cadena de validez que vaya desde el Derecho Internacional Público hacia los ordenamientos internos, o viceversa. Ello obligaría a preguntarse cómo deriva su validez este Derecho Transnacional de uno o de otro sistema normativo, y obligaría a ubicar a este emergente sistema de normas en algún puesto de una pirámide normativa universal.

Por otro lado, si se analiza esta cuestión desde un punto de vista menos centrado en lo formal, y que admite la posibilidad de coexistencia de distintos sistemas jurídicos en un mismo espacio, podríamos tener el resultado de que el Derecho Transnacional es un sistema diferente e independiente del Derecho

Internacional y de los ordenamientos internos. Por tanto, no tendría que estar sujeto a lo que estos sistemas prescriban, con todo lo que eso implicaría.

Como se ve, se trata de posiciones contrapuestas que arrojan resultados radicalmente diferentes. No obstante, no tomaremos postura en este momento ante esta cuestión. Preferimos que sea el propio desarrollo de este trabajo, el que evidencie cuál es la más adecuada para comprender el lugar que ocupa el Derecho Transnacional en el mundo jurídico actual.

Y esto es justamente lo que aquí perseguimos: analizar cuál de estos dos enfoques (el monista o el pluralista) es más adecuado para reflejar la naturaleza del Derecho Transnacional como sistema jurídico. Para ello, partiremos de un breve análisis de lo que es el Derecho Transnacional, sus principales fuentes e instituciones, y las condiciones de posibilidad de su juridicidad. Seguidamente, se pasará a valorar cómo las distintas variantes del monismo jurídico dan respuesta a un fenómeno como el Derecho Transnacional. Por último, se pasará a analizar cómo se resuelve esta cuestión desde un enfoque pluralista.

Por tanto, de lo que se trata es de someter a prueba a estos dos puntos de vista, para ver cuál de ellos puede ofrecer una mejor apreciación de lo que el Derecho Transnacional es, y por tanto poder posicionarse adecuadamente ante este fenómeno.

1. EL DERECHO TRANSNACIONAL

Si nos aproximamos al fenómeno del Derecho transnacional, lo primero que llama la atención es su propio nombre. La palabra transnacional hace referencia a relaciones sociales que se dan a través de los Estados (Turégano Mansilla, 2017). No se dan ni a lo interno de sus territorios ni en las relaciones que estos establecen entre sí, sino a través de sus fronteras. Ejemplos de este tipo de relaciones podrían ser desde las cadenas globales de valor, hasta una relación interpersonal entre una persona migrante con su familia que quedó en el país de origen.

Dicho esto, un Derecho transnacional debe ser distinguible del Derecho Internacional Público, que también es un sistema jurídico cuyas relaciones sociales se dan a escala global. El tema es que en el Derecho Internacional las relaciones jurídicas se dan fundamentalmente a un nivel interestatal. Si bien es cierto que el

derecho internacional contemporáneo ha cambiado con respecto al derecho internacional clásico, y admite otros sujetos (Fornasier; Ferreira, 2015), su núcleo sigue siendo la relación entre los estados, y el resto de relaciones jurídicas que se presentan giran en torno a esa interestatalidad. Por otro lado, si hablamos de un derecho transnacional, sería uno cuyas relaciones jurídicas no son interestatales, sino que se dan a través de estos.

Ahora bien, el fenómeno al que se le llama “Derecho transnacional” tiene su antecedente más claro en la *lex mercatoria* medieval. Esta era un complejo sistema de normas que regían el comercio en Europa. Algunas eran regulaciones impuestas por los reyes, señores feudales y autoridades de las repúblicas aristocráticas de la época. Otras eran usos y costumbres que emanaban de la propia actividad de los comerciantes, y otros eran expresiones del antiguo derecho romano, fundamentalmente del *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano (Dalhuisen, 2022). Entre todas ellas configuraban una especie de derecho común del comercio, que coexistía con los múltiples Derechos feudales, el Derecho canónico y demás órdenes jurídicos que coexistían en el mundo del medioevo.

La llegada del derecho moderno, de los procesos de codificación, y sobre todo de la idea del monopolio estatal sobre la violencia, llevaron a que solo el derecho producido por el estado fuera considerado válido. A partir de ese momento son los estados los que retienen para sí el la creación y aplicación de las normas mercantiles (Dalhuisen, 2022). Códigos de comercio como el francés y el español concentraron y territorializaron el Derecho mercantil, y con ello se hizo imposible el pluralismo jurídico que caracterizó a la edad media, y que era condición de existencia de la *lex mercatoria* medieval (Wolkmer, 2018).

Esta situación durará hasta aproximadamente la segunda mitad del siglo XX, cuando de la mano del proceso de globalización las relaciones sociales transnacionales comienzan a tener un auge como nunca antes en la historia. Eso llevó a que las relaciones económicas, y sobre todo la expansión de la inversión extranjera y el despliegue de las cadenas globales de valor, llevaron a que los Derechos nacionales se volvieran insuficientes para resolver los desafíos que este nuevo escenario económico planteaba (Herdegen *et al.*, 2012). Al mismo tiempo, las exigencias del ritmo al que funcionaba esta economía en globalización eran

mucho más rápidas que el desarrollo del Derecho internacional económico. Todo esto llevó a que comenzaran a aparecer nuevos fenómenos normativos, que tenían semejanzas con la antigua *lex mercatoria*, aunque eran algo nuevo.

Se trataba de una mezcla de usos y costumbres de este comercio transnacional, mezclado también con instrumentos de *Soft Law* (no vinculantes), que en su mayoría eran producidos por organizaciones no gubernamentales (ONG) u organizaciones internacionales. También integró determinadas normas producidas de ordenamientos nacionales, cuya aplicación se transnacionalizaba en la práctica comercial. Ese conjunto de elementos dio lugar a lo que conocemos como Derecho transnacional (Dalhuisen, 2022).

Como se ve, el Derecho Transnacional tiene objetos de regulación determinados, fundamentalmente en el ámbito de las relaciones económicas y comerciales. Por ello, no se puede decir que todas las relaciones sociales que se dan a una escala transnacional, son objeto del Derecho transnacional tal y como existe en el mundo actual. No obstante, hay que decir que no es estrictamente el ámbito del comercio solamente donde se dan manifestaciones de este sistema normativo, un ejemplo pueden ser determinadas normas ISO que versen sobre temas no económicos. Pero más allá de estas excepciones, el Derecho transnacional es un sistema cuyo objeto de regulación es fundamentalmente económico. Una relación familiar transnacional, por ejemplo, no es su objeto.

Yendo al ámbito de los sujetos, el Derecho transnacional abarca una gran variedad de estos. Por ejemplo, los Estados, las organizaciones internacionales o las organizaciones no gubernamentales pueden jugar roles en su creación o su aplicación. Sin embargo, el sujeto más importante es sin duda la empresa, y sobre todo la empresa transnacional (Fornasier; Ferreira, 2015). Estas son las que en gran mayoría participan de las relaciones sociales que luego se expresan como relaciones jurídicas del derecho transnacional. Son las que realizan las cadenas globales de valor, las que firman contratos que se rigen por estas normas, las que resuelven sus conflictos en los tribunales arbitrales que aplican este Derecho. En fin, su sujeto más importante.

En lo que respecta a sus fuentes, ya habíamos adelantado que se trataba de un sistema que combina Derecho consuetudinario con Derecho escrito. Con

respecto al primero, se trata de lo que ha sido llamado usos y costumbres del comercio internacional (Fornasier; Ferreira, 2015). Son prácticas reiteradas en el tiempo que realizan fundamentalmente las empresas transnacionales en sus operaciones comerciales cotidianas, y que, por el propio alcance de la actividad de estas empresas que rebasa las fronteras de los Estados, a su vez rebasan los Derechos nacionales. Al mismo tiempo, no se trata de la costumbre internacional del Derecho Internacional público, pues esta solo la puede constituir la práctica de los Estados en sus relaciones. Estos usos y costumbres tienen un carácter transnacional.

En lo que respecta al Derecho escrito, se trata mayormente de una diversidad de instrumentos de *soft law*, que pueden ser producidos tanto por organizaciones no gubernamentales como por organizaciones internacionales (Herdegen *et al.*, 2012). Tienen diversos objetos de regulación, casi siempre enfocados en lo comercial y en lo económico y suelen incorporarse a la práctica jurídica en estos ámbitos. De esto pueden ser ejemplo los principios de UNIDROIT sobre la contratación. También se puede mencionar los INCOTERMS, que se han vuelto muy populares a la hora de redactar contratos de que implican transporte de mercancías. Otro ejemplo son las normas, creadas por la ONG *International Standardization Organization*.

Claro, como se trata de instrumentos de *Soft Law*, ellos por sí mismos no tienen la capacidad para convertirse en Derecho vinculante cuyo cumplimiento pueda ser exigido. Lo que lleva a integrar estas fuentes al Derecho Transnacional, es como antes se explicaba, la propia práctica de las empresas y otros sujetos que participan él. De este modo, por vía de su incorporación a los usos y costumbres de comercio y a los contratos, es que estos instrumentos de Derecho blando pueden llegar a ser vinculantes.

¿Significa esto entonces que todo instrumento de *Soft Law* creado por Organizaciones no Gubernamentales se puede considerar parte del derecho transnacional? Aunque se ha defendido una respuesta afirmativa a esta pregunta, consideramos que no necesariamente. Muchos instrumentos no vinculantes simplemente no se incorporan a prácticas comerciales. Podemos pensar en los no pocos instrumentos dirigidos a prevenir y remediar violaciones a Derechos

humanos por empresas transnacionales, o en instrumentos de contenido ambiental. Como sus contenidos suelen ir en contra de los intereses de las empresas, simplemente no son incorporados a sus prácticas, y por consiguiente no se convierten en parte del Derecho Transnacional (Ruggie, 2013).

Y es que justamente la condición de derecho duro de este de este Derecho transnacional, no se deriva del solo hecho de que estos instrumentos sean producidos. implica también que esto se reflejen en una práctica de los sujetos de este sistema jurídico, y además no basta con solo con eso. Esa costumbre tiene también que ser considerada exigible como Derecho. O sea, deben gozar de *opinio iuris*. Y en el caso de estos en el caso tanto de los usos y costumbres del comercio, como las que se derivan de los instrumentos de *soft law*, vemos que tienen la *opinio iuris*, cuando empiezan a ser señalados en los contratos como derecho aplicable por las propias partes.

O sea, es justamente este el momento el momento en que estos usos y costumbres, o estos instrumentos de *soft law* se convierten en una especie de sistema jurídico por sí mismas. El tema es que empiezan a aparecer, con frecuencia creciente, contratos en los que el Derecho aplicable que se señala, no es el Derecho nacional de ningún Estado. En vez de esto, lo son estos usos y costumbres del comercio o instrumentos de *soft law*. De este modo, en caso de conflicto entre las partes, los órganos que deban resolver se dirigirían al ordenamiento jurídico en un Estado, sino a este Derecho Transnacional (Herdegen *et al.*, 2012).

Ahora, si se sometiera algún tribunal nacional un contrato que tuviera señalado como derecho aplicable a este derecho transnacional, que ello se aplique dependería de que el Derecho Internacional privado del foro reconozca tal cosa. Pero lo que ocurre, es que muchos de estos conflictos se resuelven por la vía arbitral. Y sí existen casos en los que tribunales arbitrales han reconocido estos contratos en los que el derecho aplicable resulta la *lex mercatoria*. A partí de ahí, se habla de contratos sin ley, o de laudos flotantes (Herdegen *et al.*, 2012). Esto se debe a que no están anclados al Derecho interno de ningún estado. Así, la jurisprudencia arbitral ha terminado dando fuerza jurídica al derecho transnacional.

Súmese a lo anterior que la convención de Nueva York, que es por demás uno de los instrumentos internacionales que más Estados han ratificado, obliga a

estos a cumplir con los laudos arbitrales, y a ejecutarlos en caso de incumplimiento (Convención De Nueva York, 2015). De este modo se consolida la fuerza jurídica del Derecho transnacional. De esta manera, por la vía de señalarlo como Derecho aplicable en los contratos, y posteriormente hacerlo cumplir por medio de la jurisprudencia arbitral, es que se puede hablar de un Derecho Transnacional vinculante y exigible¹.

Como ya adelantábamos, este es un sistema de normas que no aparece porque sí. Es una respuesta a un escenario económico internacional concreto, para el que los ordenamientos internos resultan insuficientes por sí mismos. La multiplicidad de regímenes jurídicos que responden a las particularidades de cada país, terminan siendo perjudiciales para un comercio que se da a escala transnacional. Por su parte, las normas de Derecho Internacional Privado de cada ordenamiento nacional no resultan suficientes para responder al dinamismo de estas relaciones comerciales que aparecen con el proceso globalizador (Fornasier; Ferreira, 2015).

Por su parte, el Derecho Internacional Público, y dentro de este el Derecho Internacional Económico, tienen normas que regulan cuestiones relacionadas con el comercio, las inversiones y los flujos financieros con alcance global. Pero no por ello es necesariamente un sustituto eficaz para el Derecho transnacional. Téngase presente que, durante las últimas tres décadas, que son justamente aquellas en las que el derecho transnacional se ha hecho más fuerte, se presenta una fuerte crisis del multilateralismo. Las normas de Derecho Internacional Público se han vuelto por ello más rígidas, y se dificulta dotarlas del dinamismo necesario. Esto propicia que las soluciones jurídicas terminen hallando caminos distintos a la dinámica de las relaciones entre Estados (Herdegen *et al.*, 2012).

Al mismo tiempo, las empresas suelen optar por este tipo de soluciones en normas que no están ni en los Derechos internos de los estados, ni en el Derecho Internacional Público, porque esto les ayuda a evitar normas nacionales que

¹Aunque la afirmación antes dicha pueda hacer parecer que se trata de un fenómeno masivo, debe apuntarse que en el mundo actual aún existe una gran cantidad de contratos que siguen señalando como derecho aplicable un Derecho nacional. Por consiguiente, este fenómeno de referencia al Derecho transnacional como el derecho aplicable no es una práctica que realicen todas las empresas ni que se da en todos los casos (Michaels, 2007).

pueden ser perjudiciales para sus intereses. De este modo, al recurrir a usos y costumbres del comercio o instrumentos de *soft law* que son elegidos por ellas mismas, pueden gozar de un régimen jurídico a su medida (Turégano Mansilla, 2017).

Y este es un asunto que es muy importante entender. Ya cuando veíamos antes el tema de qué instrumentos de *soft law* entraban o no dentro de este derecho transnacional, se presentaba cierta “selectividad”. Solo aquellos instrumentos que se avenían a los intereses empresariales lograban esta conversión en derecho duro por vía de la costumbre. Esto evidencia que el Derecho Transnacional no es un orden jurídico ni neutral, ni exento de tributar a intereses muy concretos.

Y es que justamente este derecho transnacional es hijo del proceso de globalización de la segunda mitad del siglo XX, que está marcado fuertemente por el neoliberalismo. Por tanto, los contenidos de esta nueva *lex mercatoria* son expresión de la ideología neoliberal, y del contexto económico mundial en el cual el neoliberalismo es dominante. Como señala Sánchez Rubio:

Según Wolkmer el pluralismo jurídico liberal burgués, defendido a mediados del siglo XX, está siendo reintroducido como la nueva estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial. Las principales tendencias son: la descentralización administrativa, la integración de mercados, la globalización y acumulación flexibles del capital, la formación de bloques económicos, las políticas de privatización y de ajuste estructural, la dirección informal de servicios y la regulación social supranacional, etc. (Wolkmer, 2018, p. 15).

Luego, la aparición de norma jurídicas que escapan al a la producción normativa del Estado, y que son producidas por y para las empresas y el despliegue de los flujos de capitales, contribuyen también al debilitamiento de la soberanía de los Estados. Se trata de relaciones económicas de alcance global, de grandes proporciones, que son esenciales e inevitables en la economía mundial de hoy. Entonces para regirlas se está gestando un orden normativo que los estados no pueden controlar, y por lo tanto es una dimensión más de la vida social en la que las grandes empresas se sustraen poco a poco de control que puedan ejercer los estados sobre ellas.

Queda claro entonces que el Derecho Transnacional está al servicio de las grandes empresas y de los grandes capitales, y eso determina lo que pueda

esperarse de él. A su vez, es preciso evitar una visión puramente juzgadora de este fenómeno. Su emergencia responde también a circunstancias de la vida social a escala global y a la transnacionalización de esta. La regulación de esas relaciones sociales transnacionales no puede caer solamente bajo la sombrilla de ordenamientos jurídicos que surgieron en contextos anteriores a que existe hoy. Por consiguiente, es muy importante tener presente que son esas condiciones socioeconómicas del mundo actual, del carácter neoliberal que la globalización ha tenido, las que propician que el Derecho Transnacional tenga estas características que tiene, y sirva a quién sirve.

Como puede verse, el Derecho Transnacional es un sistema de normas que surge a la luz del proceso de globalización, que tiene como objeto a relaciones jurídicas principalmente económicas, que se dan en una dimensión transnacional. Se forma fundamentalmente a partir de los usos y costumbres del comercio, así como de determinados instrumentos *soft law*. Se hace valer por medio de la jurisprudencia arbitral y las cláusulas de derecho aplicable en los contratos, resultando en un sistema de normas que funciona fundamentalmente por y para las grandes empresas transnacionales.

2. EL MONISMO JURÍDICO ANTE EL DERECHO TRANSNACIONAL

Habiendo explicado de forma somera lo que es el Derecho transnacional, sus características, fuentes y sujetos, procederemos a analizar qué respuestas dan, tanto el monismo jurídico como el pluralismo jurídico ante este fenómeno. En el presente epígrafe lo haremos con las posturas monistas.

La idea del monismo jurídico está fuertemente ligada a las ideas modernas sobre el Estado, su soberanía y su relación con el Derecho. Al entender a los Estados como detentadores del monopolio de la fuerza, se supone que solo estos serían capaces de producir normas jurídicas. Por consiguiente, estas son producidas por el estado conforme a criterios de jerarquía y de validez, creando un único sistema normativo. De este modo, la principal tesis del monismo jurídico es la existencia de un solo sistema jerárquicamente estructurado y descartando la condición de derecho de cualquier otro orden normativo que pueda

existir en la sociedad (Acosta Alvarado, 2016).

Una visión monista del Derecho puede aparecer como algo que debe ser. Es decir, se puede admitir la posibilidad de que se estructuran distintos sistemas normativos en la sociedad, pero se debería buscar en base a las ideas ya expuestas sobre la soberanía del Estado, y sobre el monopolio de la fuerza, que solo exista un ordenamiento jurídico.

Más, desde el positivismo formalista, sí existen visiones que entienden el monismo no como lo que debe ser el Derecho, sino como lo que es. Desde este punto de vista, al ser el Derecho una única cadena de validez, un único sistema jerárquico de normas, cualquier otra comprensión de cómo funciona rompe la lógica que constituye a un sistema normativo. Así, al referirse a la relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno, Hans Kelsen defiende el monismo en los siguientes términos:

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación (Kelsen, 1960, p. 163).

Como se ve, si nos movemos al plano internacional, una postura monista necesariamente buscará unificar en un único sistema tanto al Derecho Internacional Público como a los ordenamientos internos de cada Estado. Entonces, en función de esto existen distintas corrientes dentro del monismo jurídico en el ámbito de lo internacional.

Por un lado, tendríamos a lo que se le llama monismo radical, para el cual el Derecho internacional y los ordenamientos internos son un único sistema normativo sin ningún otro matiz. Este monismo radical se desdobra en dos: por un lado, está el monismo radical con primacía del Derecho interno, y por el otro el monismo

radical con primacía del Derecho Internacional. En el caso del primero, lo que se plantea es que solo existen los ordenamientos internos de los estados, y el Derecho Internacional solo es una proyección hacia el exterior de ese Derecho interno. O sea, a partir de que el derecho internacional es mayormente dispositivo y los estados voluntariamente asumen la mayor parte de las obligaciones que de este se derivan, los defensores de esta postura asumen lo siguiente: que el Derecho Internacional son simplemente, las normas del Derecho Interno del estado que se proyectan al exterior, y regulan sus relaciones con otros estados y demás sujetos internacionales (Pino Canales, 2006).

Luego está el monismo radical con primacía del Derecho Internacional. Esta posición invierte la ecuación, y entiende que los ordenamientos internos están jerárquicamente subordinados al Derecho Internacional. Esta postura refuta al monismo con primacía de los ordenamientos internos, pues entiende que, si cada ordenamiento interno existe por sí mismo, entonces no existiría un único ordenamiento jurídico (Kelsen, 1960). En todo caso, estaría reconociendo un pluralismo implícito, y por consiguiente no sería un verdadero monismo.

Y frente a estas dos variantes del monismo radical, se encuentra el monismo moderado. Desde este enfoque se plantea que, tanto el Derecho Internacional como los ordenamientos internos, tienen cada uno su propio sistema de fuentes, y pueden producir normas que se contradigan. No obstante, el hecho de que los estados puedan incurrir en responsabilidad internacional por violaciones a las normas internacionales, y no puedan invocar su Derecho interno para evadir esa responsabilidad internacional, implicaría un determinado nivel de subordinación de los ordenamientos internos al Derecho Internacional (Pino Canales, 2006). Por eso, termina en última instancia resolviendo el asunto de una forma monista.

Ya entrando en el tema del Derecho Transnacional, habría que ver qué explicaciones ofrece el monismo a este fenómeno. Cada variante del monismo ofrece una solución en función de sus propios planteamientos, lo cual veremos a continuación. Empezando por el monismo con primacía de los ordenamientos internos, habría entonces que buscar una cadena de validez que conecte al Derecho Transnacional a los Derechos nacionales para poderlo considerar Derecho. Eso se expresaría fundamentalmente en las sentencias judiciales que

emanan de los tribunales nacionales, y que le dan validez a estos contratos que señalan a la *Lex mercatoria* como derecho aplicable.

Siendo estas sentencias aplicación de la convención de Nueva York (Convención de Nueva York, 2015), que a su vez es una expresión hacia el exterior del propio derecho interno del Estado, habría entonces que interpretar al Derecho Transnacional como un conjunto de normas internas que derivan su validez de la de la voluntad del estado de cumplir con la mentada convención. Así, se entendería al derecho transnacional como normativa interna del propio Estado: una expresión más del “Derecho estatal externo”.

Ahora, en lo que respecta al monismo radical con primacía del Derecho Internacional, y al monismo moderado, podemos darnos cuenta de que estos ofrecen a la larga una solución que es parecida. Recordemos que tanto el monismo moderado como el monismo radical con primacía del Derecho Internacional, le dan a este un status jerárquico superior sobre los ordenamientos internos. Por lo tanto, la solución que le puedan dar este asunto va a ser parecida.

Como la fuerza de estas sentencias arbitrales que aplican el Derecho Transnacional depende en gran medida del reconocimiento por los Estados de la convención de Nueva York, habría entonces que derivar la validez del Derecho transnacional del propio Derecho Internacional Público. Como la convención obliga a cumplir con estos fallos arbitrales, y el Derecho Internacional Público reconoce, tanto a nivel convencional como consuetudinario, la figura del arbitraje comercial internacional, es que podríamos entender que es válido este cuerpo de normas que, estrictamente, ni sale ni de las fuentes de Derecho Internacional ni de las de los ordenamientos internos. Pero al estar ligado en su aplicación a esa convención, entonces se derivaría su validez del Derecho Internacional. Entonces, de este modo el Derecho transnacional sería entendido no como parte del derecho interno del Estado, sino como parte del Derecho Internacional Público.

Todos estos enfoques monistas, y especialmente aquellas variantes en las que se asume el monismo como una condición esencial del derecho, tienen el problema de que intentan mediante el formalismo, saltar sobre las contradicciones normativas que efectivamente existen en el mundo jurídico. O sea, al ver al Derecho como un fenómeno esencialmente normativo y soslayando los rasgos sociológicos

que tiene, se termina se termina haciendo como si estas contradicciones normativas que tienen los distintos ordenamientos jurídicos no existieran (Wolkmer, 2018). Se les desecha como algo que las propias reglas de solución de antinomias del sistema jurídico pueden resolver. Así si termina en una visión abstracta del Derecho que las esconde o que las vuelve relevantes, lo cual por supuesto tiene consecuencias.

En el caso del derecho transnacional, esto se hace patente desde que los ordenamientos internos de los Estados, los Derechos comunitarios o incluso el propio Derecho Internacional Público, en determinadas normas entran en contradicción con los objetivos y con los fines en torno a los cuales se estructura el derecho transnacional. Ya avizorábamos antes que el Derecho transnacional es un sistema de normas que existe por y para las grandes empresas y el despliegue de los grandes capitales. Por consiguiente, pretender que las normas del Derecho transnacional están incluidas como simples partes de las cadenas de validez del de Derecho Internacional o de los Ordenamientos Internos termina enmascarando que es un sistema normativo con fines determinados y que responde a intereses específicos, que no son necesariamente los que informan a los ordenamientos internos o al Derecho Internacional.

Y esto nos lleva a otro punto: si interpretamos al Derecho transnacional como algo que es parte de otro sistema, y no como algo que tiene una realidad por sí mismo, entonces podemos cometer el error de interpretar a sus normas, instituciones, aplicación y lógica de funcionamiento, por la racionalidad de ese otro sistema. O sea, por la racionalidad del Derecho Internacional Público o por las de los ordenamientos internos. Mas si observamos cómo efectivamente es el Derecho transnacional, nos damos cuenta que no opera, ni en base a la lógica de la interestatalidad del Derecho Internacional Público, ni en base a la lógica de jerarquía y verticalidad estatal de los ordenamientos internos. Por lo tanto, una solución monista nos va a dar un resultado erróneo sobre lo que el derecho transnacional es y sobre cómo funciona.

Cómo puede verse, el monismo jurídico está estrechamente ligado a la evolución del derecho en la modernidad. Especialmente, a la noción de soberanía del estado y a su monopolio sobre la violencia. En tema de la relación entre el Derecho internacional los ordenamientos internos, puede dar soluciones tanto que

tratan de reducirlo todo al derecho interno de los estados o de dar una solución de primacía al derecho internacional que puede ser radical o moderada. Con ello, el Derecho transnacional quedaría reducido en su juridicidad a normas internas o internacionales. Pero en todos estos casos, y por las razones que ya se han explicado, el monismo resulta insuficiente y en algunos casos peligroso, a la hora de responder ante un fenómeno como lo es el derecho transnacional.

3. EL PLURALISMO JURÍDICO ANTE EL DERECHO TRANSNACIONAL

Tras haber entonces explorado el monismo como posible respuesta al fenómeno del Derecho transnacional, y haber visto que este se evidencia insuficiente para explicar adecuadamente este fenómeno, toca buscar otra explicación que pueda expresar mejor la realidad y las características de estas normas. Por ello, vamos a analizar el Derecho transnacional a la luz del pluralismo jurídico.

Al buscar una salida al monismo, lo primero que se presenta como alternativa es el dualismo. Se trata de una tendencia cuya postura afirma que el derecho internacional y los ordenamientos internos son sistemas jurídicos separados, distinto uno del otro. Se llama así justamente porque divide lo que sería el universo jurídico en dos: el derecho internacional y los diversos ordenamientos internos que existen (Pino Canales, 2006).

El problema del dualismo es que el fondo tiene una especie de monismo escondido. Aunque reconozca que existen dos sistemas distintos, parte de seguir reconociendo como Derecho solamente al que produce el estado, ya sea el interno ya sea el internacional. Aunque reconozca una pluralidad de sistemas jurídicos, esos que la teoría dualista reconoce son solamente derecho producido por el Estado. De modo que, en el fondo, aunque reconozca la existencia de más de un sistema jurídico, comparte sentidos comunes y una percepción de la racionalidad del Derecho propios del monismo.

Es por eso que consideramos que el enfoque para esta cuestión debe ir más allá de la idea de la dualidad entre derecho internacional y ordenamientos internos. Se necesita hablar de la existencia de una multiplicidad de sistemas jurídicos que

se dan en las sociedades, con independencia de si son producidos o no por el estado. Se necesita hablar de pluralismo jurídico.

Para ello hay que partir de aceptar la posibilidad de un Derecho sin estado. O sea, de que pueden existir sistemas jurídicos que no son producidos por actividad estatal (Teubner, 1997). Esto evidentemente contradice los planteamientos que vemos, por ejemplo, en el positivismo jurídico o en los marxismos jurídicos más ortodoxos, que también son muy estatalistas en su visión del fenómeno (Fernández Bulté, 2001). Implica entonces replantearse si efectivamente el derecho es algo que está esencialmente ligado al estado, o puede existir sin él.

El tema del monopolio de la fuerza del Estado puede ser muy ilustrativo. Si bien podemos afirmar que históricamente ha ido in crescendo, a lo largo de las distintas épocas, no siempre ha sido un monopolio pleno. Junto al Derecho del Estado ha habido órdenes sociales capaces de generar sistemas normativos que se realizan de forma coercitiva, con consecuencias de responsabilidad por su incumplimiento y que ameritan la intervención de un tercero. Y al no ser sistemas que produce el estado, pueden subsistir al margen de este (Wolkmer, 2018).

De eso hay muchísimos ejemplos, como pueden ser el Derecho que producen comunidades indígenas, o el que se genera dentro de los movimientos sociales. En ese sentido, son muy ilustrativas las palabras de Wolkmer:

Como confirma Eugen Ehrlich, el punto de partida para la constitución y el desarrollo del Derecho vivo comunitario no se sujeta ni a la legislación, ni a la ciencia del Derecho ni tampoco a la decisión judicial, sino a las condiciones de la vida cotidiana, cuya real eficacia se apoya en la acción de grupos asociativos y organizaciones comunitarias. En este esquema de referencia, las “voluntades colectivas” organizadas, valiéndose de prácticas sociales que instrumentan sus exigencias, intereses y necesidades, poseen la capacidad de instituir “nuevos” derechos, derechos todavía no contemplados y no siempre reconocidos por la legislación oficial del Estado. En efecto, esto ocurre porque la producción jurídica no reside únicamente en el Estado, pero puede surgir de otras instancias sociales subyacentes e independientes, más exactamente de la complejidad y de lo contingente de diversos espacios ocupados por identidades colectivas autónomas. Desde luego se entiende que, aunque el Derecho estatal, simbolizado por la ley escrita y por códigos formales, ejerza el monopolio en la sociedad industrial-capitalista, ciertamente tal realidad no se agota en sí misma, ya que el Derecho estatal es “solamente una especie dentro del género del Derecho” en cuanto fenómeno sociocultural (Wolkmer, 2018, p. 128–129).

La cuestión es que el Derecho no es algo que se produzca por una mera

manifestación de voluntad del Estado, sino algo que se da en la propia vida social, y que se genera en ella. La posibilidad de que surjan sistemas normativos en la sociedad que gocen de juridicidad no está ligada meramente a la voluntad de un estado, es algo que puede existir sin él.

Entonces, entrando al tema del derecho transnacional desde un punto de vista pluralista, la respuesta tiene que partir de que los sistemas jurídicos se gestan en las sociedades conforme a las circunstancias en que estas sociedades viven, y las necesidades que estas sociedades experimentan. Hablamos de una economía global en la que emergen con cada vez más fuerzas relaciones sociales transnacionales, de relaciones sociales que los Derechos internos de los Estados se muestran insuficientes para regular con el dinamismo necesario, de relaciones de poder que encumbran a empresas y a otros actores transnacionales, y que se ven adecuadamente reflejadas en los ordenamientos jurídicos de los estados o en el derecho internacional público. Si eso ocurre, evidentemente esa sociedad transnacional va a producir un derecho a su imagen y semejanza que, asumiendo un enfoque pluralista, puede coexistir perfectamente con los ordenamientos internos o el derecho internacional público sin tener que ser parte de ellos.

Partiendo de esto, puede decirse que el derecho transnacional que existe como un sistema que se ha desarrollado por sí mismo, con su propio sistema de fuentes, su propia estructura de sujetos y su propio objeto de regulación. Y el hecho de que necesite del Derecho Internacional Público y de los ordenamientos internos para ejecutarse (por vía del arbitraje) no significa que no pueda considerarse como un sistema jurídico por sí mismo. De hecho, el propio Derecho Internacional Público necesita para ejecutarse de su recepción en los ordenamientos internos en no pocos casos, y no por ello decimos que el derecho internacional público es parte del derecho interno².

Entonces, mirar al Derecho transnacional desde esta óptica pluralista, puede dar una visión mucho más exacta de lo que es este fenómeno que el monismo. Al mismo tiempo, permite salvar los problemas que se derivaban de esa visión monista, al presentar al Derecho transnacional como un fenómeno propio y

²Con excepción, por supuesto de posiciones muy difíciles de sostener, como la de los monistas radicales con primacía del Derecho Interno.

particular, no subsumible dentro de otros sistemas normativos. Y esto es algo que permite no confundirlo con otro sistema, y poder apreciarlo en sus características específicas, en su racionalidad y en los fines que persigue. de manera tal que no se le adjudiquen lógicas de funcionamiento que responden a otras circunstancias sociales y a otros intereses.

Además, se ve con más claridad como las condiciones sociales en la esfera transnacional inciden en cómo funciona el derecho. Si nos limitásemos a ver al Derecho transnacional como una manifestación, ya sea del Derecho interno o el Derecho Internacional Público, nos mantendremos en el punto de vista de las sociedades nacionales o de la sociedad internacional. Estas son dimensiones de la vida social distintas a las relaciones sociales transnacionales, que son las que este sistema regula. En cambio, desde un enfoque pluralista, es posible ver claramente cuáles son las relaciones sociales que efectivamente están detrás de estas normas jurídicas.

Ahora bien, a lo anteriormente dicho deben ponerse matices. Aunque digamos que el Derecho transnacional se puede constituir como un sistema jurídico, ello no significa que ya esté totalmente constituido. La *lex mercatoria* todavía depende de puntuales señalamientos como ley aplicable en los contratos, y luego de eso, que sea reconocida en la jurisprudencia arbitral. Como se apuntó en el epígrafe primero, no es un fenómeno que todavía sea masivo, por lo que, aunque sí podemos decir que el derecho transnacional tiene las características necesarias para ser un sistema jurídico, todavía es incipiente, está en *statu nascendi* (Michaels, 2007).

En este punto, queda ver qué implicaciones tiene asumir que Derecho transnacional sea un sistema jurídico distinto del Derecho Internacional y de los ordenamientos internos. Llamen la atención aquí las empresas transnacionales, principales sujetos de estas normas, que están creando su propio derecho a su imagen y semejanza.

Esto es importante, porque entonces este sistema normativo refleja las relaciones de poder que han emergido con respecto a las empresas en el contexto de la globalización. Relaciones de poder en las que muchos Estados están quedando en una posición desventajosa. No necesariamente lo están las grandes

potencias, donde estas empresas suelen tener sus casas matrices, pero los Estados más pequeños y en vías de desarrollo sí enfrentan un desbalance de poder creciente (Fornasier; Ferreira, 2015). Este Derecho a la medida de la libertad plena de las empresas para desplegar su flujo de capital, supone un desafío para la soberanía del Estado como lo anunciábamos en el primer epígrafe. No estamos hablando de una manifestación del propio derecho que estos Estados producen, ni del derecho internacional que los Estados entre ellos han construido, sino de otro fenómeno que está apareciendo, creando normas, y que los estados no pueden controlar de todo.

Y eso levanta la pregunta, de qué ocurrirá si un día este Derecho Transnacional deja de depender la institucionalidad internacional y nacional, y empieza a tener su propio aparato institucional. ¿Qué efectos tendrá eso sobre las relaciones de poder en la sociedad internacional a día de hoy? ¿Qué va a pasar con los Estados, sobre todo los más pequeños y en vías de desarrollo? Son preguntas que es muy importante hacerse ante la emergencia del Derecho Transnacional como sistema jurídico.

Y a partir de estas implicaciones cabe preguntarse cuál es la actitud que se debe tener ante un fenómeno como este. El hecho de que se genere un tipo de pluralismo que termina siendo mayormente funcional a las grandes empresas, y a los intereses corporativos, es algo que necesariamente precisa de valoración, en tanto no es un fenómeno neutral ni inocuo. Al contrario, tiene importantes consecuencias en la vida social de la humanidad.

Por un lado, está el hecho de que este Derecho Transnacional responde a necesidades reales y concretas del despliegue de comercio internacional. O sea, no es algo que nace de la nada ni de una malvada conspiración, sino que responde a necesidades sociales concretas y realmente existentes. Por tanto, su existencia no es inútil ni fácilmente prescindible. A la hora de hacer cualquier valoración sobre qué hacer con el Derecho transnacional o cómo enfrentarse a él, hay que tener este factor presente.

Pero a su vez hay que tener presente también que este despliegue del comercio global, y la forma específica que ha adoptado el proceso de globalizador, ha sido marcado por el por el neoliberalismo, con todos los efectos que eso tiene.

Aumento de las opresiones, reafirmación de los desequilibrios estructurales que generan desigualdad en el mundo, etc. Además, no deben pasarse por alto los efectos destructivos que la globalización neoliberal tiene sobre otras formas de pluralismo jurídico, como los Derechos comunitarios. De ahí que el despliegue del Derecho transnacional hasta tal y como es hoy, puede tener consecuencias muy negativas.

Se precisa de una reflexión sobre cuál es la actitud ante el fenómeno de la de transnacionalización ¿Hasta qué punto es posible volver a las viejas instituciones de las relaciones nacionales e internacionales? ¿Hasta qué punto se puede prescindir de este despliegue de la transnacionalidad en el proceso globalizador? ¿Es siquiera posible poner un freno a ese proceso? ¿O habrá que encontrar la manera de incidir en él, para que tenga unas características distintas a este neoliberalismo rampante, que ha caracterizado el mundo desde la segunda mitad de los años 80 hasta la actualidad?

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos decir entonces que se está en presencia de un sistema jurídico llamado Derecho transnacional, surgido al calor del proceso de la globalización, y que es expresivo de los intereses y las necesidades principalmente de las grandes empresas. Tiene como objeto fundamentalmente a las relaciones económicas y comerciales en una dimensión transnacional, y que para su aplicación necesita aún de instituciones tanto del Derecho Internacional como los ordenamientos internos, fundamentalmente las que están relacionadas con las cortes de arbitraje, y que estas reconozcan al Derecho Transnacional como el aplicable en los contratos.

A la luz del monismo jurídico, sería inevitable ubicarlo como parte del Derecho Internacional Público o de los ordenamientos internos. Sin embargo, este tipo de enfoque se demuestra inca capaz de expresar con claridad la naturaleza de este fenómeno, y las implicaciones que tiene para la vida social.

Por tanto, una adecuada comprensión del fenómeno del Derecho transnacional precisa de una aproximación desde la perspectiva del pluralismo

jurídico. Solo así es posible ver cuáles son las consecuencias y las implicaciones que tiene estar frente a un fenómeno como este. Implicaciones que, por demás, tienen mucho que ver con el proceso de globalización neoliberal, con todas sus peligrosas consecuencias, y levantan no pocas interrogantes sobre cuál es la actitud con que se debe abordar a su existencia, y cómo debe ser manejada. ¿Qué hacer con el Derecho transnacional? Esa la pregunta que queda abierta, al terminar este ensayo.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ALVARADO, P. A. SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: on the interaction between domestic and international law. **Estudios constitucionales**, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 15–60, 2016.

CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (NUEVA YORK, 1958). Naciones Unidas, , 2015. Disponible em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

DALHUISEN, J. H. Dalhuisen on transnational comparative, commercial, financial and trade law. Volume 1: The transnationalisation of commercial and financial law, the new Lex Mercatoria and its sources. *Em*: Eighth editioned. Oxford London New York New Delhi Sydney: Hart, 2022.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J. **Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho**. La Habana: Félix Varela, 2001. 2001.v. 2.

FORNASIER, M. D. O.; FERREIRA, L. V. Complexidade, globalização e regulação jurídica: a conduta das empresas transnacionais e suas possibilidades de normatização. **Scientia Iuris**, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 73, 2015.

GALGANO, F. **Lex mercatoria**. Quinta edizioneed. Bologna: Società editrice il Mulino, 2010. 2010.(Biblioteca paperbacks, v. 90).

HERDEGEN, M.; FACH GÓMEZ, K.; WOLFRAM, D.; CARBALLO PIÑEIRO, L. **Derecho económico internacional**. Primera edicióned. Bogotá, D.C: Universidad del Rosario, 2012. 2012.(Colección Textos de jurisprudencia).

KELSEN, H. **Teoría Pura del Derecho**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1960. 1960.

MICHAELS. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 447, 2007.

PINO CANALES, C. **Temas de Derecho Internacional Público**. Primera edición. La Habana: Félix Varela, 2006. 2006.

RUGGIE, J. G. **Just Business: Multinational Corporations and Human Rights (Norton Global Ethics Series)**. 1st eded. Erscheinungsort nicht ermittelbar: W. W. Norton & Company, Incorporated, 2013. 2013.(Norton Global Ethics Series, v. v. 0).

TEUBNER, G. (org.). **Global law without a state**. Aldershot ; Brookfield, USA: Dartmouth, 1997. 1997.(Studies in modern law and policy).

TURÉGANO MANSILLA, I. Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica. **Derecho PUCP**, [s. l.], n. 79, p. 223–265, 2017.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una Nueva Cultura Del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2018. 2018.