



**Universidad Nacional Autónoma de México**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO Y DEL  
DERECHO EN EL CONTEXTO DE LA  
GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA”**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
DOCTORA EN DERECHO**

**P R E S E N T A**

**ALEIDA HERNÁNDEZ CERVANTES**

**TUTOR: DR. JOSÉ ALFONSO BOUZAS ORTÍZ**

**MÉXICO, D.F.**

**2010**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



**Universidad Nacional Autónoma de México**

---

---

FACULTAD DE DERECHO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**“LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO Y DEL  
DERECHO EN EL CONTEXTO DE LA  
GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA”**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
**DOCTORA EN DERECHO**

P R E S E N T A

**ALEIDA HERNÁNDEZ CERVANTES**

SINODALES

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER  
DRA. E. ARCELIA QUINTANA ADRIANO  
DR. JOSÉ ALFONSO BOUZAS ORTÍZ  
DR. JAIME CÁRDENAS GRACIA  
DR. ENRIQUE RAJCHENBERG SZNÁJER

*Todo lo sólido se desvanece en el aire*  
Karl Marx

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN (4)

### CAPÍTULO I: LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO Y EL DERECHO EN LA MODERNIDAD OCCIDENTAL (11)

#### 1.1 Procesos histórico-políticos de configuración del Estado moderno y su entramado jurídico (12)

1.1.1 El Estado absolutista como Estado de *transición* del feudalismo al capitalismo concurrencial (12)

1.1.2 La consolidación del Estado nacional y los elementos contextuales más influyentes del proceso (29)

#### 1.2 La formación del Derecho moderno en dos momentos: el Estado liberal y el Estado social (39)

1.2.1 Primer momento: El Estado liberal de Derecho (39)

1.2.1.1 El discurso de los derechos individuales, el contrato social y la codificación (39)

1.2.1.2 La soberanía, principio estructurador del Derecho y el origen del monopolio de la producción jurídica (54)

1.2.1.3 El Estado liberal de Derecho: fin del trayecto de configuración del Estado y del Derecho en su primera etapa (59)

1.2.2 Segundo momento: El Estado social de Derecho (64)

1.2.2.1 Las formas jurídicas del Estado del Bienestar (67)

### CAPÍTULO II: LAS DIMENSIONES DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SUS GESTORES MÁS EMBLEMÁTICOS (71)

#### 2.1 La globalización económica como discurso y como fenómeno. *Dimensiones del problema* (72)

2.1.1 Dimensión epistemológica (72)

A. Marcos teóricos de interpretación (73)

a. Tesis hiperglobalista (73)

b. Tesis escéptica (76)

c. Tesis transformacionalista (79)

d. Otro enfoque de clasificación teórica (81)

B. Marcos políticos alrededor de la globalización (83)

2.1.2 Dimensión empírica (86)

a. Globalización financiera (86)

b. Interconexión del comercio (96)

c. La producción transnacionalizada y el papel de las nuevas tecnologías de la información como impulsoras de los procesos de globalización económica (99)

#### 2.2 El aparato institucional y jurídico de la globalización económica (106)

- 2.2.1 La *personalidad* de los gestores y actores principales de la globalización económica: sus organismos más emblemáticos (106)
  - a) Fondo Monetario Internacional (107)
  - b) Banco Mundial (110)
  - c) Organización Mundial del Comercio (112)
  - d) Otros organismos económico-comerciales de carácter internacional (114)
- 2.2.2 Funcionamiento de las empresas transnacionales. Rasgos comunes (116)
- 2.2.3 Entramado jurídico más relevante con el que operan (117)

### CAPÍTULO III: LA PRODUCCIÓN JURÍDICA DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. NOTAS DE UNA PLURALIDAD JURÍDICA TRANSNACIONAL (120)

- 3.1 El marco general de la producción jurídica de la globalización económica (121)
- 3.2 Una explicación preliminar en torno al *pluralismo jurídico* (126)
- 3.3 La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional (133)
  - 3.3.1 Las técnicas jurídicas de desregulación y autorregulación como claves de la tendencia (136)
  - 3.3.2 Los mecanismos de *soft law*, un derecho suave para un Estado *flexible* (145)
  - 3.3.3 Manifestaciones concretas de pluralidad jurídica transnacional (153)
    - 3.3.3.1 La *lex mercatoria* como expresión emblemática de esa pluralidad jurídica (153)
    - 3.3.3.2 Centros de producción jurídica transnacional más relevantes (162)
      - a) Organización Mundial del Comercio (OMC) (164)
      - b) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) (167)
      - c) Cámara Internacional de Comercio (CIC o ICC por sus siglas en inglés) (172)
      - d) Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) (175)
- 3.4 Diferentes tipos de normas jurídicas producidas por los agentes y actores de la globalización económica (179)
  - a) Normas de conducta (Códigos de conducta) (179)
  - b) Normas técnicas (181)
  - c) Normas programáticas (Estándares operativos) (182)
  - d) Acuerdos internacionales en materia comercial (182)
  - e) *Leyes modelo* (183)
- 3.5 El derecho operando en forma de red y la pluralidad de las “redes jurídicas de la globalización económica” (185)

## CAPÍTULO IV: LOS IMPACTOS DE LA NUEVA PRODUCCIÓN JURÍDICA TRANSNACIONAL EN EL ESTADO Y EN EL DERECHO (194)

4.1 El Estado reconfigurado y vulnerado ante la globalización económica y su producción normativa (195)

4.2 El paradigma dominante del positivismo jurídico eclipsado (212)

4.3 El impacto de la *nueva producción jurídica transnacional* en el nivel del ordenamiento jurídico (221)

a) Afectación de los principios de abstracción y generalidad de las normas (222)

b) Pérdida de unidad y coherencia del ordenamiento (224)

4.4 Caracterización general de la nueva producción jurídica transnacional (225)

a) Pluralidad jurídica neoconservadora (225)

b) Opacidad en la producción normativa (233)

c) Ilegitimidad en la producción jurídica y falta de control político (235)

4.5 Los derechos sociales frente a su desmantelamiento: del papel de los derechos sociales a los derechos sociales de papel (240)

CONCLUSIONES (250)

BIBLIOGRAFÍA (261)

## INTRODUCCIÓN

Los procesos de globalización están cambiando el paradigma fundacional del Estado y del Derecho; a raíz de ello, una serie de consecuencias sociales, políticas y jurídicas de primer orden están apareciendo, algunas de forma intermitente, otras que observan una permanencia que han dado lugar a nuevos escenarios de configuración de las instituciones políticas y su entramado jurídico. Existe una nueva configuración, desintegración y fragmentación del Estado y el Derecho.

La intervención del Estado en la economía ha dado un viraje hacia el apoyo progresivo de la lógica capitalista en todas las esferas de la vida social y económica, minando las bases de su legitimación en tanto que representante del interés general.

El Derecho, por su parte, pierde centralidad y fuerza, ante la exigencia de la fase actual del capitalismo (Globalización) de concretar la desregulación en varias áreas de la vida social y económica, antaño necesariamente controladas por lo jurídico. De ahí que se afirme que a la actual fase del capitalismo monopolístico se corresponde una específica configuración del Estado y del Derecho. En el marco de dicha configuración están emergiendo y fortaleciéndose redes internacionales de regulación, lo cual no anula el sistema de estados individuales, pero sí transforma profundamente tanto las estructuras institucionales como las condiciones de acción estatal, así que se crean estructuras, instituciones y normatividades que pueden traer consigo desventajas y costos graves. Son redes de regulación jurídica, integradas por centros económicos transnacionales que concentran importantes esfuerzos en producir normatividad de efectos jurídicos a escala global. El Estado –a través de sus agentes facultados- se disputa y negocia el contenido del derecho con los agentes privados y propicia su formalización por los canales jurídicos previamente establecidos. Por eso es que afirmamos que el Derecho del Estado se ha desustancializado, al perder centralidad y legitimidad como medio para la regulación jurídica moderna en el contexto de la globalización económica.



### ***Contexto histórico del tema de investigación***

Ante el agotamiento del modelo feudal de poder fragmentado, dio lugar al surgimiento del Estado Moderno, institución que logró organizar exitosamente los medios para financiar la guerra, los recursos económicos y las pretensiones de legitimidad que se requería para reunir en una sola unidad política, la capacidad de despliegue de poder de diferentes sectores de la sociedad de aquella época.

Se reconoce al modelo *westfaliano*, como el punto de partida de la configuración mundial de un sistema de estados modernos, de cuyas características sobresalían: 1) la centralización del poder, 2) la expansión del gobierno administrativo, 3) la legitimación del poder mediante los derechos de representación y, 4) la emergencia de ejércitos masivos.

Así, los Estados-nación se convirtieron en aparatos políticos distintos tanto de los gobernantes como de los gobernados, innovación ésta, respecto a la que sería antaño la representación del poder supremo encarnado personal y directamente en el Rey, el parlamento o el Emperador, según fuese el caso histórico. El Estado-nación llegó a ser la jurisdicción suprema sobre un área territorial delimitada, basados en el monopolio del poder coercitivo (Hobbes) y, dotado de legitimidad frente a sus ciudadanos.

A partir de la consolidación de los Estados-nación, éstos se han ostentando como los garantes del interés general, regulados por un derecho también de naturaleza moderna. Sin embargo, desde hace algunas décadas, como producto de los nuevos fenómenos y procesos económicos, reunidos en lo que se ha dado en llamar “globalización”, el papel y funcionamiento de los Estados-nación ha sufrido importantes modificaciones. Considerada la globalización por algunos autores como la ampliación e intensificación de relaciones sociales, económicas y políticas a través de regiones y continentes; aquella connota un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes y opera en múltiples escalas temporales (Held). La globalización está determinando la vida y acción de muchas instituciones y sujetos sociales, entre ellos el Estado-nación. En ese sentido, un conjunto de manifestaciones concretas actuales, ha ocasionado la redimensión del Estado, como las siguientes:

1. Proliferación de agentes, organizaciones e instituciones regionales, internacionales y transnacionales (gubernamentales y no gubernamentales).
2. Crecimiento de la interconexión mundial en una serie de dimensiones clave: economía, política, tecnología, comunicaciones y derecho.
3. Incapacidad de los Estados para generar instrumentos políticos idóneos para controlar el flujo de bienes y servicios, ideas y productos culturales, etc.
4. Se da una tendencia hacia la “privatización de la política” o dicho de otra manera: la formulación e implantación de decisiones políticas se traslada, ahora más que antes a estructuras, en un sentido amplio, corporativas y sistemas de negociación privado-estatales (Hirsch).

Lo anterior genera un declive en la soberanía de los Estados, sin que por esto se pueda hablar de un declive total, sino en algunas áreas en las que el Estado ya no es el único y supremo centro de decisiones políticas. En ese sentido, diríamos con David Held que *la operación de los estados en un sistema internacional cada vez más complejo limita su autonomía (en ciertas esferas de forma radical) y menoscaba progresivamente su soberanía.*

Por su parte e íntimamente relacionado, se encuentra el Derecho, el cual como sistema social, no deja de ser afectado por los procesos de globalización, sobre todo debido a que el destino que lleva el Estado moderno, el Derecho lo seguirá, en tanto su génesis y estructura es colateral a la de aquél.

Si antes regía el principio de Estado en la regulación nacional, ahora nos encontramos en presencia del principio rector del mercado, lo que significa una serie de cambios estructurales en la forma y naturaleza de los ordenamientos jurídicos. Esto es, los controles y regulaciones nacionales se verán altamente limitados en su efectividad si son incongruentes con las condiciones internacionales, las reglas y normas de los mercados regionales y globales ya no pueden ser –ahora en menor medida- transgredidos a largo plazo.

Como nos dice Boaventura de Sousa Santos al respecto: *Podemos estar en presencia del surgimiento de una nueva forma de pluralidad de órdenes jurídicos, esto es, campos jurídicos constituidos por lógicas de regulación relativamente desconectadas y altamente discrepantes, que coexisten en el*

*mismo sistema jurídico estatal.* Lo anterior, debido a que en la medida en que el Estado pierde coherencia como agente unificador de regulación social, se convierte en una red de microestados, cada uno de los cuales maneja una dimensión parcial de soberanía con una lógica y un estilo regulativos específicos, los cuales pueden llegar a estar en pugna permanente.

Producto de todos estos nuevos procesos y fenómenos económico-sociales, ocurre una suerte de “desnacionalización de la regulación” que trae como consecuencia el desdibujamiento del paradigma del Estado y el Derecho modernos, otrora legitimados en su intervención en las decisiones fundamentales del interés general.

Para efectos de la ubicación de nuestro problema de investigación, algunos de los elementos que comprenden el problema de la “desnacionalización de la regulación” y que utilizaremos como presupuestos de análisis, son los siguientes:

- 1) Pérdida de centralización en el Estado-nación de las decisiones en torno a la regulación de temas o aspectos trascendentales del interés general.
- 2) Necesidad, en términos generales, de adecuar la regulación jurídica nacional con las condiciones internacionales, de lo contrario verán limitada su efectividad.
- 3) Las normas y las reglas de los mercados regionales y globales no pueden ser transgredidos a largo plazo.
- 4) Emergencia de campos jurídicos constitutivos de lógicas de regulación relativamente desconectadas y altamente discrepantes, que coexisten en el mismo sistema estatal.

Con los anteriores presupuestos estamos en posibilidad de adelantar que la globalización, entendida como una etapa más del capitalismo, está modificando las bases paradigmáticas del Estado y el Derecho modernos, lo cual mina los presupuestos de legitimidad de actuación y representatividad social, que caracterizaron el origen y desarrollo de ambos.

## ***Justificación***

El tema de los impactos que ocasionan los nuevos procesos de *globalización* en el Estado y el Derecho, son de enorme importancia, pues las consecuencias que de ello se derivan transforman directamente el funcionamiento y naturaleza de los mismos. Resulta un imperativo analizar en qué consisten dichos procesos de globalización y ubicar sus resultados, con la finalidad de conocer con objetividad cuáles son los aspectos más importantes que están cambiando en nuestras sociedades actuales y determinar si se están convirtiendo en una tendencia negativa.

Desde su configuración moderna, el Estado ha sido la institución política que ha concentrado y desarrollado los más importantes mecanismos tendientes a representar los intereses generales de la sociedad (muchas veces, dichos mecanismos han quedado en el terreno discursivo). Por ello, conocer con puntualidad cuáles son las funciones y actuaciones que están cambiando por efectos de la globalización económica, nos permitirá juzgar dichos cambios y proponer alternativas de solución, al encontrarse pérdidas en la legitimidad de su actuación.

En tanto, es importante caracterizar al Derecho en la fase actual del capitalismo, llamada también como *globalización neoliberal*; encontrar cuáles son los aspectos que lo determinan, debido a que ello nos podrá ayudar a comprender su naturaleza y los elementos cambiantes del Derecho, así como los propios del momento histórico que representa la *Globalización*.

Lo anterior consideramos, justifica en dos vertientes fundamentales (en sentido amplio) nuestro tema de investigación: 1) por la pretensión de aportar al campo de la teoría del derecho y la teoría del Estado y, 2) para ubicar los cambios y los problemas que presenta el Estado y el Derecho frente a la Globalización y, ante ello, proponer alternativas de solución a los mismos.

El objetivo central de esta investigación responde al interés de analizar los impactos que han tenido los procesos de la globalización en dos instituciones emblemáticas de la modernidad: El Estado y el Derecho; así como ubicar la naturaleza de los cambios presentados. En tanto, los objetivos específicos están orientados a estudiar los siguientes aspectos puntuales del tema central:

1. Ubicar las causas y contexto histórico de origen del Estado Moderno.
3. Describir la evolución histórica del Derecho, a partir de la Modernidad.
4. Establecer un vínculo analítico del Derecho y el Estado Nación.
5. Explicar las dimensiones de la Globalización, es decir, su concepto, su ideología, sus características y sus efectos más importantes.
6. Ubicar las transformaciones que ha sufrido el Estado-nación a partir de la intensificación de los procesos de globalización.
7. Caracterizar al Derecho en la etapa histórica de la Globalización.

El trabajo está dividido en cuatro capítulos. El primero tiene el objetivo de ubicar las causas y el contexto histórico en el surgió el Estado moderno y a partir de ahí, determinar las características esenciales del derecho como ordenamiento jurídico moderno: sus principios, su racionalidad, así como desmitificar, en alguna medida, la construcción científicista dominante que del mismo se elaboró desde el positivismo jurídico.

En el segundo capítulo, pretendemos dar cuenta de la dimensión histórica y epistemológica de los procesos de globalización económica; exponer cuáles son los debates principales que en torno a ella se han desarrollado, los sujetos más activos que participan y construyen la llamada globalización económica.

El tercer capítulo, tiene como finalidad ubicar los cambios en la forma de producción jurídica y que ha emanado directamente de la globalización económica, así como determinar en ese contexto, la participación de sus principales actores en ese tipo de construcción normativa: cuáles son sus características y su modo de operar.

El capítulo cuarto no sólo expone detalladamente los efectos de la producción normativa emanada de la globalización económica tanto en el Estado-nación como en el derecho moderno, sino que plantea una calificación a ese nuevo modo de producir normatividad jurídica y de ahí, cuáles serían los riesgos para el derecho de configuración clásica y para los derechos sociales en general.

Finalmente, habría que decir que este trabajo ha constituido para nosotros un viaje, no un destino, en el que el principal objetivo ha sido abrir nuevas líneas

de investigación sobre un tema que, seguramente, en los próximos años tendrá preocupado y ocupado, al mundo del derecho y a todos los que participamos en él.

**CAPÍTULO I: : LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO Y EL  
DERECHO EN LA MODERNIDAD OCCIDENTAL**

## 1.1 Procesos histórico-políticos de configuración del Estado moderno

### 1.1.1 El estado absolutista como poder estatal de transición del feudalismo al capitalismo

Los caminos que llevaron a la configuración del Estado moderno están empedrados de incesantes luchas entre las clases y elites políticas, económicas y religiosas por ejercer el poder de manera preponderante; así como de violencia en las campañas militares emprendidas por el poder estatal, para extender su dominación territorial y aumentar la concentración de capital.

Bajo la premisa de que esos elementos permearon el proceso de construcción del Estado moderno, tomamos como punto de partida de nuestro análisis, la transición histórica que llevó del feudalismo como sistema de organización social al sistema económico del capitalismo y el papel del poder estatal transitivo que lo *soportó*<sup>1</sup> –el Estado monárquico-absolutista-; esto, en la medida en que dicha transición es considerada como la que abre la puerta a una nueva época: la *Edad Moderna*.

En ese sentido, el tránsito de la *Edad Feudal* a la *Edad Moderna*, se encuentra caracterizado desde el ámbito de lo político, por una lucha permanente contra el sistema de *Estado feudal* en Europa<sup>2</sup>. Al mismo tiempo

---

<sup>1</sup> Tomado el término en su acepción de “sostener, llevar sobre sí una carga o peso; de sufrir, aguantar o tolerar”. Por otra parte, con el término “Estado monárquico-absolutista” queremos abarcar el tipo de Estado que predominó durante la larga fase de transición del feudalismo al capitalismo mercantilista; con la prevención de que en algunos lugares y en tiempo diverso, unas veces fue sólo Estado monárquico prevalecientemente, sin llegar a ser absoluto y en otros, sí llegó a constituirse en Estado absolutista, al menos con una clara pretensión de serlo.

<sup>2</sup> Tomamos como referente el Estado moderno europeo en virtud de que fue el más importado a diversas latitudes del orbe, las más de las veces impuesto. No obstante, cada Estado europeo siguió un proceso distinto en la configuración de Estado moderno, Joseph Strayer en su obra *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, señala al respecto de este proceso: “Los elementos básicos del Estado aparecieron en casi toda la Europa occidental durante los siglos XII y XIII. Pero si bien se encontraban en todas partes, su nivel de desarrollo no era el mismo. Evolucionaron más rápidamente en Inglaterra, Francia y los reinos hispánicos; mucho más lentamente en Alemania; a buen ritmo, pero desformados, en Italia”, pp. 51-52. Por su parte, Charles Tilly explica que en Europa han proliferado tres tipos de Estado, conjuntamente, tomando como punto de partida el año 990: 1) imperios perceptores de tributos; 2) sistema de soberanía fragmentada como las ciudades-estado y las federaciones



que los países van superando el feudalismo, avanza la conformación en sentido moderno del Estado, así como de su sociedad y de su economía. Este proceso se observa, fundamentalmente, a partir de la baja Edad Media y, de forma más persistente, desde los siglos XIV y XV<sup>3</sup>; es un proceso motivado por la aspiración del poder estatal –encarnado fundamentalmente por las monarquías<sup>4</sup>- de eliminar, o por lo menos neutralizar, tanto las fuerzas infraestatales como las de carácter supraestatal.

Con el telón de fondo que implicaron esas luchas frontales por alcanzar el poder de forma preeminente, se desarrollan tres procesos determinantes que contribuyen a configurar el Estado moderno: a) el agotamiento del modo de producción feudal; 2) el desarrollo progresivo del comercio, especialmente a partir del mercado mundial alrededor del siglo XV con los grandes descubrimientos de nuevos territorios y el sometimiento respectivo de sus poblaciones; y 3) la violencia que acompañó y posibilitó todo estos procesos. La explicación que desarrollaremos, en lo subsecuente, estará guiada por la interrelación que mantuvieron estos tres procesos.

El orden feudal de la Europa del siglo XIV estuvo caracterizado por un alto grado de descentralización del poder, el cual abarcaba diversas escalas, unas con pretensiones universales como el Sacro Imperio Romano-Germánico y el Papado<sup>5</sup>; otras con un profundo sentido localista

---

urbanas y 3) los Estados nacionales. La pervivencia y coexistencia de los tres tipos de estados, es el argumento que contribuye a debilitar la idea que algunas veces prevalece, sobre la formación del Estado europeo como un proceso unilineal, no obstante el modelo de Estados nacionales haya sido el que se impuso respecto a los otros. Véase del autor *Coerción, capital y los estados europeos 990-1990*, Madrid, Alianza universidad, 1992, p. 47.

<sup>3</sup> Werner Naef, *La idea del Estado en la Edad Moderna*, Granada, Colección Crítica del Derecho, sección Arte del Derecho, Dirección José Luis Monereo Pérez, Comares editorial, 2005, p. 4.

<sup>4</sup> Para conocer con más detalle el proceso que derivó en la consolidación de las monarquías absolutas europeas, ver Roland Mousnier, *La monarquía absoluta de Europa. Del siglo V a nuestros días*, Taurus, versión castellana de Bernardo Moreno Carrillo, 1986.

<sup>5</sup> Tanto uno como otro, fueron dos de los grandes poderes emblemáticos del mundo medieval. La Iglesia católica centralizada en el Vaticano de Roma, hacía alarde en todo momento de ser dueña espiritual del orden social y tenía elementos para considerarse así: contaba con una admirable burocracia, emisarios hasta en las más pequeñas aldeas, poseía un completo control sobre el arte, la educación, la literatura, la filosofía y la ciencia de la cristiandad occidental, la cual era aceptada por la mayoría de los reyes y señores. Por su parte, el emperador actuaba como el máximo de los señores designados por ley divina para los asuntos terrenales. Alrededor de 1300 se da paso a una lucha intensa entre los monarcas locales frente a estos dos

representadas en distintos estamentos que podían ser corporaciones municipales, autoridades políticas intermedias e instancias que tenían titulares cualificados principalmente por el nacimiento, por la posición social o por privilegio<sup>6</sup>. Cada uno de ellos ejercía su poder en una esfera delimitada, gozando de una autonomía relativa -principalmente respecto del monarca- y en medio de una lucha constante por defender ese poder limitado, frente al de los otros.

Ante estas fuertes disputas por la preeminencia del poder, es la conciencia monarquía-estatal la que reacciona de forma más contundente y enérgica contra esas fuerzas y logra para sí el poder representativo absoluto del Estado. Desde ese momento, el sentido del proceso hacia el Estado moderno tiene un objetivo que es claro: librarse de potencias *supra* y extraestatales, al mismo tiempo que lograr la expropiación política de instancias feudales de carácter regional, corporativo o personal<sup>7</sup>.

En ese contexto, uno de los procesos que aceleró la concentración del poder estatal en el monarca, fue el cambio en el modo de producción feudal. Fue un proceso de tan elevado impacto, que modificó profundamente la formación socio-política medieval y la relación funcional de todos sus elementos.

Lo anterior se registra como una transición histórica de largo alcance que culmina en una nueva formación social, ahora de orden capitalista.

Se puede hablar de una transición, no sólo a partir de una variación en los elementos que componen toda formación social, sino cuando esa variación implica un cambio tan radical que modifique la relación funcional de sus elementos<sup>8</sup>. En la formación social del feudalismo se operó una transición a partir de que fue posible observar, fehacientemente, una variación que implicara la modificación radical en la relación funcional de sus elementos:

---

poderes de pretensiones universalistas, no sin mediar, como veremos, una lucha intensa entre éstos y aquéllos. Ver R.H.S., Crossman, *Biografía del Estado moderno*, México, FCE, 1974, pp. 23-25.

<sup>6</sup> Charles Tilly, *op. cit.*, pp. 143-144. Tilly ha calculado que para ese periodo, Europa estaba fragmentada en 1500 unidades políticas independientes, unas con pretensiones de poder universal y otras con alcances muy localistas.

<sup>7</sup> Werner Naef, *op. cit.*, p. 7.

<sup>8</sup> Carlos de Cabo lo explica muy claramente en su obra *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*, Vol. I y II, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.

esta variación la constituyó el agotamiento de la servidumbre<sup>9</sup> como mecanismo de extracción del excedente, combinado con el avance del capitalismo; combinación, que sin duda, supone una interacción compleja de ambos elementos.

El agotamiento de la servidumbre como mecanismo de extracción del excedente se produce como parte de las contradicciones internas al propio modo de producción feudal, que se derivaron de dos factores principalmente: por un lado, las exigencias crecientes de mayor renta de la clase dominante y, por otro, de la incapacidad del sistema para proporcionárselas. Esto es, cuanto más presionaba la nobleza al campesinado con un redoblamiento de las cargas feudales y la tendencia a conmutar prestaciones de trabajo por un pago en dinero, más apresuraba el agotamiento del sistema en el que basaba su riqueza<sup>10</sup>. Como lo explica Perry Anderson, las necesidades de renta crecían día a día por parte de la nobleza, debido, por una parte, a la exigencia de mayores recursos militares lo cual hacía repercutir en un incremento de las cargas de la tierra; mientras que por otra, *crecía el número de la clase dominante y con ello una clase parásita, económicamente improductiva, que era cada vez más ostentosa y despilfarradora*. Por supuesto, el modo de producción feudal que tenía como eje la servidumbre, no pudo solventar estas exigencias que implicaban presionar más y más a un campesinado, ya de por sí, gravemente sangrado<sup>11</sup>.

El clásico modo mediante el cual la clase dominante obtenía su ingreso, estaba en función del tiempo de trabajo que el siervo le dedicaba a la tierra; tiempo que aquél le restaba al destinado para solventar su subsistencia y la de su familia. Aumentar ese tiempo de trabajo –que ya de por sí, se encontraba en el límite de las posibilidades de trabajo del siervo- implicaba la

---

<sup>9</sup> Siguiendo a Maurice Dobb, por servidumbre entendemos: “una obligación impuesta al productor por la fuerza, e independientemente de su voluntad, de cumplir ciertas exigencias económicas de un señor ya cobren éstas la forma de servicios a prestar o de obligaciones a pagar en dinero o en especie (...) Esta fuerza coercitiva puede ser el poder militar del superior feudal, la costumbre respaldada en algún tipo de procedimiento jurídico o la fuerza de la ley”. En “La declinación del feudalismo”, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Buenos Aires, Siglo XXI Argentina editores, 1976, pp. 54-55.

<sup>10</sup> Anderson Perry, *El Estado absolutista*, México, Siglo XXI, 2003, p. 14.

<sup>11</sup> *Ídem*.

destrucción de las fuerzas productivas y, a su vez, redundaba en una disminución considerable de las posibilidades de recuperación de la tierra<sup>12</sup>.

Esta fuerte presión que se ejerció sobre el campesinado, lo orilló a desplazarse hacia las nacientes ciudades que empezaban a desarrollar una fuerte actividad comercial<sup>13</sup>, al mismo tiempo que las incrementaba. Esta huida de la tierra por parte de los vasallos, tomó dimensiones extraordinarias, al grado de contribuir a generalizar la aparición de bandas de salteadores, vagabundaje y levantamientos esporádicos de campesinos en rebeldía, mejor conocidos con el término francés como *jacqueries*. Este hecho se constituyó en una amenaza profunda al poder de los señores feudales, que derivó en un redoblamiento de la severidad de su poder, imponiendo fuertes penas al abandono de las obligaciones feudales y/o prohibiciones al aprendizaje de algún oficio por parte de los adscriptos a un señorío<sup>14</sup>.

Así pues, ante el peligro que suponía la mediana liberalización de las vidas de los campesinos y la dificultad de tenerlos bajo su tutela y opresión y, la amenaza, por otro lado, del ascenso de la burguesía, los señores feudales junto con la clase dominante aun de la última etapa del medioevo, prefirieron (muchas veces contra su voluntad) ceder poder a favor de reunirlos en un sólo centro que reorganizara y mantuviera los privilegios de clase. Ese centro lo ocupó la monarquía absoluta hasta encarnar en el poder del Estado absolutista; la tendencia a concentrar el poder en un sólo ente fue uno de los efectos que produjo la transición del feudalismo al capitalismo.

Es la monarquía-estatal frente a los otros estamentos del Estado feudal la que evidencia un carácter y un sentido de *lo estatal* de mayor alcance e intensidad. Pero esta intensidad y alcance desarrollados sólo se logran como parte de un despliegue de fuerza y estrategia que la monarquía absoluta y los

---

<sup>12</sup> Maurice Dobb, *op. cit.* El autor explica la baja productividad del trabajo en la economía feudal, debido en gran medida, a los métodos empleados y a la falta de incentivos para el trabajo, todo lo cual derivaba en un acelerado agotamiento productivo del suelo. Mucho menos contribuía el señor feudal, quien “era un mero parásito... (que) desalentaba iniciativas y secaba toda energía en sus fuentes al arrebatar al villano una parte exorbitante de los frutos de su esfuerzo, con lo que el trabajo era a medias estéril”, P. Boissonade, citado por el autor, p. 62.

<sup>13</sup> No obstante que nuestra explicación se concentrará en el periodo en el que el comercio ya está muy avanzado, alrededor de los siglos XIV, XV y XVI, precisamos que el renacimiento del comercio en la Europa occidental se empezó a observar a partir del 1100 d.C., como lo refiere Maurice Dobb, *op. cit.*, p. 56.

<sup>14</sup> *Ibidem.*, p. 65 y siguientes.

intereses de clase que representaba, necesitaban demostrar ante la inminencia de una transformación radical en el sistema económico y político; así fue como se constituyó en la más delineada forma estatal que centralizó los reacomodos de la clase dominante de ese momento, la aristocracia feudal, frente a una burguesía que avanzaba y potenciaba su poder como clase emergente. Sin embargo, este proceso no fue terso para la aristocracia feudal, la cual al encontrarse inmersa en una serie de cambios que ponían en riesgo sus privilegios, veía con recelo cualquier movimiento que no los afirmara con certeza; de ahí que al seno de la clase se dieran rupturas y desencuentros trascendentes. Lo anterior explica que el hecho de que ahora el rey fuera la figura representativa y más emblemática del Estado, ello no le valía en la realidad para ejercer un poder absoluto sobre todo los demás estamentos prevalecientes a esas fechas. No era absoluto<sup>15</sup> el poder del monarca con relación a los demás poderes del orden feudal, absoluta era la “pretensión” de dominio político y concentración del poder de la monarquía. Se puede hablar de un sistema monárquico relativamente “absoluto” o realmente efectivo, “cuando los cuadros o grupos que controlaban, sentían que sus intereses de clase quedaban mejor servidos políticamente intentando persuadir e influenciar al monarca que persiguiendo sus fines políticos a través de vías de acción alternativas”<sup>16</sup>. Con ese “servicio” que prestaba el monarca, crecía su legitimidad y su poder ante la clase dominante y contribuía a generarle la mayor de las lealtades.

Desde esa perspectiva, el Estado absolutista no fue un aparato de equilibrio entre la aristocracia feudal y la burguesía, sino más bien un instrumento de reorganización del poder a favor de la aristocracia feudal. Ante ese peligro que experimentaba con el desarrollo de la burguesía, quien ganaba cada vez más espacios de poder político y económico, la nobleza se reinventa en un aparato que concentra el poder y reorganiza la forma de explotación feudal.

---

<sup>15</sup> Aquí la idea de poder “absoluto” del monarca, no debe entenderse como poder ilimitado, sino como nos dice Mousnier como “no supervisada”, pues teóricamente el poder estaba limitado por la ley divina y la ley natural. Veáse Roland Mousnier en obra citada.

<sup>16</sup> Immanuel Wallerstein, *El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Madrid, 1979, p. 206.

El Estado absolutista se convirtió en realidad en *el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada*<sup>17</sup>.

El avance del capitalismo no puede ubicarse en un punto exacto de la historia, sino como un largo proceso que se inicia a partir de un desarrollo progresivo e intensificado del comercio –no obstante que desde siempre coexistió con el sistema de producción feudal, pero a pequeñas escalas-, en especial a partir de las grandes expansiones territoriales, fundamentalmente motivadas por expandir las zonas comerciales, conquistar territorios y someter a sus poblaciones. Con esos notables procesos, las ciudades-comerciales fueron creciendo gracias al campesinado que huía de los feudos y así, en medio de continuas luchas, dichas ciudades fueron obteniendo cierta independencia frente al poderío feudal. Esto contribuyó a socavar la economía y estructura feudal, al mismo tiempo que aparecía con ello, el ascenso de una oligarquía de perfil exclusivamente comercial dentro de la estructura de clases de la comunidad urbana.<sup>18</sup>

Pero no es sino hacia el siglo XVI cuando se puede hablar de una economía basada en un modo de producción capitalista: una economía-mundo europea<sup>19</sup>, en la que jugó un papel determinante para su posterior desarrollo el Estado absolutista, las más de las veces, sin pretenderlo de una forma planeada y consciente. Respecto a la apreciación de que es a partir del siglo XVI cuando se hace patente que la economía deja de ser eminentemente feudal abriendo paso a una de orden capitalista y, a su vez, se observa una

---

<sup>17</sup> Anderson Perry, *op. cit.*, pp. 11-13.

<sup>18</sup> Maurice Dobb, *op. cit.*, p. 94.

<sup>19</sup> Sobre la idea de economía-mundo véase Braudel por una parte y por otra a I. Wallerstein; este último explica los elementos conceptuales que la componen: “Es una entidad económica pero no política, al contrario de los imperios, las ciudades estado y las naciones-Estado. De hecho, precisamente comprende dentro de sus límites (es difícil hablar de fronteras) imperio, ciudades-Estado, y las emergentes ‘naciones-Estado’. Es un sistema mundial, no porque incluya la totalidad del mundo, sino porque es mayor que cualquier unidad política jurídicamente definida. Y es una *economía-mundo* debido a que el vínculo básico entre las partes del sistema es económico, aunque esté reforzado en cierta medida por vínculos culturales y eventualmente (...) por arreglos políticos e incluso estructuras confederales”. *Op. cit.*, p. 21 y subsecuentes. Un elemento fundamental de esta concepción de economía-mundo capitalista, es que ha sido construida sobre una división del trabajo a nivel mundial en la que varias zonas de dicha economía, estructurada de tal modo que cuenta con un centro, una semiperiferia y una periferia, cada una con un papel económico específico asignado. Este sistema de economía-mundo, desarrolla diferentes estructuras de clase y utiliza diferentes modos de control de la mano de obra y se beneficia desigualmente del funcionamiento del sistema. *Op. cit.*, p. 229.

tendencia en la consolidación de los elementos componentes del Estado moderno, tomamos la consideración que hace Wallerstein siguiendo a Braudel: “¿cuándo fue el siglo XVI? No es una cuestión sencilla, si recordamos que los siglos históricos no son necesariamente cronológicos (...) Los puntos de partida y los finales varían de acuerdo con la perspectiva nacional desde la que uno vea el siglo. No obstante, para la economía-mundo europea en su totalidad consideraremos a 1450-1640 la unidad de tiempo significativa, durante la cual se creó una economía-mundo capitalista (...)”<sup>20</sup>.

Precisamente para el establecimiento de esa economía capitalista, en la que *el modo de producción ahora consistía en la apropiación de un excedente basado en una productividad más eficiente y ampliada*, primero en la agricultura y luego en la industria, por medio de un mercado mundial, se necesitaba de aparatos estatales fuertes que la asistieran de manera “artificial”<sup>21</sup>, en el sentido de ajena o extraño al mercado.

Dos procesos redundaron en la fortaleza que necesitaba el Estado y que logró desarrollar más persistentemente el poder de la monarquía: la concentración del poder (característicamente fragmentado del orden feudal), creando por ello y para ello una burocracia ostensible; y, la creación de un ejército permanente y unificado.

Se requería crear instituciones que administraran las “adquisiciones” que generaba la guerra y los resultados de la expansión comercial<sup>22</sup>: tierras, bienes y gentes, implicando esto, a su vez, extracción de recursos,

---

<sup>20</sup> Immanuel Wallerstein, *op. cit.*, pp. 93 y subsecuentes.

<sup>21</sup> *Ibidem.*, p. 53.

<sup>22</sup> Un suceso determinante para Europa, fue la expansión hacia las Américas en 1492. Esto le permitió convertirse en un centro económico dominante en el mundo. Pero antes de esto, como nos recuerda Tilly en su obra *Las revoluciones europeas, 1492-1992*, “hasta el siglo XIV, Europa había sido la periferia noroccidental de un vasto sistema económico que se extendía hacia el Pacífico y cuyo eje eran los territorios del Asia Central dominados por los mongoles”. Un hecho tiene como evidencia esa afirmación: En el año 1000 dentro de las ciudades más grandes del mundo se encontraban: Constantinopla, Córdoba, Kaifeng, Sián, Kyoto, El Cairo y Hasa, quedando muy atrás Sevilla, Palermo y Kiev, ciudades europeas. Para 1300 Hangzhou, Pekín, El Cairo y Cantón eran las principales ciudades, en tanto París, Granada, Constantinopla, Venecia, Milán y Génova estaban dentro de las veinte ciudades más importantes. Especialmente es a partir del 1500 cuando el norte de Europa empieza a figurar como un polo dominante en el mundo, teniendo para 1700 por primera vez, las diez ciudades más grandes e importantes. Charles Tilly, Barcelona, Crítica Grijalva-Mondadori, 1995, pp. 41 y siguientes.

distribución de bienes, servicios, rentas y arbitraje de disputas<sup>23</sup>; todo ello exigía una más amplia organización administrativa con la que no se contaba anteriormente. Por ello no se puede explicar como una tendencia *natural* la creación de mayor burocracia, sino como el resultado de una mayor acumulación de capital y concentración de los medios coercitivos: administración de los bienes económico-comerciales y administración de los medios de y para la guerra. La creación de un ejército permanente y el desarrollo de mayor burocracia y, por lo tanto del desarrollo del Estado, estuvieron fuertemente implicados en su origen<sup>24</sup>.

Para el mantenimiento de un ejército como una organización relevante dentro del Estado en la consecución de sus objetivos de guerra, se requirió de una mayor y más articulada estructura administrativa complementaria; tal fue el caso de creación de tesorerías, servicios de abastecimiento, mecanismos de conscripción, negociados fiscales, entre otras que habrían de contribuir en la organización de los medios de coerción del Estado.

Con la creación de un ejército permanente y unificado -el cual elimina los servicios militares que para tales efectos prestaban los mercenarios- el Estado absolutista le arrebató a los otros poderes privados del orden feudal la posibilidad de ejercer legítimamente la violencia<sup>25</sup>. Se suprime la legitimidad de la violencia privada, pero no por decreto sino como un proceso que se constituyó, a la postre, en una nota característica del Estado moderno: el monopolio *legítimo* de la violencia estatal. A Max Weber se le atribuye el desarrollo de la idea de que el *monopolio legítimo de la violencia* es un

---

<sup>23</sup> Charles Tilly, *Coerción, op. cit.*, p. 43.

<sup>24</sup> J. A. Maravall en sus clásicas obras *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII* y *Poder, honor y elites en el siglo XVII*, desarrolla esta afirmación; no obstante, el autor toma en cuenta todo el tiempo factores de otro tipo, como los culturales, económicos y sociales, en *Revista de Occidente*, Tomo II, Madrid, Ediciones de la *Revista de Occidente*, 1972, pp. 511 y siguientes.

<sup>25</sup> Charles Tilly registra dos momentos relevantes de este proceso de *expropiación* de la violencia privada por parte de las monarquías: “En Inglaterra, los reyes Tudor suprimieron los ejércitos privados, redujeron el poder del soberano de los grandes nobles en toda la frontera escocesa, contuvieron la violencia aristocrática y eliminaron las fortalezas-castillo que antaño anunciaban el poder y autonomía de los grandes magnates ingleses. Luis XIII, el monarca del siglo XVII que, con ayuda de Richelieu y Mazarino, reconstruyó la fuerza armada del Estado francés, probablemente demolió más fortalezas de las que construyó. Pero las levantó en las fronteras y las destruyó en el interior. Para someter a los magnates y a las ciudades que se resistían a su gobierno, lo habitual fue que dismantelara sus fortificaciones, redujera sus derechos a portar armas y con ello disminuyera las posibilidades de toda futura rebelión seria”. *Op. cit.*, p. 112.



elemento constitutivo del Estado moderno: “Se debe entender por Estado una empresa institucional de carácter político, en la que –y en la medida en que– el aparato administrativo plantea con éxito la pretensión del monopolio de la coerción física legítima, en vista de la actuación de los ordenamientos”<sup>26</sup>. Sin entrar mucho en la polémica desatada por esta concepción de Estado, cabe advertir que se puede refutar desde la perspectiva de la *legitimidad de origen* de la violencia del Estado, toda vez que los procesos de construcción del Estado moderno, están saturados de violencia ilegítima, es decir, de violencia ejercida por grupos o elites de poder político, militar y económico privados, que al final terminaron por constituirse en los “representantes del Estado” y una vez en ese papel, legitimaron así la continuación de *su* violencia.

A medida que avanzaba la concepción de que los objetivos de la guerra y todo lo que a ella concernía, eran asuntos de orden público, de interés del Estado, se caminaba en dirección a desplazar la idea del ejercicio privado de los medios de coerción; al mismo tiempo que, por otra parte, se imponía a las arcas públicas su sostenimiento y financiamiento económico.

Sostener todos los gastos que implicaba un ejército permanente de carácter estatal, exigía mayores recursos al poder del Estado y si, como hemos dicho anteriormente, estaba en curso el agotamiento de las formas tradicionales de extracción de la riqueza en las inmediaciones de la transición que llevó del feudalismo al capitalismo, esto orilló a buscar otros mecanismos de recaudación de ingresos<sup>27</sup>. Un sistema nacional de impuestos, en su inicio, se empezó a desarrollar con esos efectos; beneficiándose de la tendencia hacia la forma dominante del dinero.

Así pues, la guerra<sup>28</sup> fue un elemento que ayudó a generar estructuras de Estado perdurables, con funcionarios que realizaban específicas tareas del

---

<sup>26</sup> Véase párrafo introductorio de *Economía y Sociedad*, t. I, México, FCE, 1944, p. 53.

<sup>27</sup> Alrededor del siglo XVI y debido a la multiplicación de los gastos y requerimientos de la guerra, “los Estados europeos empezaron a regular y expandir presupuestos, impuestos y deudas”. *Coerción, capital...*, *op. cit.*, p.119.

<sup>28</sup> Esta tesis es defendida por Charles Tilly, quien desarrolla elocuentemente en su obra, que la guerra y la coerción derivada de ella, fue determinante para la creación de Estados modernos. Las clases dominantes al constatar que la *coerción* funcionaba para conseguir acatamiento y las consecuencias benéficas para obtener ventajas de dinero, bienes y privilegios generalizados, vieron en la guerra el medio idóneo para alcanzar todo ello; situación que

poder público<sup>29</sup>, contribuyendo finalmente, a crear Estados en sentido moderno<sup>30</sup>.

Burocracia y ejército permanentes, con sus consecutivos sistema nacional de impuestos y monopolio de la violencia, así como de la pretensión de soberanía absoluta del monarca, constituyeron elementos fundacionales y estabilizadores del Estado moderno<sup>31</sup>; y en la transición a la que nos hemos referido, de la estructura del Estado absolutista.

Ya para 1700, el Estado europeo occidental observaba las notas políticas características de este tipo de Estado, el considerado moderno. Las técnicas empleadas para establecer dependencias de gobierno organizadas y especializadas habían sido aprendidas; no obstante, muchos organismos apenas estaban en proceso de nacimiento.

Dentro de esos elementos que contribuyeron a generarle estabilidad, el derecho jugó el papel de constructor de la nueva racionalidad del poder estatal; una justificación racional al nuevo orden social y político que encarnaba en las monarquías absolutas, y que generaba la posibilidad de organización y centralización del poder en la que ellas tanto se afanaban.

En esa lógica, no fue cualquier tipo de derecho, fue un derecho que traía un espíritu de unificación y abrogación respecto de la pluralidad de otros ordenamientos. La vocación de ser el único válido y reconocido. En la Edad Media prevaleció una pluralidad de derechos y ordenamientos producidos de cuanto estamento y poder existiera. A diferencia de ello, el derecho en la etapa del Estado absolutista tendió a unificar la legitimidad de su fuente de producción: el gobierno central de las monarquías.

Es el derecho romano el que logra apuntalar las necesidades de la época. Fue un derecho que expresó el sentimiento de soberanía de las monarquías absolutas, respecto al derecho de los otros.

---

podemos observar hasta nuestros días. No obstante, como buen historiador, Tilly nos advierte que la forma particular de hacer la guerra solía variar, dependiendo de tres factores íntimamente conectados: “el carácter de sus rivales, los intereses exteriores de sus clases dominantes y la lógica de la acción protectora emprendida por los Estados en beneficio de sus propios intereses y los de sus clases dominantes”. *Op. cit.*, pp.114 y subsecuentes.

<sup>29</sup> Administradores de la justicia, recaudadores de impuestos; también empieza a surgir un incipiente cuerpo de diplomáticos o consejeros del monarca dedicados a negociar los términos de la *no-guerra*.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>31</sup> *Los orígenes medievales del Estado moderno, op. cit.*, pp.148-149.

El derecho romano fue retomado durante el Renacimiento, el cual coincide con el ascenso del absolutismo y tuvo una excelente recepción debido a sus características más importantes. Es parcialmente estatal, lo cual sirvió a la transición de la pluralidad de derechos y ordenamientos medievales, a la centralidad del derecho en el Estado moderno<sup>32</sup>. Este carácter plural y parcialmente estatal, se debe a que el derecho de la antigua Roma estaba conformado por el derecho tradicional de la ciudad *ius quiritium* (*quiris*, nombre antiguo del ciudadano romano) o derecho quiritarario, o *ius civile*, entendido como el derecho de la ciudad. Además, se reconocía el derecho de los “otros”, el *ius gentium*, es decir, el derecho de los otros pueblos o gentes; este derecho estaba compuesto por las normas no romanas, las normas de los pueblos sometidos por el imperio romano, basadas en el principio de buena fe que servían para regular las relaciones entre los que no eran ciudadanos romanos<sup>33</sup>.

Al reconocer validez jurídica a los acuerdos entre particulares -algunos de ellos sin ser ciudadanos romanos- y los derechos de los otros pueblos y, por otra parte, contener normas producidas por la autoridad romana, el derecho romano posee la dualidad que necesitó la transición de la Edad Media a la época moderna: reconocimiento, por una parte, de los derechos de otros estamentos, en tanto se iba produciendo un derecho unificador, centralizador de la legitimidad de su fuente, la del Estado.

Otra característica fundamental para que el derecho romano tuviera la recepción que tuvo en la etapa del absolutismo, fue su matriz privatista, es decir, que desarrolla ampliamente los conceptos y los criterios jurídicos para regular la propiedad de las cosas y sin perder primacía, reconoce los acuerdos entre particulares. El derecho de propiedad, el derecho real por excelencia, es uno de los más desarrollados en el derecho romano; los romanos convirtieron una vasta cantidad de asuntos de la vida, en apropiables, incluso, a seres humanos (tal fue el caso de los esclavos). Precisamente este carácter del derecho romano sirvió mucho a los intereses de la época, pues emergía con mayor intensidad la actividad comercial y, por lo tanto, las transacciones entre particulares. La burguesía comercial y

---

<sup>32</sup> Perry Anderson, *op. cit.*, p. 21.

<sup>33</sup> Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 2006, p. 70.

manufacturera vio resguardados sus intereses económicos, en una estructura jurídica que protegía con creces el derecho de propiedad y la actividad comercial.

Al mismo tiempo, el derecho romano tuvo la cualidad de expresar el principio de soberanía absoluta que necesitaban los Estados feudales y sus monarquías reorganizadas. Fue así como se les restó poder y/o legitimidad para gobernar o producir derecho a los demás estamentos. Este derecho tenía in situ, la justificación de considerarse superior y no en virtud de mandato divino, sino de un dios cada vez más secular, la soberanía. Esta “fuerza especial” contenida en el derecho romano adoptado durante la etapa del absolutismo, lograba abrogar los otros derechos y le daba un peso de “calidad” al derecho producido por el Estado, el cual iba formando la concepción de que el único derecho autorizado, válido, era el derecho estatal. Los “otros derechos” tendrían, en principio, que ser validados o reconocidos por el Estado para considerarse como derecho legítimo.

Las *Ordonnances* dictadas por Luis XIV fueron el ejemplo más paradigmático del carácter y de esa “fuerza especial” que pretende el derecho en la etapa del Estado absoluto europeo del siglo XVII. Estas ordenanzas que entraron en vigor en 1667, regulaban las actividades en materia de organización del proceso civil y penal, de comercio y de derecho marítimo y de la navegación. Fue de los primeros ordenamientos con claras y expresas intenciones de abrogar el derecho producido desde otras fuentes distintas al soberano, que lo contraviniera o que fuera en otro sentido diferente al contenido de estas ordenanzas<sup>34</sup>. A diferencia del derecho producido por los señores feudales, que si bien era de formación autorizada y constituía la complejidad jurídica de la época, el derecho que se logra configurar durante el Estado absolutista tiene la potencialidad que le otorga la soberanía ejercida por el monarca y sólo por él. Este derecho es el que se encarga de elaborar la justificación racional, convirtiéndose en uno de los mejores recursos del soberano en su afán por legitimarse -al margen de la violencia pero sin dejarla de ejercer- y elevar la idea de ejercer la soberanía absoluta al contenido de las leyes de los hombres.

---

<sup>34</sup> Mauricio Fioravanti (edición), “Estado y Constitución”, en *El estado moderno en Europa*, Madrid, 2004, pp. 20-21.

Todos estos cambios experimentados en el terreno de las luchas por el ejercicio preeminente del poder político-económico y en esta fase del proceso de transición del feudalismo al capitalismo de tipo mercantil, tienen su correlato en el terreno de las ideas y de la cultura: el Renacimiento y la Reforma. Ambas fueron de las manifestaciones más importantes que evidenciaron los profundos cambios que se operaban en el interior de la sociedad feudal y su forma íntimamente religiosa de concebir el mundo. Renacimiento y Reforma se constituyeron en *una renovación profana y religiosa de la vida*<sup>35</sup>.

El Renacimiento tuvo un alcance y significación integral, que en términos comprensivos, fueron desde la cultura, la moral, la religión, las ciencias y las artes. Como lo hemos advertido con los otros procesos históricos a los que aquí nos hemos referido, el Renacimiento, asimismo, siguió un desarrollo desigual en las sociedades de los distintos Estados en ciernes; de ahí que se pueda hablar, por una parte, de la dispersión en el Renacimiento italiano<sup>36</sup> en función a sus distintas ciudades, así como de un alto grado de articulación del Renacimiento inglés<sup>37</sup>. En términos generales, las manifestaciones que dan lugar a la expresión Renacimiento, tienen como destino un “renacer”, un volver a ser, un ser reconstruido que toma elementos de la Antigüedad clásica como referente fundamental, para replantearse el orden medieval prevaleciente.

El Renacimiento da lugar al surgimiento de hombres inspirados en el sentimiento y percepción de que algo nuevo estaba sucediendo en el seno de las relaciones sociales. Sus acciones estarán impregnadas de ello, distanciándose de la concepción escolástica que dominó la forma de concebir el conocimiento<sup>38</sup> y de la creación artística de la época.

---

<sup>35</sup> Naef, Werner, *La idea del Estado en la edad moderna, op. cit.*, p. 28.

<sup>36</sup> Italia es considerado como el lugar de origen de ese gran movimiento espiritual.

<sup>37</sup> Hasta el siglo XVI se puede hablar de un “Renacimiento Europeo”, que a pesar de contradicciones y diferencias en su haber, observa cierta unidad. Agnes Heller, *El hombre del renacimiento*, citado por Carlos de Cabo Martín, *Teoría histórica... op. cit.*, p. 309.

<sup>38</sup> Pero este “nuevo saber surge al margen de la Universidad, a través de reuniones privadas o ‘Academias’ de muy libre acceso. Los más notables humanistas como Petrarca, Ficino, el Cusano, Pico de la Mirandola, no fueron profesores; la Universidad seguía anclada en el Aristotelismo y la lógica tradicional mientras en los centros del “nuevo saber” se optaba por el Platonismo y la defensa de la línea naturalista y científica de la cultura griega, que se

Así, el carácter propio del Renacimiento está dado por varias notas: *el nuevo tipo de Estado y de hombre, el nuevo sentimiento del Estado y de la personalidad, los nuevos contenidos y formas en el arte y en la ciencia*<sup>39</sup>. Un nuevo tipo de Estado, la ciudad-Estado, que hace recordar y resurgir a la antigua *polis*, conformada por ese nuevo tipo de hombre con un alto espíritu de individualidad y pensamiento autónomo que se empieza a gestar motivado por los cambios en la estructura económica y social de la época.

El Renacimiento, así, concentra toda su energía en el afán por aniquilar los vínculos feudales, no obstante sus manifestaciones no dejarán de tejerse con sus mismos hilos<sup>40</sup>: la aparición de un nuevo Estado o la idea de un nuevo Estado *como creación consciente y calculada, como obra de arte*; el sentimiento del surgir de un *nuevo hombre* que opone su espíritu de individualidad al de congregación, *temor infantil y superstición* del orden medieval, buscando derribar las *barreras de raza, pueblo, partido, corporación, familia*; la construcción de una *sociedad moderna* en la que se debe albergar la irrelevancia del nacimiento y la posición social, dando por el contrario mayor preeminencia al talento, la riqueza, la educación y el mérito propios; así como también “el papel determinante que desempeña la *Antigüedad clásica* en todo ello y en las más diversas manifestaciones de las formas sociales, de la religión y de las costumbres, factor éste de la Antigüedad clásica, sin el cual el Renacimiento ‘no hubiera llegado a constituir la alta necesidad histórico-universal que representó’<sup>41</sup>.

Como podemos deducir, con el Renacimiento ya se manifestaba con potencia el nuevo orden social, político y económico que estaba emergiendo y, de él se nutrían las ideas y sentimientos de una clase social, todavía minimizada por las otras clases dominantes. La idea de que esa *nueva sociedad moderna* debía dar mayor preeminencia al talento, la riqueza, la instrucción y

---

convertía en un antiaristotelismo militante, sobre todo en lo referente a la física y metafísica de Aristóteles”, *Teoría histórica del Estado... op. cit.*, p. 314.

<sup>39</sup> La precisión de estas características propias del Renacimiento se deben a Jacobo Burckhardt en su obra clásica *La cultura del Renacimiento en Italia*, citado por Werner Naef, *op. cit.*, pp. 20 y sigs.

<sup>40</sup> Estudiosos clásicos del tema como Burckhardt han señalado que desde la temprana Edad Media se puede observar un significativo número de elementos renacentistas y la influencia permanente de fuerzas medievales en el Renacimiento. De ahí que se diga que conviven en esa transición tanto elementos medievales como los ya propiamente renacentistas. *Ibidem*.

<sup>41</sup> Werner Naef, *op. cit.*, con elementos retomados de Burckhardt.

el mérito propios era una exigencia del espíritu de la clase mercantil que veía obstaculizado su reconocimiento en la estructura de clases, en virtud de que dependían directamente de la suerte de haber nacido en el seno de una familia aristócrata o de una posición social privilegiada por la realeza, con lo cual, por supuesto no estaban de acuerdo.

Pero no sólo en el terreno de las ideas había manifestaciones, sino también en el terreno de lo religioso. La Reforma evidenció las profundas discrepancias que ya empezaban a surgir en el interior de la Iglesia católica dominante y sus postulados doctrinales frente a los ideales de la nueva clase económica.

De hecho, el movimiento de Reforma le inyectó fuerza y potencialidad al auge del capitalismo y al espíritu de los *nuevos hombres*<sup>42</sup>, debido a que varias de sus ideas centrales estaban en íntima conexión con el mayor desarrollo del comercio y la libertad en torno a esa actividad.

La Reforma inició como un movimiento de denuncia de corrupción en la Iglesia católica liderada por Martín Lutero<sup>43</sup> e impulsada principalmente por dos fuerzas motoras: la Biblia como fuente de verdad y no la interpretación que de ella elaboraba y tergiversaba la Iglesia católica; y la nación como fuente de poder, no el papa ni el emperador<sup>44</sup>. Mientras la posición tradicional de la Iglesia católica prohibía la usura y condenaba pública y oficialmente las prácticas de la burguesía, por otra parte tanto ella como los emperadores dependían cada vez más de su fuente de riqueza. La denuncia de corrupción de la Iglesia por Lutero<sup>45</sup>, se constituyó en *un resultado inevitable de esta contradicción entre la moral predominante y el sistema económico de la*

---

<sup>42</sup> Algunos autores como Max Weber en su clásica obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, defiende que la Reforma es *causa* del auge del capitalismo, sin embargo, otros autores como H.R. Crossman en *Biografía del Estado moderno*, han señalado que el fenómeno del capitalismo no es exclusivo de los países protestantes.

<sup>43</sup> Movimiento que dio sus primeros y fuertes signos en 1517.

<sup>44</sup> Crossman, *Biografía del Estado moderno*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>45</sup> Teólogo alemán, cuya doctrina consistía en “la justificación por la fe. Para el más íntimo y profundo anhelo religioso del hombre, para su salvación, Lutero eliminó la función mediadora de la Iglesia; el hombre individual se sitúa, pues, directamente ante Dios. Por lo que afecta a su comportamiento, la ley suprema es para él la palabra divina, y para la salvación, lo decisivo es la gracia de Dios. La fe, empero, esta presuposición de la gracia, es un asunto personalísimo de cada alma humana, y no hay ninguna instancia terrena que pueda darla ni quitarla”, Werner Naef, *La idea del Estado en la Edad moderna*, *op. cit.*, p. 89.

época<sup>46</sup>. Denunciaba su secularismo, su riqueza y la corrupción de sus costumbres y, por otra parte, se planteaba que el individuo, hombre o mujer, podía estar en relación directa con Dios a partir de la sola lectura de la Biblia sin el sacerdote como intermediario. Pero esta primera etapa del movimiento de Reforma, que predicaba el mensaje de salvación personal por la gracia de Dios y de nadie más, tenía implícito una especie de retorno a la sencilla vida moral campesina<sup>47</sup>.

Por el contrario, con la evolución de los postulados y del programa religioso renovado y continuado más tarde por Juan Calvino, el movimiento protestante manifiesta su vocación de ruptura no sólo con la Iglesia católica sino con toda la forma que ésta tenía de plantear al sujeto dentro de la sociedad y sus relaciones al interior. Calvino, al contrario de Lutero -quien asumía una postura del ser humano de resignación ante la predestinación divina y su incapacidad para superarla-, planteaba que la glorificación divina se daba a partir de los esfuerzos individuales realizados durante el paso por el mundo terrenal. Los logros, éxitos y avances en la ciencia y la economía, serían producto del trabajo y la disciplina destinado a ello con el esfuerzo e iniciativa individual que pudiera desplegar cada ser humano. Esto convierte al hombre elegido en “sujeto de la historia” y no en un mero espectador pasivo como planteaban tanto los postulados de la Iglesia católica como Lutero con su resignación a la predestinación divina. Con este nuevo ideario, la iniciativa personal, el trabajo esmerado, la disciplina, la riqueza personal y la dedicación, fueron los nuevos elementos de la personalidad que serían bien vistos y reconocidos por Dios y por lo tanto, también por la *nueva sociedad*. Esto es lo que da origen a la afirmación de que Calvino hizo por la burguesía, en el siglo XV, lo que Marx hizo por el proletariado en el siglo XIX<sup>48</sup> y con ello, la importancia que le impregnó la ética protestante al desarrollo del capitalismo como enfatizara Max Weber.

---

<sup>46</sup> *Biografía...op.cit*, p. 44.

<sup>47</sup> Crossman es más severo que Werner Naef en su descripción sobre Lutero, su programa religioso y sus resultados. Describe a Lutero como un pensador incoherente como para aterrizar en un código social adaptado a la nueva edad capitalista. *Biografía del Estado moderno, op. cit.*, p. 45.

<sup>48</sup> R.H. Tawney, *La religión en el origen del capitalismo*, p. 119 y 207, citado en *Teoría histórica del Estado...op. cit.*, p 324.



El punto más álgido de esta doctrina llega con la ética del puritanismo, “en el que el esfuerzo, la disciplina y el trabajo llegan a la sacralización, compatibiliza el mundo de los negocios con los deberes religiosos hasta el punto de que el éxito en aquéllos es una prueba de gracia espiritual y de que Dios ha bendecido esa actividad y, en definitiva, se hace a la conciencia de cada uno juez del mercado”<sup>49</sup>; gracias a ello el hombre se reconcilia con Dios, acercando el mundo trascendente a la vida terrenal, es decir, lo humano logra representar también lo justo.

La creación de iglesias nacionales a que dio lugar la Reforma fracturó el poderío del papado y sus pretensiones de gobierno universal –aunque de orden espiritual, en realidad con una influencia y poder terrenal, hasta esa época, sin igual-, contribuyendo en la tendencia hacia una mayor concentración del poder en un sólo centro, iniciada por las monarquías-estatales. Éstas ahora tenían en el papado, a un rival debilitado y neutralizado, al menos, después de la ruptura que implicó la Reforma.

Finalmente, esta tendencia habría de llegar a un puerto: la consolidación del Estado-nación -de profunda inspiración liberal-, la forma de poder estatal que se impuso, sobre las otras, en la idea del Estado moderno.

### **1.1.2 La consolidación del Estado-nación<sup>50</sup> y los elementos contextuales más influyentes del proceso**

Como vimos en el apartado anterior, el Estado monárquico-absolutista fue la forma estatal más aproximada de lo que más tarde se consolidaría como el

---

<sup>49</sup> *Ídem.*

<sup>50</sup> Elegimos el término de Estado-nación para evitar confusiones respecto al contenido y los procesos históricos a los que nos estamos refiriendo con él y, en cierta medida, por ser la más ampliamente utilizada en los estudios sobre el Estado moderno. Pero lo utilizaremos más como el *programa* ideal que implicó y al que aspiraba, que como una realidad consumada en todas sus pretensiones, en atención a la advertencia que nos hace Charles Tilly –y quien a este tipo de Estado prefiere llamar “Estado consolidado”- del equívoco que, tanto el término Estado-nación como el término Estado nacional suponen. Así lo explica: “Fueron muchos los que hablaron del Estado-nación para referirse a este nuevo tipo de Estado. Yo me refería al Estado *nacional* hasta que comprendí la confusión que dicho término causaba. El término Estado-nación es equívoco, pues expresa un programa y no una realidad, y la expresión Estado nacional se presta casi a la misma confusión. Aunque muchos estados consolidados afirmaban contener un cuerpo homogéneo de ciudadanos procedente de un sólo pueblo, en realidad en muy pocos de ellos se daba esa situación...”, en *Las revoluciones europeas 1492-1992, op. cit.* p. 57.

modelo de Estado-nación. A pesar de haber sido la manifestación más elocuente de la reacción feudal ante los paulatinos cambios en la estructura económica y social, sus afanes terminaron poniendo la mesa para que se sentara a comer el capitalismo mercantilista.

El Estado monárquico-absolutista dejó sentadas las mejores bases para ello: la mayor concentración del poder en torno a un sólo centro preeminente, una burocracia profesionalizada desarrollándose; monopolio de la violencia a través de un ejército permanente y un derecho como marco racional justificatorio de su coerción; así como un sistema de tributación mucho más eficiente y con una población cada vez más identificada con relación a un territorio nacional determinado.

Respecto a la tendencia a delimitar más claramente el territorio nacional de los Estados, un hecho que se toma como punto de referencia es la firma del Tratado de Paz de Westalia en 1648. Este tratado puso fin a la Guerra de los Treinta Años librada entre el Sacro Imperio Romano y Francia, principalmente. Esta guerra estuvo motivada, en principio, por razones de orden religioso que derivó en un desgaste político y económico cuyo resultado obligó a los monarcas a ponerle fin con un tratado que sentaba las bases de un sistema interestatal más o menos duradero. Fue la última “gran guerra” civil por motivos religiosos. Pero sobre todo, la Paz de Westfalia fue relevante para la configuración del Estado-nación porque coloca, por primera vez, como piedra angular de las relaciones entre los Estados al principio de *soberanía territorial*, que tenía como objetivo delimitar lo más claro posible hasta dónde llegaban los límites territoriales de cada Estado. Con este acto diplomático, la inviolabilidad territorial dio forma a la existencia de un sistema interestatal y con ello la *promesa* de respetar los límites territoriales de cada Estado.

Por su parte, en el terreno de la religión, las ideas y las expresiones artísticas, con el Renacimiento y el movimiento de reforma, ya se habían sembrado las semillas necesarias para cosechar los frutos que daría la *nueva sociedad*.

Los Estados en los inicios del siglo XVIII estaban entrando en una carrera de industrialización, en la que llevaba la batuta la nueva clase económica integrada por comerciantes y empresarios, con la protección del Estado a

través de una política económica mercantilista. El mercantilismo, no obstante, no era una política económica homogénea en sus principios. Partía de la consideración de que la riqueza surgía no de la reciprocidad comercial entre países, sino para un sólo país y, por lo tanto, excluyendo a los otros. Para lograr esa riqueza nacional, el Estado desplegaba todas sus potencialidades al intervenir directamente en la conducción de la economía, al mismo tiempo que esa intervención redundaba en el fortalecimiento y consolidación de su poder. El mercantilismo se convirtió así, en la doctrina económica que mejor respondió a las exigencias de la fase de transición hacia el capitalismo, que dejaba atrás la confianza total en la agricultura como forma de producir la riqueza, trasladándola ahora al comercio y a la manufactura.

En esta fase económica mercantilista, el Estado se vuelve aún más agresivo en su política hacia el interior, para mantener y desarrollar un mercado unificado; así como también en sus políticas de rivalidad y competencia hacia el exterior, pues cada Estado cuidaba con celo el desarrollo de su mercado en su territorio y, a su vez, buscaba ganarle mercados a los otros, para exportar sus mercancías y acrecentar su riqueza nacional. Es así que para esas fechas “los estados, en mucha mayor medida que hasta entonces, impidieron el movimiento de capital, mano de obra, tecnología y dinero a través de unas fronteras cada vez más definidas, destinando todos esos recursos para utilizarlos dentro de las fronteras nacionales en beneficio del Estado y (a veces) de sus ciudadanos. Todos los estados tienen la prioridad en el seno de unos territorios relativamente bien definidos<sup>51</sup>”.

Se conformaban así, los Estados soberanos, que tendrían que respetar el derecho recíproco de tomar decisiones económicas, políticas y sociales hacia el interior, sin la interferencia de ningún otro poder externo. Es esta idea de soberanía exterior la que le otorga capacidad legitimadora a cada Estado-nación frente a los mismos de su género: ningún reconocimiento a poder superior alguno, que no fuese el del propio Estado, en los límites de su territorio y una población determinada. Con la relación y reconocimiento recíprocos entre los Estados (lo que más tarde sería toda una rama de la ciencia política y su quehacer, la diplomacia), la metáfora de Hobbes del

---

<sup>51</sup> Tilly, Charles, *Las revoluciones... op. cit.*, p. 54.

estado de naturaleza en el hombre, el *bellum omnium contra omnes* [la guerra de todos contra todos]<sup>52</sup>, para el caso de los Estados-nación (cuyo estado de naturaleza es la guerra) sería medianamente superada con el pacto explícito de no agresión, el acuerdo de la paz con ciertas reglas, por lo menos como aspiración. A partir de aquí se considerarían enemigos legítimos.

Es Hobbes, el filósofo-político que más contribuye con sus planteamientos en la superación del poder patrimonial, desarrollando la idea de la personalidad del Estado, esto es, el Estado como “hombre artificial” o “persona”, creado por los hombres para alcanzar la paz y, con ella la conservación de sí mismos. Lo anterior se constituyó en un punto sólido de apoyo en el atributo de soberanía.

Jean Bodin es otro pensador que desarrolla ampliamente la concepción de soberanía, convirtiéndola en un referente fundamental del posterior discurso del Estado moderno.

El Estado, situado como ficción jurídica, como persona artificial, encarna ahora la soberanía, dejando atrás la idea de que es sólo el monarca o el príncipe el detentador de la soberanía. En esta nueva concepción, son los órganos representativos del Estado los que ejercen la soberanía absoluta frente a cualquier posible surgimiento de poder interno o externo que pretenda disputarla.

El Estado moderno encuentra su expresión más nítida en lo que se ha idealizado como Estado-nación; una serie de elementos inaugurales y definitorios de su configuración, pretenden establecer una clara línea divisoria entre el orden feudal anterior como forma de organización social del poder y, el correspondiente a la época moderna.

Las notas características de ese nuevo orden estatal, estarán dados en adelante por: a) la territorialidad de los Estados soberanos, constituyendo con ella fronteras claras de unos frente a otros; b) el monopolio de la fuerza y los medios de coerción, incluido y en primer término, el del Derecho; c) el ejercicio impersonal del poder, es decir, el principio de separación de la identidad del poder con la religión y la persona y/o los grupos detentadores

---

<sup>52</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma o y poder de una república eclesiástica y civil*, segunda edición, México, FCE, 1980.

del mismo; y, d) la legitimidad con la que debía ejercerse el poder, sustentada, en la lealtad que debía conquistar el(los) gobernante(s) de parte de los ciudadanos, considerados en el tiempo inmediato anterior, sólo como súbditos obedientes, sin una implicación de ser sujetos de derechos; por supuesto, la legitimidad reflejada en la lealtad de los ciudadanos al Estado, estaría proporcionalmente inspirada en todas aquellas acciones y resultados a favor de intereses generales y del bien común -por supuesto, lo anterior como parte del discurso estatal- y sobre todo, de las lealtades generadas por la clase económica dominante.

Poder político centralizado, ejercido sobre una población y territorios definidos, dieron paso a la conformación del Estado-Nación, un proceso que nunca fue terso, como hemos visto, pues logró su confección no sólo gracias a los procesos de institucionalización y centralización del poder y por lo tanto, de una “evolución natural” de ordenamientos de poder precedentes, sino que forma parte de un proceso que se ha caracterizado por fuertes discontinuidades, por fracturas, por actos de violencia, de conquistas territoriales y colonizaciones, *mediante los cuales los conquistadores se enfrentan a un ordenamiento del poder y con un grupo político preexistente, y se ven obligados a recurrir a la vía de la centralización y de la racionalización jerárquica para el control de territorios y poblaciones desconocidos*<sup>53</sup>; procesos en los que ha sido práctica común, la imposición de la verdad de los ganadores.

Pero un elemento más habría de completar la nomenclatura del nuevo orden estatal, elemento de tipo sociológico que obedece a la necesidad de inspirar en la comunidad una identidad de tipo secular que trascienda, en alguna medida, la común identificación anterior de los individuos en torno a la religión oficial que decretaba el monarca o el gobernante en turno. Se trata de la Nación, la que caracterizaría Ernest Renan, como una gran solidaridad, un principio espiritual, constituida por la posesión común de un pasado y por el

---

<sup>53</sup> Pier Paolo Portinaro, *Estado. Léxico de política*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2003, pp. 37-38.

consentimiento de proseguir con esa vida en común; de ahí que en sus palabras, la Nación se considerase un “plebiscito cotidiano”<sup>54</sup>.

Pero más allá del sólo romanticismo con el que se pensaba la Nación, ésta fue una pretensión que representaba dos realidades: “en primer lugar, un intento sin precedentes por parte de los gobernantes de imponer una lengua, un sistema educativo, unas prácticas culturales y unas lealtades uniformes; en segundo lugar, la legitimación del principio de que si existía una población coherente y homogénea tenía el derecho a adoptar una posición política distinta, incluso a poseer su propio Estado”<sup>55</sup>.

Así, el sentimiento de nacionalidad fue exaltado y las más de las veces, utilizado con objetivos de manipulación por los gobernantes con la finalidad de mantener unido a un pueblo, incluso, heterogéneo en su constitución<sup>56</sup>; para fortalecer la legitimidad de un Estado apelando a una expresión de nacionalismo; para que la población apoyara el nuevo centro de religación en el que se convirtió el Estado moderno y con ello, generarle la mayor y mejor de las lealtades.

La construcción ideal-sociológica de la Nación coronó los esfuerzos intencionados de la clase burguesa, de terminar con el orden social feudal de fragmentación del poder y sus respectivos privilegios y lealtades, para culminar secularizando el poder y concentrándolo en un sólo ente, el Estado. Un Estado burgués, en el que el individuo racional y sin intermediarios divinos, se vuelve “la medida de todas las cosas”, una visión antropocéntrica heredera de la Ilustración, ese movimiento intelectual que nutrió con su contenido la formación de las instituciones políticas posteriores.

---

<sup>54</sup> Ernest Renan, *¿Qué es una nación?*, edición bilingüe, segunda edición, Madrid, Ediciones Sequitur, 2006.

<sup>55</sup> Charles Tilly, *Las revoluciones...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>56</sup> Resulta muy ilustrativo hacer notar que fueron muy pocos los estados que estaban integrados estrictamente como una *Nación*: “tal vez en Suecia y Noruega después de su separación en 1905 (si se ignoran los pueblos de Laponia), Finlandia tras la finalización de los decenios de 1920 y 1930 (olvidando también a los pueblos de Laponia), Dinamarca tras el hundimiento de su imperio, Irlanda y los Países Bajos si no se tiene en cuenta la escisión protestante-católica, Hungría después de la magiarización posterior a 1866 y de su contracción a raíz de los acuerdos que pusieron fin a la primera guerra mundial, y no muchos otros. Ciertamente, en Bélgica, Suiza, el Reino Unido, España, Francia y Prusia no han existido nunca poblaciones homogéneas desde el punto de vista cultural”. De lo anterior, se sostiene que la Nación y el Estado-nación sólo han existido como un ideal, como una pretensión y construcción psico-sociológica. Charles Tilly, *Las revoluciones...*, *op. cit.*, p. 57.

Si los siglos XV y XVI en el terreno de las ideas y la religión son identificados con el Renacimiento y el movimiento de Reforma, respectivamente, el siglo XVIII es el siglo de la *Ilustración*<sup>57</sup>. Mientras los monarcas y sus todavía exiguos estamentos feudales seguían oponiendo resistencia al ascenso de una cada vez más fuerte clase económica comercial, al mismo tiempo que ya dependían de ella y de su riqueza y la burguesía desplegaba toda su fuerza para acabar definitivamente con ese antiguo orden; el avance de la ciencia, la técnica y las ideas sobre el poder y el lugar que ocupaba el ser humano en el universo, estaban produciendo una forma y una estructura del pensamiento que terminaba de romper con ese antiguo orden social. La Ilustración planteaba, en términos de uno de sus principales portavoces, Immanuel Kant, que una época no podía obligar a la otra a no seguir un camino de ampliación de los conocimientos y el progreso. Ante la pregunta formulada de *¿Qué es la Ilustración?* Kant contestó:

La Ilustración es la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro (...) Sapere aude! ¡Ten valor de servirse de tu propio entendimiento!, he aquí el lema de la Ilustración (...)

Una época no puede obligarse ni juramentarse para colocar a la siguiente en una situación tal que le sea imposible ampliar sus conocimientos (sobre todo los muy urgentes), depurarlos de errores y, en general, avanzar en la Ilustración. Sería un crimen contra la naturaleza humana, cuyo destino primordial consiste, justamente, en ese progresar. Por tanto, la posteridad está plenamente justificada para rechazar aquellos acuerdos, aceptados de forma incompetente y ultrajante. La piedra de toque de todo lo que puede decidirse como ley para un pueblo reside en la siguiente pregunta: ¿podría un pueblo imponerse a sí mismo semejante ley?<sup>58</sup>

Esa “salida del hombre de la minoría de edad” remitía indefectiblemente a la entrada a otra *edad*, por medio de una fuerza motora que empezó a ser el

---

<sup>57</sup> La Ilustración es considerada como un movimiento fundamental en el orden de las ideas y la ciencia, que replantea los principios de que parte el pensamiento humano y que provee las bases para una nueva edad, la *Edad de la razón*, le llamarían muchos; al siglo XVIII otros le llamarían el Siglo de las Luces. No obstante, varios autores han hecho notar las *sombras* de ese proyecto utópico, como M. Horkheimer, T. Adorno, A. Heller, Boaventura de Sousa Santos, entre otros.

<sup>58</sup> J. B. Erhard, K. F. Freiherr von Moser, *et al*, *¿Qué es la Ilustración?*, “Respuesta a la pregunta que es la Ilustración?”, Immanuel Kant, estudio preliminar de Agapito Maestre, trad. Agapito Maestre y José Romagosa, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1989, p. 17, 22.

centro de toda proposición humana: *la razón*. Así, “cuando el siglo XVIII quiere designar esta fuerza, cuando pretende condensar su esencia en una sola palabra, apela al sustantivo *razón*. La razón se le convierte en punto unitario, central, en expresión de todo lo que anhela y por lo que se empeña, de todo lo que quiere y produce<sup>59</sup>”. Esta razón era la manifestación más emblemática de oposición al antiguo orden considerado “natural” de las cosas y de los seres humanos, dirigidos por una “razón divina”. En contraposición, esta “nueva” razón, sería totalmente producto del pensamiento humano, que regiría todos sus actos y la ordenación de la *nueva sociedad*. Una sociedad regida por principios formulados por el hombre y como resultado de su recién descubierto, profundo razonar. Las instituciones políticas tendrían en lo consecuente, una base de estructuración racional y por lo tanto, esquemas de justificación y no de arbitrariedad. La ciencia y la técnica, desarrolladas con la premisa de *absoluta objetividad*, premisa que llevaría a idealizarlas como resultado del pensamiento humano totalmente *aséptico*, negando y ocultando que toda actividad del ser humano puede estar investida de intereses *no generales*.

El siglo de las Luces, como también se le llamó al movimiento ilustrador, reivindicaba que la razón era la luz sobre la humanidad, en referencia a que el conocimiento y la sociedad feudal habíase encontrado durante siglos en la oscuridad del prejuicio, los mitos y la manipulación de la verdad. Lucha por ello, *contra el poder de la autoridad y la tradición*<sup>60</sup>; para dar paso al hombre

---

<sup>59</sup> Cassirer, Ernest, *Filosofía de la Ilustración*, *op. cit.*, p. 19. El mismo autor nos describe de esta manera el espíritu del siglo XVIII y las principales corrientes intelectuales: “Si queremos entender toda la estructura espiritual del siglo XVIII y darnos cuenta de su trama, tenemos que separar con claridad las dos corrientes intelectuales que confluyen en él. La forma cartesiana clásica de análisis y esa nueva síntesis filosófica, que se abre paso con Leibniz, actúan aquí conjuntamente y se penetran. De la lógica de los conceptos claros y distintos el camino nos lleva a la lógica del origen y de la individualidad, de la pura geometría a la dinámica y a la filosofía natural dinámica, del mecanismo al organismo, del principio de identidad al de infinitud, al de continuidad y al de armonía. En esta oposición fundamental radican las grandes tareas intelectuales que el pensamiento del XVIII tiene que dominar y que aborda, desde diferentes lados, en su teoría del conocimiento, en su ciencia de la naturaleza, en su psicología, en su teoría del estado y de la sociedad, en su filosofía de la religión y en su estética”, pp. 46-47.

<sup>60</sup> *Ibidem.*, p. 225.



como fundamento del mundo y de sus valores, “libre de Dios”: ése es el nuevo humanismo de la Ilustración<sup>61</sup>.

En realidad, toda la lucha que emprendió el movimiento *ilustrado* fue contra el antiguo orden feudal que se resistía a morir: su crítica a la dependencia de una razón *de exclusiva inspiración divina* y controlada por la Iglesia; la agricultura como fuente de riqueza; la tradicional estructuración de clases de la sociedad que no dejaba proyectar su fuerza a la nueva clase económica mercantil. En contraparte, ofrecía y propugnaba por una razón secularizada; una idea de progreso asociada a la confianza en el comercio y la propiedad privada, poniendo para ello a su servicio los avances científicos y tecnológicos<sup>62</sup>, como resultados de esa *razón humana*; insistía en una nueva estructuración de la sociedad y sus instituciones, que tuviera como centro al individuo y no a la comunidad medieval anterior. Pero a un individuo en cuanto propietario y, en segunda, en cuanto ciudadano con derechos frente al poder estatal. Un poder estatal, por su parte, que tendría que ser garante de esos derechos y vigilar el cumplimiento de las obligaciones ciudadanas, con un aparato de coerción dispuesto a actuar en el nombre de la *ley* y los principios formales en ella contenidos.

Cada una de estas ideas tenía a sus principales exponentes y fueron, a su vez, las que nutrieron de inspiración a las revoluciones burguesas que terminaron por romper con el antiguo orden feudal, siguiendo en muchos de sus puntos, el camino trazado por el Renacimiento y la Reforma.

Las ideas de John Locke<sup>63</sup> sobre el gobierno civil, la igualdad de todos y *los derechos naturales de propiedad* se constituyeron en la base ideológica con

---

<sup>61</sup> De Cabo, Carlos, *Teoría histórica del Estado...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>62</sup> Así lo expresan pensadores ilustrados como Voltaire para quien “la razón y la industria progresan juntas”. Cit. en *Teoría histórica del Estado...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>63</sup> Filósofo político inglés, es considerado por algunos como profeta de la iniciativa individual y de la libertad de contrato. Con sus ideas de los derechos naturales de propiedad, Locke expone una teoría de que la propiedad privada no se deriva del Estado, sino de los propios derechos naturales. “Una vez que el hombre ha *mezclado su trabajo* con un campo, un molino o una tienda, éstos son suyos absolutamente, y puede legarlos a cualquiera que desee”. Así, Locke concebía a Inglaterra como una nación de propietarios libres dedicados a acumular y a disfrutar libremente de su riqueza. Al considerar sólo a los *propietarios libres*, a Locke se le recrimina por no haber incluido en su esquema de análisis, por ejemplo, a los jornaleros o campesinos sin bienes. Como menciona Crossman, “no era bastante declarar a todos los hombres iguales cuando la inmensa mayoría se encontraba desposeída, sin educación y sin derechos”, en *Biografía del Estado moderno*, *op. cit.*, p. 86 y subsecuentes.

la que lucharon tanto en Inglaterra los propietarios representados en el Parlamento contra el poder de la monarquía; la clase económica dominante norteamericana en su Revolución de Independencia; así también se constituyeron en fuente de inspiración, en algunos de sus planteamientos, para la Revolución Francesa.

Montesquieu y J.J. Rousseau, por su parte, aunque muy distintos en el objetivo y la inspiración de sus defensas, sentaron las bases para la nueva división de poderes y el pacto originario que habría de dar sentido al Estado moderno y la nueva relación con sus gobernados: el primero, privilegiando al Estado con un gobierno monárquico, pero mediante una técnica de distribución equilibrada del poder; y el segundo, haciendo descansar el contrato social en una abstracta *voluntad general*, de la comunidad o del pueblo que trascendía por mucho la idea de los derechos individuales formulada por Locke. El pensamiento de ambos filósofo-políticos constituyó manifestaciones específicas de la Ilustración en el terreno de las ideas políticas. Comprenden dos direcciones teóricas diferentes: la de Montesquieu que, “aunque traza un programa reformista sobre la situación de Francia, tiene un indudable carácter conservador, con una visión oligárquica de la política, un protagonismo de los propietarios y una restringida interpretación de los derechos del individuo”; mientras que por su parte la de Rousseau corresponde a “una más radical que mantiene ya un programa alternativo, con una extensión de la participación en la política y una profundización en los derechos que alumbra ya una formulación democrática”<sup>64</sup>.

Estas fueron algunas de las formulaciones jurídico-políticas que proveyó el movimiento ilustrado para la formación de la *idea* de Estado moderno. No obstante, en la realidad, ese Estado se configuró más en función de las múltiples combinaciones de intereses surgidos de la lucha por el poder de las clases dominantes, que por abstracciones teóricas.

Así, entre la Revolución Industrial y su avance técnico científico –en el ámbito de las fuerzas productivas-, las Revoluciones burguesas y las ideas de la Ilustración, se terminó de imponer sobre el antiguo orden feudal, uno nuevo: un orden social secularizado, racional *eficientista*, cuyo centro sería de ahí en

---

<sup>64</sup> Carlos de Cabo, *Teoría histórica del Estado...*, *op. cit.*, pp. 113 y subsecuentes.

adelante el individuo independizado de Dios, con la naturaleza bajo su “racional” dominio; y, con una alta vocación y admiración por la concentración de la riqueza<sup>65</sup>.

Por supuesto, esta *nueva* forma de concebir al hombre, la naturaleza y las instituciones del poder impactaría indiscutiblemente en el Derecho y su formulación moderna. A su explicación dedicaremos el siguiente apartado.

## **1.2 La formación del Derecho moderno en dos momentos: el Estado liberal y el Estado social**

### **1.2.1 Primer momento: El estado liberal de Derecho**

#### **1.2.1.1 El discurso de los derechos individuales, el contrato social y la codificación**

La revisión y conocimiento de los procesos histórico-políticos que contribuyeron a la configuración del Estado en sentido moderno tienen como principal propósito en nuestra investigación, dejar más o menos evidenciadas las influencias de tipo político, económico e ideológico con las que se ha ido construyendo la racionalidad jurídica moderna. Imposible soslayarlas, si el Derecho como producto humano, es por ello un producto social y, como todo lo emanado de lo social, está impregnado de intereses, objetivos específicos y determinados de los individuos participantes, que se encuentran condicionados por las inquietudes de la época. No hay producto humano que no tenga su explicación histórica; y no hay historia que no refleje los conflictos de interés de sus actores.

En el marco del proceso de racionalización del poder, se fue construyendo la racionalidad moderna del Derecho ocultando aquellas premisas. Su

---

<sup>65</sup> Para dejar más clara la importante conexión que existió entre el desarrollo económico del siglo XVIII y el pensamiento ilustrado, otra expresión de Voltaire –uno de los más importantes exponentes de la Ilustración- como botón de muestra: “El comercio produce la riqueza; la riqueza hace a los hombres libres; la libertad favorece al comercio; y el resultado de todo ello es el engrandecimiento del Estado”. Citado en *Teoría histórica del Estado, op. cit.*, p. 78.

contenido se planteó lo más acercado a *objetividad y neutralidad; certero, transparente*, “libre” de prejuicios e ideologías. La *racionalidad del derecho moderno* se proyectó con esos elementos; retomó los supuestos de la ciencia moderna y se hizo propaganda; se dio a conocer con ellos y logró muchos adeptos, sobre todo, desde finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX. Pero estas pretensiones fueron producto de un proceso histórico que, como hemos revisado, estuvo marcado por la ruptura del viejo sistema social del medioevo y que dio cabida a uno de cuño capitalista, con la burguesía como clase dominante y cuya filosofía de ahí en adelante sería la del liberalismo individual.

El evento que marcó la ruptura definitiva con el antiguo orden feudal y dio entrada al pensamiento liberal que ya se estaba gestando desde al menos tres centurias atrás, fue la Revolución Francesa en 1789 y su ideario. Esto se debe, como nos dice Hobsbawm, a que fue, por mucho, la revolución más fundamental respecto a cualquiera de sus contemporáneas y, sus consecuencias, mucho más profundas<sup>66</sup>; “si la economía del mundo del siglo XIX se formó principalmente bajo la influencia de la Revolución industrial inglesa, su política e ideología se formaron principalmente bajo la influencia de la Revolución francesa”<sup>67</sup>. A decir de Hobsbawm, con la Revolución francesa, el país galo influyó en muchos órdenes de la organización política y social:

Entre 1789 y 1917, las políticas europeas (y las de todo el mundo) lucharon ardorosamente en pro o en contra de los principios de 1789 o los más incendiarios todavía en 1793. Francia proporcionó el vocabulario y los programas de los partidos liberales, radicales y democráticos de la mayor parte del mundo. Francia ofreció el primer gran ejemplo, el concepto y el vocabulario del nacionalismo. Francia aportó los códigos legales, el modelo de organización científica y técnica y el sistema métrico decimal a muchísimos países. La ideología del mundo moderno penetró por primera vez en las antiguas civilizaciones, que hasta entonces habían resistido a las

---

<sup>66</sup> Sobre las notas que más se pueden destacar acerca de la trascendencia de la Revolución Francesa respecto a otras revoluciones, Hobsbawm nos dice: 1) que dentro de la “era de revoluciones democráticas”, de las que la francesa fue solamente una, fue eso sí, la más dramática y de mayor alcance; 2) sucedió en el país europeo más poderoso y populoso – excepto Rusia-; 3) de todas la revoluciones que la precedieron y la siguieron fue la única revolución social de masas, e inconmensurablemente más radical que cualquier otro levantamiento; y 4) de todas las revoluciones contemporáneas, la francesa fue la única ecuménica. En *La era de la revolución 1789-1848, op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 61.

ideas europeas, a través de la influencia francesa. Esta fue la obra de la Revolución francesa<sup>68</sup>.

Lo anterior explica que el Código Civil francés fue considerado por los colaboradores de Napoleón, como de un contenido de “Moralidad Universal”<sup>69</sup>. Esa revolución produjo la Declaración (francesa) de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, junto con la Declaración de Derechos de Virginia de Revolución norteamericana en 1776, se constituyeron en una parte indispensable de la génesis estructural del derecho positivo y del pensamiento jurídico dominante posterior. El contenido de dichas declaraciones expresaban la más alta vocación del pensamiento liberal que ponía en el centro de todo al individuo. A partir del individuo se podría medir toda relación social; a partir del individuo la sociedad podría desplegar todas sus potencialidades. El liberalismo surgió como una ideología dispuesta a colmar –desde todos los flancos- las necesidades de un nuevo mundo<sup>70</sup> y su nueva sociedad, en la que se hacía descansar la satisfacción de la naturaleza humana en el atributo de riqueza individual, que en la sociedad medieval si bien era estimada, aún no era la preocupación central de sus relaciones sociales. Así, la esencia de esa nueva sociedad, se encontraba en la redefinición de las relaciones de producción entre los hombres, “pues entonces descubrieron que para explotar en toda su plenitud aquéllas no podían usar ni las instituciones ni las ideas que habían heredado”<sup>71</sup>. Precisamente, tanto el Estado como el Derecho fueron instituciones que necesitaron ser replanteadas desde sus fundamentos, con una nueva

---

<sup>68</sup> Hobsbawn, *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>69</sup>, ver Harold, Laski, *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1977, p. 194.

<sup>70</sup> Harold J., Laski, *op. cit.*, pp. 18-19. En esa misma tesitura, el autor continúa: “La razón de este anhelo de transformación es sencilla. El espíritu capitalista comienza a adueñarse de los hombres para fines del siglo XV. ¿Y qué significa esto? Pues, nada menos, que el objeto principal de la acción humana era la búsqueda de la riqueza. Mientras para la Edad Media la idea de adquirir riquezas estaba limitada por un conjunto de reglas morales impuestas por la autoridad religiosa, de 1500 en adelante tales reglas, y las instituciones, hábitos e ideas de ellas dimanados, se juzgan improcedentes. Se los siente nada más como restricciones. Se los elude, se los critica, se los abandona francamente, porque sólo sirven para estorbar el aprovechamiento de los medios de producción. Hacen falta nuevas concepciones que legitimen las nuevas oportunidades de riqueza que se han venido descubriendo poco a poco en las épocas precedentes. La doctrina liberal es la justificación filosófica de las nuevas prácticas”.

<sup>71</sup> *Ídem*.

racionalidad. Heredera del pensamiento liberal-individualista, esa racionalidad instituyó para el desarrollo de la estructura moderna del Derecho una referencia fundamental: el individuo; un individuo, abstracto e igual que, a diferencia de la característica regla del privilegio, anterior, dio fundamento a una nueva norma, ahora de tipo general y abstracta. Cambiaba así, el espíritu del Derecho medieval en el que había prevalecido los derechos de status, de clase, de territorialidad, de nacimiento, a un Derecho de individuos sin *caracterización, intercambiables, abstractos, “generales” e iguales*<sup>72</sup>, que desarrollarían relaciones entre sí, por ello, de “idílica igualdad”; relaciones sociales sólo determinadas, de ahí en adelante y en gran medida, por la riqueza y las posesiones de cada individuo<sup>73</sup>, que precisa y contradictoriamente, es lo que elimina la igualdad material entre ellos. La clave de la nueva organización social fue, pues, el interés individual.

Se asimiló que “una vez que el derecho no es objeto de una revelación, surge la posibilidad de afirmar que hay derechos inherentes al individuo, derechos universales inscritos en la razón humana<sup>74</sup>, lo cual significaba dejar atrás una concepción fragmentada y local del derecho, para avanzar en una concepción del derecho unificado y nacional, de presupuestos universalistas. Con esta inspiración, el Derecho moderno termina alojándose en la razón individual, “promovida como fuente de derecho, a *código primero*, donde están inscritos los principios jurídicos eternos”<sup>75</sup>, inicialmente, según la tradición de pensamiento iusnaturalista. Dicha razón individualista, cuya inspiración inicial residió en el pensamiento natural-racionalista, por una

---

<sup>72</sup> Así pues, “la garantía de igualdad, a su vez, ponía fin a ciertas situaciones discriminatorias en materia política (como la exigencia de nobleza y de *limpieza de sangre*, para acceder a cargos públicos), debiendo garantizar en principio la participación de todos en la política (mediante el sufragio universal)”, Hespanha, António Manuel, *Cultura jurídica europeia. Síntesis de un milenio*, edición al cuidado de Antonio Serrano González, Madrid, Tecnos, 1998, p. 174. No obstante, fundamentalmente eran *situaciones discriminatorias* que favorecían a la clase burguesa, pues las clases desposeídas estaban más preocupadas por alcanzar otro tipo de igualdad, la material, la que determina la supervivencia.

<sup>73</sup> Por supuesto, esta nueva concepción del individuo como eje de las nuevas relaciones sociales, dejó fuera al artesano, al campesino y a todo aquél que no tuviera *propiedades*. De esto, puede dar muestra elocuente una de las teorías más influyentes de la época, la de los derechos naturales de John Locke, quien relaciona íntimamente propiedad con ciudadanía.

<sup>74</sup> Arnaud, André-Jean, *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 64.

<sup>75</sup> Hespanha, *op. cit.*, p. 147.

parte, identifica axiomas sobre la naturaleza del hombre<sup>76</sup> y a partir de ahí, desarrolla procedimientos intelectuales que deducen de ellos, normas de conducta (morales), en primera instancia, y en un segundo momento, diseña normas con capacidad de coerción, es decir, normas jurídicas. Estos procedimientos eran por lo general los propios de la forma de razonar de la física y de la matemática<sup>77</sup>, pues elaboran un derecho con metodología susceptible de deducción, con lo que se precisa que a partir de principios racionales del derecho, se obtienen reglas jurídicas eternas, inmutables y precisas<sup>78</sup>.

Tanto el pensamiento iusnaturalista como el iusracionalista, dejaron su impronta en el pensamiento jurídico moderno, a la postre, convirtiéndose el iuspositivista en el dominante. Del primero, los elementos de evidencia, generalidad, racionalidad, carácter subjetivo, tendencia a lo positivo, como rasgos distintivos del derecho natural moderno; mientras que, por su parte, del racionalismo moderno, se suministra -influenciado por el método cartesiano-, “el poder de la razón individual para descubrir las reglas de lo justo, de una justicia que huyese de la contingencia, para radicarse en un orden racional (casi matemático) de la naturaleza (*mathesis universalis*) del que la razón participaba<sup>79</sup>”.

El discurso del derecho moderno fue, en gran medida, un reflejo de las grandes inquietudes y temáticas sociopolíticas, filosóficas y metodológicas de la época; una época determinada por la emergencia de *hombres libres*, volcados cada vez más, hacia la actividad del comercio y cuyo pensamiento *ilustrado* concentraba gran parte de sus energías en elaborar límites racionales al poder del Estado. Por ello, el derecho tuvo tres insumos importantes para su formación: i) el discurso de los derechos individuales, en los que, el derecho de libertad y de propiedad fueron los más exaltados, ii) el

---

<sup>76</sup> Algunos de ellos, tales como: “el hombre es guiado por el instinto de conservación (Locke), el hombre tiene un derecho natural a la autodefensa y al castigo de las ofensas que le son hechas (Locke), la justicia es aquello que al mismo tiempo se conforma como justicia y como bondad (Leibniz), la voluntad general es más que la suma de las voluntades particulares (Rousseau)”;

<sup>77</sup> *Ibidem.*, p. 147.

<sup>78</sup> Francisco Suárez (1548-1617) de la Escuela Ibérica de Derecho Natural, sentó las bases del deductivismo, que reinará después la metodología del derecho. En *Cultura jurídica...*, *ídem.*

<sup>79</sup> *Ibidem.*, p. 151.

contrato, como la abstracción en la que descansa la explicación racional del poder del Estado y sus límites; y iii) la tendencia a la *codificación del derecho*, como elemento necesario para darle estabilidad y seguridad a los presupuestos jurídicos contenidos en las leyes.

Respecto al discurso de los derechos individuales como informadores del derecho moderno, éste tiene su correlato, sobre todo, en el pensamiento del *liberalismo propietario*, es decir, en la doctrina que asoció la propiedad como condición de la libertad, en un primer momento y, en un segundo, la identificó con la ciudadanía activa. Los derechos individuales fueron concebidos como aquellos “derechos naturales de los individuos, anteriores a la ley positiva y cuya tutela y conservación constituían la verdadera razón del establecimiento de la sociedad civil (o política) y, por tanto, del Estado y de la ley”<sup>80</sup>. Estos derechos estuvieron profundamente inspirados en la concepción individualista de la época, que colocaba en el centro de todo al individuo y que planteaba la idea de que el Estado no tenía razón de ser sino para garantizar estos derechos naturales que existían antes de él.

Los derechos individuales serían, así, el límite de la acción del Estado, su freno, su referente para no volver al absolutismo del poder, pues no podría ser de otra forma, si la premisa era que estos derechos provenían de la naturaleza, mientras que el Estado era un artificio, una creación social. Así es que “la condición individual no resulta de la incidencia del estado colectivo, sino a la inversa: la naturaleza del hombre determina el orden de la sociedad”<sup>81</sup>.

El planteamiento de los derechos individuales emanados de la naturaleza, se concentra en los derechos de libertad, propiedad e igualdad. La libertad del *hombre nuevo* para hacer “lo que se desee”, teniendo sólo como límite la no interferencia en los derechos de los otros. Se trata de una libertad para que el Estado no interfiera en sus deseos; de una libertad de conciencia que, como heredera del movimiento de Reforma, exigía que cada ser humano pudiera profesar la religión o la creencia que a su fuero interno conviniera. Pero, sobre todo, concentra su elaboración teórico-racional en una libertad para

---

<sup>80</sup> *Cultura jurídica europea, op. cit.*, p. 183.

<sup>81</sup> Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 36.



poseer bienes que antes los señores feudales y la Iglesia concentraban monopólicamente. Una libertad para ser propietarios libres, para que se reconociera en las constituciones políticas de los Estados, la única y, de ahí en adelante, preponderante virtud del *hombre nuevo*: sus posesiones materiales.

Los derechos individuales, originariamente planteaban la igualdad de participación en la política –pero circunscrita a la condición de ciudadanía, la cual dejaba fuera a mujeres y no propietarios-, y propugnaba el principio general de igualdad ante la ley; fue una igualdad de tipo formal, pues dicha igualdad terminaba remitiendo para su garantía a la capacidad para poseer, sin tomar en consideración las condiciones materiales de acceso a esas posesiones. Este *individualismo posesivo*<sup>82</sup>, concebía al individuo “no como un todo moral; tampoco como parte de un todo social más amplio, sino como el propietario de sí mismo. La relación de propiedad se encontraba en la naturaleza del individuo (...) La esencia humana es la libertad de la dependencia de las voluntades ajenas, y la libertad es función de la posesión. La sociedad se convierte en un hato de individuos libres iguales relacionados entre sí como propietarios de sus propias capacidades y de lo que han adquirido mediante el ejercicio de éstas. La sociedad consiste en relaciones de intercambio entre propietarios. La sociedad política se convierte en un artificio calculado para la protección de esta propiedad y para el mantenimiento de una relación de cambio debidamente ordenada<sup>83</sup>”. Esta concepción se empeñó en relacionar libertad con propiedad y, ciudadanía con propiedad, planteando como condiciones para ser ciudadano que un hombre tuviera propiedades y fuera libre; condiciones de las que no disfrutaba la gran mayoría de la población para mediados del siglo XVIII e inicios del siglo XIX; se calculaba que sólo un diez por ciento eran ciudadanos activos, es decir, con derechos plenos de ciudadanía –derecho al voto, participación política, entre otros- sobre el total de “nacionales”. Este porcentaje disminuía tratándose de zonas coloniales o poscoloniales, como

---

<sup>82</sup> Concepción desarrollada por C.B. Macpherson, en su obra *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Barcelona, segunda edición, edit. Fontanella, 1979. Ver cap. VI, pp. 225 y sig.

<sup>83</sup> *Ibidem.*, p. 17.

los países latinoamericanos<sup>84</sup>. A lo anterior, subyacía la idea de “que las mujeres, los campesinos (los *rústicos*) y los indígenas de las colonias servían menos para la vida civil y la política, y que la calidad de propietario hacía emanar seriedad y compromiso políticos”<sup>85</sup>. En síntesis, los principales supuestos de dicha concepción giran en torno a las siguientes proposiciones: I) Lo que hace humano a un hombre es ser libre de la dependencia de las voluntades de los demás. II) La libertad de la dependencia de los demás significa libertad de cualquier relación con los demás, salvo aquellas relaciones en las que el individuo entra voluntariamente por su propio interés. III) El individuo es esencialmente el propietario de su propia persona y de sus capacidades, por las cuales nada debe a la sociedad. IV) Aunque el individuo no puede alienar toda su propiedad sobre su propia persona, puede alienar su capacidad para trabajar. V) La sociedad humana consiste en una serie de relaciones mercantiles. VI) Dado que lo que hace humano a un hombre es la libertad de las voluntades ajenas, la libertad de cada individuo solamente puede limitarse justamente por unas obligaciones y reglas tales que sean necesarias para garantizar la misma libertad a los demás. VII) La sociedad política es una invención humana para la protección de la propiedad que el individuo tiene sobre su propia persona y sobre sus bienes, y (por tanto) para el mantenimiento de relaciones de cambio debidamente ordenadas entre individuos considerados como propietarios de sí mismos<sup>86</sup>.

Así, la *nueva sociedad* rendía ahora culto a la posesión y, por consiguiente, a la propiedad; y el derecho se convertía en el receptáculo por antonomasia de la materialización de ese culto. Paolo Grossi describe extraordinariamente la centralidad de la propiedad en la sociedad moderna:

De manera contraria a la civilización medieval, extremadamente variada y compleja, y por eso mismo difícilmente interpretable en sus núcleos más consolidados, la nueva civilización, unidimensional, anquilosada en su perenne terrenalidad, estable en apariencia sobre una sola base sustentadora, absolutamente simple y lineal, no ofrece problemas al intérprete: sólo hace cuentas con quien *tiene* y se dedica con afán, en su pobreza de valores, a crearse otros nuevos, exaltando instrumentos meramente históricos con la exigencia de absolutizarlos aun a costa de deformarlos. La propiedad individual encuentra, de esta manera, un nicho bien provisto dentro del “orden natural de las sociedades políticas”, y el

---

<sup>84</sup> Ver *Cultura jurídica, op. cit.*, p. 175.

<sup>85</sup> *Ídem.*

<sup>86</sup> *Ibidem*, Ver cap. VI, pp. 225 y sig.

propietario, por la sola posesión de sus bienes, sufre una palingenesia que lo separa de los mortales y lo coloca entre los modelos. El culto del *tener*, en una civilización tan insensible a la consagración como la individualista, reemplaza viejas vocaciones extraterrenas, constituye una ética nueva y se traduce en una teología del *tener*, con gran abundancia de ritos y celebrantes. Si a esto se agrega que la operación cultural va acompañada por una eficaz operación política que atribuye al Estado la garantía de las riquezas a quien legítimamente las posee, esto es, que hace suyos los intereses de los ricos, se comprende que la idea de la propiedad como derecho natural y del propietario como ciudadano por excelencia eche raíces firmísimas; esas raíces que el perfil ideológico corroboraba de manera profunda<sup>87</sup>.

El derecho de propiedad se concibió como una extensión del derecho de libertad, como un derecho sagrado e inviolable del individuo de disponer libremente de todos sus bienes. Para ello, se partió de considerar a la propiedad como un derecho natural, absoluto; una propiedad libremente utilizable -referida a la libertad de industria-, libremente disponible, es decir no limitable por derechos señoriales -derecho foral-, del común -derechos de pastoreo, de rotación de cultivos, entre otros-, así como no limitable a los derechos relativos a las formas de propiedad familiar vinculada<sup>88</sup>. Frente a este derecho de libertad y propiedad, el Estado sólo debía limitarse a respetar y garantizar. Uno de los máximos representantes de esta elaboración teórica, John Locke, explicaba al respecto:

La propiedad, cuyo origen se encuentra en el derecho de un hombre a utilizar cualquiera de las criaturas inferiores para la subsistencia y comodidad de su vida, tiene como fin el beneficio y la sola ventaja del propietario, de manera que puede incluso llegar a destruir, al usarlo, aquello que tiene en propiedad, si la necesidad así lo requiere. Sin embargo, el gobierno tiene como propósito la preservación de los derechos y propiedades de cada hombre, protegiéndolo de la violencia y de la injuria de los otros, y por ello su fin es el bien de los gobernados; porque la espada del magistrado ha de ser *el terror de los agentes del mal*, y mediante ese terror ha de forzar a los hombres a observar las leyes positivas de la sociedad, creadas conforme a las leyes de la naturaleza y destinadas a promocionar el bien público, esto es, el bien de todos y cada uno de los miembros particulares de esa sociedad, en la medida en que las leyes comunes pueden ayudar a este fin. El magistrado, por tanto, no recibe su espada para su propio y exclusivo bien<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> *Historia del derecho de propiedad*, Barcelona, Ariel Derecho, 1986, p. 21.

<sup>88</sup> *Cultura jurídica...op. cit.*, p. 174.

<sup>89</sup> John Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, edición Joaquín Abellán, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, p. 134. Macpherson califica como *la hazaña de Locke* el hecho de que, con su teoría del derecho natural de la propiedad, logró superar los supuestos restrictivos de la apropiación capitalista. “Minó la descalificación moral con que hasta entonces se había visto lastrada la apropiación capitalista ilimitada. Aunque sólo hubiera hecho esto, su hazaña tendría que calificarse de considerable, pero hizo todavía más. Justificó también, como naturales, una diferencia de clases en derechos y en racionalidad, y al hacerlo proporcionó

Locke argumentaba en su teoría que existían derechos individuales *naturales*, es decir, derechos individuales preconstituidos desde el estado de naturaleza, es decir, preexistentes, anteriores a la conformación de las sociedades políticas, o el Estado; éste tendría como principal cometido respetar y garantizar esos derechos naturales. Sería esa, en realidad, la premisa fundamental de existencia del Estado.

Dentro de esa elaboración teórica, trató de justificar el derecho de propiedad como un derecho natural y el origen *natural* de la propiedad misma.

En ese sentido, la concepción de *posesión individual* modeló con fuerza los conceptos de libertad, derechos, obligaciones y justicia del siglo XVII<sup>90</sup> y los posteriores e, influyó, sin duda, la estructura del Derecho moderno, tal como se puede verificar en las Declaraciones de Derechos (francesa y norteamericana) y las Constituciones de la época<sup>91</sup>.

Como decíamos anteriormente, el Estado frente a los derechos individuales *naturales*, debía limitar su existencia a respetarlos y a garantizarlos. Para ello, se desarrolló la idea de *contrato*. Un *contrato social* o *pacto político* (según cada concepción), que permitiría salir a los hombres del *estado de naturaleza* primigenio en el que se encontraban, para dar paso a un acuerdo de todos los individuos para crear un Estado o una sociedad política, que tendría como único fin, hacer respetar esos derechos naturales del individuo. La idea es que estos derechos “no podían desarrollarse plenamente en el estado de naturaleza, pues el libre desenvolvimiento de los derechos de uno chocaría contra idéntico desenvolvimiento de los derechos del otro”<sup>92</sup>. En términos de Hobbes, el “estado de naturaleza”, es un estado de guerra, de

---

una base moral positiva a la sociedad capitalista”. Ver *La teoría política del individualismo posesivo*, *op. cit.*, p. 190-191.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>91</sup> La Constitución francesa de 1791; la Constitución de Virginia como las más emblemáticas al respecto. Esa misma concepción y el modelo jurídico derivado serían importados a más países de América. Respecto a la centralidad del derecho de propiedad en la concepción de los derechos subjetivos naturales, el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (francesa) es paradigmático, pues lo consagra como un derecho “sagrado e inviolable”; “y las “consecuencias de la propiedad, derecho de usar y gozar de la cosa y de disponer de ella por contrato; y también la propiedad que uno posee sobre su persona; y otras libertades”, Michel Villey, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Scire Universitaria, 2003, p. 101.

<sup>92</sup> Hespanha, *Cultura jurídica*, *op. cit.*, p. 157.

todos contra todos y, en esa medida, un peligro siempre latente de perderlo todo, hasta la vida; de no tener garantizadas las mínimas necesidades básicas vitales. En Locke, este estado de naturaleza, desde el que parten los derechos de libertad, propiedad e igualdad, es totalmente insuficiente como garantía de las facultades individuales. Es por ello, que “una vez constituida la sociedad civil a través del contrato, la suerte de tales derechos quedaría bastante comprometida, aunque la opinión de los autores variase en relación a este punto. Sin embargo, los sujetos recibirían garantías públicas en relación con aquellos derechos que hubieran sido confirmados”<sup>93</sup>. En síntesis, desde esta lógica la premisa de que se partía –y que fue fundamental para la formación del derecho moderno<sup>94</sup>- en términos generales y con diferencias según autores, era la existencia de un derecho innato de cada hombre al desarrollo de su personalidad, en el que “el contrato social tenía como objetivo garantizar ese derecho en la vida social, creando una entidad (el Estado) que asegurase a cada uno la satisfacción de sus derechos siempre que no perjudicase los derechos de los otros. Así, si por el contrato social se creaba el derecho objetivo, no se creaban derechos subjetivos: éstos existían antes del propio orden jurídico objetivo, eran su fundamento y su razón de ser”<sup>95</sup>.

Pero también está otra perspectiva distinta para entender este *contrato social*, que fue la explicación de Rousseau. El pensador ginebrino construye su argumentación de *contrato social*, si bien bajo la idea similar de que éste constituye el paso del estado de naturaleza al estado civil, para él la libertad individual quedará limitada en aras de la conformación de un cuerpo moral y colectivo guiado por una suma de fuerzas indivisa: la voluntad general. La esencia del pacto social, Rousseau la sintetiza en los siguientes términos: “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo”. Al problema de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de

---

<sup>93</sup> *Ídem*.

<sup>94</sup> En la que tuvo una influencia decisiva la corriente del iusnaturalismo individualista, algunos de corte “absolutista” como Hobbes, otros liberales como Locke.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 158.

cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes”, es a lo que precisamente ayuda a resolver el contrato social. En ese sentido, la cláusula más importante de este pacto, explicará Rousseau, consiste en “la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad. Porque, en primer lugar, al entregarse cada uno por entero, la condición es igual para todos, y, al ser condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás (...) Es decir, dándose cada uno a todos, no se da a nadie, y, como no hay ningún asociado sobre el que no se adquiera el derecho que se otorga sobre uno mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y más fuerza para conservar lo que se tiene”<sup>96</sup>. Por ello, Rousseau nos habla de que al contratar, el individuo tendrá pérdidas de su libertad natural, pero esa pérdida será compensada con una libertad civil, mucho más duradera y con un sentido moral incomparable, pues...

Este paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy importante, al sustituir en su conducta la justicia al instinto, y al dar a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. Es entonces solamente cuando la voz del deber reemplaza al impulso físico, y el derecho, al apetito, y el hombre, que hasta ese momento no se había preocupado más que de sí mismo, se ve obligado a actuar conforme a otros principios, y a consultar a su razón en vez de seguir sus inclinaciones (...) Lo que el hombre pierde con el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le apetece y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no equivocarse en esas compensaciones, hay que distinguir claramente la libertad natural, que no tiene más límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general, así como la posesión, que no es más que el efecto de la fuerza o el derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede fundamentarse más que en un título positivo. En el haber del estado civil se podría añadir, a lo dicho anteriormente, la libertad moral, que es la única que convierte al hombre verdaderamente en amo de sí mismo, porque el impulso exclusivo del apetito es esclavitud y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad<sup>97</sup>.

De lo anterior, se desprende una diferencia sustancial respecto al planteamiento de Locke. En Rousseau, la libertad civil que el individuo obtendrá gracias al contrato social estará limitada por la voluntad general y ésta no es la simple suma de voluntades individuales, sino una voluntad indivisa que tiene en su espíritu, una voluntad común; pero además, la propiedad para Rousseau no se entiende como natural, que a decir de él, no

---

<sup>96</sup> Las tres citas referidas pertenecen al capítulo VI *Del Pacto social*, en *El contrato social o principios de derecho político*, traducción y estudio preliminar de María José Villaverde, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 15-17.

<sup>97</sup> Capítulo VIII, *Del estado civil*. *Ibidem*, pp. 21-22.

puede fundamentarse más que en un título positivo, es decir, en un derecho positivo. De ahí que sólo “el contrato, es en el Estado, el fundamento de todos los derechos”<sup>98</sup>.

Una vez elaborados el fundamento general de los derechos individuales y la abstracción mediante la cual lograrían su viabilidad, es decir a través del pacto social, el camino del pensamiento jurídico llevó a considerar la idea de *codificación* del derecho, como un proyecto que haría tangible las propuestas de inmutabilidad y universalidad de los presupuestos filosóficos del derecho. Las ideas de existencia de un orden jurídico anterior a las leyes civiles, fundadas en un derecho natural inmutable, universal, serían codificadas con el objetivo de lograr su cientifización por un lado –es decir, su orden, su objetivación, su racionalidad- y, por el otro, le daría estabilidad a los conceptos y categorías jurídicos, evitando a toda costa criterios contingentes en los mismos. A fines del siglo XVIII empieza la tendencia en Europa de codificación moderna del derecho; pero los códigos modernos tienen notables diferencias respecto a las codificaciones que se había llevado a cabo en épocas anteriores<sup>99</sup>. Aquellos se presentan como ordenamientos sistemáticos, “dominados por un orden intrínseco, lo que les confiere, a nuestros ojos, un aspecto *ordenado* que contrasta con el plan arbitrario de los códigos anteriores”<sup>100</sup>. Por otra parte, se distinguen de los códigos anteriores, en virtud de que pretenden ser disposiciones de un contenido con tendencia a la eternidad, por lo tanto, liberados de las contingencias del tiempo<sup>101</sup>.

Con el movimiento de codificación moderna se proyecta en toda su dimensión, la idea de una legislación universal. La obra de Jeremy Bentham tiene un papel fundamental en este movimiento. Para él, el *Código* tenía que ser completo, formar *un sistema normativo cerrado, lógicamente concatenado, justificable según el principio científico de la utilidad*. Bentham como uno de los filósofos y juristas más representativos del utilitarismo, planteaba que el universo está compuesto sólo de individuos y que el único

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>99</sup> Entre los códigos antiguos más importantes se encuentran el *Código de Hammurabi* (1700 ac.C.) y el Código de Justiniano (529), pero que a diferencia de la moderna tendencia codificadora, aquéllos tenían más el simple y llano objetivo de *integrar* colecciones diversas de reglas jurídicas presentadas de forma *escrita*.

<sup>100</sup> Hespanha, *Cultura jurídica...*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>101</sup> *Ídem*.

fin de nuestras acciones sería ponerlas al servicio del individuo, en particular, al servicio de su *placer*. El medio para lograrlo, desde su perspectiva, era el derecho, pero el derecho entendido como una legislación; así, *una legislación universal*. La función del derecho sería la de ser una legislación objetiva, científica, convirtiéndose en medio de maximización del placer y de reducción de las penas. Bentham no creía en las teorías del “estado de naturaleza”, de los “derechos naturales del hombre” y la creación abstracta de un “contrato social”, pero sí defendía la existencia concreta de *legisladores*, cuya racionalidad podrá construir una legislación universal<sup>102</sup>.

La tendencia codificadora, en general, consistió en que los Estados se daban para sí códigos, civiles, penales, comerciales, de procedimientos civil y penal, cuyo contenido organizaba en un sistema normativo coherente, las nuevas relaciones sociales gestadas al seno de una sociedad secularizada y con una economía mercantilista. La idea de *código* remitía a libros que contenían normas jurídicas unificadas y sistematizadas, emanadas de una autoridad legislativa competente del Estado. Dicho conjunto de reglas jurídicas estaría caracterizado “por la unidad de la materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos antes vigentes, y destinado a durar por mucho tiempo”<sup>103</sup>. De lo anterior, se desprenden varios elementos que hacen distinguible las pretensiones de la tendencia codificadora del derecho:

1. *La unificación* de los distintos derechos locales y fragmentados del orden feudal, por una ley única y, por ello, uniforme, integradora, proveedora de criterios únicos para diseñar las normas jurídicas de cada materia. Esta pretensión de unificación, respondía al proyecto global de unificación de la sociedad, de homogenizarla, de suprimir las diferencias en su interior, aunque ello sólo se consiguiera en la

---

<sup>102</sup> Para el jurista inglés, que tenga como ley científica “que toda acción del hombre está movida por la búsqueda del placer y la huida de las penas”. Ver Villey, Michel, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, pp. 103-105.

<sup>103</sup> Gionvanni Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, FCE, 1995, p. 39.



apariencia y en su espíritu menospreciara la riqueza de las diferencias étnicas y culturales. Con la unificación del derecho, a través de un código, se integraba en un sólo texto legal de observancia general, las normas jurídicas válidas que los súbditos/ciudadanos tendrían como garantías de derechos y como obligaciones para respetar. Pero además, con el *código* se suprimiría, en todo lo posible, los márgenes de arbitrariedad y voluntarismo con los que habían interpretado y aplicado el derecho los juristas del antiguo orden social. El código sería el nuevo *epicentro* del orden jurídico moderno y de sus fuentes; superaría el anterior fraccionamiento legislativo, sustituyendo “a una miríada indescriptible de fuentes jurídicas”<sup>104</sup>.

2. La *sistematización* de los contenidos y categorías jurídicas con la codificación, lograría un mayor ordenamiento de la materia jurídica según un preciso *sistema*. Y, como un sistema que remite a un conjunto de *reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí*, el código se ordenó en función de reglas y principios jurídicos uniformes por materia, ya fuera para los asuntos civiles, penales o mercantiles, por mencionar algunos. Esta sistematización, este orden otorgado a la regulación jurídica, tenía otra pretensión aparejada: la de generar seguridad jurídica a los ciudadanos, es decir, a partir de supuestos jurídicos previamente establecidos en un texto legal uniforme emanado del poder estatal central, el ciudadano tendría certeza y claridad de cuáles serían los criterios con los que se regularía su actuar y con los cuales se procuraría justicia.
3. El camino hacia la mayor *concentración del poder* en el Estado y no en estamentos sociales, políticos y religiosos, también se veía acelerado con la codificación del derecho. Con esto, se afirma la estatalidad del derecho y su monopolio de la producción jurídica.
4. *Seguridad jurídica, generalidad y abstracción*. Principios que pretenden una respuesta de largo aliento por parte del ordenamiento jurídico a problemas concretos de la realidad jurídica, pero planteados

---

<sup>104</sup> Pío Caroni, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 25.

de tal manera que la solución a ellos proporcione un marco jurídico previsible para todos los destinatarios considerados todos iguales sin considerar desigualdades materiales ni con identidad predeterminada. De ahí la generalidad y la abstracción, ambos elementos también le proporcionarían al destinatario de las normas jurídicas, el principio iuspositivista por excelencia: la seguridad jurídica.

Así pues, el pensamiento codificador que también se convierte en el programa materializado de la época de las Luces, se encuentra habitado por dos ánimas: “una estatalista y una garantista. La primera impulsa en gran medida la producción estatal del derecho por medio de la legislación como consecuencia de las aspiraciones del soberano absoluto y, en particular, de su deseo de reproducir a nivel jurídico-legislativo la plenitud (y, por lo tanto, la exclusividad) de su poder político. La segunda ve en la fijación del derecho la premisa de la seguridad jurídica y, por lo tanto, de la emancipación del ciudadano *vís-a-vís* del aparato burocrático”<sup>105</sup>.

Con esa lógica, el primer proyecto de código moderno fue presentado por Leibniz, llamado *Corpus iuris reconcinatum* de 1672, pero quedó sólo en idea, en propuesta. En cambio, dentro de los códigos históricos más emblemáticos de la tendencia codificadora, están los del Código de Prusia en 1794, el de Austria en 1811 y el famosísimo *Code civil* de Francia, de 1804.

### **1.2.1 La soberanía, principio estructurador del Derecho y el origen del monopolio de la producción jurídica**

El concepto de soberanía se forja “en la dinámica de un largo proceso de eliminación de los particularismos de los órdenes locales, de concentración de poder, de centralización administrativa y tributaria, de separación entre la cosa pública y los negocios privados, de consolidación de amplias organizaciones burocráticas e impersonales, de positivación normativa y de

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 37-38.

institucionalización tanto de ejércitos permanentes cuanto de fuerzas policiales profesionales<sup>106</sup>”.

La soberanía desde el pensamiento de uno de sus principales teóricos, Jean Bodin, fue considerada como *el poder absoluto y perpetuo de una república*<sup>107</sup>, la característica que define o constituye al poder del Estado.

Considerada también como la facultad ilimitada del soberano de decidirlo todo; todo lo que concierne a los asuntos de la *cosa pública*, hacia dentro de su territorio y frente a los otros entes de la misma estatura, es decir, frente a los demás estados del sistema interestatal. Este sistema viene a sustituir la vieja idea universalista de la *comunitas* medieval que bajo el dominio universal de las figuras del Emperador y del Papa prevaleció hasta que fue rechazada y sustituida por la nueva concepción de la organización del poder internacional; conformada en lo subsecuente, por “una sociedad internacional de Estados nacionales, concebidos como sujetos jurídicos independientes entre sí, igualmente soberanos pero subordinados a un único derecho de gentes”<sup>108</sup>. En esa dirección es que se puede interpretar el desarrollo de la soberanía, “como parte de un proceso de reconocimiento mutuo por medio del cual los Estados se garantizaron unos a otros los derechos de jurisdicción sobre sus respectivos territorios y comunidades”<sup>109</sup>, intentando construir con ella una especie de contenedor de conflictos territoriales, económicos y de poder. Sin embargo, no fue suficiente para acabar absolutamente con todo tipo de conflictos entre estados.

La soberanía fue, en todo caso, una construcción política sobre el poder del Estado-nación, que lo fortalecía y al mismo tiempo, delimitaba su acción frente a otros de su género; pero nadie por encima de sus decisiones, ningún tipo de reconocimiento a una probable superioridad de otro ente de poder, por lo que hace a la soberanía externa. Pero esta concepción absolutista de la soberanía estatal, habría de tener en su origen una aporía grave que hacía visualizarla como una clara sustitución del poder absoluto unipersonal del

---

<sup>106</sup> Eduardo Faria, *El derecho de la economía globalizada*, p. 18.

<sup>107</sup> *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2006, p. 47.

<sup>108</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, quinta edición, Madrid, 2006, p. 128.

<sup>109</sup> David Held, *La democracia y el orden global*, *op. cit.*, p. 101.

monarca y su venia divina, ahora por una idea política secularizada respecto al poder del Estado, pero igualmente totalitaria. La aporía consistía en la antinomia entre soberanía y derecho, pues en su inicio la soberanía significó ausencia de límites, reglas o normas, de ahí aquella contundente frase de Bodin de que “nada en la Tierra, excepto Dios, es más grande que el príncipe soberano, a quien Dios consagra como su lugarteniente para ordenar al resto de la humanidad”<sup>110</sup>. Pero este príncipe soberano del que habla Bodin, no lo era por su persona, sino por su función; sólo en su calidad de gobernante por el que se le depositaba la soberanía del Estado. Nótese de cualquier forma, que el príncipe soberano no estaba sometido a ley alguna, su consagración y su obediencia sólo iba en dirección a Dios.

Más tarde, con la construcción de la idea de Estado de derecho que planteaba la división de poderes, la preeminencia de la ley y el respeto a los derechos humanos, la soberanía absoluta del Estado comenzó a ver límites en su horizonte originario, aquella que se concebía como *potestas legibus soluta y superiores non recognoscens*.

Dos son las perspectivas desde las que se ha explicado la soberanía: la interna y la externa. La primera, se refiere al poder supremo que ostenta el Estado en los márgenes de su territorio, de ahí que el Estado-moderno, Estado-nación desde su origen, no se pueda explicar sin la idea de soberanía. Por su parte, la soberanía externa tiene que ver con la independencia que tiene el Estado frente a todo poder, injerencia e intervención exterior; es precisamente la soberanía externa la que plantea la legitimidad del Estado.

De lo anterior, se entiende que desde la soberanía del Estado se puede explicar el devenir de la exclusividad estatal en la producción del derecho, las normas con poder coactivo. Si la intención de esa etapa histórica en la que se circunscribió y dio carácter al Estado moderno, tenía como finalidad acabar con el poder fragmentado característico de la organización político-social del medioevo, una vía efectiva para lograrlo tendría que ser la eliminación de todos los ordenamientos jurídicos que no procedieran exclusivamente de la nueva autoridad legitimadora del orden social en curso. Esta situación

---

<sup>110</sup> *Op. cit.*, p. 40.

reflejaba fielmente el origen de vocación homogeneizante que habría de prevalecer en la naturaleza y funcionamiento del Estado-nación.

El derecho de la Edad Media se representaba como una estructura difusa, en la que cada reino y los feudos se regían por un conjunto de reglas propias, basados en los usos locales, precedentes de los juicios de la tierra y en las cartas de privilegios concedidos por el señor<sup>111</sup>, así como de otros órdenes normativos que tuvieran como fuente la organización del poder de aquella época, como el poder papal.

Caracterizando a este tipo de derecho, Wolkmer nos dice que se trata de un “derecho que, por admitir las desigualdades y los intereses de los diferentes estamentos, se define como estatuto jurídico incluyente, pues es producido para legitimar la existencia de una jerarquía social claramente establecida en las distinciones entre el clero, la nobleza y el campesinado”<sup>112</sup>.

Con la emergencia del Estado moderno, se intenta eliminar la variedad de centros de poder político que obedecía a la organización interna del sistema feudal, cuyo poder se distribuía entre nobles, obispos, universidades, reinos, entidades intermedias, estamentos, organizaciones y corporaciones de oficios. Se presenta entonces, con el Estado, un nuevo fenómeno jurídico expresivo de las relaciones sociales procedentes del nuevo modo de producción capitalista y de la ideología liberal-individualista.

Del nuevo fenómeno jurídico que se configuraba junto a la sociedad moderna y su Estado, se observaba un acento marcadamente monista en su producción. El Estado se apropió de la producción de las normas jurídicas para terminar de legitimarse y de centralizar el poder. Cualquier otra forma de expresión jurídica extra-estatal no tendría la fuerza normativa que el Estado moderno decía imprimirle a las normas jurídico-estatales. Fue así como se le cerró el paso a diferentes manifestaciones jurídicas, volviéndolas inexistentes al considerarlas no reconocidas por la autoridad del Estado. Fue la *íntima conexión entre la suprema racionalización del poder soberano y la positividad*

---

<sup>111</sup> Citado en Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el derecho*, 3ª. Edición, San Pablo, Alfa-Omega, 2001 *Pluralismo jurídico*, p. 41.

<sup>112</sup> *Idem.*

*formal del Derecho* la que condujo a la *fusionada y predominante doctrina del monismo*<sup>113</sup>.

En su afán centralizador el Estado moderno totalizó desde sí y para sí, el fenómeno jurídico: su producción, interpretación, aplicación y reconocimiento discursivo. Así, el Estado a través de sus órganos daba valía al discurso jurídico. Por una parte, en el poder legislativo se hizo descansar la facultad exclusiva de producir normas jurídicas, cuya característica principal sería su poder coactivo, es decir: una norma con todo el respaldo del poder del Estado. Por otro lado, el poder judicial, otro poder del Estado con capacidad para juzgar con base en las normas producidas por el legislativo. Esas normas jurídicas se articularon como parte de todo el sistema jurídico, conformando leyes generales y abstractas, sistematizadas en un cuerpo conocido como Derecho positivo. Es así que el Estado moderno logra encarnar un Derecho de inspiración secular, con una racionalidad científicista, basado en la despersonalización del poder. Todo ello como aspiración, como un ideal, cuya realidad no siempre se vio cristalizada.

Este principio del monismo jurídico, implicó la creencia sostenida y dominante de que no existían, más allá del Estado, otros sistemas jurídicos que valieran como verdadero Derecho. En Hobbes podemos rastrear el origen de identificar al Derecho como el Derecho del soberano; la reducción del Derecho a Derecho positivo y todavía más: el Derecho como una creación exclusiva del Estado<sup>114</sup> y excluyente de cualquier otra fuente productora. En el capítulo *De las leyes civiles* de su obra cumbre *Leviatán*, Hobbes plantea contundentemente que las leyes civiles serán sólo aquellas que los hombres están obligados a observar porque son miembros de un Estado; leyes que nadie podrá hacer sino el Estado, por la exclusiva subordinación que los hombres se imponen como parte del sometimiento al contrato social. Así, el Estado se constituye en el único legítimo legislador, expresándolo en este tenor:

El legislador en todos los Estados es sólo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque legislador es el que hace la ley, y el

---

<sup>113</sup> Wolkmer, *op. cit.*, p. 56.

<sup>114</sup> Así lo sugiere Miguel Reale, citado en Wolkmer, *Pluralismo jurídico*, *op. cit.*, p. 59.

Estado sólo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos leyes: por tanto, el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni tiene capacidad de hacer una cosa sino por su representante (es decir, por el soberano), y, por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución<sup>115</sup>.

El monopolio estatal de la producción jurídica, entonces, fue como un artilugio del poder estatal para otorgarle validez y reconocimiento sólo a la normatividad originada desde sus esferas, implicando la afirmación (estatal por supuesto) de la no-existencia de diferentes órdenes jurídicos, condenándolos con esta concepción al ostracismo. Sin embargo, lo cierto es que ninguna sociedad moderna organizada desde la abstracción de un Estado-nación, pudo observar empíricamente como hecho absoluto, la existencia exclusiva de normas jurídicas emanadas sólo del Estado.

Esta concepción exclusivista del fenómeno jurídico, ayudó al fortalecimiento del Estado moderno como único centro de poder por excelencia de la etapa post-feudal. Pero que el Estado no reconociera la existencia de otros órdenes normativos, también provocó exclusión y opresión a significativos grupos sociales que tenían diversas formas de regulación.

### **1.2.2.3 El Estado liberal de Derecho: fin del trayecto de configuración del Estado y del Derecho moderno en su primera etapa**

Con la burguesía instalada ya como clase dominante y respaldada por la construcción del pensamiento filosófico-jurídico ilustrado del poder y del derecho, se termina de articular el tipo ideal de Estado que habrá de estructurar y materializar el nuevo orden social: el Estado liberal de Derecho. Originariamente surge con la idea de continuar el camino de descrédito del gobierno de los hombres, imponer un freno al gobierno absolutista y de racionalizar el poder; así como mecanismo de legitimación de su ejercicio. Inmediatamente después de la consolidación del ideario de las revoluciones burguesas (inglesa 1648, norteamericana 1776 y francesa 1789), se avanzó

---

<sup>115</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán...op. cit.*, pp. 217-128 (Parte II, cap. XXVI).

hacia la fórmula de *justificación racional* de “Estado de Derecho” como un tipo ideal de Estado sujeto a las leyes, al gobierno de las leyes. En ese proceso de racionalización del poder, “el derecho se basa preferentemente en la voluntad del Estado, pero el Estado se basa en la estructura del derecho”<sup>116</sup>. Se trata de “poner el derecho a gobernar sobre una base del todo secular”<sup>117</sup>, haciendo incapié en categorías como el contrato y la propiedad. Con este freno al poder, se someten las pasiones de los hombres a la razón y, su esquema específico de contención, será ahora el derecho; el pensamiento hobbesiano marcó así la pauta.

El siglo XIX se convierte en el siglo del “Estado de Derecho”<sup>118</sup>, cuyo valor entraña la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afectaba a los ciudadanos en general, pero también a la clase burguesa en sus pretensiones de ascenso al poder económico y político. En la tipología de Estados, el Estado de Derecho o *Estado bajo el régimen de derecho*, se distingue del *Machtstaat*, o *Estado bajo el régimen de fuerza*, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el “Estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen del Despotismo Ilustrado, característico del siglo XVIII<sup>119</sup>.

El Estado de Derecho se puede componer de dos notas características, siguiendo a Francesc de Carreras: 1) que según la expresión clásica Estado de Derecho, significa someter el poder al gobierno de las leyes, en contraposición del Estado sometido al gobierno de los hombres, con la

---

<sup>116</sup> Carlos de Cabo, Martín, *Estado y estado de derecho en el capitalismo*, México, UNAM, 1997, p. 322.

<sup>117</sup> Harold Laski, *El liberalismo europeo*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>118</sup> Sobre el origen del término, Francesc de Carreras nos explica que, “No será hasta el siglo XIX que el término gramatical *Estado de derecho* comienza a ser utilizado entre los juristas europeos. Su origen alemán y, al parecer, el primero en utilizar tal término, *Rechtsstaat*, fue Carl Th. Welcker en 1813. Sin embargo, quien lo popularizó fue el gran jurista liberal Robert von Mohl en una obra publicada en 1829. No obstante, su utilización se limitó al mundo del derecho público germano (se sirvieron del mismo los más influyentes autores, entre otros, von Gneist, Gerber, Ihering, Laband y Jellinek) hasta que las doctrinas del derecho público alemán influyeron en Francia, especialmente en Carré de Malberg, que lo tradujo literalmente al francés (*Etat de Droit*), extendiéndose, a partir de entonces, a Italia, España y resto de países continentales. No así, por cierto, a los países anglosajones, donde la expresión más similar a Estado de derecho es la de *rule of law*, aunque modernamente se prefieran términos como *constitutionalism* o *constitutional government*. Las diferencias entre unos conceptos y otros son notables (...)”. Ver “Estado de derecho como sistema”, en *Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Serie 1 Minor, Madrid, 1996, pp. 5-6.

<sup>119</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 21.



aspiración de legitimar el ejercicio de ese poder. Para ello, dicho ejercicio de poder sólo podría realizarse única y exclusivamente a través de normas jurídicas, esto es, *que los mandatos a través de los cuales se ejerce el poder adopten la forma de norma jurídica*; y 2) que el Estado de Derecho no puede pensarse como un ente sin finalidad, o sin finalidad previamente determinada, sino que tiene un cometido muy específico: asegurar la libertad y la igualdad del hombre o, dicho con más precisión, garantizar la “igual libertad” de todos los hombres. Estos valores de libertad e igualdad se manifestarán en el mundo jurídico –a través de la técnica del derecho subjetivo- bajo la forma de derechos fundamentales. El Estado de Derecho será, pues, aquella organización que garantice los derechos fundamentales. Dentro de esta concepción, el Estado no es más que un instrumento al servicio de un fin –la garantía de los derechos-, siendo este fin la única justificación de su existencia”<sup>120</sup>. Esa concepción, recuérdese, es la que corresponde a la de John Locke, principalmente, la cual considera la preexistencia de derechos naturales del individuo tales como la propiedad y la libertad, y para cuya sola garantía el Estado existe.

Respecto a estas dos notas clásicas de las que se ha nutrido el contenido del tipo ideal Estado de Derecho, el mismo autor considera y cuestiona lo siguiente:

La primera nota tiene un carácter meramente técnico o, si se quiere, formal: se trata de convertir la fuerza coactiva, que constituye el componente esencial de todo poder, en un sistema de normas positivas. La segunda nota, por el contrario, tiene una fuerte carga ideológica, ya que implica dar un contenido preciso a los términos libertad e igualdad, quizá los más fuertemente polémicos de toda historia de la filosofía social. En consecuencia, la primera nota muestra la cara del Estado de Derecho que puede ser examinada desde la neutralidad y la asepsia científica. El segundo aspecto muestra, por el contrario, los presupuestos políticos e ideológicos de la noción Estado de Derecho; es decir, los valores que, en definitiva, le sustentan y dan sentido<sup>121</sup>.

En este carácter fundamentalmente formal del Estado de Derecho, queda fuera el despliegue de posibilidades de un individuo en cooperación con los de

---

<sup>120</sup> Francesc de Carreras, *op. cit.*, p. 3-4.

<sup>121</sup> *Ídem.*

su especie y es esa voluntad individual la que premia el Estado y su derecho. Así, “el fin del Estado fue la consecución de la libertad entendida como un camino desembarazado, abierto al esfuerzo de la voluntad individual. El Estado, decía Locke, existe para promover el interés civil y *comprende en el interés civil la vida, la inviolabilidad personal, y la posesión de cosas físicas como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes*. Aquí no cabe que el individuo participe en los beneficios de un orden moral estructurado por su voluntad. El bienestar colectivo se identifica con el bienestar individual y cuanto contribuye al fomento del último, contribuye también, al primero”<sup>122</sup>.

El Estado liberal de Derecho, así, se estructuró en tres pilares fundamentales: 1) la primacía de la ley, por encima de cualquier otra fuente de derecho o de poder; 2) el reconocimiento de derechos fundamentales; y 3) la división de poderes. Estos tres elementos fueron caracterizando el tipo ideal de Estado de Derecho en el tiempo, siendo los originarios.

Por cuanto corresponde a la primacía de la ley respecto a las demás fuentes de derecho (cualquier otra norma o actuación de las autoridades políticas), ésta tiene que ver con la idea de que se exprese la voluntad general a través del contenido de las leyes, mediante el mecanismo de la representación parlamentaria. Esto explica que el legislador se haya convertido, en el Estado de Derecho clásico decimonónico, como el actor principal y el más emblemático de esta etapa. La ley como fuente máxima de derecho y el legislador como su hacedor privilegiado. De ahí que la actuación del juez haya sido relegada a un segundo término, pues su papel sólo estaría determinado por la letra y el espíritu de la ley, sin poder en ningún momento, crear derecho u otorgarle un sentido distinto con el que fue creado por el legislador.

Por su parte, la aceptación de la preexistencia de un conjunto de derechos del individuo no sería suficiente si no eran reconocidos por el Estado, pues su obligación y su razón de ser, eran precisamente reconocer y garantizar este conjunto de derechos. Así, el Estado de Derecho no se pudo entender desde su origen, sin este reconocimiento expreso. Sin embargo, dicho Estado de Derecho nació con limitaciones en el reconocimiento de derechos, pues sólo

---

<sup>122</sup> Harold J., Laski, *La gramática de la política. El Estado moderno*, colección Crítica del Derecho, Granada, Comares, 2002, p. 179.

se circunscribió inicialmente, a los derechos de libertad, propiedad e igualdad formal, es decir, aquellos derechos que colocaban al individuo en un terreno de igualdad en el acceso a propiedad y libertad, pero no de aquéllos derechos que propiciaran dicha igualdad para el acceso a otros. Se partió de considerar que los individuos eran iguales ante la ley, olvidando su desigualdad material. ¿Cómo hubiese podido un individuo acceder libremente a la propiedad si sus necesidades materiales, en primera instancia, se encontraban en el orden de necesidades básicas como la subsistencia y el trabajo? Otras críticas a la mera formalidad de los derechos reconocidos por el Estado de Derecho decimonónico, se orientaron hacia la inconsistencia de la igualdad de todos ante la ley, pues para el siglo XVIII las mujeres eran uno de los sectores a los que no se les reconocían derechos de ciudadanía así como a los campesinos y hombres sin propiedad, lo cual expresaba el carácter insustancial del derecho de igualdad ante la ley.

El tercer pilar característico del Estado de Derecho, que fue la separación de poderes, se puede entender históricamente como un producto que arrojó el proceso de lucha de la burguesía contra el poder absoluto del monarca. O de otro modo pero en el mismo sentido, la división de poderes fue “una conquista de las revoluciones burguesas frente a los sistemas políticos de las monarquías absolutistas, que concentraban todo el poder en unas pocas manos, y también frente a las formas políticas excepcionales del propio estado moderno”<sup>123</sup>. Dicha división de poder se efectuó en tres: el poder ejecutivo, dedicado a la ejecución de las leyes con el respaldo de la fuerza coactiva; el poder legislativo, encargado de elaborar las leyes que expresaran –al menos como pretensión- la voluntad general mediante el mecanismo de representatividad popular; y, el poder judicial, constituido en el árbitro de las disputas jurídicas de los ciudadanos y de la administración de justicia.

En ese contexto de configuración de uno y otro, el Derecho se caracterizó por una estructura vertical, es decir, todos los conceptos, categorías y procedimientos jurídicos condensados en la dogmática jurídica tradicional, obedecían a la forma estructural del Estado-nación. En términos jurídicos, el

---

<sup>123</sup> Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida*, op. cit, p. 151.

Estado se entendió como forma de un orden legal racional integrado por normas imperativas claras y unívocas, diseñado piramidalmente –según el modelo teórico kelseniano<sup>124</sup>–, con aspiraciones de control total de la complejidad social existente. Era la concepción tradicional del derecho, como un sistema básicamente cerrado, unitario, jerarquizado, axiomatizado, completo, y sin lagunas o antinomias. El sistema jurídico siempre tendría, de esta manera, una solución a los problemas que se presentasen en el marco de los asuntos del Estado.

### **1.2.2 Segundo momento: El Estado social de Derecho**

La primera mitad del siglo XX estuvo marcada por una profunda crisis económica (1929) y dos guerras mundiales devastadoras. Ante ello y de manera asimétrica, los Estados-nación emprendieron una suerte de reconstrucción social, económica y política. Una parte de Europa del Este y Rusia, caminaron en la consolidación de un Estado socialista, mientras que Estados Unidos e Inglaterra construían un modelo de Estado que intentaba ser la respuesta y la alternativa al fantasma que recorría Europa. A éste se le llamó Estado del Bienestar, el exponente de un modelo estatal más amplio, el Estado Intervencionista y, desde el ámbito jurídico, Estado social de Derecho. El Estado de Bienestar se construyó en la base de un pacto social denominado keynesiano debido a la implementación de políticas económicas de Estado planteadas por el economista inglés John Maynard Keynes. Como respuesta y alternativa al avance del socialismo en Europa y otras partes del mundo, los Estados capitalistas articularon este nuevo pacto social –en Estados Unidos, conocido como el *New Deal*–, moderando las políticas económicas liberales y otorgando amplias subvenciones sociales, con el objetivo político, entre otros, de neutralizar a las clases subalternas en posibles intenciones de virar hacia el socialismo, pues la clase capitalista lo consideraba como el verdadero peligro para sus intereses. Además, la crisis

---

<sup>124</sup> A partir de la publicación de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, en los años cincuenta del siglo pasado, en la dogmática jurídica tradicional prevaleció la concepción positivista del derecho, como un sistema de normas jerarquizado, coherente y axiomatizado.

de posguerra había dejado tanta devastación que ya no sólo era opcional, sino imprescindible y urgente la intervención del Estado para resolver los problemas tanto económicos como de integración social.

Las técnicas económicas keynesianas tenían como propósito incentivar la demanda a través del suministro de ingresos a la población y, sobre todo, a aquélla que estuviera en condiciones más adversas. Esto se hizo posible mediante una política de Estado de pleno empleo y el diseño de una serie de programas sociales articulados entre sí como seguros sociales, asistencia social, pensiones a huérfanos, madres solteras, personas en situación vulnerable; a estos programas articulados entre sí se les llamó Seguridad Social.

El Estado del Bienestar, de esta forma, se convirtió en una estructura de poder político que dedicó sus capacidades a modificar y regular, a través de medidas legislativas y administrativas, las fuerzas del mercado. El Estado se asume como el principal regulador de la economía, sin modificar la esencial lógica del capitalismo.

Entre el Estado típico liberal y el Estado capitalista del Bienestar, hubo un importante matiz, consistente en el fuerte impulso hacia las políticas sociales que tiene este último. Políticas sociales que no se constituyeron en una graciosa concesión a las clases subalternas, sino en parte consustancial al tipo de Estado implementado durante la posguerra por muchos países capitalistas. Cuando dichas políticas sociales se establecieron no sólo como programas temporales de gobierno, sino como parte de la legislación estatal y su contenido protector enaltecido en las constituciones políticas de los Estados, aquéllas se volvieron derechos adquiridos por toda la población, comprometiendo al Estado en su garantía; no obstante, el alcance y efectividad de estos derechos no fue homogéneo en todos los Estados que implementaron políticas económicas keynesianas.

Por supuesto, imposible imaginar el logro de estos derechos sociales sin las fuertes luchas emprendidas por la clase trabajadora desde el siglo XIX y la resistencia del poder político a aceptar sus demandas. De ahí que también se diga que el Estado del Bienestar fue un pacto social entre la clase económica dominante y la clase obrera, un pacto entre el capital y el trabajo, para seguirle dando viabilidad y estabilidad al sistema capitalista.

El perfil del Estado del Bienestar se delineó como intervencionista en el plano económico y, asistencial, en el plano social; esto quiere decir que las políticas keynesianas tenían las características de ser expansivas o de crecimiento en el plano económico, en tanto eran redistributivas en el plano social.

Lo primero, la política económica de expansión o de crecimiento, se lograba a través de un fuerte estímulo de la demanda de bienes, es decir, el Estado intervenía directamente en la creación de empleos y el suministro de ingresos a la población que carecía de ellos. El Estado se endeudaba y ponía en marcha la actividad productiva, mediante la creación de empresas públicas, por ejemplo la generación intensiva de obra pública.

Lo segundo, la política estatal de redistribución, se materializaba a partir de redistribuir las rentas beneficiando a la clase asalariada. El establecimiento de la categoría económica del “salario mínimo”; la política de Estado de mantener el valor adquisitivo real de los salarios; el derecho a jubilación y demás prestaciones laborales así como las subvenciones económicas a grupos sociales en estado de necesidad que no tenían una relación laboral, fueron las políticas sociales que suministraron la dosis conocida de legitimidad de este tipo de Estado.

No obstante lo anterior, el Estado del Bienestar por ser un Estado de confección y relaciones sociales capitalistas, siempre tuvo contradicciones internas: por una parte, mientras se obligaba a redistribuir de forma más equitativa la riqueza a través de salarios con poder adquisitivo y reconocimiento de derechos sociales amplios; por la otra, se encontraba la presión siempre latente de estimular la expansión de capital y sus objetivos intrínsecos, la ganancia y la reducción de costos. De ahí que, desconfiaran de él, tanto los liberales de la economía como los socialistas; los primeros, consideraban las políticas del Estado del Bienestar, como un obstáculo para el libre desarrollo de los mercados, al obligarse a solventar una fuerte carga fiscal para beneficiar a sectores vulnerables de la sociedad; mientras que algunos de los llamados socialistas no olvidaban que dichas políticas sólo ayudarían temporalmente a limar las asperezas del capitalismo. Así pues, muchos preveían que este Estado Benefactor tenía en su génesis sus

propios límites, dada su economía capitalista, en franca contradicción con las erogaciones de tipo social, que no generan ganancias<sup>125</sup>.

En ese sentido, a partir de los años setenta, se terminó de mostrar el carácter ambivalente del Estado del Bienestar, pues como nos dice Claus Offe, éste Estado traía en sí mismo contradicciones, al englobar “simultáneamente tendencias a aumentar el bienestar social, al desarrollo de la capacidad de los individuos, al control social sobre el juego ciego de las fuerzas del mercado; y tendencias a la represión y control de la gente, a que los trabajadores se adaptasen a los requerimientos de la economía capitalista”<sup>126</sup>.

### **1.2.2.1 Las formas jurídicas del Estado del Bienestar**

La supuesta neutralidad del Derecho predicada a través de la generalidad de la ley en la etapa del Estado liberal concurrencial (y conocido también como Estado gendarme), quedó desvanecida en la fase histórica del Estado intervencionista.

La politicidad del conjunto del Derecho se hizo evidente, aunque siempre había existido. Esta vez se mostraba más, debido a que si el Estado ahora intervenía para equilibrar los intereses privados frente a los intereses generales, resultaba una consecuencia necesaria que las normas jurídicas reflejaran esta intención estatal. Así, el principio que se imponía en esta fase estatal era la intervención del Estado con la ayuda de las normas jurídicas como instrumentos distribuidores de cargas. Esto significa que el derecho se asuma como una de las mejores formas del Estado –cuando así lo pretendía– para neutralizar las desigualdades sociales, estableciendo a través de él y guiado por la economía, esquemas de distribución de las obligaciones y beneficios económicos de manera equitativa. En eso consistiría la justicia del derecho; y en eso consistió la equidad propuesta por el Estado del Bienestar.

---

<sup>125</sup> Aleida, Hernández Cervantes, *La crisis de la seguridad social. El caso del seguro social en México*, México, Porrúa, 2007, p.

<sup>126</sup> Claus Offe, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y Alianza Editorial, 1991, p. 64.

Una mayoría importante de estados intervencionistas llevaron al más alto rango jurídico las aspiraciones de la clase obrera, reconociendo su contenido en las constituciones políticas. A este tipo de derechos se les ha conocido como derechos sociales. Este reconocimiento estatal le dio fuerza jurídica a las demandas sociales, como la protección al salario, las pensiones, la educación pública, la salud, entre otras.

El constitucionalizar estos derechos los colocó en la misma escala normativa que los derechos civiles y políticos –libertades básicas, el derecho al sufragio y otros- que habían caracterizado al derecho del Estado liberal. Sin embargo, el problema de los derechos sociales no fue su jerarquía normativa, sino la técnica jurídica deficiente con la que fueron diseñados, a diferencia de los derechos individuales también llamados de primera generación.

Dicha técnica jurídica fue deficiente en tanto no ofrecía mecanismos jurídicos para su reclamo ante los tribunales y, por ende, para garantizar su efectividad. Mientras los derechos individuales como el derecho al voto o la libertad personal, tienen una efectiva forma de exigirlos ante el Estado a través de un mecanismo garantista, que implica que aquél pueda hacerlos respetar con su exclusiva actividad y voluntad del sistema político; los derechos sociales, por su parte, exigen una actividad entendida como meta-estatal, debido a la intervención de la economía para erogar recursos que son necesarios en su cristalización. Esto ha propiciado que muchos autores refieran el carácter eminentemente programático de los derechos sociales, es decir, que su contenido puede ser ampliamente aprovechado en calidad de programas de gobierno en turno, lo cual los hace más susceptibles de negociación entre el poder y los sectores a quienes tutela ese derecho.

En este periodo, a su vez, inició la fase de descodificación, dejando atrás la intensa etapa de codificación que experimentó el derecho concurrencial. No quiere decir que los códigos hayan dejado de estar vigentes o de modificarse, sino que la ley entendida como “código” dejó de ser el paradigma, permitiéndose con ello, otras formas de regulación jurídica. Estas nuevas formas jurídicas generaron un derecho de colecciones legislativas, de regulación de coyuntura, característica que vuelve al contenido del derecho rápidamente obsoleto, una vez que cambian las condiciones y circunstancias que propiciaron la regulación.



Todo ello ocasiona que el código, centro de todo el orden jurídico del derecho concurrencial, pierda su lugar privilegiado. Empiezan a proliferar las leyes especiales, las leyes y normas que regulan cuanta relación y sujetos sociales puedan ser regulados por el derecho: leyes-medida, normas-acto, aquellas normas elaboradas para actos y situaciones concretas, de coyuntura política y económica. Esta tendencia es la que difumina otro de los principios rectores del derecho liberal, que consistía en el ideal de generalidad y sistematicidad rigurosa. No obstante lo anterior, la fuente principal del derecho de esta etapa era la ley producida por el Estado, en la cual radicaba su fuerza legitimadora; seguía por lo tanto, radicando en el poder estatal el monopolio de la producción jurídica.

Uno de los rasgos que marcó la más nítida diferencia entre el derecho del Estado típico liberal y el derecho del Estado intervencionista fue, de modo general, el principio jurídico de sometimiento de la propiedad privada y los intereses privados a la política económica estatal. Como ejemplo tenemos las recurrentes expropiaciones que realizó el Estado intervencionista con fines propios de la lógica de las políticas keynesianas.

Pero es, sin duda durante esta fase, la creación de una rama del derecho la que le otorga el sello inconfundible al derecho del Estado interventor: el derecho laboral; el derecho en el que se condensan las aspiraciones de la clase trabajadora; el derecho que regula –como sugieren varios autores- el conflicto de clases, de la clase empresarial frente a la clase obrera. Es en el contenido de este tipo de normas jurídicas donde queda más clara la intervención del Estado para equilibrar las fuerzas desiguales de cada una de las partes. Esto explica por qué en esta etapa se evidencia de forma más nítida, la falta de neutralidad que tiene el derecho por ser un instrumento del poder; o por decir lo menos, que en esta etapa el Estado muestre abiertamente y sin tapujos que el derecho es una expresión más de los objetivos que persigue el sistema político y económico imperante. La diferencia es que esta intervención, tenía la lógica de equilibrar, de buscar la equidad en las relaciones sociales de producción; una lógica, la de la equidad, que desde la construcción idílica del derecho, siempre se ha invocado, pero que pocas veces se ha logrado.

Con el derecho laboral surge otro elemento poco evidenciado en etapas anteriores del derecho, la posibilidad de negociar el contenido normativo; contenido que será discutido y negociado por las partes involucradas en el objeto de la regulación. Esto, por una parte, reviste de mayor consenso y legitimidad al contenido normativo, mientras que por la otra, genera una nueva cultura jurídica que diversifica la producida hasta entonces, que había consistido en regular de forma bilateral entre particulares, las relaciones sociales.

La negociación o contratación colectiva característica del derecho laboral, manifiesta la práctica cotidiana que tendrán que realizar grandes colectividades como los sindicatos representantes de los trabajadores y las empresas, acuerdos que tendrán que tomar para darle sentido jurídico a las soluciones de sus conflictos.

**CAPÍTULO II: LAS DIMENSIONES DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA  
Y SUS GESTORES MÁS EMBLEMÁTICOS**

## 2.1 La globalización económica como discurso y como fenómeno.

### *Dimensiones del problema*

#### 2.1.1 Dimensión epistemológica

No es común encontrar muchas palabras que se presten a múltiples interpretaciones, que generen un sinnúmero de conceptos a su alrededor, que refieran –incluso– distintos fenómenos. Tal es el caso cuando hablamos de la *globalización*. Algunos la entienden como la continuidad histórica de la *internacionalización* económica iniciada con mayor intensidad a partir del siglo XV; otros la consideran sinónimo de *occidentalización* o *macdonalización* del mundo, en donde la tendencia corre en el sentido de la homogeneización de los patrones culturales y sociales de todas las sociedades. Así como los anteriores, existe una serie de marcos tanto teóricos como políticos, sin embargo coincidimos con Alejandro Dabat cuando afirma que “el termino *globalización* es más una noción (conocimiento elemental) que un concepto científico”<sup>127</sup>.

Por eso a la *globalización* todos la nombran, todos dicen experimentarla, pero a nadie le resulta sencillo ubicar con certeza cuáles son los rasgos distintivos que la caracterizan, que la hacen diferente frente a las anteriores etapas del capitalismo.

Se presiente, se imagina, se supone en algunos hechos; pero como fenómeno social y sobre todo económico, las explicaciones a su alrededor encuentran diversos caminos.

De ella se viene hablando desde finales de los años ochenta, a partir de la desregulación de flujos financieros y de mercancías.

Diferentes eventos aceleraron estos procesos de *globalización* económica, como la llamada crisis fiscal del Estado experimentada por los países capitalistas con modelo fordista-keynesiano, el endeudamiento público de los países subdesarrollados, entre otros acontecimientos críticos de la economía intervencionista durante la década de los setenta.

---

<sup>127</sup> Alejandro Dabat, *Capitalismo mundial y capitalismo nacionales*, vol. I, México, FE-UNAM-FCE, 1994.

A partir del *Consenso de Washington* (denominado así en tanto sus principales defensores pertenecen a la burocracia de los organismos financieros internacionales con sede en esa ciudad, y en el que no se consideró a la clase trabajadora, ni a los países en desarrollo), en términos generales se diseña una política económica que busca la reducción del papel del Estado, la desregulación, la liberalización de los mercados y la privatización de bienes y servicios anteriormente prestados por el Estado. Dicha política económica liberalizadora fue impuesta, en mayor medida, a los países en desarrollo como condicionante para recibir importantes préstamos de los organismos financieros, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

Una vez puesto en marcha el Consenso de Washington, vendría la carrera ascendente del proyecto económico del neoliberalismo, que se consagra en los procesos de globalización económica.

Pero ¿a qué se alude cuando se habla de globalización económica?

En el presente estudio abordaremos el mayor número de interpretaciones posible que giran alrededor de dicha noción, los análisis que se han esbozado sobre sus significaciones, sobre el contenido de fenómenos que evoca y sus alcances; también, respecto a sus impactos particulares en las funciones y naturaleza del tradicional Estado-nación.

Con todo ello, nuestra intención es esbozar una exposición sucinta del estado en que se encuentra la discusión epistemológica sobre el fenómeno de la globalización económica.

Las siguientes líneas pretenden dar cuenta de ello.

## **A. Marcos teóricos de interpretación**

### **a. Tesis hiperglobalista<sup>128</sup>**

En los entretelones de la discusión teórica en torno a la globalización, se reconocen fundamentalmente tres posiciones al respecto: la hiperglobalista o globalista, la escéptica y la transformacionista. A pesar de ser posiciones

---

<sup>128</sup> Entre los principales teóricos de esta perspectiva se encuentra Ohmae K., Reich, Cohen, Zysman, Drucker, Strange S., respaldados en las principales tesis de Hayek F.A. y en general, las posiciones liberales de la economía.

contrapuestas en muchos de sus argumentos y ricas por la diversidad de aproximaciones intelectuales al problema, cada una de ellas reflejan una serie de argumentos y conclusiones acerca de la globalización, respecto a su conceptualización, su dinámica causal, sus consecuencias socioeconómicas, las implicaciones para el poder del Estado y, en lo que se refiere a su trayectoria histórica<sup>129</sup>.

En primer término, desde la perspectiva de los hiperglobalistas, la globalización se define como una nueva época de la historia humana en la que “los tradicionales Estados-nación se han hecho antinaturales, incluso unidades empresariales imposibles en una economía global”, a decir de Ohmae<sup>130</sup>. La globalización económica está trayendo consigo una “desnacionalización” de las economías, mediante el establecimiento de redes transnacionales de producción, comercio y finanzas. Como lo explica David Held, las principales afirmaciones de los globalistas hacen hincapié en el cambio institucional y de procesos en el campo de la economía global, a la integración de los mercados financieros y la expansión de los sistemas transnacionales de producción, la política (el desarrollo de procesos políticos globales y la consolidación de niveles de gobernanza que trascienden los lindes políticos) y el medio ambiente (la degradación medioambiental, que afecta particularmente a las tierras comunales globales y a la biodiversidad)<sup>131</sup>. Para los hiperglobalistas, el declive de la autoridad del Estado es producto de la emergencia de la autoridad de otras instituciones y asociaciones en el sistema mundial. Esto es, han surgido nuevos actores con poder de decisión, que impactan directamente en el desenvolvimiento tradicional del Estado-nación. En esa tesitura, esta aproximación analítica, asume la convicción de que la presente globalización económica está construyendo nuevas formas de organización mundial que están suplantando o, eventualmente suplantarán,

---

<sup>129</sup> David Held and Anthony McGrew *et al*, *Global transformations. Politics, Economics and Culture*, Stanford, California, Stanford University Press, 1999, p. 3.

<sup>130</sup> Held David y Anthony McGrew, *Globalización-Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 116-117.

<sup>131</sup> *Ibidem.*, p. 139.

el tradicional Estado-nación como la primera unidad económica y política de la sociedad mundial<sup>132</sup>.

Como los hiperglobalistas defienden la tesis de que “algo extraordinario está cambiando en el mundo” a raíz de la globalización, ellos consideran como elemento fundamental la emergencia de instituciones de gobernanza global, en la que, además, la difusión global y la hibridización de las culturas son interpretadas como evidencia de un orden mundial radicalmente nuevo, junto a lo cual el eclipse del Estado está gestándose como producto de esta nueva reconfiguración del sistema mundial. En esta lógica, la autoridad y legitimidad del Estado-nación están siendo modificadas.

En síntesis, los globalistas dan la bienvenida sin cortapisas a lo que llaman *el fenómeno inevitable de la globalización*, el cual no puede ser resistido o significativamente influenciado por la intervención humana, particularmente piensan en las tradicionales instituciones políticas, tal como el Estado-nación<sup>133</sup>, además de estar convencidos de que la globalización representa un potencial indiscutible de creación de un orden mundial radicalmente nuevo.

Como una especie de sumario en torno a la postura hiperglobalista – siguiendo al trabajo *Global Transformations*- se enuncian los siguientes argumentos centrales al respecto de la globalización:

- a) Concepción de la globalización: Un reordenamiento de la estructura de acción humana.
- b) Lo nuevo: Una era global.
- c) Características dominantes: Capitalismo global, gobierno global, sociedad civil global.
- d) El poder del Estado: en declive o erosión.
- e) Fuerzas conductoras de la globalización: el capitalismo y la tecnología.
- f) Patrones de estratificación: Erosión de viejas jerarquías.
- g) Motivos dominantes: la cultura pop estadounidense.
- h) Trayectoria histórica: una tendencia sostenida hacia una civilización global.

---

<sup>132</sup> *Global transformation...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>133</sup> Allan Cochrane and Kathy Pain, *A globalizing society?*, Stanford, California, Stanford University Press, p. 22.

i) Argumento sumario: El fin del Estado-nación.

**b. Tesis escéptica<sup>134</sup>**

Desde otra perspectiva teórica, se encuentran los escépticos. Su tesis principal consiste en negar que la globalización sea un fenómeno extraordinario, señalan que se ha exagerado sus dimensiones. Para los globalistas, el concepto mismo de globalización trae consigo múltiples insatisfacciones, de ahí que se pregunten autores como Hirst y Thompson “¿qué hay de global en la globalización?” Tomando como metodología para establecer una prueba empírica al respecto, evalúan la interdependencia internacional comprendida de 1890 a 1914, a partir de ello destacan que “más que globalización, las tendencias presentes reflejan un proceso de *internacionalización* –es decir, crecientes vínculos entre economías o sociedades nacionales esencialmente distintas- y de *regionalización* o *triadización*, esto es, agrupamiento geográfico de intercambios económicos y sociales transfronterizos”<sup>135</sup>. Este agrupamiento geográfico se observa en la división regional mundial de los tres principales bloques económicos: Europa, Asia del Pacífico y Norteamérica.

Desde el análisis de los escépticos, el Estado-nación no ha perdido poder, como quieren hacer creer los hiperglobalistas. Por el contrario, sólo es uno de los actores fundamentales para que el orden global funcione; en sus argumentos se muestran a favor de la primacía continuada del territorio, de las fronteras, del lugar y de los gobiernos frente a la distribución y localización del poder, la producción y la riqueza en el orden mundial contemporáneo<sup>136</sup>. Los Estados aún tienen para sí, el control regulador de las fuerzas de la internacionalización, lo cual necesitan para garantizar una continua liberalización económica. Como vemos, los escépticos consideran que el papel del Estado en ningún sentido ha disminuido, tal vez se ha reconfigurado, pero con una lógica: la de proteger a las economías que

---

<sup>134</sup> Esta perspectiva se encuentra representada principalmente por P.Hirst y G. Thompson, entre otros autores.

<sup>135</sup> *Globalización-Antiglobalización, op. cit.*, p. 16.

<sup>136</sup> *Ídem.*



representan la internacionalización con mayor fuerza, desregulándolas por ejemplo, para evitarles mayores obstáculos a su desarrollo. Esto es, de ningún modo se puede aceptar la falacia de que las fuerzas de la internacionalización están fuera de control, por el contrario, ellas dependen del poder regulador de los gobiernos nacionales para garantizar una continua liberalización económica, sostienen.

Por ello, los escépticos son enfáticos al sostener que el discurso de la globalización contribuye a justificar y legitimar el proyecto global neoliberal, lo cual significa la creación de un mercado libre global y la consolidación del capitalismo anglo-americano en las principales regiones económicas del mundo. La globalización en ese sentido, funciona como un “mito necesario” o como una falacia que sirve para que los políticos y sus gobiernos disciplinen a sus ciudadanos, y así, satisfacer las exigencias del mercado global, eliminando todo aquello que pretenda contraponérsele<sup>137</sup>. En esta interpretación, la globalización termina por constituirse en una ideología, en un discurso ideologizante, del que sus “postulados autoevidentes” están formulados de tal manera que se dificulta su cuestionamiento. En ese tenor Carlos Vilas<sup>138</sup> detecta seis proposiciones falsas del proceso globalizador:

1. La globalización es un fenómeno nuevo;
2. Se trata de un proceso homogéneo;
3. Es, asimismo un proceso homogeneizador: gracias al cual todos seremos iguales, latinoamericanos como norteamericanos, europeos como asiáticos y africanos, tanto en cultura, desarrollo como bienestar social general;
4. La globalización conduce al progreso y al bienestar universal;
5. La globalización de la economía conduce a la globalización de la democracia;
6. La globalización acarrea la desaparición progresiva del Estado, o al menos una pérdida de importancia del mismo.

---

<sup>137</sup> *Ídem.*

<sup>138</sup> Carlos M. Vilas, “Seis ideas falsas de la globalización”, en *Globalización: crítica a un paradigma*, Saxe-Fernández, John (coord.), México, UNAM-IIE-DGAPA-Plaza y Janés, 1999, p.69.

Las proposiciones anteriores, son las que integran el llamado *núcleo de la ideología de la globalización*<sup>139</sup>. Así, ella presenta como necesaria e inevitable una configuración de poder dada, a la que trata de preservar y consolidar.

Por su parte, concordando con el argumento escéptico pero aumentándolo, se localiza del lado más izquierdo, el análisis marxista ortodoxo el cual afirma que “el capitalismo, en cuanto orden social, tiene una lógica expansionista, patológica, ya que para mantener los beneficios el capital tiene que explotar constantemente nuevos mercados (...) Hoy, se arguye, el imperialismo ha adquirido una nueva forma en la medida en que los imperios formales han sido sustituidos por nuevos mecanismos de control y vigilancia multilaterales, como el grupo G7 de las grandes potencias industriales (Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Reino Unido, Estados Unidos)<sup>140</sup>”. Lo anterior da pie a que esta posición considere a la globalización poco más que americanización.

En suma, los argumentos más importantes esgrimidos por los escépticos son:

- a) Concepción de la globalización: Internacionalización y regionalización.
- b) Lo nuevo: Bloques industriales, gobiernos más débiles que en sus primeros tiempos.
- c) Características dominantes: menos interdependencia mundial que en la época de 1890.
- d) Poder los gobiernos nacionales: reforzado o aumentado.
- e) Fuerzas conductoras de la globalización: Estados y mercados.
- f) Patrones de estratificación: Marginalización incrementada del Sur.
- g) Motivos dominantes: Interés nacional.
- h) Trayectoria histórica: Bloques regionales/Choque de civilizaciones.
- i) Argumento sumario: La internacionalización se apoya en el Estado.

---

<sup>139</sup> Carlos M. Vilas, *op. cit.*, p.70.

<sup>140</sup> *Globalización-Antiglobalización, op. cit.*, p. 17.

### c. *Tesis transformacionalista*<sup>141</sup>

La postura transformacionalista acerca de la globalización puede considerarse como una especie de síntesis de las dos anteriores, pues aplicando la metodología hegeliana, reconoce algunas aportaciones tanto de la tesis globalista como de la escéptica, pero no duda en rechazar ciertos postulados de cada una, asumiendo sus propias conclusiones alrededor del objeto de estudio en cuestión.

De inicio, los transformacionistas ven a la globalización como la fuerza conductora central que determina el rápido cambio social, político y económico que transforma a sociedades modernas y al orden mundial<sup>142</sup>. No ven en la globalización un fenómeno totalmente nuevo, como lo defienden los globalistas, sin embargo, sí observan que tiene algunas características sin precedentes históricos, pues hoy no queda clara la distinción entre los asuntos internos y los externos, por mencionar un ejemplo. El proceso de globalización encuentra su impulso en los cambios tecnológicos que hacen posible una mayor internacionalización de la producción y el cambio de la correlación de fuerzas en el orden capitalista mundial. En ese contexto, el estado se reconfigura y reconstituye como un actor importante en la inserción nacional al mercado mundial.

La posición transformacionalista pone en duda la afirmación de los globalistas, respecto al “declive” del papel del Estado en la globalización. Señalan, en contraste, que el Estado aún juega un papel importante; que la soberanía hoy, incluso en las regiones con estructuras de autoridad intensamente entrecruzadas y divididas, no ha sido plenamente subvertida (Held). En realidad lo que ocurre es “que en esas áreas y regiones la soberanía se ha transformado”, eso sí, “ha sido desplazada como forma ilimitable, indivisible y exclusiva de poder público, encarnada en un Estado individual e insertada en un sistema de centros de poder múltiple, a menudo compartido, y de esferas solapadas de autoridad”, en síntesis “ha habido, una reconfiguración del poder político”, las funciones y la autoridad de los

---

<sup>141</sup> Anthony Giddens, Rosenau, Castells, David Held, entre otros, son algunos autores que representan esta interpretación sobre la globalización.

<sup>142</sup> *Global transformations, op. cit.*, p. 7.

gobiernos nacionales (Held y McGrew). De la siguiente forma se nos explica más detalladamente:

En el fondo de la posición transformacionista está la creencia de que la globalización contemporánea está reconstituyendo o *recomponiendo* el poder, las funciones y la autoridad de los gobiernos nacionales. Aunque no niega que muchos Estados todavía retienen el derecho legal último de la supremacía efectiva sobre lo que ocurre dentro de sus propios territorios, la posición transformacionista afirma que ese derecho debería yuxtaponerse y entenderse en relación a la jurisdicción en expansión de las instituciones de la gobernanza internacional y las constricciones del derecho internacional, así como las obligaciones que de él se derivan (...) La globalización, desde esta perspectiva, está asociada a la transformación o a una *relajación* de la relación entre soberanía, territorialidad y poder político<sup>143</sup>.

Así pues, los representantes de esta corriente epistémica en torno a la globalización, reconocen que sí representa un cambio significativo, pero que se debe poner en cuestión sus impactos inevitables<sup>144</sup>.

Este tercer punto de vista, respecto a la globalización contemporánea, se destaca por ser una concepción dinámica y abierta de hacia dónde pudiera estar dirigiéndose la globalización y del tipo de orden mundial que pudiera prefigurar; en contraste con “las interpretaciones escépticas y globalistas – nos dice Held-, esta posición no afirma nada sobre la futura trayectoria de la globalización ni evalúa el presente tomando como referencia ningún tipo ideal fijo de *mundo globalizado* particular, ya sea un mercado global o una civilización global”<sup>145</sup>. En realidad, los transformacionistas entienden que la globalización es un proceso histórico a largo plazo, el cual no es unívoco, es decir, que observa en su interior una serie de desafíos y que está formado por factores coyunturales.

Haciendo síntesis, la posición transformacionista expone sucintamente lo siguiente:

- a) Concepción de la globalización: Reordenamiento de las relaciones interregionales y la acción a la distancia.
- b) Lo nuevo: Históricamente sin precedentes en el plano de las interconexiones globales.

---

<sup>143</sup> *Globalización-Antiglobalización, op. cit.*, p. 146.

<sup>144</sup> *A globalizing society?*, *op. cit.*, p. 23-24.

<sup>145</sup> *Op. cit.*, p. 145.

- c) Características dominantes: Globalización intensa (intensiva y extensiva).
- d) Poder de los gobiernos nacionales: Reconstituido, reestructurado.
- e) Fuerzas conductoras de la globalización: Fuerzas combinadas de la modernidad.
- f) Patrones de estratificación: Nueva arquitectura del orden mundial.
- g) Motivos dominantes: Transformación de la comunidad política.
- h) Trayectoria histórica: Indeterminada; integración global y fragmentación.
- i) Argumento sumario: La globalización está transformando el poder estatal y la política mundial.

#### **d. Otro enfoque de clasificación teórica**

Después de exponer tres de los marcos teóricos más ampliamente sistematizados y aceptados hasta la fecha, esfuerzo que sin duda se les debe, en gran medida, a David Held y Anthony McGrew, existe otra esquema de clasificación de las posiciones teóricas en torno al estudio de la globalización, llevada a cabo por este último autor, un poco antes de haber elaborado el trabajo *Global Transformation...*, en conjunto con David Held. Dicha sistematización a pesar de haberse propuesto antes del esquema de interpretación *globalistas-escépticos-transformacionalistas*, nos parece oportuno exponerla en este espacio, con la intención de tener mayor claridad en el camino que se ha seguido en la construcción de los esquemas de interpretación en forma retrospectiva, de nuestro objeto de estudio.

Anthony McGrew en 1995 escribió el artículo *A Global Society?*<sup>146</sup>, donde comenzaba a esbozar una de las primeras sistematizaciones sobre la ubicación de las distintas posiciones teóricas acerca del tema de la globalización. En ese emblemático ensayo, establecía que los análisis sobre la globalización se podrían dividir en dos grandes ramas: los que ponen el acento en una sola causa como determinante de la acción y los que enfatizan el carácter multicausal del fenómeno. En ese sentido, en la línea monocausal,

---

<sup>146</sup> Obra referida por José Fernández Santillán, “Globalización y Estado nacional”, en *La globalización y las opciones nacionales*, México, FCE, 2000.

encontraríamos a Wallerstein, Rosenau y Gilpin, cada uno introduciendo elementos que los colocarían dentro de esta primera clasificación, debido a los siguientes argumentos esgrimidos por cada uno de ellos. Immanuel Wallerstein, en su obra *Historical Capitalism*, introdujo en el seno de las ciencias sociales el concepto de sistema mundial y puso el acento en la importancia del capitalismo en el proceso de la globalización.

Por su parte, Rosenau en su obra *The study of global interdependence*, asocia la globalización con el progreso tecnológico y en especial con la expansión de las compañías transnacionales.

En un sentido similar, pero con sus propios argumentos, Gilpin en *The political economy of internacional relations*, resalta los aspectos político-militares de la integración internacional y centra su atención en el ascenso y caída de los poderes hegemónicos en el sistema interestatal.

Desde el otro enfoque, el multicausal, encontramos según McGrew, a dos autores, Giddens y Robertson. El primero en su obra *The consequences of Modernity*, se exponen mínimamente cuatro factores que impactan de forma determinante en la globalización: el sistema económico capitalista, el sistema interestatal, el complejo militar y el proceso de industrialización. Y, finalmente, Robertson en *Mapping the Global Condition*, sostiene “que la mayor tarea de la teoría social hoy en día es tomar en cuenta la trayectoria de la globalización en un sentido plural para ir más allá de los modelos establecidos en cuanto a la política y la economía internacionales<sup>147</sup>”.

Sin duda, esta incipiente sistematización de los enfoques analíticos de la globalización –expuesta sólo con la intención de dejarla en representación de las primeras sistematizaciones sobre la globalización-, tenía muchas deficiencias, toda vez, que, en primer lugar, dejaba al margen de la clasificación a autores relevantes, por no poderlos ubicar en alguno de los dos bloques analíticos. Además, denotaba una precaria sistematización en torno a su objeto de estudio que, finalmente, fue superada por el trabajo posterior del mismo autor junto con David Held.

---

<sup>147</sup> *Ibidem.*, pp. 97-98.

## **B. Marcos políticos alrededor de la globalización**

Más allá de los enfoques teóricos que existen para comprender la globalización, coexisten además, interpretaciones políticas que, obviamente debido a su radio de acción, no sólo se constriñen a simples interpretaciones, sino a políticas de aplicación a situaciones concretas, esto es, a los postulados que respaldan las acciones específicas que llevan a cabo los Estados y los múltiples actores de la globalización. A lo anterior se les puede denominar como *modelos de política global*<sup>148</sup>. No se pierde de vista que muchas de estas políticas de aplicación tienen su fundamento, en alguno de los enfoques teóricos anteriormente expuestos, aunque en ocasiones alguna no se pueda encontrar en la anterior clasificación de teorías.

Así pues, se encuentran los *neoliberales*, quienes estarían respaldados por el enfoque teórico globalista. Su principio rector, de antaño, se funda en la libertad individual, retomando a los de cuño liberal como Adam Smith y ahora representados por Hayek. Consideran que quien debe gobernar son los individuos a través de los intercambios de mercado y los Estados considerados “mínimos”. Esta posición continúa con más fuerza la tradición en la que se enfatiza la virtud de la acción de la “mano invisible” del mercado, en el que el Estado sólo jugaría un papel secundario: el Estado gendarme, que sólo vigila las acciones de los individuos y contiene a las masas. Los liberales frente a la globalización enarbolan como reformas principales, el desmantelamiento de las organizaciones estatales burocráticas y la desregulación de los mercados. Desean que la globalización adopte la forma de mercados globales libres con el imperio de la ley, coexistiendo con una “red de seguridad” para los más desfavorecidos. Por lo que respecta al modo de transformación política, la conciben en un liderazgo político efectivo, con la minimización de la regulación burocrática y la creación de un orden internacional de libre comercio.

En un tono matizado, se encuentran los *internacionalistas liberales*, quienes siendo de extracción liberal, por lo menos ponen énfasis en algún tipo de control a los mercados, sin obstaculizarlos en su esencia. Como principios rectores tendrían a los derechos humanos y las responsabilidades

---

<sup>148</sup> Reconstruidos e interpretados a partir de lo expuesto en *Globalización-Antiglobalización* en la tabla de trabajo 8.1, *op. cit.*, pp. 134-135.

compartidas. Para ellos, el gobernar debe estar en manos del pueblo a través de gobiernos, regímenes y organizaciones internacionales controlables. Sus reformas principales exigen un libre comercio internacional y la creación de instituciones de gobernanza internacional transparentes y abiertas. Su ideal de la globalización se daría en una interdependencia creciente a través del libre comercio, inserta en formas cooperativas de intergubernamentalismo.

En una línea más equilibrada entre el libre mercado y la fortaleza de las instituciones del Estado y la sociedad civil, se localizan los *reformadores institucionales*, quienes se sostienen en los principios rectores del *Ethos* de la colaboración construido sobre la base de los postulados de transparencia, consulta y rendición de cuentas. Los reformadores enfatizan en que el pueblo a través de la sociedad civil debería gobernar, junto a Estados eficaces e instituciones internacionales. Entre las reformas principales que promueven se encuentran: la ampliación de la participación política, el enfoque tripartito de la toma de decisiones nacional e internacional, la provisión segura de bienes públicos globales. Arguyen que la globalización debería convertirse en procesos globales regulados junto a una gobernanza democrática global y, que la forma de transformación política sólo puede ser a través del fortalecimiento del papel del Estado y la sociedad civil, para ampliar el alcance de la acción colectiva; además de una reforma de la gobernanza, desde el ámbito local al global.

En cuanto a la postura de los *transformadores globales*, se sostienen en los principios éticos de igualdad política, libertad igualitaria, justicia social y responsabilidades compartidas. Para esta postura debe gobernar el pueblo a través de instituciones de múltiples niveles de gobernanza desde lo local a lo global. Defienden reformas que impliquen el fortalecimiento de diversas pertenencias a comunidades políticas entrecruzadas, desarrollo de foros de deliberación y expresión de intereses desde el nivel local al global, reforzando el papel del derecho internacional. Proyectan como forma ideal de la globalización, una forma de gobierno cosmopolita democrática de múltiples niveles, regulación de los procesos globales para garantizar la autonomía de todos por igual. La transformación política la ubican a partir de reconstruir la gobernanza global mediante la democratización de los Estados, la sociedad civil y las instituciones transnacionales.



Por otro lado están los considerados *estatalistas-proteccionistas*, por defender políticas globales de fortalecimiento de los Estados. De ahí que sus principios éticos sean el interés nacional, la identidad socio-cultural compartida y el *ethos* político común. Plantean que deben gobernar los Estados, los pueblos y los mercados nacionales. Promueven reformas que den capacidad fortalecida al Estado para gobernar y cooperación política internacional. En el plano del *deber-ser*, la globalización se visualizaría con una capacidad reforzada de los Estados nacionales con geopolítica efectiva.

Finalmente, en este apartado de los modelos de política global, se encuentran los *radicales*, quienes se respaldan en principios éticos como la igualdad, el bien común y la armonía con el medio ambiente natural. Esto último ha saltado a uno de los primeros espacios de discusión, debido a los numerosos impactos que ha ocasionado sobre el medio ambiente la fuerte industrialización global. A su vez, mantienen que el pueblo a través de las comunidades de autogobierno es el ente legítimo para gobernar. Entre las principales reformas que exigen, se localizan la necesidad de promover las empresas autogestionadas, centros de trabajo y comunidades, junto con instituciones de gobernanza democrática. Para los radicales, la globalización debe asumirse como localismo, regionalización subnacional y debe tender precisamente en sentido contrario: hacia la desglobalización, pero no al aislamiento. La forma en que se llevará a cabo la transformación política será a través de movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales y el cambio social deberá ser “de abajo arriba”.

La idea de esta exposición sobre las múltiples interpretaciones teóricas y políticas que existen respecto al discurso y fenómeno de la globalización económica, es facilitar el entendimiento del debate actual sobre el tema. Con la elaboración de esta especie de mapa conceptual, la intención es que nos ayude a tomar posición para el abordaje subsecuente de la problemática, en particular en el análisis de los datos empíricos que haremos a continuación, pues no existe explicación de los mismos que no dependa del enfoque teórico con el que se realiza; de ello se deriva lo que *nos dicen* los datos, éstos no hablan sólo: es el marco teórico y/o político el que los *hace hablar*.

### 2.1.2 Dimensión histórica

Partiendo del enfoque que considera a la globalización como la interconexión global cada vez más acentuada de los procesos económicos, respaldados y las más de las veces, impulsados por los poderes políticos tradicionales, concentraremos este apartado en cuatro de dichos procesos, aquéllos que consideramos como los más relevantes y los que le otorgan su carácter especial a esta nueva fase económica del capitalismo. Nos referimos a las finanzas globalmente interconectadas, a la internacionalización intensificada del comercio; a la producción transnacional y al papel de las nuevas tecnologías de la información como impulsoras de estos procesos de globalización económica; y, a las reconfiguraciones generales que están adoptando los estados nacionales y las consecuencias que de todo ello, se vienen observando. Hagamos pues, *hablar* a los datos y démosle su explicación histórica.

#### a. Globalización financiera

En el corazón de los objetivos de la globalización económica, se encuentra la máxima integración financiera de los mercados nacionales, en uno sólo. Pero tomando en cuenta que la globalización económica no es un proceso absolutamente nuevo sino que tiene una serie de antecedentes y, entre ellos, de internacionalización financiera, resultan manifiestos los mecanismos que anteriormente se han propuesto para avanzar hacia la integración de los mercados. A partir de ello resulta conveniente enfatizar que “el dinero y la regulación de las finanzas tienen una larga historia en el ámbito internacional y, por muy fascinados que ahora nos encontremos con el actual mercado mundial único, no puede ignorarse lo que en su día significó el patrón oro, ni los sucesivos sistemas de regulación que le sucedieron”<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> Ángel Martínez, González Tablas, *Economía política de la globalización*, Barcelona, Ariel Economía, 2000, p. 109.

Siguiendo el estudio de Hirst y Thompson<sup>150</sup> relativo a la historia de los regímenes monetarios y de cambio, el patrón oro tuvo su auge, fundamentalmente, entre 1879 y 1914; para el período de entreguerras (1918-1939), prevaleció la inestabilidad con flotación de 1918 a 1925; el retorno al oro en lo que va de 1925 a 1931; y retorno a la flotación en el periodo comprendido de 1931-1939.

En pleno auge de la hegemonía inglesa, a finales del siglo XIX e inicios del XX, el patrón oro “proporcionaba monedas automáticamente convertibles y estimulaba la creación de instituciones destinadas a garantizar el librecambio y las inversiones extranjeras, aumentando significativamente el movimiento de materias primas, productos acabados, productos semiacabados, capitales y servicios entre las fronteras nacionales”<sup>151</sup>. Era este mecanismo el que proporcionaba criterios uniformes a todas las naciones para el intercambio de mercancías, ya con un referente unificado global.

No obstante los periodos de flotación, el patrón oro determinó el criterio de intercambio comercial y en general de todas las transacciones económicas de una nación a otra, incluyéndose también en el acuerdo de Bretton Woods, en cuya génesis y planteamiento inicial se concreta lo siguiente:

Paridades de todas las monedas, con anclaje en el oro, a través de la convertibilidad del dólar; creación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, con funciones complementarias, diseñadas para facilitar los ajustes que previsiblemente puedan requerirse –por desequilibrios transitorios o modificaciones permanentes de algunos tipos- y para ayudar a la reconstrucción o a tratar los problemas de los países subdesarrollados; es un sistema que precisa de una fase de transición, no contempla la libertad de movimientos de capital, aunque sí la convertibilidad de las monedas, pivota en la solidez y disponibilidad de dólares, descansando, como mecanismo regulador, en la capacidad acomodaticia de la balanza de pagos norteamericana. [No obstante] El sistema que realmente opera cuando, a finales de los años cincuenta, se supera la fase de transición y se alcanza la convertibilidad entre las principales monedas, no es el inicialmente concebido, sino una variante derivada de la menor capacidad regulatoria del FMI y la mayor dependencia del comportamiento de la

---

<sup>150</sup> Hirst y Thompson, *Historia de los regímenes monetarios y de cambio*, 1996. Con datos de cuadro 5.1 retomado de Martínez González, *op. cit.*, p. 110.

<sup>151</sup> Eduardo Faria, *op. cit.*, p. 50.

economía de Estados Unidos, situación que lleva a algunos autores a hablar de un “estándar dólar”<sup>152</sup>.

Este sistema monetario internacional de Bretton Woods, orientado por el gobierno, experimenta su caída con el abandono del pacto keynesiano a partir de la década de los setenta, precedida de la crisis fiscal del estado y de los petroprecios. Así fue cómo esta crisis que vio sus primeras manifestaciones en 1971, “con la insustentabilidad de la paridad dólar-oro y con la consiguiente erosión del dólar como moneda-reserva internacional estable –llevó a la fluctuación del cambio, abrió camino a la progresiva desorganización del sistema de regulación creado a mediados de la década de los cuarenta”<sup>153</sup>.

Cuando el pacto keynesiano en el que se sostenía la economía posterior a las dos guerras mundiales se rompió por completo, entró en escena el llamado Consenso de Washington, el cual impuso una serie de políticas liberalizadoras de la economía, que fundamentalmente tuvieron que asumir – obligados por presiones externas- los países en desarrollo. Dichas políticas resumidas por John Williamson<sup>154</sup>, estuvieron enmarcadas en las siguientes directrices:

---

<sup>152</sup> Martínez, *op. cit.*, p. 111.

<sup>153</sup> A su vez, a raíz de la crisis del petróleo en los periodos de 1973-1974 y 1978-1979, devino “el aumento de cinco veces el valor real del barril, por lo que desnivelaron súbitamente los precios relativos de los bienes y servicios; acentuaron los desequilibrios comerciales; alteraron las direcciones de los flujos del sistema financiero; potenciaron la inestabilidad de los tipos de cambio y de interés; llevaron al descontrol repentino de las balanzas de pagos; agravaron aún más el ya excesivo endeudamiento externo de los países en vías de desarrollo; provocaron el aumento de la inflación en las economías industrializadas; frenaron el ritmo de crecimiento de los países desarrollados; y finalmente, acabaron paralizando temporalmente los mercados”. Faria, *op. cit.*, pp. 51-52.

<sup>154</sup> El autor explica el por qué de la denominación de “Consenso de Washington”: “La razón que me llevó a compilar el consenso de Washington no era otra que documentar o informar sobre los cambios de actitudes políticas que se estaban produciendo en América Latina, cambios que, por lo menos en apariencia, no eran percibidos desde Washington en ese momento. Con ese propósito, el Institute for International Economics celebró en noviembre de 1989 una conferencia –‘Latin American Adjustment: How Much Has Happened?’- en la que diversos participantes provenientes de América Latina se refirieron a las posturas adoptadas frente a una serie de reformas de política así como el grado de aplicación de las mismas. Mi “consenso de Washington” no era más que el compendio de reformas política que cada uno de los autores debía examinar en su disertación”. “Revisión del Consenso de Washington”, en *El desarrollo económico y social en los umbrales del siglo XXI*, Louis Emmerij y José Núñez del Arco (comp.), BID, 1998, p. 51. Por su parte, con la finalidad de hacer notar que estas “medidas” dirigidas, principalmente a los países de América Latina no pueden operar como mecanismos de desarrollo en sí mismo, retomamos a Castells: “...la

1. *Disciplina fiscal*: El déficit presupuestario –que debería incluir a gobiernos provinciales, empresas del Estado y el banco central– debería ser lo suficientemente reducido como para financiarlo sin recurrir al impuesto inflacionario. Ello implica contar con un superávit primario (esto es, previo a la suma de la deuda y los gastos) de varios puntos porcentuales del producto bruto interno, así como un déficit operativo (que vendría a ser el déficit sin contar aquellos intereses que simplemente compensan la inflación) de no más del 2 por ciento del producto bruto interno.
2. *Prioridades del gasto público*: El gasto debería desviarse de aquellas áreas políticamente sensibles –áreas que reciben tradicionalmente recursos desproporcionados en relación con los beneficios económicos que producen, tales como la administración, defensa, subsidios indiscriminados y “elefantes blancos” –hacia otras áreas marginadas pero capaces de generar altos rendimientos económicos y de mejorar la distribución de los ingresos, tales como la atención primaria de la salud, la enseñanza primaria y la infraestructura.
3. *La reforma tributaria*: Esta reforma incluiría la ampliación de la base tributaria y el recorte de tasas impositivas marginales. El objetivo es aumentar los incentivos y promover la equidad horizontal sin rebajar la progresividad existente. El mejoramiento de la administración tributaria (incluyendo la tributación sobre los ingresos e intereses derivados de bienes invertidos en el exterior [fugas de capital]) es un factor determinante en la ampliación de la base tributaria en el contexto latinoamericano.
4. *La liberalización financiera*: El objetivo final de la liberalización financiera es lograr tasas de interés determinadas por el mercado,

---

desregulación por sí misma, o la privatización por sí misma, no son mecanismos de desarrollo. En las condiciones de una economía capitalista globalizada, suele haber prerequisites para el crecimiento económico. Pero los países que se dejan exclusivamente a los impulsos de las fuerzas de mercado en un mundo donde las relaciones de poder establecidas por gobiernos y empresas multinacionales sesgan y condicionan las tendencias del mercado, se vuelven extremadamente vulnerables a los flujos financieros volátiles y la dependencia tecnológica.”, M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. 1, Madrid, Alianza editorial, 1997, pp. 116-117.

aunque la experiencia ha demostrado que en periodos de crisis de confianza crónica las tasas de interés pueden ser tan altas que llegan a amenazar la solvencia financiera de las empresas productivas y del propio gobierno. En semejantes condiciones, un objetivo temporal sensato sería la eliminación de tasas de interés preferenciales para prestamistas privilegiados y, asimismo, la consecución de moderadas tasas de interés reales positivas.

5. *Tipos de cambio*: Todos los países requieren, por lo menos en lo que a transacciones comerciales se refiere, tipos de cambio unificados y lo suficientemente competitivos para que estimulen el crecimiento acelerado de exportaciones no tradicionales y garanticen a los exportadores el mantenimiento de tal competitividad en el futuro.
6. *La liberalización del comercio*: Deben sustituirse las restricciones cuantitativas al comercio por aranceles que a su vez vayan reduciéndose progresivamente hasta alcanzar un nivel mínimo uniforme que oscile entre el 10 y el 20 por ciento. Existen, empero, discrepancias en torno al ritmo al que deberían reducirse esos aranceles (para algunos esta reducción debería concretarse en alrededor de tres años, para otros en torno de los diez) y asimismo no existe unanimidad sobre la conveniencia de ralentizar el proceso de liberalización comercial si las condiciones macroeconómicas son adversas (recesión y déficit en la balanza de pagos).
7. *Inversión extranjera directa*: Se recomienda la supresión de barreras que impidan la entrada de empresas extranjeras; las empresas nacionales y las foráneas deberían competir en igualdad de condiciones.
8. *Privatización*: Se aboga por la privatización de las empresas estatales.
9. *Desreglamentación*: Los gobiernos deben eliminar las regulaciones que impidan la participación de nuevas empresas o que restrinjan de alguna manera la competencia, a la vez que garantizan el mantenimiento de regulaciones en esferas como la seguridad, la protección ambiental o la supervisión de las normas de prudencia de las instituciones financieras.

10. *Derechos de propiedad*: El sistema legal debe garantizar derechos de propiedad a bajo costo y accesibles al sector informal<sup>155</sup>.

Los anteriores acuerdos de política económica que, aunque tenían como destinatarios principales a los países de América Latina, terminaron por constituirse en un entramado ideológico-económico-político de alcance global, el cual ha dominado el discurso de la globalización económica. En ese sentido, dichas medidas liberalizadoras de la economía, coadyuvaron en la confección de las nuevas finanzas internacionales de carácter intensamente interconectado. Esto es, un sistema monetario internacional ahora orientado por el mercado y del cual se pueden extraer los siguientes rasgos característicos<sup>156</sup>:

- 1) Internacionalización de las carteras financieras.
- 2) Menor importancia de los bancos en relación a los mercados como agentes de intermediación (creciente importancia de la titulación, emisiones de bonos...)
- 3) Determinación de los tipos de cambio por el mercado financiero, a la luz del crecimiento de la escala de las transacciones financieras internacionales en relación a las comerciales.
- 4) Volatilidad del mercado, con amplificación de los *shocks* que atraviesan el sistema.
- 5) Concentración del mercado, con un pequeño grupo de instituciones que actúan simultáneamente en los mercados internacionales, empleando similares criterios de análisis y comportamiento.
- 6) *Falta de aislamiento* de los países ante las presiones de los tipos de cambio, aunque no les lleve a disciplinar sus políticas económicas domésticas.

---

<sup>155</sup> Estas medidas las recuperamos de Fernando Pita, “Neoliberalismo y neoconservadurismo: la nueva derecha”, en Marcaida, V. Elena (coord.), *Estudios de historia económica y social. De la Revolución Industrial a la globalización neoliberal*, Buenos Aires, editorial Biblos, 2002, pp. 218-219.

<sup>156</sup> Ver Padoa-Schioppa y Saccomanni, 1994, citado en *Economía política de la globalización*, *op. cit.*, p. 114.

Así, la tendencia es a crear un mercado mundial de las finanzas lo más globalizado posible, que se coloque por encima de las directrices económicas de cada nación. Pero no se debe olvidar que esta tendencia hacia los mercados financieros globales no es de hoy, sino que es un proceso que data desde, al menos, el siglo XV: “El alcance global de los mercados financieros de hoy, en Nueva York por ejemplo, no es diferente al de los mercados de Ámsterdam en el siglo XVIII. Vistas así las cosas, la globalización económica aparece como una envoltura espacial lentamente expandida, dentro de la cual la vida social se ha visto obligada a existir a partir del siglo XV”<sup>157</sup>. Sin embargo, el discurso dominante actual –reflejado en los hiperglobalistas desde la teoría o los neoliberales desde las políticas públicas- que se construye sobre la globalización, tiene en sí mismo conceptualizaciones totalizadoras y absolutistas, al considerarla como un proceso totalmente nuevo, inevitable e irreversible. Nada más cuestionable.

Sobre las tendencias más distinguibles de este periodo de globalización financiera, Griffith-Jones, establece cinco:

- 1) Mercados de capitales crecientemente globalizados e integrados, con el añadido de que la articulación de los mercados financieros nacionales es muy superior a la articulación global de las estructuras productivas nacionales, dado que el rápido crecimiento de los flujos internacionales de capital ha sido mucho más rápido que el crecimiento del comercio y la inversión extranjera directa.
- 2) Acusado crecimiento en todos los países del tamaño y la influencia de los mercados financieros, masivo aumento del negocio en todos los mercados de títulos, con llamativo ascenso del valor de las transacciones financieras sobre el PNB en los principales países.
- 3) Tendencia a la desaparición de las tradicionales separaciones funcionales en particular entre actividades bancarias y de título; de modo que la reducción de los márgenes de intermediación, el

---

<sup>157</sup> Eric Helleiner, “Reflexiones braudelianas sobre globalización económica: el historiador como pionero”, en *Análisis político*, No. 39, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales-Universidad Nacional de Colombia, Santa Fé de Bogotá Colombia, 2000, p. 8.



descenso de los depósitos no remunerados, la disminución de la demanda de créditos bancarios en relación a otras fórmulas de financiación directa, han impulsado a los bancos a implicarse en el negocio de títulos, lo que comporta más riesgo y es menos regulable.

- 4) Gran expansión de los instrumentos financieros disponibles, muchos de los cuales son muy sofisticados y de riesgo difícil de evaluar.
- 5) Institucionalización de los ahorros, impulsora de la creciente complejidad del mercado y del aumento de la internacionalización.

Para que lo anterior haya podido tener cauce y siguiendo el marco del Consenso de Washington como punto de partida, se han concretado políticas de liberalización económica, que pueden observarse en una serie de acciones por parte de los Estados<sup>158</sup>, que tienden a liberar el movimiento y entrada de capitales. Respecto al movimiento de capitales y en la dirección interna de su liberalización, existe una intensificación de: 1) liberalización de las reglas que disciplinan las inversiones extranjeras directas e imponen restricciones sectoriales; 2) liberalización del acceso al mercado interno por agentes bancarios y no bancarios extranjeros; 3) liberalización de las reglas que disciplinan préstamos extranjeros a empresas y bancos domésticos. Con relación al aspecto externo de la liberalización, se ubican las siguientes políticas emprendidas por los agentes impulsores de la globalización económica: 1) liberalización de las restricciones sobre repatriación de capitales, 2) liberación de las restricciones a remesas de beneficios, dividendos y bonificaciones<sup>159</sup>. En el mismo sentido, sobre la liberalización de la entrada de capitales en su aspecto interno, se han emprendido políticas de liberalización de la entrada e instalación de bancos extranjeros, aseguradoras, fondos de inversión y demás agentes financieros no bancarios; mientras que en su aspecto externo, se han estimulado los

---

<sup>158</sup> No obstante, cada Estado en particular, lleva un ritmo e intensidad distintos en sus reformas de apertura y liberalización económica. Es común observar que los países desarrollados son muy cautos al realizarlas, en contrapartida a la profundidad de las reformas que se les exige a los países en desarrollo.

<sup>159</sup> Elementos que retomamos de la figura 2.1 “Tipología de la internacionalización del mercado financiero”, de Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 54.

permisos para que bancos, aseguradoras y agentes financieros no bancarios nacionales abran filiales en el exterior y amplíen sus redes de relaciones en el mercado internacional.

No obstante que nos referimos a las políticas liberalizadoras que le han marcado el rumbo a la globalización económica y en particular a las finanzas globales, en muchos de los casos –si no es que en la mayoría-, se requiere conjuntamente de políticas desreguladoras. Por ejemplo, para estimular la liberalización en sentido interno, hace falta implementar políticas de desregulación del mercado doméstico, por mencionar una materia, la de seguros a aseguradoras extranjeras; asimismo, para la liberalización del movimiento de capitales, en dirección externa, se requiere tanto de una desregulación de la compra y venta de seguros y de monedas extranjeras por residentes *domésticos*, como de una desregulación de las prohibiciones de inversión en cartera o directa en el exterior, todo ello para tener un cuadro completo de liberalización.

A pesar de que se considere, de manera general, que las acciones y políticas de liberalización y desregulación económica marcan la tendencia, es importante matizar la posición que plantea a la globalización como un fenómeno indiscutible e irreversible, al que se debe asumir sin cortapisas. Resumiendo con Hirst y Thompson, respecto a la supuesta total desregulación de los mercados:

Lo que tenemos no son mercados totalmente desregulados [sino una] limitada supervisión de una economía internacional orientada por el mercado. La regulación no trata de alterar la regulación de precios o la dirección de los flujos financieros. Se deja a los mercados de cambio funcionar básicamente sin trabas y a los tipos encontrar sus propios niveles. De forma que masivos movimientos de capitales a corto plazo pueden causar estragos sobre objetivos bien fundamentados de la gestión macroeconómica doméstica<sup>160</sup>.

Por cuanto hace a la política de privatizaciones, ésta ha tenido un fuerte impulso de parte de los organismos financieros internacionales para que los Estados que todavía mantienen monopolios en algunos bienes y servicios, los trasladen a manos de particulares. Han sido el caso de la banca, las pensiones, energéticos, vías de comunicación y, es muy probable, que sea

---

<sup>160</sup> 1996, p. 135.

ya un proyecto muy cercano privatizar los servicios de suministro de agua y electricidad, por mencionar algunos.

Así es como el proceso de globalización financiera se constituye en una mezcla de elecciones pensadas y conscientes por parte de los Estados – muchos con toda convicción en el contenido de los mismos-, tomando decisiones conjuntas con los organismos financieros internacionales como el FMI y el Banco Mundial. Estas decisiones han implicado flotación de los tipos de cambio, libertad de movimientos de capital, política genérica de desregulación, política económica neoliberal; con circunstancias coyunturales, tales como masa de petrodólares a la búsqueda de colocación, aumento de los fondos privados de pensiones al disminuir las expectativas del Estado del bienestar, ascendente protagonismo de las empresas transnacionales<sup>161</sup>. Todo ello trae consecuencias trascendentes a la economía mundial, al estar las finanzas mundiales cada vez menos ancladas en la política económica de cada nación y orientarse a la “regulación” por ese espacio ficticio –pero con efectos más que reales- llamado mercado en el que están teniendo un ascendente protagonismo las empresas transnacionales. Las crisis financieras también se han vuelto globales, pues la autonomía que ha adquirido el plano financiero en la economía mundial, genera riesgos severos para la estabilidad económica y para el comercio mundiales, al grado de que se llegue a cuestionar la sustentabilidad política de la dinámica resultante<sup>162</sup>.

Los elementos financieros que más se globalizan, son las divisas, el capital y los derivados. Lo más evidente resultan ser los movimientos financieros internacionales, calculándose que el cúmulo de préstamos bancarios transfronterizos, en porcentaje del PIB, ha crecido del 6% en 1972 al 37% en 1991; por su parte, las transacciones transfronterizas de bonos y acciones han pasado de menos del 10% en 1980 al 80% para Japón, al 160% para Estados Unidos y al 200% para Alemania<sup>163</sup>.

Digamos que ahora impera, más que nunca, el fetichismo del dinero; el dinero por el dinero, el dinero para el dinero, apareciendo como un fin en sí

---

<sup>161</sup> *Economía política de la globalización, op. cit.*, p. 122.

<sup>162</sup> *Ídem.*

<sup>163</sup> Según un estudio realizado por Sutcliffe y Glyn, cit. *Economía política... op. cit.*, p. 116.

mismo<sup>164</sup>: “hay un agudo cambio en la relación entre el capital productivo y el capital que adopta la forma-dinero: el dinero, en vez de aparecer como subordinado a la producción, ahora aparece como un fin en sí mismo”<sup>165</sup>. Por supuesto, esa relación invertida, provoca problemas trascendentes en el comercio, por ejemplo, pues “los tipos de cambio han llegado a estar tan dominados por los movimientos de capital y las expectativas de los tipos de interés que han dejado de servir como mecanismo de precios eficaz para facilitar el comercio internacional”<sup>166</sup>.

A este impacto que genera la globalización económica en el comercio, le dedicaremos con más detenimiento el siguiente punto.

## **b. Interconexión del comercio**

El comercio es un elemento de suma relevancia dentro de los procesos de globalización actuales. Sirve como un criterio para analizar el grado de integración económica que se está desarrollando respecto a otras “olas de globalización” anteriores. No obstante que, como ya hemos referido, se han presentado procesos importantes de globalización económica desde el siglo XV, algunos autores<sup>167</sup> destacan dos olas de globalización económica claramente ubicables y más recientes: la primera durante el periodo de 1870-1914 y la segunda de 1960 hasta la actualidad –la cual tiene su mayor intensidad a partir de las últimas dos décadas. Estos dos últimos episodios de globalización, se caracterizan por una mayor integración del comercio, las

---

<sup>164</sup> Después de la desaparición de toda referencia al oro, el dinero ahora está formado por las distintas monedas nacionales que para participar, tienen que ser convertibles, pero jugando papeles harto desiguales. El dólar conserva una posición central. *Economía política de la globalización, op. cit.*, 115.

<sup>165</sup> Holloway, 1994, p. 40.

<sup>166</sup> *Economía política... op. cit.*, p. 123.

<sup>167</sup> Entre ellos, destacan Baldwin y Martin (1999), Franklin (2000) e incluso así lo ha manifestado el Banco Mundial (2001). “Estos estudios han permitido proporcionar una nueva visión sobre la globalización: frente a los fanáticos de “nuevas sensaciones” y “visionarios” de “cambios”, “catástrofes”, “mutaciones sin igual”, este tipo de análisis permite reflexiones mucho más serenas, de modo que relativiza las “transformaciones” y las “novedades”. Ver García Laso, Agustín, “Visión y revisión de la globalización económica”, en *Globalización económica y relaciones laborales*, Wilfredo Sanguinetti Raymond y Agustín García Laso (coord.), España, Universidad de Salamanca, 2003, p. 17.

corrientes de capital y de la mano de obra<sup>168</sup>. Sin embargo, dichos elementos cobran relevancia, dependiendo del enfoque con que se los analice. Veamos. La tendencia al aumento del comercio mundial se intensifica en las décadas posteriores inmediatas a la Segunda Guerra Mundial, aumentando los intercambios comerciales por encima de la producción. En particular, esto ocurre en los años sesenta, que son los de mayor dinamismo relativo a las exportaciones.

Después de que, entre 1990 y 1997 las exportaciones mundiales de mercancías crecen el 6,5% y las de servicios en un 8% por arriba del crecimiento del PIB mundial real, que apenas alcanza el 2%, se observan cambios relevantes en el tipo de transacciones y de los productos que se comercian. En ese sentido:

Se está produciendo una profunda transformación en la *estructura del comercio mundial por productos y tipo de transacciones*. En 1996, los bienes representan el 80,7% del comercio mundial y los servicios el 19,3%; las materias primas entran en una tendencia de pérdida de importancia – ininterrumpida en los productos agrícolas y sólo quebrada en las industrias extractivas, entre 1973 y mediados de los años ochenta, como consecuencia, básicamente, del aumento de los precios del petróleo- que lleva a sus exportaciones a descender del 57 al 38% de las mundiales, entre 1950 y 1973; los productos agropecuarios ascienden, en 1997, al 10,9% de las exportaciones mundiales de mercancías y los productos de industrias extractivas al 11,3%, quedando el grueso de la participación para unas manufacturas que mantienen su crecimiento relativo (74%), mientras que dentro de los servicios comerciales, los de transporte representan un 24,4%, los viajes un 32,8% y la ascendente partida de “otros” un 42,9%. El cuadro resultante, es el de un comercio mundial en el que las mercancías no dejan de ganar protagonismo dentro del intercambio de bienes, pero en el que el comercio de servicios crece a más ritmo que el de bienes, aumentando de forma sostenida su participación en el comercio total<sup>169</sup>.

La importancia de las transacciones comerciales, medida por el volumen de las exportaciones, es un elemento que tiende a ser utilizado para resaltar la intensidad del proceso globalizador; pero al parecer se ha sobredimensionado, pues “desde el punto de vista de las transacciones comerciales, existe la percepción de un espectacular aumento de éstas

---

<sup>168</sup> *Informe sobre el comercio mundial 2008. El comercio en un mundo en proceso de globalización*, OMC, 2008, p. 17. Aunque advierte el Informe de la Secretaría del Organismo, que dichos elementos no han tenido la misma importancia en esos dos episodios.

<sup>169</sup> *Economía política de la globalización, op. cit.*, p. 138.

avalado por la eliminación de las restricciones comerciales”<sup>170</sup>, pero si se analiza el volumen de exportaciones, se observará que “el volumen de exportaciones en el periodo inmediatamente anterior a la Primera Guerra Mundial era elevado y de hecho varios países aún no han llegado a ese nivel”<sup>171</sup>, como por ejemplo, Australia y Reino Unido

Además, a pesar de que dichos datos pueden tomarse como una tendencia, es importante hacer notar que según datos recientes de la OMC, para 2007 las exportaciones a nivel mundial oscilaron en un 5,5 % sobre el valor del PIB, lo cual coloca este rubro estandarte de la globalización económica, por debajo incluso, de las correspondientes a 1890 que se calculaban en un 6,0%<sup>172</sup>.

Respecto a las importaciones, los países en desarrollo destacan por su mayor volumen respecto a su propio nivel de exportaciones. Así, América Central y del Sur –que en el estudio de la OMC incluye el Caribe- de tener un 14 % en 2005, pasó a un 20 % en 2007; Asia y Medio Oriente en 2005 registró en importaciones un 14,5 % y en 2007 bajó el porcentaje a un 12,5%. Ambas regiones, mantienen una diferencia espectacular entre sus importaciones y sus exportaciones.

Por su parte, si nos concentramos en el tipo de comercio que se está desarrollando en esta segunda “ola de globalización” de los últimos tiempos, encontramos una caída en la importancia de las transacciones de materias primas y un paralelo incremento de las manufacturas<sup>173</sup> y en esa tesitura, ha aumentado el volumen de exportaciones de mercancías de los países en desarrollo. A su vez, se observa una progresiva caída de exportaciones de materias primas respecto del total y, un fuerte incremento de las exportaciones de manufacturas: “en todo caso, hoy las naciones en desarrollo tienen menos importancia en el comercio mundial, si bien la composición de sus exportaciones es más simétrica (esto es, mayor volumen de exportaciones industriales): dos tercios del comercio entre países ricos; de este comercio,  $\frac{3}{4}$  es de doble vía en manufacturas. Es decir, el comercio

---

<sup>170</sup> García Laso, *op. cit.*, p. 18.

<sup>171</sup> *Idem.*

<sup>172</sup> Cuadro I, del *Informe del comercio...op. cit.*, p. 4.

<sup>173</sup> En particular, de maquinaria con alto nivel de especialización. Ver, García Laso, *op. cit.*, p. 19.

mundial está dominado por el comercio intraindustrial en productos similares (...) Es evidente la concentración del comercio en los países más desarrollados y en especial en la primera potencia mundial”<sup>174</sup>.

Es de reconocer, que “aunque es indudable el incremento del comercio mundial, el sesgo con el que se produce, su tendencia a concentrarse en pocas áreas o a desarrollarse principalmente en espacios regionales, impide hablar de globalización en sentido estricto, estando más bien ante procesos de regionalización, de interdependencia, de desigual vinculación, de vulnerabilidad de ciertas economías (...) no ante una integración comercial a escala mundial, amplia y paritariamente diversificada”<sup>175</sup>.

### **c. La producción transnacionalizada y el papel de las nuevas tecnologías de la información como impulsoras de los procesos de globalización económica**

La forma de producción de los bienes y servicios, evidencia uno de los cambios más notables en la economía globalizada. Desde finales de los años setenta, viene gestándose una transición de la producción llamada fordista, es decir, de la producción en serie, a la producción flexible o postfordista. El modelo fordista estuvo caracterizado por “los incrementos de productividad obtenidos por las economías de escala en un proceso de producción mecanizado basado en una cadena de montaje de un producto tipificado, en las condiciones de control de un gran mercado por *una forma organizativa específica: la gran empresa estructurada según los principios de integración vertical y la división del trabajo social y técnica institucionalizada*”<sup>176</sup>. Todo este sistema de organización de la producción, tenía sus métodos específicos de gestión, los cuales fueron conocidos como “taylorismo” y “organización científica del trabajo”, en cuya esencia se encontraba la idea de hacer eficiente el trabajo, con la finalidad de generar mayor producción.

---

<sup>174</sup> *Ibidem*. Ver el cuadro 3 de la referencia.

<sup>175</sup> *Economía política de la globalización económica, op. cit.*, p. 141.

<sup>176</sup> M., Castells, *La era de la información, vol. 1, op. cit.*, p. 182.

El fordismo, que tuvo su mayor auge entre los años diez y sesenta del siglo XX, generó en su momento transformaciones muy importantes, aunque principalmente en el ámbito de la producción, fue tanta su influencia social que se observaba su marca en las relaciones sociales de consumo y de conducta<sup>177</sup>. Desde la descomposición de las tareas, ubicando una diferencia marcada entre dirección, concepción, ejecución y control, se generó una división estricta de la fuerza de trabajo: por una parte, trabajadores altamente calificados y especializados, y por la otra, una masa extendida de obreros no calificados que desarrollaban el trabajo mecánico y automatizado; hasta la generación de un “trabajador colectivo”, producto de unir la fuerza de trabajo en un todo orgánico, en el que “la contribución productiva de cada individuo y cada grupo dependía de la contribución de cada uno de los otros”<sup>178</sup>.

Con el agotamiento de este modelo fordista-taylorista de producción, que se acelera con la crisis de rentabilidad que sufría el proceso de acumulación de capital, se transita al modelo de producción flexible, que se convirtió en una respuesta tentativa a las características de la nueva economía, a decir de Castells: “cuando la demanda se volvió impredecible en cantidad y calidad, cuando los mercados se diversificaron en todo el mundo y, en consecuencia, se dificultó su control, cuando el ritmo del cambio tecnológico hizo obsoleto el equipo de producción de cometido único, el sistema de producción en serie se volvió demasiado rígido y costoso para las características de la nueva economía”<sup>179</sup>. Es un modelo de producción, que *se acomoda al cambio constante sin pretender controlarlo*, como diría uno de sus investigadores<sup>180</sup>. Ese cambio constante, que para muchos, es la esencia de la nueva economía globalizada.

El modelo de producción flexible, por su parte, se basa en una organización del trabajo denominada “toyotista”, que implica colaboración entre la dirección y el trabajador, la mano de obra multifuncional, el control de calidad total y la reducción de la incertidumbre. Este tipo de organización de la producción se gesta, en su mayoría, en el seno de empresas japonesas (de la empresa

---

<sup>177</sup> La película de Charles Chaplin “Tiempos modernos” logró reflejar elocuentemente, la influencia del fordismo en los individuos y en la sociedad en general.

<sup>178</sup> Eduardo Faria, *op. cit.*, p. 64.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>180</sup> Piore y Sabel, como lo refiere Castells, *ídem*.



automotriz Toyota, viene su nombre), pero imitado ampliamente por otras empresas y en otras regiones; se compone, en lo fundamental, por las siguientes elementos<sup>181</sup>:

1. El sistema de suministros *kan-ban* (o “justo a tiempo”), por el cual los inventarios se eliminan o reducen considerablemente, puesto que los proveedores entregan aquéllos en el lugar de producción, en el momento exacto requerido y con las características especificadas por la cadena de producción;
2. El “control de calidad total” de los productos en el proceso de producción, que aspira a lograr que los defectos se acerquen a cero y el mejor empleo de los recursos;
3. La participación de los trabajadores en el proceso de producción, mediante la utilización del trabajo en equipo, la iniciativa descentralizada, mayor autonomía de decisión del taller, recompensas por los logros del equipo y una jerarquía administrativa plana con escasos símbolos de posición en la vida cotidiana de la empresa.

Pero este cambio en el modelo de producción y en los métodos de la organización del trabajo, no hubiera sido posible si no se produce un desarrollo vertiginoso –éste sí sin precedentes en virtud de su intensidad y alcances- de la tecnología. Se habla de un nuevo paradigma en la base del desarrollo capitalista. Del paradigma técnico-industrial (fordista-taylorista) se ha transitado a un paradigma basado en las tecnologías de la información: de la economía primordialmente industrial a una economía informacional.

En este nuevo modo de desarrollo, ahora informacional, Manuel Castells explica que la fuente de la productividad radica en la tecnología de la generación del conocimiento, en el procesamiento de la información y la comunicación de símbolos, aunque se reconozca que el conocimiento y la información siempre han tenido un papel decisivo en el proceso de producción; sin embargo, lo específico de este modo de desarrollo informacional, es la acción del conocimiento sobre sí mismo como principal

---

<sup>181</sup> Castells, *op. cit.*, p. 185.

fuerza de productividad<sup>182</sup>. A su vez, este paradigma emerge en la “sociedad de la información”<sup>183</sup>, en cuyo seno se privilegia como motor de desarrollo, el conocimiento técnico en la investigación científica y en áreas como la ingeniería financiera, el diseño, en marketing, la publicidad, los medios de comunicación electrónicos, el transporte, comercialización y distribución de bienes y productos. Dentro de los impactos que está generando este nuevo paradigma informacional, ejercido por la información especializada, destaca, como nos dice Faria, la pérdida gradual de la fuerza de trabajo en su papel dominante en el proceso productivo, “esto es así porque cuanto mayor es la incorporación de este tipo de información a los sistemas productivos, más tiende a perder sentido el trabajo manual y más se ligan las funciones al trabajo intelectual directivo. Y éste, a su vez, puede ser vendido en unidades independientes en el mercado, bajo la forma de prestación de servicios”<sup>184</sup>.

Existe otro impacto de gran relevancia en el terreno de la producción, por parte de este paradigma informacional de desarrollo: la producción se ha vuelto descentralizada. Si antes la producción tenía que realizarse en una única unidad empresarial, en un territorio nacional determinado, con el paso al modo de producción flexible y su base técnico-informacional, la organización del trabajo tiende a ubicarse en varias unidades empresariales, con específicas tareas en el proceso. De ahí el concepto de flexibilidad, pues,

---

<sup>182</sup> En el modo de desarrollo informacional, “el procesamiento de la información se centra en la superación de la tecnología y la aplicación de ésta para mejorar la generación de conocimiento y el procesamiento de la información: por ello, denomino informacional a este nuevo modo de desarrollo, constituido por el surgimiento de un nuevo paradigma tecnológico basado en la tecnología de la información”. Respecto a la diferencia fundamental, entre el modo de producción industrial y el informacional, Castells parte de considerar que cada modo de desarrollo posee asimismo un principio de actuación estructuralmente determinado, a cuyo alrededor se organizan los procesos tecnológicos: el industrialismo se orienta hacia el crecimiento económico, esto es, hacia la maximización del producto; el informacionalismo se orienta hacia el desarrollo tecnológico, es decir, hacia la acumulación de conocimiento y hacia grados más elevados de complejidad en el procesamiento de la información. Si bien grados más elevados de conocimiento suelen dar como resultado grados más elevados de producto por unidad de insumo, la búsqueda de conocimiento e información es lo que caracteriza a la función de la producción tecnológica en el informacionalismo”. *Ibidem*, p. 43.

<sup>183</sup> El autor aclara que para él la expresión de “sociedad informacional” indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este periodo histórico, *ibidem*, p. 47.

<sup>184</sup> *El derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 65.

entre otros aspectos, la organización de la producción se ve permeada por formas flexibles de articulación empresarial.

La profundización en la interconexión de las empresas, se ha respaldado por formas flexibles de organización a escala internacional. Por un lado, el modelo de redes multidireccionales aplicado por empresas pequeñas y medianas; y por otra, el modelo de producción basado en la franquicia y la subcontratación bajo la cobertura de una gran compañía. Esto da lugar a que el cambio principal –en el ámbito de la organización de la empresa- sea el paso de las burocracias verticales a la gran empresa horizontal; por ello, “las redes son el elemento fundamental del que están y estarán hechas las nuevas organizaciones. Y son capaces de formarse y expandirse por todas las calles principales y los callejones traseros de la economía global porque se basan en el poder de la información, proporcionado por el nuevo paradigma tecnológico”<sup>185</sup>.

Y, en ese sentido es que aparece la conocida empresa prototipo de esta fase de desarrollo capitalista, la llamada *empresa red*<sup>186</sup>; ésta se ha convertido en la forma organizativa de la economía informacional/global; y lo es, porque parece estar en concordancia con las características de la misma y, a decir del autor que ha desarrollado ya clásicos conceptos de *empresa red* y *sociedad de la información*, Castells, porque:

(...) las organizaciones de éxito son aquellas capaces de generar conocimiento y procesar información con eficacia; de adaptarse a la geometría variable de la economía global; de ser lo bastante flexible como para cambiar sus medios con tanta rapidez como cambian los fines, bajo el impacto del rápido cambio cultural, tecnológico e institucional; y de innovar, cuando la innovación se convierte en el arma clave de la competencia. Estas características son sin duda rasgos del nuevo sistema económico (...) En este sentido, la empresa red materializa la cultura de la economía informacional/global: transforma señales en bienes mediante el procesamiento del conocimiento<sup>187</sup>.

Mientras el modelo de producción que actualmente se desarrolla, es el informacional/global y la forma organizativa es en redes globales, la empresa

---

<sup>185</sup> Definida como “aquella forma específica de empresa cuyo sistema de medios está constituido por la intersección de segmentos autónomos de sistemas de fines”, Castells, *ibidem*, p. 199.

<sup>186</sup> *Op. cit.*, pp. 188,199.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 199-200.

red paradigmática de esta etapa del capitalismo, es la transnacional. Así, entre los aspectos nuevos históricamente, se ubica el nacimiento de esta empresa organizada en red, “que concibe, fabrica y vende productos mundiales y localiza sus unidades operacionales en diferentes territorios, en función de las cualidades propias de cada uno”<sup>188</sup>; es decir, esta empresa produce transnacionalmente porque no se constriñe a un territorio nacional, porque sus unidades empresariales pueden estar ubicadas en lugares remotos, en la que cada una tendrá una tarea específica en el proceso de producción.

En esta tesitura tenemos a Hobsbawm explicando la nota relevante de esta fase de desarrollo capitalista:

Hasta los años setenta una empresa que hubiera deseado poner en marcha la producción de automóviles en un país distinto al de origen, debía construir una fábrica entera y transplantar todo el proceso productivo al lugar previamente elegido, pongamos, las Filipinas. Hoy, en cambio, es posible descentralizar la producción de motores y de otros componentes y después hacerlos converger donde se quiera: desde un punto de vista práctico la producción ya no se organiza dentro de los confines políticos del estado en el que se halla la casa madre.

Pero incluso esta evolución no nos hubiera llevado muy lejos si no hubiesen mejorado, en paralelo, y de forma, todavía más espectacular los sistemas de información que hacen posible controlar el proceso productivo, punto por punto desde el centro. De modo que mientras que en el pasado la división mundial del trabajo se limitaba al intercambio de productos entre regiones específicas, hoy es posible producir atravesando las fronteras de los continentes y de los estados. Este es el elemento capital del proceso. La abolición de las barreras comerciales y la liberalización de los mercados son, en mi opinión, un fenómeno secundario<sup>189</sup>.

Así, estos elementos del modelo de producción flexible e integrado por los componentes organizacionales del trabajo “toyotista” que apuntamos líneas arriba y, propiciado por la Tercera Revolución, la de las tecnologías de la información, la cual proporciona la base material de su constitución, trae como resultado que las empresas adopten estructuras cada vez más descentralizadas, que observan una triple relación de colaboración<sup>190</sup>:

---

<sup>188</sup> P., Giraud, *La desigualdad del mundo*, México, FCE, 2000, p. 175.

<sup>189</sup> Eric Hobsbawm, *Entrevista siglo XXI*, al cuidado de Antonio Polito, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 83-84.

<sup>190</sup> Este tipo de colaboración trae varios efectos importantes en la producción: “disminución de costes, relativiza el peso de la energía, [a diferencia de la centralidad que tenía ésta en el

- a) la del capital cualificado, bajo la forma de “redes de colocación, contrata y subcontrata”, conocida también como terciarización;
- b) de los sectores de “montaje” con las cadenas suministradoras, valiéndose de contratos de investigación, de franquicias, de licencia de patentes y de licencia de marcas como instrumento de apoyo tecnológico a las pequeñas y medianas empresas;
- c) la de los sistemas de cadenas integradas de competición, formando esquemas competitivos en los que las empresas de los países industrializados y no industrializados se integran en los grandes sistemas de producción y/o distribución de los países desarrollados.

Esta nueva organización de la producción en *red*, redefine y expande la idea del mercado a uno ya no nacional, sino global; las empresas globalizadas tienen claro que su producto, que se elabora en procesos fragmentados localizados en distintos territorios nacionales, va destinado a un mercado global; no obstante, introducen cambios superficiales en los productos para adaptarlos a los gustos locales<sup>191</sup>, una exigencia de producción global, pero de consumo local; algo que, por más globalizada que esté la producción, tendrá que tomar en cuenta: la localidad a la que se destina.

Por su parte, en esta estructuración de la producción transnacionalizada, es importante resaltar que la relación de colaboración entre los países desarrollados y los que están en proceso de serlo, es asimétrica. Es común que en los procesos de producción, los países en desarrollo se ubiquen, fundamentalmente, como mano de obra barata, lo cual los coloca en un plano de desventaja y pocos beneficios respecto al fenómeno de la globalización

---

modelo de producción industrial]; relativiza también el trabajo no cualificado y de las materias primas en la composición final del precio de los productos; hace viable la fragmentación de las diferentes etapas de producción de bienes y servicios entre unidades situadas en diversos territorios o continentes; aumenta el volumen de importaciones y exportaciones de insumos, partes, piezas, componentes y productos finales internos en el ámbito de una misma cadena productiva; genera formas inéditas de vinculación horizontal y vertical entre las empresas situadas en esa cadena; y finalmente, revoluciona los métodos y los propios procesos de concepción, fabricación y comercialización. Ver Faria, Eduardo, *op. cit.*, pp. 65-66.

<sup>191</sup> Augusto de Venanzi, *Globalización y corporación*, Barcelona, Anthropos, Universidad de Venezuela, 2002, p. 67.

económica. Este aspecto, será abordado con mayor detenimiento en primera instancia, en el último epígrafe de este capítulo y, más a profundidad, en el capítulo IV de este estudio.

En tanto, el siguiente apartado será destinado a desarrollar la personalidad y preponderancia que tienen los organismos financieros internacionales y las empresas transnacionales en los procesos de globalización económica. Tal vez sin éstos, la globalización económica, en los términos como se ha venido gestando, no hubiera sido posible. De ahí que los consideremos, sus *gestores principales*.

## **2.2 El aparato institucional y jurídico de la globalización económica**

### **2.2.1 La *personalidad* de los gestores y actores principales de la globalización económica: sus organismos más emblemáticos**

Por agentes<sup>192</sup> y actores<sup>193</sup> principales de la globalización económica nos referiremos en este trabajo, a los organismos financieros internacionales y a las empresas transnacionales, por ser las representaciones más activas y emblemáticas de esta fase del capitalismo. Sin ellos, la globalización económica carecería de referentes empíricos; carecería, incluso, de la significación dominante que se tiene de ella. De ahí la importancia, de presentar a continuación el origen, desarrollo, funciones y objetivos que tienen algunos de ellos.

#### **a) Fondo Monetario Internacional (FMI)**

A pesar de haber nacido en 1944, como parte del orden internacional económico de posguerra y con el propósito exclusivo de resolver los problemas generados en los pagos internacionales después de la inestabilidad monetaria de los años treinta, el Fondo Monetario Internacional

---

<sup>192</sup> En su acepción de *persona que tiene a su cargo una agencia para gestionar asuntos ajenos o prestar determinados servicios*, nos referimos específicamente a los organismos financieros-económicos como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la OMC y la OCDE.

<sup>193</sup> Entendidos como personajes de acción e inducción del desarrollo e impulso de la globalización económica, refiriéndonos específicamente con este término a las empresas transnacionales.

ha ido adquiriendo un papel cada vez más relevante en la organización y dirección de la economía mundial, en especial, en el sistema financiero internacional.

Con la caída del patrón oro y la asunción definitiva de Estados Unidos como la economía dominante después de la Segunda Guerra Mundial, se adoptaron nuevas reglas internacionales que plantearon la necesidad de crear una nueva institución internacional que regulara la estabilidad de las relaciones monetarias y cambiarias en el mundo<sup>194</sup>. Como parte de los acuerdos institucionales de reconstrucción de las relaciones económicas internacionales, en el marco del acuerdo multicitado Bretton Woods, 44 naciones crearon el Fondo Monetario Internacional, el cual empezó a funcionar en 1946.

El “fondo” del Fondo Monetario se constituyó con una cuota asignada a cada país miembro, tomando en consideración la importancia de su economía; con lo cual, el FMI surgía como un organismo dominado y regido por los intereses de las economías más importantes, dentro de las cuales Estados Unidos llevaba la batuta<sup>195</sup>; de ahí las críticas fundadas de la excesiva dependencia de la economía norteamericana, en su modelo de funcionamiento.

El fondo reunido sería destinado a conceder préstamos a los países con problemas en la balanza de pagos, condicionados por un compromiso que sería estrictamente vigilado en su cumplimiento, y que consistiría en realizar los ajustes económicos necesarios que garantizaran la posterior devolución de los préstamos recibidos.

---

<sup>194</sup> José Antonio, Nieto Solís, *Organizaciones económicas internacionales y globalización*.

*Los organismos internacionales en la economía mundial*, Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 67.

<sup>195</sup> “EE UU asumió la cuota de mayor tamaño, lo que le garantizaba también un mayor peso en la ponderación de votos establecida. La cuota de cada país servía para determinar el número de votos y para conocer el límite de préstamo de cada Estado miembro”; a su vez, queda más de manifiesto el control ejercido por Estados Unidos del FMI, pues “las decisiones importantes requieren ser aprobadas con el 85% de los votos de los países pertenecientes al Fondo, y EE UU es el único socio individual que tiene una cuota superior al 15%. En concreto, la cuota de EE UU es el 17,49% sobre el total del FMI y, en consecuencia, dispone de una cantidad equivalente del total de los votos del FMI, lo que le otorga una capacidad efectiva de veto que no tiene individualmente ningún otro país”. Por su parte, respecto a la cuantía de los préstamos asignados, ésta se “mide en relación a la cuota de cada país ante el FMI, puesto que el Fondo gira o presta a cada país por importes relacionados con su cuota. Por ello, el FMI en realidad consiste en un fondo que globalmente se nutre de las cantidades desembolsadas por los países socios”. *Ibidem*, pp. 69, 71.

Inicialmente el FMI surgió con dos objetivos básicos, que a la postre se ampliarían y endurecerían como veremos más adelante. Aquéllos fueron: a) regular el sistema monetario y financiero internacional, promoviendo la estabilidad de los cambios internacionales y colaborando en el establecimiento de un sistema multilateral de pagos entre los distintos países; y b) para ayudar a los Estados miembros a hacer frente a sus desequilibrios de balanza de pagos, evitando, con ello, la extensión internacional de las crisis económicas<sup>196</sup>.

Con estos objetivos y bajo una doctrina ortodoxa neoliberal, el FMI se convirtió en la institución financiera internacional más intransigente respecto a que los países no superaran el margen oficialmente establecido de fluctuación de su tipo de cambio con relación al dólar –que ya se había establecido como el nuevo patrón de cambio, aunque ligado aún al oro. País que lo superara, país que sería sancionado y amonestado por el FMI. Esa sería una de sus funciones principales: ser el duro guardián del *orden* de las finanzas internacionales.

Las funciones básicas del FMI, que se fueron ampliando con el tiempo, se pueden resumir en las siguientes:

- 1) La función estabilizadora de los tipos de cambio de las monedas de los países miembros, consistente en evitar fluctuaciones excesivas en sus paridades.
- 2) La puesta en funcionamiento de los Derechos Especiales de Giro (DEG), que es un activo oficial de reserva internacional, asignado a cada país en proporción a su cuota en el FMI.
- 3) La función crediticia, en virtud de la cual cualquier país puede solicitar préstamos al FMI por un importe de hasta el 25% de su cuota, en lo que se conoce como tramo de reserva, tramo oro o primer tramo de la cuota. También puede pedir crédito equivalente a otro 25% de su cuota, que incluirá un tipo de interés, un plazo de recompra de la moneda fuerte recibida, y la aplicación de un programa de ajuste en materia de política económica. En ciertos casos, los países miembros

---

<sup>196</sup> *Ibíd.*, 69.



pueden solicitar ayudas financieras por importes superiores al de su cuota en el FMI.

- 4) Fijar y custodiar las cuotas. Formalmente hasta 1978, pero de hecho hasta 1971, cada país depositaba una cantidad de oro, el 25% de la cuota total o en algunos casos sólo el 10% de las reservas en oro y dólares, en los cuatro bancos depositantes del FMI. Esos cuatro bancos son la Reserva Federal de EEUU, el Banco de Inglaterra, el Banco de Francia y el Banco de la India. El acuerdo establecido permitía que no fuera necesario transferir el resto de la cuota, sino que cada país socio lo depositaba en una cuenta especial de su propio Banco Central, quedando patrimonialmente afecto al FMI.
- 5) Acordar las reformas o enmiendas del Convenio constitutivo del FMI. Esas enmiendas se han realizado en 1968, 1976, 1990 y 1997. La primera reforma introdujo los DEG. La segunda institucionalizó el sistema de tipos de cambio flexible. La tercera y la cuarta reforma han reasignado los DEG y ampliado los servicios financieros del FMI<sup>197</sup>.

Dentro de las funciones y exigencias que más han causado controversia y críticas en torno a la existencia del FMI, se refiere a la serie de condiciones que establece para la concesión de los préstamos, éstos en su mayoría, destinados a países en desarrollo, no obstante que en su origen los préstamos se crearon para la concesión de ayudas a los países miembros en general. A cambio de los fuertes préstamos, los países prestatarios se tienen que comprometer a realizar programas estrictos de ajuste económico, especialmente que buscan cumplir objetivos macroeconómicos, a pesar de que estos ajustes derivan en un deterioro de los niveles de renta de la población, afectando negativamente la situación estructural de la economía del país<sup>198</sup>. Además, si en un principio la condicionalidad de los préstamos se circunscribía exclusivamente a que los países prestatarios realizaran estrictos programas de ajuste, ahora en los últimos años se han añadido condicionantes de diversa índole, tales como “buen gobierno”, transparencia, entre otros. Todos ellos van ampliando los mecanismos de intervención de

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 81-82.

<sup>198</sup> *Op. cit.*, p. 75.

los países desarrollados en las decisiones internas no sólo en el ámbito económico, sino a políticas públicas de diversos órdenes, de los países en desarrollo, afectando la esfera de su soberanía.

### **b) Banco Mundial (BM)**

También surgido del acuerdo de Bretton Woods, el Banco Mundial es un organismo especializado que depende de Naciones Unidas.

Al inicio de sus actividades, el Banco Mundial tenía como objetivo principal, la ayuda para la reconstrucción económica de la posguerra, pero más tarde derivó en un organismo de asistencia financiera a los países en desarrollo<sup>199</sup>.

Su integración está dada por los siguientes organismos:

- 1) El Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD).
- 2) La Asociación Internacional de Desarrollo (AID)
- 3) La Corporación Financiera Internacional (CFI)
- 4) El Centro Internacional de Arbitraje sobre Diferencias Relativas e Inversiones (CIADI)
- 5) El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI)

Dichos organismos son los integrantes y operadores del grupo representado por el Banco Mundial, aunque cada uno con tareas específicas, unas más restringidas que otras en su alcance.

Como lo hace constar la misma retrospectiva histórica ofrecida por el Banco Mundial y su actuación, las etapas que ha seguido su evolución, pueden ubicarse en seis:

Primera etapa. Un Banco para la reconstrucción, de 1947 a 1948.

Segunda etapa. Un prestamista conservador, de 1948 a 1958.

Tercera etapa. Una agencia de desarrollo, de 1958 a 1968.

Cuarta etapa. Un defensor de los países menos desarrollados, de 1968 a 1980.

Quinta etapa. Un reformador de la política, de 1980 a 1990.

---

<sup>199</sup> Nieto Solís, *op. cit.*, p. 105.

Sexta etapa. Adoptó un enfoque global, a partir de la década de los noventa.

El Banco Mundial para su funcionamiento, cuenta con 24 directores ejecutivos, que observan los acuerdos de la máxima dirección del organismo que es la Junta de Gobernadores (compuesta por representantes de los Estados miembros, Ministros de Hacienda o Gobernadores de los Bancos Centrales) o de los acuerdos surgidos de la asamblea de representantes de los países miembros. Al igual que el FMI, el Banco Mundial, al tener una fuerte presencia de los países más desarrollados del mundo, su política y su dirección está regida fundamentalmente por lo que ellos determinen. Esto, en virtud de que la mayor parte de su capital suscrito, corresponde a los países de mayor nivel de desarrollo, de lo cual también derivan, cuotas y porcentajes de votación altamente concentrados en esos países. De ahí que Estados Unidos, Alemania, Japón, Francia y Reino Unido se den la libertad de elegir cada cual, un director de los 24 directores ejecutivos, es decir, cinco en total<sup>200</sup>.

Respecto a las funciones que en realidad ha desempeñado desde los años sesenta, se pueden destacar: sus préstamos ascendentes al Tercer Mundo para estimular el desarrollo económico, a pesar de que los resultados observaban un aumento estrepitoso de la pobreza y la deuda exterior de los países prestatarios; préstamos que se diversificaban hacia el apoyo de grandes proyectos de infraestructura y el sector agrícola en países muy poblados como India, Indonesia o Paquistán; entre los años ochenta y noventa, amplió sus préstamos, al mismo tiempo que los países en desarrollo recurrían a solicitar préstamos a los mercados privados de capitales, lo cual más tarde derivaría en su sobreendeudamiento y el impago de la deuda exterior de los países deudores, principalmente los de América Latina.

Al igual que el FMI, el Banco Mundial adoptó totalmente la doctrina emanada del Consenso de Washington y, a su vez, se convirtió en uno de los organismos financieros que más estrictamente ha obligado a adoptarlo, a través de sus préstamos y exigencias, a los países en desarrollo. De aquí derivan las críticas fundadas que tanto al FMI como al Banco Mundial se les

---

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 109.

han realizado, por ser insensibles e ineficaces financiadores del desarrollo económico. Dichas exigencias emanadas del Consenso de Washington -y que ya detallamos en un epígrafe anterior, desde su origen han estado relacionadas con los préstamos que tanto el Banco Mundial como del FMI han dado a países en desarrollo, como es el caso de aquéllos de América Latina. No son mínimas las consecuencias que de ello se ha derivado, como se nos explica:

(...) en América Latina los programas de ajuste apoyados por el Banco Mundial insistían en reducir el tamaño del Estado y en limitar sus intervenciones en la economía, liberalizando los precios y las importaciones. También sugerían abrir al sector financiero latinoamericano al exterior, reestructurar las finanzas públicas recortando gastos sociales, apoyar al sector privado y al sector exportador, o privatizar empresas y sectores (a menudo con independencia de su situación económica y estratégica). Asimismo, la doctrina neoliberal apoyada por el Banco Mundial aconsejaba el endurecimiento de la política monetaria, la reducción de los aranceles exteriores, la apertura a la inversión extranjera, la reducción de los salarios reales, y, en definitiva, la aplicación de las medidas típicas de los programas de ajuste estructural diseñadas por el FMI y orientadas, en muchos casos, a liberar recursos para pagar la deuda externa y, de ese modo, hacer creíble la estabilidad del sistema económico a los ojos de los inversores internacionales. El problema reside en que esa estrategia tiende a menguar las potencialidades de crecimiento económico de los países en desarrollo, los cuales, en un contexto de expansión demográfica continuada, se ven incapacitados para mejorar las condiciones de vida presentes y futuras de la población (...) De aquí surgen algunas de las críticas al Banco Mundial como instrumento al servicio de las desigualdades propias del capitalismo y del orden mundial que lo sustenta<sup>201</sup>.

De lo anterior también deriva, que el Banco Mundial junto al FMI, sea considerado como uno de los principales artífices y reproductores –con sus políticas de ajuste y medidas colaterales- de la desigualdad social en el mundo. Parafraseando a Stiglitz, el Banco Mundial y el FMI, han estado y “están al servicio de la desigualdad”.

### **c) Organización Mundial del Comercio (OMC)**

El antecedente más importante a la creación de la Organización Mundial del Comercio lo constituye, el conocido *General Agreement on Tariffs and Trade*

---

<sup>201</sup> Nieto Solís, *op. cit.*, p. 114-115.

(GATT) o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, surgido del nuevo orden mundial que se impuso tras la Segunda Guerra Mundial. Con la premisa de que se creaba este Acuerdo para buscar garantías a los participantes de las transacciones e intercambios comerciales, fueron principalmente tres pilares los que sostuvieron desde su origen, el funcionamiento y razón de ser del GATT:

1. El respeto a un código de buena conducta comercial, que implicaba la aplicación del principio de no discriminación y de la cláusula de la nación más favorecida.
2. La aplicación de una progresiva liberalización del comercio, mediante reducciones arancelarias, rondas de negociación multilateral y el compromiso de avanzar en el apoyo y extensión de los principios de libre comercio mundial.
3. El establecimiento de un foro para la resolución de conflictos y diferencias sobre la interpretación de las normas comerciales y de los demás aspectos vinculados al desarrollo del acuerdo básico suscrito entre los países o Alta Partes Contratantes del GATT<sup>202</sup>.

Después de funcionar durante cuatro décadas, los países que integraron el GATT crearon la Organización Mundial del Comercio en 1994. La OMC ha tenido como principal objetivo la búsqueda de una irrestricta libertad del comercio internacional. En su seno, los países miembros toman las decisiones más relevantes a nivel mundial sobre el curso de los intercambios comerciales, los criterios para llevarse a cabo, en lo que se incluye evaluación de políticas comerciales y los mecanismos para la resolución de conflictos, basados en el arbitraje internacional.

A la fecha, la OMC cuenta con 153 países miembros<sup>203</sup>, todos los cuales al adherirse a la organización, se comprometen a adoptar los acuerdos que de

---

<sup>202</sup> “La OMC, la UNCTAD y el desarrollo del comercio mundial”, en *Organización económica, op. cit.*, p. 146-147.

<sup>203</sup> Consultado en la página oficial de la OMC: <http://www.wto.org>, el 23 de julio de 2008. Existen una figura de “país observador”, a todos aquéllos que aún no han realizado su proceso de adhesión, pero que han declarado su interés en pertenecer a la organización. Entre ellos se encuentra el Vaticano, a quien se exceptúa de los cinco años que tienen de plazo para llevar a cabo el proceso de adhesión. También se integran con la condición de “observador” a diversos organismos intergubernamentales como lo serían el Banco Mundial, el Fondo

ella emanen, entre ellos por supuesto el GATT. Los acuerdos comerciales de la OMC se dividen en función de la temática, de la siguiente manera<sup>204</sup>:

1. Los acuerdos relativos al comercio de mercancías, cuyo componente fundamental es el GATT de 1994.
2. Los acuerdos sobre el comercio de servicios, conocido como GATS, integrados al comercio multilateral.
3. Los acuerdos sobre aspectos comerciales relativos a la propiedad intelectual (de la cual se ha observado una importancia creciente y por ello, un lugar preponderante dentro de los esfuerzos de la OMC).

Dentro de la estructura de la OMC, se observa que tienen un papel preponderante organismos económicos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial<sup>205</sup>, en razón de que pertenecen a diversos órganos de dicha organización, en su condición de *observador*.

#### **d) Otros organismos económico-comerciales de carácter internacional**

##### **Comisión para las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CDNUMI o UNCITRAL)**

Esta Comisión de orden internacional y dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, vio la luz el 17 de diciembre de 1966<sup>206</sup>. Tras el diagnóstico de la Asamblea General de Naciones Unidas, de que las leyes nacionales que regían el comercio internacional en ese momento, tendían a convertirse en un obstáculo permanente al desarrollo del libre comercio internacional, se impulsó la creación de la Comisión para las Naciones

---

Monetario, la ONU, entre otros. La OMC dice al respecto: “El reconocimiento a las organizaciones internacionales intergubernamentales de la condición de observador en la OMC responde a la finalidad de que puedan seguir sus deliberaciones sobre cuestiones que revistan interés directo para esas organizaciones”, sitio web oficial.

<sup>204</sup> Nieto Solís, “La OMC, la UNCTAD y el desarrollo comercial mundial”, en *op. cit.*, pp. 150-153.

<sup>205</sup> Por ejemplo, su Consejo General está integrado por los siguientes organismos: Banco Mundial, Centro de Comercio Internacional (CCI), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Naciones Unidas (NU), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

<sup>206</sup> Resolución 2205 XXI, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

El objetivo fundamental de la UNCITRAL está determinado por el afán de eliminar cualquier obstáculo que se le presente al libre comercio internacional; a partir de ello, ésta Comisión tiene el mandato específico de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

### ***Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC)***

Autodenominada la “voz del mundo empresarial” o conocida como la Organización Mundial de las Empresas, la Cámara de Comercio Internacional (ICC), fue creada en 1919 en París. Empresas<sup>207</sup> y cámaras de comercio de diversos países, componen en lo fundamental su estructura. La ICC es considerada uno de los más altos organismos consultivos que tiene la ONU en la materia de comercio internacional, mas no sólo es escuchada atentamente por aquélla, sino que ejerce influencia determinante a través de sus informes, diagnósticos, consultas y normatividad en organismos tan relevantes como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Comisión Europea, el Bussines and Industry Advisory Committee (BIAC), Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Internacional de Empleadores (OIE), así como el poderoso Grupo de los Ocho (G8)<sup>208</sup>.

Según sus estatutos, la misión fundamental de la ICC es fomentar el comercio y la inversión sin importar fronteras, ayudar a las empresas a afrontar retos; al mismo tiempo que defiende el sistema de libre empresa, fomentando su autorregulación; en suma, esta organización impulsa con

---

<sup>207</sup> Actualmente cuenta con miles de empresas, procedentes de alrededor de 130 países, agrupados en comités nacionales en más de 90 de ellos. Gestiona y defiende intereses del empresariado mundial, cuando los gobiernos abordan asuntos como los derechos de propiedad intelectual, políticas de transporte, derecho comercial o medioambiental, entre otros relativos a estas materias.

<sup>208</sup> En la página electrónica de la ICC capítulo España, se menciona que este poderoso grupo de países desarrollados “recibe en cada una de sus reuniones un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del momento, que es entregado en visita *ad hoc* al primer ministro del Estado anfitrión”. Ver [www.iccspain.org](http://www.iccspain.org); la página electrónica oficial del ICC, es: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

denuedo la globalización económica<sup>209</sup>. Toda actividad que realice la ICC, tiene como objetivos principales la promoción del comercio internacional, el diseño de políticas que eliminen los obstáculos y distorsiones del intercambio comercial global, así como la búsqueda de integración de todos los países del mundo, en una economía mundial unificada.

Expresamente representa los intereses de diversos sectores económicos en países de economía de mercado y delimita muy bien para quiénes dedica sus esfuerzos: comerciantes, industriales, transportistas, aseguradores y a todos los sectores que giran en torno a negocios internacionales; sociedades, empresas, organizaciones, despachos legales e individuos involucrados en el comercio internacional, para todos ellos, determina y coordina sus puntos de vista defendiendo sus posturas frente a instituciones intergubernamentales, gobiernos, entre otros organismos ante los cuales sea necesario<sup>210</sup>.

De entre las actividades más importantes que realiza esta organización internacional, están el arbitraje y la resolución de conflictos, así como la ya mencionada defensa del comercio y el sistema de economía de mercado. La autorregulación de las empresas y su diseño normativo, es otra de las actividades en las que se concentra la ICC, constituyéndose, en algún sentido, como una de las más novedosas. En su descripción y análisis nos concentraremos más adelante.

### **2.2.2 Empresas transnacionales. Rasgos comunes**

Algunos la llaman la “gran corporación privada”, otros, simplemente *empresa transnacional* (ETN), una especie de evolución de la antes conocida *empresa multinacional*. Es un tipo de corporación que ya no es estrictamente nacional, pero tampoco de orden absolutamente internacional. Su estructura ahora, se dice, es la de una red<sup>211</sup>. Es decir, la empresa transnacional se constituye con otras corporaciones y empresas que operan en forma de nodos de red, que a su vez, están globalmente interconectadas, sin importar su

---

<sup>209</sup> Así se señala en su página electrónica, capítulo México: [www.iccmex.org.mx](http://www.iccmex.org.mx)

<sup>210</sup> *Ídem*.

<sup>211</sup> Castells, *La era de la información*, vol. 1, *op. cit.*



nacionalidad o su dimensión. Su funcionamiento se caracteriza por lograrse en tiempo real a escala planetaria, esto es, pueden estar simultáneamente operando, sin importar qué tan lejos puedan estar unas de otras, las unidades que la componen. En ese sentido, para el logro de ese funcionamiento en tiempo real y a escala planetaria, la tecnología juega un papel determinante. El desarrollo y acumulación de tecnología son los bienes mejor apreciados en esta etapa de organización empresarial transnacionalizada.

El esquema de organización de la corporación privada en un plano transnacional de operación, se ha transformado de girar en torno a la tarea u objetivo, a concentrarse en el proceso; de una jerarquía vertical se trabaja con una de tipo *plano*, gestión en equipo, satisfacción del cliente en primerísimo lugar como mecanismo para medir los resultados positivos de la empresa; maximización de los contactos con los proveedores y clientes; recompensas que toman como punto de referencia resultados en equipo; y, finalmente, información, formación y retención de los empleados en todos los niveles. Son en estos siete puntos principales de cambio en la organización de la corporación privada, lo que Castells resume como la respuesta que ella dio a la transformación de la economía global y el lugar que han ocupado las nuevas tecnologías<sup>212</sup>.

Por su parte, la forma de producción de las empresas transnacionales adopta una visión de largo alcance, pues “aprecia que los mercados son mundiales y no un agregado desordenado”. Esto es, al idear y elaborar sus productos, lo hacen con una lógica de producto global, pero no dejan de introducir cambios que lo convierten en un tipo de producto adaptado a los gustos locales<sup>213</sup>; no pierden de vista que lo construyen tratando de unificar sus elementos constitutivos, pero tampoco olvidan que dicho producto se vende siempre en un territorio *localizado*.

### **2.2.3 Entramado jurídico más relevante con el que operan**

Para facilitar la operación de estos organismos financieros internacionales en estrecha vinculación con las empresas transnacionales, se ha ido elaborando

---

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>213</sup> De Venanzi, *op. cit*, pp. 66-67.

una complejísima red tanto institucional como jurídica que es, en el mejor de los casos, el marco legitimador con el cual construyen sus decisiones jurídicas. Dicha red, está compuesta tanto por acuerdos formales como informales pactados multilateralmente, en los que prevalece la materia comercial y en los que destaca la coordinación horizontal a nivel mundial<sup>214</sup>. Estos acuerdos, ya sea en forma de convenios internacionales o documentos de principios o de intención, constituyen el corazón jurídico de la globalización económica.

Sin embargo, si se trata de referirnos a la estructura jurídica de la globalización económica, en la que se encuentran los tipos de normatividad, procedimientos, productores jurídicos y formas jurídicas, sin duda se trata de una estructura ampliamente heterogénea.

Encontramos en ese marco, el resurgimiento de la *lex mercatoria*, en el que se incluyen múltiples centros de producción jurídica transnacional. Localizamos, a su vez, formas jurídicas *novedosas*, suaves y flexibles, como el llamado *soft law*; nuevas formas de contratación jurídica a nivel internacional en materia comercial y su determinante influencia como mecanismo jurídico estrella en el mundo de los negocios; en suma, un entramado jurídico complejo de naturaleza multilateral que tiene la finalidad de “asegurar el funcionamiento sin riesgos, trauma o inseguridad, de un orden económico globalizado”<sup>215</sup>.

Este orden económico globalizado, el cual es dirigido cual orquesta por las empresas transnacionales y los organismos financieros internacionales, está innovando la forma de concebir el derecho que nos había heredado la modernidad.

El siguiente capítulo dará cuenta del contenido e interpretación de tal *novedad*.

---

<sup>214</sup> Faria, *El derecho en la economía globalizada*, op. cit., p. 94.

<sup>215</sup> *Ídem*.

**CAPÍTULO III: LA PRODUCCIÓN JURÍDICA DE LA GLOBALIZACIÓN  
ECONÓMICA. NOTAS DE UNA PLURALIDAD JURÍDICA  
TRANSNACIONAL**

### 3.1 El marco general de producción del derecho de la globalización económica

La fuerza con la que están emergiendo los nuevos actores de la globalización, como lo hemos hecho notar en el capítulo anterior, no sólo ha impactado en la organización de la economía mundial, sino que sus efectos son de tal magnitud, que las fibras más sensibles con las que se construyó la idea de derecho moderno están siendo trastocadas severamente. Con los procesos de globalización económica, se va imponiendo una “desterritorialización” y una “descentralización” del proceso decisorio. En gran medida ahora son los mercados financieros los que toman las decisiones y en ese contexto, el papel que asumen los gobiernos es más bien el de gestores y ejecutores de tales decisiones<sup>216</sup>.

Unido al resquebrajamiento del principio de soberanía estatal, el monopolio de la producción jurídica del Estado está más que nunca lejos de ser una realidad, no obstante haber formado parte importante de la mitología de la modernidad jurídica<sup>217</sup>. O como nos diría Ferrajoli “en la era de la globalización, el futuro de un país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más, en cambio, de decisiones externas adoptadas en sedes políticas supranacionales o por poderes económicos globales”<sup>218</sup>.

La característica principal que los procesos de globalización económica inaugura en el terreno del derecho es su dependencia a ultranza del subsistema económico, haciendo ineficaz y obsoleto el modelo de racionalidad jurídica con el que se pretendió conferir coherencia, objetividad y una siempre supuesta neutralidad al sistema jurídico. Al subsistema

---

<sup>216</sup> María José, Fariñas Dulce, “De la globalización económica a la globalización del derecho: los nuevos escenarios jurídicos”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, no. 8, Universidad Carlos III, 2000, p. 190.

<sup>217</sup> Aclaramos que el hecho de que tomemos como punto de referencia para describir y analizar los cambios en el Derecho al modelo positivista, en lo que corresponde al principio del monopolio de la producción jurídica del Estado, el espíritu de este trabajo no asume una nostalgia del pasado, ni mucho menos. La intención se circunscribe a la necesidad de hacer evidentes los cambios en el derecho positivo y de los principios que enarbó y defendió en su momento el paradigma positivista del derecho, debido a la emergencia de nuevos y poderosos actores económicos.

<sup>218</sup> Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, p. 137.

económico se subordina “un derecho versátil, adaptable y flexible que poco o nada tiene que ver con esa apariencia de científicidad del sistema jurídico completo, unitario y coherente de la modernidad”<sup>219</sup>.

Este subsistema económico puede ser visto como un poder político en sí mismo, por su enorme influencia en las esferas públicas o privadas. Capella le atribuye a este poder, la denominación de *soberano privado supraestatal difuso*, cuyo titular es privado, de un poder supraestatal, el cual produce efectos de naturaleza pública o política<sup>220</sup>. Este nuevo poder impone a los estados políticas determinadas, al penetrar en la voluntad de las decisiones de aquéllos, especialmente en el orden económico, favoreciendo el monetarismo, la desregulación, el libre cambio comercial, el flujo de capitales de la esfera pública a la privada.

Pero este poder *supraestatal y difuso*, no podría operar sin la actuación cooperativa de los estados, más que nunca permeables y receptivos a su influencia. Así pues, el *soberano privado supraestatal difuso*, no es un poder totalmente independiente, sino que actúa interrelacionadamente con los estados, integrando un nuevo *campo de poder*<sup>221</sup>. Este nuevo poder, siguiendo esta concepción, es de naturaleza y origen privado, pues no es un producto de acuerdos interestatales, tampoco es una institución de derecho internacional y no ha existido una deliberación generalizada por parte de los afectados por las decisiones de este poder *supraestatal y difuso*; a su vez, es difuso porque no está concentrado en unas solas manos o en sede determinada, por el contrario, sus sedes pueden ser tantas como cuantas sean las sedes de los poderes supraestatales estratégicos. Por ello, el *soberano supraestatal privado y difuso*, está constituido por ese poder estratégico constituido por las grandes compañías transnacionales y por los conglomerados financieros, tales como el G7 (conferencias del grupo de los países más industrializados el mundo), instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional que, con instrumentos como la OMC e instancias privadas de creación de derecho, construyen todo un marco de

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>220</sup> Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida, op. cit.*, pp. 260 y sigs.

<sup>221</sup> *Ídem*.

acción y dirección de políticas económicas y sociales que condicionan las decisiones de los estados.

Precisamente este enorme policentrismo de las decisiones económicas y políticas a nivel mundial y, que caracterizan precisamente por ello, a la economía globalizada, hacen cada vez más difícil que los Estados-nación en su individualidad tomen sus propias decisiones hacia el interior, destacándose entre ellas, el contenido de su derecho. Las tradicionales normas abstractas, impersonales y estandarizadas del ordenamiento, con las cuales se ha construido el derecho positivo, pierden continuamente su capacidad para organizar de forma eficaz sociedades cada vez más complejas<sup>222</sup>.

Ante esta incapacidad y al mismo tiempo, por su causa, las empresas transnacionales y los organismos financieros internacionales asumen un papel protagónico en la producción de sus propias normas, de regulación de sus actividades al margen de las normas estatales, pero muchas veces con efectos jurídicos que van más allá de la intención explícita de primera instancia que tiene dicha regulación; por ejemplo, el condicionamiento de la efectividad de la legislación que elabora el Estado a través del otrora legislador omnipresente<sup>223</sup>. Es decir, “cada vez más, los sistemas técnico-científicos, productivos, financieros y comerciales, se especializan y se subdividen continuamente sobre la base de nuevas especializaciones. Y al

---

<sup>222</sup> José Eduardo Faria, “Pluralismo jurídico y regulación (ocho tendencias en el derecho contemporáneo)”, en *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Alfonso de Julios-Campuzano (editor), Madrid, Junta de Andalucía Consejería Cultura-Dykinson, 2007, p. 116.

<sup>223</sup> Particularmente es la presión de intereses corporativos que se ejercen sobre el legislador, los que provocan una explosión de legislaciones sectoriales. “El legislador ya no es una referencia superior y única de la que emanan las normas, porque el acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares y el resultado de ese proceso está marcado por el rasgo de la ocasionalidad”, Laporta, Francisco J., “Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en Menéndez Menéndez Aurelio (director), *Proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Thomson Civitas, Colegio de Libre de Eméritos, 2004, p. 60. Es decir, el legislador tiende a ser más tolerante con grupos organizados que defienden intereses de distinta índole influyendo en las decisiones políticas, “ya sea desde fuera o dentro del procedimiento legislativo, avalando normas en cuya formación el legislador apenas ha intervenido, reconociéndoles autonomía normativa para sus asuntos y, en fin, admitiendo la negociación como vía de solución a sus conflictos”, Marcilla Córdoba, Gema, “La desregulación como técnica normativa de la sociedad global”, en López Calera, Nicolás (editor), *Globalization, law and economy/Globalización, derecho y economía*, Vol. IV, Granada, Nomos, 2005, pp. 39-40.

actuar en áreas crecientemente específicas, tienden a producir sus propias reglas, sus propios procedimientos, sus propias racionalidades y sus propias concepciones de justicia”<sup>224</sup>. Esa autonomía con la que empiezan a actuar los diferentes sistemas, complica la producción normativa por parte del legislador y hace más complejo al sistema normativo en su conjunto, pues condiciona la efectividad de la legislación emanada del Estado “a la aceptación de las prescripciones de los distintos sistemas que esa legislación debería disciplinar, encuadrar, regular y controlar, poniendo así en jaque la centralidad de los poderes públicos”<sup>225</sup>.

De la tendencia descrita, surge la policentricidad, con la cual se designa a la multiplicidad de centros de decisión jurídica en un determinado sistema, opuesto a la concepción tradicional de un Derecho con un único centro, el Estado-nación<sup>226</sup>. La policentricidad tiene su referente en el pluralismo jurídico, pero pone el acento especialmente en la producción de la norma jurídica, en las diversas fuentes de donde emanan las normas, distintas a las producidas por el Estado a través de cualquiera de sus órganos o de las clásicas fuentes aceptadas por el pensamiento positivista (como la costumbre, los principios generales del derecho o la doctrina dominante). La policentricidad explica una realidad jurídica, aquélla en la que se superponen diversos órdenes jurídicos no elaborados o emanados de la esfera nacional a los derechos estatales y que más ampliamente se trata de pluralismo jurídico, pero que se concentra en la causa-fuente de ese estado de cosas: los diferentes centros de decisión jurídica que tiene un determinado sistema normativo<sup>227</sup>. Ejemplos típicos que evidencian policentricidad lo han sido de antaño las normas internacionales que conforman el Derecho Internacional, emanadas de organismos públicos internacionales, como la ONU, en tanto estas normas tienen que ser armonizadas –pudiendo estar en franca contradicción- con el derecho producido por sus Estados miembro. También un ejemplo de lo anterior, lo constituye el derecho producido por organismos supranacionales de integración regional como lo es la Unión Europea. Europa

---

<sup>224</sup> Faria, “Pluralismo jurídico...”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>225</sup> *Ídem*.

<sup>226</sup> André-Jean Arnaud y María José Fariñas, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, p. 292.

<sup>227</sup> *Ibidem*, pp. 292-293.

tiene un derecho policéntrico, pues por un lado cuenta con el Derecho comunitario que es el de la Unión Europea y que implica derechos y obligaciones directos para sus ciudadanos y, por otro, el que se genera en el marco de las organizaciones europeas, sin olvidarse de los derechos internos de los Estados miembro<sup>228</sup>. Los dos ejemplos anteriores, refieren el fenómeno de *supraestatalidad normatividad* que plantea la creación de Derecho por instancias *supra* estatales, es decir, un Derecho producido por organismos reconocidos y superiores al Estado. Por otra parte, se encuentra el fenómeno de *infraestatalidad normativa* –que es otra manifestación de la existencia de multiplicidad de fuentes de derecho no estrictamente estatal- la cual supone la creación de derecho por parte de entes políticos con cierta autonomía normativa reconocida, de base territorial inferior al Estado; tal es el caso, por ejemplo, del derecho producido por las comunidades autónomas indígenas en México, que no sin un enorme grado de dificultad para su reconocimiento efectivo, no obstante estar explícitamente reconocido su derecho en la Constitución Política<sup>229</sup>, es manifestación evidente de policentricidad en el género de *infraestatalidad normativa*.

Los tipos de policentricidad y los ejemplos que hemos mencionado tienen algún grado de reconocimiento por parte del Estado y algunos mecanismos de recepción –es verdad que muchas veces no muy claro- al ordenamiento jurídico estatal; y si no llegasen a tener reconocimiento, remiten a grados importantes de legitimidad de origen, es decir, de representatividad de intereses generales y de participación social para la construcción de los

---

<sup>228</sup> *Op. cit.*, pp. 294-295. Respecto a las organizaciones europeas, entre ellas se encuentran algunas de las siguientes: 1) la Comisión Europea, que es una institución política independiente, integrada por todos los países pertenecientes a la Unión Europea, que defiende los intereses de ésta en su conjunto proponiendo leyes, políticas públicas, programas de acción y, a su vez, es responsable de ejecutar las decisiones del Parlamento y del Consejo; 2) la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, conformada tripartitamente por empresarios, trabajadores y gobiernos de la Unión Europea; la Unión Europea de Industrias (UNICE por sus siglas en francés); el Comité Consultivo sobre Salud y Seguridad en el Trabajo, que tiene por objeto asistir a la Comisión, en la ejecución de decisiones sobre temas de seguridad y salud en el trabajo. La misma Unión Europea cuenta con diversas organizaciones, tales como: el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Defensor del Pueblo Europeo, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, entre otras.

<sup>229</sup> Para un análisis profundo respecto al derecho de las comunidades indígenas en México y su relación con el Derecho estatal en el contexto del pluralismo jurídico, ver López López, Liliana, *La demanda indígena de autonomía en México: la pertinencia del pluralismo jurídico*, tesis de maestría, UNAM, 2006.



contenidos jurídicos<sup>230</sup>. Sin embargo, cada vez más están surgiendo nuevas fuentes de producción normativa, que no sólo ponen en jaque la soberanía estatal, sino la legitimidad de los contenidos jurídicos, que adolecen de mecanismos claros y transparentes para la recepción de ese derecho en el derecho estatal; pero sobre todo, porque tienen, eso sí, efectos directos en las obligaciones y derechos de los ciudadanos, sin contar con mecanismos de conocimiento, imputación y/o rechazo de dichos contenidos, por parte de los afectados. El único beneficiado, entonces, es un “decisionismo tecnocrático” que opera bajo la opacidad y el secreto, en detrimento de principios tan elementales como la publicidad del derecho<sup>231</sup>.

Sobre la base de los anteriores asertos y específicamente en el tipo de fuentes que genera este pluralismo jurídico de orden global y el conflicto que provoca dicha policentricidad, concentraremos la discusión de los siguientes epígrafes. Todavía más específicamente, nos abocaremos a estudiar las fuentes del derecho comprendidas por las distintas formas de normatividad generadas por los agentes económicos transnacionales, así como del uso de las técnicas jurídicas con las que se producen dichas normatividades: la desregulación y la autorregulación.

Pero antes, empezaremos por dar una explicación preliminar de los principios que constituyen al pluralismo jurídico como corriente de pensamiento, ello nos servirá de marco teórico para dar cuenta, más adelante, de las múltiples expresiones de pluralismo jurídico transnacional que se manifiestan en las actividades de organismos económicos representantes de la globalización económica.

### **3.2 Una explicación preliminar en torno al *pluralismo jurídico***

Uno de los objetivos que entretejió el Estado moderno en el curso de su construcción consistió en hacer de su exclusividad la producción del derecho,

---

<sup>230</sup> La discusión a profundidad y la constatación de esta afirmación, la realizaremos en los epígrafes finales del presente capítulo y en el siguiente.

<sup>231</sup> Antonio de Cabo de la Vega y Gerardo Pisarello (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y Europa*, Alicante, Publicaciones Universidad de Alicante, 2000, p. 32.

las normas con poder coactivo. Si la intención de esa etapa histórica en la que se circunscribió y dio carácter el Estado moderno, tenía como finalidad acabar con el poder fragmentado característico de la organización político-social del medioevo, una vía efectiva para lograrlo tendría que ser la eliminación de todos los ordenamientos jurídicos que no procedieran exclusivamente de la nueva autoridad legitimadora del orden social en curso. Esta situación reflejaba fielmente el origen de vocación homogeneizante que habría de prevalecer en la naturaleza y funcionamiento del Estado-nación. Dicha vocación jurídica unificadora logró materializarse en importante grado, a través del monismo jurídico liberal –que es considerada la versión más rica y dominante del mismo-, el cual ha tenido en su centro la defensa de los valores y principios del proyecto moderno ilustrado: igualdad, unidad política y seguridad jurídica, como los principios a exaltarse, mientras que por la parte de los valores, se destacan la libertad individual y el orden dentro de la nueva comunidad política<sup>232</sup>.

El monismo jurídico se propuso la unificación jurídica a costa de todo, para terminar con la dispersión jurídica heredada del derecho de la Edad Media. Éste se representaba como una estructura difusa, en la que cada reino y los feudos se regían por un conjunto de reglas propias, basados en los usos locales, precedentes de los juicios de la tierra y en las cartas de privilegios concedidos por el señor<sup>233</sup>, así como de otros órdenes normativos que tuvieran como fuente la organización del poder de aquella época.

Las características que definen a este tipo de derecho, es “que por admitir las desigualdades y los intereses de los diferentes estamentos, se define como estatuto jurídico incluyente, pues es producido para legitimar la existencia de una jerarquía social claramente establecida en las distinciones entre el clero, la nobleza y el campesinado”<sup>234</sup>.

Dentro de la doctrina contractualista, en el trabajo de John Locke localizamos otra de las raíces monistas más influyentes del derecho. Para este autor, el

---

<sup>232</sup> “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” (estudio preliminar), Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, en *Pluralismo jurídico*, Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Z., Tamanaha, Bogotá, Siglo de Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007, p. 22.

<sup>233</sup> Citado en Wolkmer, Antonio, *Pluralismo jurídico*, p. 41.

<sup>234</sup> *Idem*.

Estado como encarnación del pacto civil al que se obliga la sociedad política, ubica su razón de ser en su función de mediación entre todos los individuos libres, que al no tener total claridad del sentido de la ley natural cometen errores en su interpretación y aplicación, que el Estado vendrá a subsanar. Por ello, para Locke, el Estado debe concentrar la facultad de creación jurídica, de producir las leyes que tendrán las fundamentales características de abstracción y generalidad, con lo cual le cerrarán el paso a la arbitrariedad del poder político. Sólo el Estado podrá evaluar las violaciones a la ley civil, sólo él a través del monopolio de la fuerza podrá decidir quién ha errado y quién no, en dicha sociedad política<sup>235</sup>.

Que el Estado no reconociera la existencia de otros órdenes normativos, sólo provocó exclusión y opresión a significativos grupos sociales que tenían diversas formas de regulación. Esta concepción exclusivista del fenómeno jurídico, ayudó al fortalecimiento del Estado moderno como único centro de poder por excelencia de la etapa post-feudal.

Todo el engranaje que implicó este principio del monopolio estatal de la producción jurídica, propició la construcción de la base teórica del paradigma dominante en la ciencia jurídica moderna: el iuspositivista. Con Hans Kelsen<sup>236</sup> como su principal exponente, el positivismo jurídico construyó la explicación teórica del Estado y el derecho, que más ha influido y dominado en el pensamiento jurídico.

En ese sentido, son dos los presupuestos teóricos principales de la doctrina kelseniana que ayudan a entender al monismo jurídico. Por una parte, la identificación ineludible entre el derecho y el Estado; el Estado es para Kelsen, el conjunto articulado de normas jurídicas que dan estructura, fundamentación y validez al poder público; en esta descripción del Estado, a su vez, el derecho sólo es aquél que emana de los órganos estatales autorizados para crearlo. El derecho es el derecho oficial, el del Estado, en tanto el Estado no es, sin el derecho, sin ese conjunto de normas jurídicas abstractas y generales, destinadas –desde esta perspectiva- a proporcionarles estabilidad al poder y seguridad a los ciudadanos.

---

<sup>235</sup> Jonh Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, op. cit., pp. 139 y sigs.

<sup>236</sup> Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, México, ediciones Coyoacán, 2008.

Por eso, en el Estado, que es el derecho, radica la soberanía. En tanto que supremo, el sistema jurídico excluye cualquier otro sistema normativo; no sería supremo si existiera otro ordenamiento normativo superior o del mismo nivel que le hiciera competencia<sup>237</sup>.

Por otra parte, el segundo presupuesto teórico del monismo jurídico explicado desde la teoría positivista de Kelsen, plantea que el ordenamiento jurídico estatal es un sistema de normas jerarquizado, con coherencia interna suficiente para resolver problemas de anomia o antinomia, en caso de presentarse. Es un sistema de normas, emanado de instituciones diseñadas para crear el derecho del Estado, el único derecho válidamente existente.

Con la ayuda de la teoría positivista de Kelsen, terminó de construirse la fundamentación racional del monismo jurídico, en el marco del proyecto ilustrado de Estado y derecho modernos.

No obstante su influencia y dominio dentro del pensamiento jurídico contemporáneo, el monismo jurídico nunca ha tenido el camino libre de críticas dentro del mismo y fuera de él. Pero la evidencia que más ha empañado sus postulados principales, es la existencia de otros ordenamientos jurídicos no emanados exclusivamente del Estado. En síntesis, al monismo jurídico se le refuta con un hecho objetivo incontrovertible: la presencia de más de un orden jurídico en un mismo espacio y tiempo determinados.

En esa línea de argumentación, el pluralismo jurídico ha sido una de las corrientes del pensamiento jurídico que enarbola las críticas más mordaces que ha padecido el monismo jurídico. Le cuestiona el supuesto de que el derecho oficial o estatal es preeminente e, inclusive, el único, respecto a otros ordenamientos jurídicos no estatales; le cuestiona, asimismo, la supuesta uniformidad que pregona, tanto como su fundamentación y vinculación en el principio de soberanía<sup>238</sup>, de ahí que el pluralismo jurídico sea “un modelo de análisis que intenta desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del derecho estatal como expresión de la soberanía”<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> *Pluralismo jurídico, op. cit.*, pp. 22 y sig.

<sup>238</sup> *Ídem*.

<sup>239</sup> *Pluralismo jurídico, op. cit.*, p. 24.

El pluralismo jurídico le imputa duramente al monismo jurídico ser “una teoría descriptivamente errada y normativamente poco fértil”, que a decir de Ariza y Bonilla:

Oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y elimina por definición el que, en ocasiones, sea normativamente adecuado que coexistan diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por ejemplo, para garantizar la paz en Estados compuestos por comunidades culturales radicalmente distintas<sup>240</sup>.

Así pues, el pluralismo jurídico<sup>241</sup> suele tener dos connotaciones ampliamente difundidas: 1) como descripción de una realidad jurídica y 2) como paradigma del derecho a consolidar.

El primero, se ubica en la descripción de hechos socio-jurídicos, esto es que el pluralismo jurídico implica la coexistencia de diversos órdenes normativos en un mismo espacio y tiempo determinados, en contraposición a la exclusiva producción de normas del Estado. En segundo lugar, el pluralismo jurídico<sup>242</sup> es utilizado como un paradigma que plantea una nueva concepción sobre el Derecho, un entendimiento diverso de las características de los sistemas jurídicos, opuesto al que se tiene desde el positivismo jurídico.

Para efectos de nuestro trabajo, cuando hagamos referencia a la expresión “pluralismo jurídico”, nos estaremos refiriendo a la coexistencia de diversos órdenes normativos en un mismo espacio y tiempo determinados, en virtud de que esa explicación nos servirá de argumento para dar cuenta de la pérdida del monopolio del Estado en la producción jurídica.

No obstante, es necesario hacer algunos apuntes sobre la trayectoria histórica que ha seguido el pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico se puede analizar a través de diferentes etapas de la historia occidental. Una de ellas se remonta a la época feudal, en la que “la

---

<sup>240</sup> *Ibidem*, p...

<sup>241</sup> El concepto de pluralismo jurídico se reformula a partir de mediados del siglo XX; el pluralismo se empieza a considerar como ‘la situación en la que en el ámbito de una única esfera de jurisdicción existe más de un cuerpo de leyes’. Ver Faria, *El derecho en la economía globalizada*, *op. cit.*, pp. 130-131.

<sup>242</sup> Este nuevo paradigma a consolidar, es planteado por varios autores como Antonio Carlos Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, César Rodríguez, entre otros. Ellos plantean la idea de un “pluralismo jurídico” como proyecto emancipatorio cuya visión no instrumentalista del Derecho, estaría basado en estructuras sociales y respectivos actores en cambio continuo.

descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, derecho canónico y derecho romano<sup>243</sup>. La pluralidad jurídica de esa época era un fiel reflejo de la organización del poder, el cual estaba dividido en estratos que no tenían una jerarquía sistemática u ordenada, más bien respondían a una estructura social desagregada y muchas veces anárquica. Los diferentes órdenes normativos y su aplicación correspondían, en todo caso, a la unidad de poder de las que emanaban y podían quedar sujetos a ellos, los individuos pertenecientes a esa unidad política y/o religiosa. En ese sentido, Rouland<sup>244</sup> identifica cuatro manifestaciones legales del mundo medieval: a) un “derecho señorial” correspondiente a la función militar; b) un “derecho canónico” basado en los principios cristianos; c) un “derecho” burgués” apoyado en la actividad económica y d) un “derecho” real” con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en virtud de su afán centralizador.

Una vez que se dejó atrás la etapa feudal al consolidarse la idea de Estadonación, el pluralismo jurídico de aquella época fue sustituido por el monopolio estatal de la producción jurídica. Esta nueva realidad jurídica fue predominantemente confirmada y, hasta exacerbada, por la teoría positivista del derecho. Edificó sus principios sobre las bases del territorio del Estadonación; con la consideración sobre el derecho como el producido sólo por los órganos del Estado; en la separación estricta del derecho respecto a otras disciplinas como la ética y la política. En fin, que la concepción del monismo jurídico prevaleciente en la etapa del Estado moderno, hizo las veces de ideología jurídica, pues llegó a distorsionar la realidad negando la existencia de diversas manifestaciones jurídicas que no procedieran de él; negándoles a diferentes grupos sociales, la calidad de derecho a las reglas o normatividades que se dieran para sí.

---

<sup>243</sup> “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”, *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez (eds.), Bogotá, ILSA-Universidad de Colombia, 2003, p. 249.

<sup>244</sup> Citado en Wolkmer, *ídem*.

Pero en tanto se consolidaba una hegemonía en torno al pensamiento jurídico sobre la estatalidad del derecho, empezaron a surgir desde la filosofía antipositivista, teóricos integrados en la llamada Escuela Histórica, quienes argumentaron en contrario. Planteaban una concepción amplia del derecho, en la que obviamente cabría hablar de pluralismo jurídico. Fue, como lo constata Santos, “una reacción contra el centralismo o el exclusivismo estatal, fundada en un argumento según el cual el derecho estatal estaba, en realidad, lejos de ser exclusivo y en algunos casos incluso no era central en la ordenación normativa de la vida social”<sup>245</sup>. A pesar de que el concepto de pluralismo jurídico apareció mucho tiempo antes, es con esta reacción al centralismo jurídico, que gana espacios de discusión y se perfecciona el planteamiento<sup>246</sup>.

Como modelo de análisis del derecho, el pluralismo jurídico se puede ubicar desde dos perspectivas: 1) pluralismo jurídico clásico y, 2) nuevo pluralismo jurídico.

El primero, el pluralismo jurídico clásico concentra su estudio, su debate y análisis entre el derecho europeo y el derecho autóctono, es decir, las relaciones y confrontaciones que se suscitan entre un derecho originario y otro derecho impuesto o colonizador.

El segundo, el nuevo pluralismo jurídico, pone énfasis en el estudio que implican los distintos ordenamientos que existen en las sociedades industriales y postindustriales.

Los principios básicos<sup>247</sup> y críticas que plantea la corriente del pluralismo jurídico y que la posiciona en el debate jurídico, son fundamentalmente los siguientes:

---

<sup>245</sup> *La globalización del derecho*, op. cit., p. 24. Dentro de esta gama de autores que defendieron antaño las tesis del pluralismo jurídico considerados, se encuentran en primer término, Santi Romano, así como Gurvitch y su concepción sobre la pluralidad de centros generadores de derecho, tanto supraestatales (como las organizaciones internacionales) como infraestatales (como los sindicatos, las cooperativas, entre otros). Oliveira, Luciano, “Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance”, en *Derecho y sociedad en América Latina*, op. cit., p. 203.

<sup>246</sup> Ya en el siglo XX, se formarían las importantes corrientes del “derecho vivo”, que tiene como principal referente de esta escuela a Eugen Ehrlich, dentro de la cual se distingue entre normas de decisión (jurídico-estatales) y normas de organización (jurídico-sociales) y la corriente del realismo jurídico en la que se propone la distinción entre *law in books* y *law in action*.

<sup>247</sup> “Pluralismo jurídico”, op. cit., pp. 36-37.

1. Traslada el estudio del derecho del Estado a la sociedad. Con esto, el pluralismo jurídico intenta ampliar el concepto mismo del derecho, rechazando la simbiosis Estado-derecho que defiende el monismo jurídico. Se trata con ello, de que el derecho se entienda como emanación de la sociedad, no del Estado exclusivamente.
2. Del anterior principio, se desprende la crítica a los principios de exclusividad, coherencia, homogeneidad y unidad en los que se estructura el derecho del Estado-nación. Se reconocerá la coexistencia de diferentes derechos frente al del derecho oficial o estatal.
3. La coexistencia de diversos derechos que emanan de la sociedad, supone la existencia de diversos centros de producción jurídica.

Los pluralistas jurídicos son enfáticos en establecer que mientras “el pluralismo jurídico es un hecho, el monismo jurídico es un mito, un ideal, una pretensión, un ilusión”<sup>248</sup>, es la premisa de la que parten y la conclusión a la que llegan.

Para efectos de nuestra investigación, esta última categoría del pluralismo jurídico, el nuevo, el contemporáneo, nos servirá de marco explicativo para el análisis de las nuevas manifestaciones jurídicas que están emanando de diferentes centros económicos transnacionales.

### **3.3 La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional**

Como hemos afirmado, el poder del Estado está siendo disputado desde diferentes centros de poder. Esto trae consigo que también sea disputado el monopolio de la producción jurídica. Otros centros de poder están produciendo sus propias normas y ante ellas, el Estado-nación en ocasiones ha llegado a reconocer validez, a negociar o conciliar su contenido con el de las normas estatales. Este fenómeno -que iremos explicando con más detalle en un apartado subsecuente-, está reflejando un cambio sustancial en uno de

---

<sup>248</sup> John Griffiths, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, en *Pluralismo jurídico*, *op. cit.*, p. 152.



los considerados pilares estructurales del Derecho moderno: su estatalidad exclusiva.

Este cambio se está presentando con mayor fuerza debido al impacto de la globalización económica. Al concurrir varios centros de poder en el mismo espacio y tiempo, resulta que algunos de ellos deciden elaborar su propio marco normativo según sus prioridades e intereses. Esta situación refleja una pluralidad normativa, no muy común después de la consolidación del monopolio estatal del fenómeno jurídico, una vez eliminada la organización social de tipo feudal. Por lo menos, no común en tanto tendencia.

Para referirnos al pluralismo jurídico que emerge específicamente con la intervención de redes económicas globales en la esfera de los derechos nacionales, retomamos los elementos que lo caracterizan, siguiendo a Snyder:

- 1) Un elemento estructural, relativo a la variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en diferentes ámbitos del mundo, entendiendo por tal no un espacio necesariamente geográfico sino un foro o una institución, como el arbitraje comercial, las asociaciones de comercio, etc.
- 2) Un elemento relacional, que concierne básicamente a las relaciones entre ámbitos de naturaleza diversa en términos de estructura y de proceso. Estas relaciones de estructura y proceso constituyen el campo jurídico global y determinan las características básicas del pluralismo jurídico global, tales como la igualdad o la jerarquía, el dominio o la sumisión, la creatividad o la imitación y la convergencia o la divergencia<sup>249</sup>.

Snyder observa que este pluralismo jurídico de perfil global, no sólo es importante para la operación de las redes económicas globales, sino que le es esencialmente constitutivo. Su estructura y funcionamiento depende en

---

<sup>249</sup> Francis Snyder, *Global economics networks and global legal pluralism*, cit. en Julios-Campuzano, Alfonso de, "El paradigma jurídico de la globalización", en Belloso, Martín, Nuria y Alfonso de Julios-Campuzano, *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Instituto Internacional de Sociología de Oñate-Dykinson, 2008, p. 59.

gran medida de dicho pluralismo jurídico global, pues “no se limita a proporcionar las reglas del juego, sino que constituye el juego mismo, incluyendo a los jugadores”<sup>250</sup>. Recordemos que el pluralismo jurídico evoca la co-existencia de varios sistemas o regímenes jurídicos que operan dentro de un mismo espacio geográfico o social y, ahora podríamos incluir, que el espacio en el que operan puede ser multidimensional.

En ese sentido, sirva como marco de interpretación en nuestros subsecuentes análisis, las derivaciones que Snyder realiza sobre el carácter y la tipología desprendida del pluralismo jurídico global:

- a) El pluralismo jurídico global es un modelo explicativo que nos permite comprender el fenómeno de la multiplicidad de ámbitos o emplazamientos que operan en la economía global con morfología de red;
- b) Esos ámbitos pueden ser clasificados provisionalmente en tres amplias categorías: unos están basados en el mercado y son fruto de la acción directa de los actores económicos en el desarrollo de sus transacciones; otros se constituyen sobre una base política, integrándose por tanto en el diseño institucional de las estructuras políticas establecidas; los terceros, por último, están basados en convenciones y derivan, consiguientemente, de acuerdos o tratados internacionales;
- c) Esos diferentes ámbitos difieren en su estructura institucional, esto es, en sus instituciones, normas y procesos, lo cual no impide que exista una trama de interrelaciones sobre la base de acuerdos institucionales sobre jurisdicción o sobre la interconexión de sus procesos de resolución de conflictos;
- d) Los ámbitos no son igualmente vulnerables a las presiones económicas, de modo que su permeabilidad depende en gran medida de la propia configuración de las instituciones, de los procesos y de los tipos de normas;
- e) Las organizaciones internacionales que ocupan el mismo espacio en cadenas globales de mercancía están a menudo en conflicto;
- f) Estos ámbitos o emplazamientos no actúan, normalmente, como alternativas en la resolución de conflictos, como se podría esperar si uno presume que las normas que gobiernan las redes económicas globales están

---

<sup>250</sup> *Ibidem*, pp. 59-60.

ordenadas de forma jerárquica, sino que actúan de forma sectorial y a menudo vinculada con otros ámbitos mediante relaciones de interdependencia<sup>251</sup>.

En esa tesitura, el carácter fundamental que destaca del pluralismo jurídico contemporáneo de corte transnacional, es su forma oportunista de hacer interactuar normas, valores, procedimientos y práctica de todo campo jurídico; interactúan, se confunden, armonizan o contraponen dependiendo del caso, con tal de conseguir fines comunes, ya sea relaciones, intereses, “que se presentan variables, cambiantes, y, hasta el límite, aun antagonistas respecto de aquellos previstos originalmente”<sup>252</sup>.

Para entender cómo se han tejido las normas que emanan de las redes económicas globales, es necesario, primero, ubicar con cuáles técnicas jurídicas se están elaborando. El siguiente apartado, está destinado a ello.

### **3.3.1 Las técnicas jurídicas de desregulación y autorregulación como claves de la tendencia**

En el proyecto de “adelgazamiento del Estado”, de la mínima intervención estatal en la economía global y, en la que participan múltiples centros de decisión jurídica, desde el campo del derecho están operando una serie de técnicas jurídicas que proveen el marco jurídico e institucional a través del cual se pretenden legitimar las nuevas fuentes privadas de derecho. En lo fundamental, las dos técnicas más sobresalientes son la desregulación y la autorregulación, esta última que, en análisis aparte, se puede considerar también como una manifestación de la primera.

Entendida la técnica como un *conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte*<sup>253</sup>, en la esfera del derecho, son todos aquellos

---

<sup>251</sup> Snyder, *cit. en op. cit.*, p. 60. Volveremos con mayor profundidad al tema del fenómeno de pluralismo jurídico en general y, en particular el de orden global de los agentes económicos transnacionales, en el epígrafe correspondiente del capítulo IV, 4.4 *Caracterización general de la nueva producción jurídica transnacional, a) Pluralidad jurídica neoconservadora.*

<sup>252</sup> Vittorio Olgiati, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto Silva (coordinador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006, pp. 153-182.

<sup>253</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

procedimientos y elementos con los que se construye la regulación, primando desde la concepción del Estado de Derecho, la idea de someter todo cuanto sea posible a los dictados del derecho producido por el Estado; o dicho de otra forma, la pretensión emanada de las revoluciones burguesas que consistía en la juridificación de la sociedad<sup>254</sup>.

Derivados de los procesos de globalización y en el contexto de la crisis de soberanía y del monopolio de la producción jurídica del Estado, la técnica jurídica con la que se está construyendo la normatividad producida por las fuentes de orden económico global, está representada principalmente por la desregulación. Algunos autores, incluso, llaman a la desregulación como *técnica normativa predilecta en la sociedad global*<sup>255</sup>, en virtud de que en este tipo de sociedad “los agentes económicos privados se hacen infinitamente más impermeables que antes a la legislación estatal, al mismo tiempo que aumenta su poder de presión sobre los poderes públicos”<sup>256</sup>.

Si partimos de la “regulación”, comprendida desde el Derecho público, como el “instrumento previo de cualquier actividad pública de intervención en las actividades privadas”<sup>257</sup>, a *contrario sensu*, la desregulación tendrá como objetivo desarticular la intervención del Estado en importantes actividades desarrolladas en la esfera privada; ello mediante diversos mecanismos e instrumentos jurídicos, a los que aquí nos referiremos.

En ese sentido, la desregulación a pesar de lo que sugiere a primera impresión, no significa ausencia de normas, alude por el contrario “a un

---

<sup>254</sup> La tendencia codificadora fue una de sus principales manifestaciones, pero sobre todo, fue su vehículo concretizador; un tema ya analizado en el capítulo I de este trabajo.

<sup>255</sup> Tal es el caso de la autora Gema Marcilla Córdoba, que en su artículo sobre el tema “La desregulación como técnica normativa de la sociedad global”, *op. cit.*, aporta una serie de importantes argumentos que dan pauta para profundizar la discusión. A su vez, Manuel Atienza ubica a la desregulación como *tendencia jurídica* en el contexto de la globalización, vinculada también a la ideología neoliberal y la privatización, ver *El sentido del derecho*, Madrid, Ariel, 2003.

<sup>256</sup> “La desregulación como técnica normativa de la sociedad global”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>257</sup> Juan de la Cruz, Ferrer, “Definición, desarrollo y tipos de regulación”, en *Principios de regulación económica de la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 126. El autor recuerda que el término “regulación” aplicado a la economía fue acuñado por los economistas anglosajones y, desde una perspectiva más amplia puede comprender, asimismo, la autorregulación efectuada por entes privados. Por su parte, desde esa vertiente económica, “la expresión regulación, se ha venido refiriendo a una de las formas de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad, para alterar la distribución del ingreso, o de eficiencia, para mejorar la asignación de recursos”. *Idem*.

peculiar estilo de producción normativa, caracterizado por la reducción de normas de carácter público e intervencionista, y por la preeminencia que el Estado, por diversas vías, concede a la autonomía normativa de los grupos económicos y sociales del ámbito privado”<sup>258</sup>.

La desregulación prevé una mengua del ámbito de lo público<sup>259</sup>, trasladando a propósito o mediante omisiones constantes por parte del poder estatal, la capacidad y posibilidad de generar regulación con fuerza normativa a los agentes o grandes grupos económicos. El objetivo sería evitar la interferencia pública intencional en las opciones abiertas que le ofrece el mercado a todo sujeto<sup>260</sup>, visualizado como ciudadano en la esfera pública de interés del Estado.

Así, no obstante sea una idea extendida que a través de la desregulación se pretenda “como es conocido, la reducción de las normas y los controles públicos que impiden o dificultan el desarrollo de la iniciativa privada”<sup>261</sup>, es impreciso identificar automáticamente la desregulación con la anomia. De ahí que afirmaciones tan categóricas pueden llevarnos a confusión. Por el contrario, se puede presentar con la desregulación, tanto ausencia de normas, como un intrincado y elaborado conjunto de normas que tienen como objetivo desregular; esto es, desde la concepción que referíamos líneas antes, la desregulación tendría el objetivo de reducir el ámbito de lo regulado por el Estado y trasladarlo a una esfera de producción normativa de carácter

---

<sup>258</sup> “La desregulación...”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>259</sup> *Fruta prohibida*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>260</sup> Retomado del elemento central de “regulación” dado por Mitnick (1989), cit. en *Principios de regulación económica...*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>261</sup> María Mercè, Darnaculleta I Gardella, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 76. La autora sostiene un punto de vista positivo respecto a la desregulación, pues señala que por una parte, aquélla remite a la desreglamentación “entendida como la eliminación de regulaciones superfluas e innecesarias, la reducción del volumen de normas y su articulación en reglamentaciones más coherentes”, es decir, parte de que la desregulación supondrá eliminar sólo regulaciones superfluas e innecesarias o reducirá una cantidad innecesaria de normas y posteriormente serán sustituida por una regulación más coherente. Sin embargo, como veremos más adelante, no siempre la desregulación supone eliminar regulaciones superfluas e innecesarias, sino que incluso puede llegar a suprimir derechos en menoscabo de la ciudadanía, como el derecho a una pensión digna en muchos países de América Latina, por ejemplo. Por otro lado, nos dice la autora, la desregulación tenderá a “la relajación de los controles públicos –desburocratización, simplificación procedimental y simplificación administrativa” que, como veremos, podrá coincidir muchas veces, precisamente por los objetivos implícitos que supone la desregulación: trasladar potestades regulatorias de la administración pública a entes privados.

privado y, algunas de las veces, mediante una cantidad de normas superior a la que precedía al efectuarse la desregulación.

La técnica de desregulación puede adoptar dos procedimientos: uno abstencionista y otro intervencionista. Desregulación como mecanismo de abstención, cuando los órganos estatales encargados y facultados para generar normas en una determinada área a regular, se abstienen de hacerlo con la intención, explícita o no, de que lo realicen entes privados.

Por otra parte, la desregulación mediante el procedimiento de intervención, supone la actuación de los órganos estatales para generar normatividad que establezca expresamente la no-intervención del Estado en ámbitos especialmente económicos<sup>262</sup> y en algunas ocasiones, respecto a áreas antaño exclusivas del ámbito público<sup>263</sup>. Otro mecanismo de la desregulación por intervención, supone la derogación de normas que privilegian el desempeño de entes públicos o que tutelan bienes públicos y derechos sociales, para incorporarlos al *libre juego* del mercado.

Pero como se explica en la desregulación por intervención, la cual opera para generar normas tolerantes con la producción normativa de agentes privados, la técnica de desregulación no debe ser automáticamente identificada con la ausencia de normas, pues para regular la *no intervención estatal*, muchas veces se requiere una compleja y muy elaborada legislación que puede traer consigo un volumen inusitado de normas. Sucede en muchos de los casos, que la desregulación deviene en *una nueva y más enérgica normación*<sup>264</sup>. Un caso muy ejemplar de ello, se observa en el transporte aéreo en Estados Unidos, en los rubros de rutas y tarifas, cuya desregulación se ha traducido en una mayor y más compleja regulación sobre formación de pilotos y sobre seguridad; lo cual denota el error de equiparar, sin previo análisis, la desregulación con “una pura supresión de normas”<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Ejemplos de ello, lo pueden constituir los mercados de valores, así como algunos aspectos de comercio internacional, tal es el caso de los litigios internacionales de orden económico, entre otros.

<sup>263</sup> Como lo fueron en su momento, las pensiones y la seguridad social.

<sup>264</sup> José Eugenio, Soriano García, *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, p. 9. El mismo autor, en un tono positivo, asevera que la “desregulación no supone, pues, merma alguna de los objetivos públicos, sino su consecución por medios diferentes”, p. 13.

<sup>265</sup> *Ídem*.

Tiene relevancia, en ese contexto descrito, que se asevere que con la desregulación a nivel del Estado se está operando abiertamente una *re-regulación* y una *relegalización* al nivel de los propios sistemas socioeconómicos, es decir, de las organizaciones privadas con capacidad para realizar inversiones productivas, generar empleos y/o ingresos tributarios, entre otras capacidades<sup>266</sup>.

Pero, precisamente por ello, “el debilitamiento del Estado en beneficio de los poderes privados, de hecho, sólo ha podido producirse a través del propio Estado, el cual, paradójicamente, debe ser lo suficientemente fuerte como para provocar y asegurar con coherencia y eficacia su propia debilidad. La desregulación de la actuación del Estado sólo es concebible en términos de una decidida re-regulación que lo oriente hacia la protección de intereses distintos pero igualmente tangibles”<sup>267</sup>. De tal suerte que el Estado para no intervenir, tiene que intervenir regulando su propia desregulación<sup>268</sup>.

Es así como la desregulación suspende la decisión e intervención pública para posicionar a una razón técnico-económica en calidad de un nuevo legislador universal<sup>269</sup>.

Por otra parte, la desregulación ha generado otro tipo de normas: las que marcan objetivos, pero permitiendo a los sujetos privados libertad en los medios para conseguirlos<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> Faria retoma a Chevalier y a Santos para tal afirmación; en “Pluralismo jurídico y regulación”, *op. cit.*, p. 121.

<sup>267</sup> *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía...*, *op. cit.* p. 26.

<sup>268</sup> Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano...* *op. cit.*, p. 249. El mismo autor, en otra de sus obras, afirma que la pérdida de centralidad del Estado en el que se enmarca la desregulación jurídica, implica un proceso muy complejo y lleno de contradicciones, al ser conducido por el mismo Estado: “Así por ejemplo, la privatización del sector industrial del Estado requiere una compleja intervención del Estado que se extiende mucho más allá del proceso de privatización. En tales casos, el lugar central del Estado es de alguna manera confirmado en el mismo proceso de su muerte (...) La pérdida del papel central de la acción estatal en algunas áreas (relaciones laborales, bienestar social) puede, por tanto, coexistir con la recuperación de ese papel en otras áreas (entrenamiento laboral, vigilancia política, ajuste de la política exterior a las operaciones de las ETN [empresas transnacionales]”, en *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, tr. de César Rodríguez, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de Colombia-ILSA, 2002, p. 87.

<sup>269</sup> Pedro Mercado Pacheco, “El estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en Capella, Juan Ramón (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 149.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 11.

El derecho administrativo, que es el derecho por excelencia *del o con el que* opera y se desarrolla el Estado y todos sus órganos, es uno de los ámbitos donde más claramente se puede observar la puesta en práctica de la técnica de desregulación (y también de la autorregulación, que desarrollaremos más adelante). Esto es, no obstante que la desregulación afecta a todos los ámbitos del derecho, es en el ordenamiento administrativo donde se estructuran e imbrican sus efectos, materializándolos de tal manera que “cada operador que participe del proceso de globalización obtendrá un *derecho administrativo particular*”<sup>271</sup>.

Ante el giro hacia las normas estatales que se constriñen a marcar objetivos a los sujetos privados, con la libertad para que ellos mismos los consigan, la administración pública tiende a convertirse de un perfil interventor, a uno de supervisor; reforzando eso sí, sus potestades de policía<sup>272</sup>, aquéllas referidas esencialmente a la supervisión y sanción, cuando se establece expresamente el caso. Así pues, en alguna materia o sector en el que se empieza a demandar como “no justificada” la intervención de la administración, se establece un marco general jurídico en la cual los sujetos privados pueden actuar, pero sin recibir ni asumir órdenes e instrucciones específicas, pues no existe una relación de jerarquía entre el sector privado disciplinado y la autoridad pública de supervisión; una de las notas que le otorgan un sello peculiar a la desregulación es, paradójicamente, como dice Soriano García, *la recreación del derecho de policía*<sup>273</sup>.

A esta técnica de generar normas estatales que concentran más su contenido en especificar los objetivos que deberán cumplir los sujetos privados, en áreas consideradas regularmente como altamente especializadas y, estableciendo un marco general para que ellos mismos generen su propia regulación, se le ha llamado por la doctrina administrativista,

---

<sup>271</sup>, Julio V. González García, “Notas sobre las mutaciones del ordenamiento en un contexto de globalización económica”, en Lima Torrado, Jesús (coord.) *et al*, *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Madrid, editorial Dilex, S.L, 2007, p. 240.

<sup>272</sup> Soriano García, *op. cit.*, pp. 10-11. Recordamos con este autor especialista en derecho administrativo que la intervención clásica administrativa “mediante la que se actuaba e implantaba la potestad de intervención (...) consistía esencialmente en asegurar la presencia de la Administración en el sector intervenido a través de un agente burocrático y de medios burocráticos. De esta forma el sector intervenido pasaba a recibir órdenes e instrucciones de los agentes administrativos”.

<sup>273</sup> *Ídem*.



“autorregulación”. Y por su parte, se le llama “autorregulación regulada”, a la regulación que produce normas que se *esmeran* en establecer mecanismos de supervisión estatal para el cumplimiento de esa “autorregulación” de los entes privados<sup>274</sup>.

Se habla de que la “autorregulación” es *un instrumento susceptible de sustituir o complementar la regulación estatal, que intenta dar respuesta a algunos de los retos derivados de la falta de poder y de legitimación del Estado; y que obedece a la presión de la opinión pública sobre quienes ejercen cotas de poder al margen del Estado*<sup>275</sup>; por lo que se explica, desde ese enfoque, que “la autorregulación con relevancia para el Derecho administrativo no puede presentarse nunca al margen de la regulación estatal. Debe ser, y así es ya en muchos aspectos, una autorregulación regulada, una autorregulación, en suma, controlada e instrumentalizada por el legislador y por la Administración”<sup>276</sup>.

Sin embargo, desde un enfoque más crítico, la “autorregulación regulada” puede apreciarse como un tipo de regulación condescendiente con los entes privados, que pone su énfasis en eliminar obstáculos a los objetivos perseguidos por ellos y que regularmente están vinculados a intereses particulares, no obstante se respaldan en la idea de que los fines que persiguen son de interés general, lo cual debería estar sujeto a debate en todo momento.

La “autorregulación regulada” muestra una profunda inclinación hacia las normas elaboradas en el ámbito privado<sup>277</sup>, pero que tienen un serio impacto en la esfera pública. Algunos autores valoran positivamente este tipo de

---

<sup>274</sup> Autores sobresalientes respecto a esta temática, son sobre todo, administrativistas como Esteve Pardo, Darnaculleta I Gardella María Mercè, Soriano García José Eugenio, principalmente, entre otros.

<sup>275</sup> Darnaculleta, *Autorregulación y derecho público...*, *op. cit.* p. 75.

<sup>276</sup> *Ídem.*

<sup>277</sup> Al respecto, hacen notar David Held y otros autores sobre los nuevos actores económicos que cada vez más se involucran en la elaboración de las normas, los cuales tienen “el propósito de la estandarización técnica, la elaboración de normas profesionales, la regulación interna de las multinacionales, y, a través de la contratación mercantil, el arbitraje y otros elementos de la *lex mercatoria* (...) La combinación de actores públicos y privados – prosiguen los autores- está reconfigurando la base a partir de la que se están elaborando normas y sistemas normativos... Ya no existe una separación rigurosa entre trámites y mecanismos legales públicos y privados, nacionales e internacionales, y los modelos de legislación y aplicación de la ley ya no se ajustan con facilidad a la jerarquía unificada de los sistemas de Estado”, citado en “La desregulación como técnica normativa...”, *op. cit.*, p. 46.

regulación, pues aseveran que es una forma de liberar al Estado de regular asuntos que requieren de mayor especialización técnica, lo cual se considera preferible que lo realicen entes privados; el argumento subyacente es que son los propios sujetos económicos los que mejor conocen sus objetivos e intereses y que, por lo tanto, son los más capacitados para autonormarse<sup>278</sup>. Por ello, aunque los sujetos económicos prefieran evadirse de la normatividad estatal, eso no significa que puedan desenvolverse prescindiendo de algún tipo de marco normativo; más bien se trata como acierta afirmar Gema Marcilla Córdoba de “una batalla por el predominio de la iniciativa privada, sobre la base de que los propios sujetos económicos son quienes mejor conocen sus necesidades e intereses y, en consecuencia, prefieren la autoformación a las leyes estatales”<sup>279</sup>.

En esa especie de nueva *distribución de funciones*, es el Estado el que respalda esta “autorregulación”; la autoriza en el mejor de los casos, pues las más de las veces, la promueve, la alienta y la legitima, a pesar de no ser producto de una elaboración transparente y realizada en el seno de los órganos estatales creados para legislar.

Con esto se observa una privatización de las fuentes del derecho, pero que tiene efectos que van más allá de la esfera privada, “incluso la propia definición de lo público resulta hoy sometida a su reconfiguración mediante la negociación entre los representantes del Estado y los diversos agentes privados concernidos en cada momento”<sup>280</sup>. Este nuevo tipo de producción normativa que “abandona la regulación directa en beneficio de la adopción de normas mediante negociaciones a las cuales, con posterioridad, el Estado”<sup>281</sup> se aprestará a dar cobertura y respaldo, ha provocado que éste adquiera una posición de bajo perfil, más frágil en su intervención regulatoria, abandonando esa tarea para que la lleven a cabo desde sus distintos centros

---

<sup>278</sup> Con el poder de presión y de influencia que ejercen sobre los órganos del Estado, les es posible lograrlo, pues en todo caso, se podría aseverar que “cualquier” grupo social preferiría autonormarse esgrimiendo, asimismo, que conoce mejor que el propio Estado, sus intereses, problemas y la forma de solucionarlos. Sin embargo, no “cualquier” grupo social logra la condescendencia del Estado para autonormarse, pues con ello queda en evidencia la abdicación de su potestad regulatoria, su predicado monopolio de la producción jurídica.

<sup>279</sup> “La desregulación como técnica normativa de la sociedad global”, *op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>280</sup> Sanz Burgos, Raúl, “Notas sobre el derecho y el estado en la era de la globalización”, en *UNED Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 22, Madrid, 2003, p. 68.

<sup>281</sup> *Ídem.*

de poder, los entes privados, en especial los más importantes actores de la economía globalizada.

Concluimos este apartado con algunas precisiones, que pretenden allanar el camino en su tramo siguiente.

La técnica normativa, protagonista en los procesos de globalización económica, es por excelencia la desregulación. Esta técnica a su vez, adopta dos formas como las más sobresalientes por constituirse en las más recurridas: la autorregulación y la autorregulación regulada. La autorregulación *simple* –por distinguirla de algún modo- por parte de los sujetos económicos, es aquella normatividad que se produce al margen del Estado y puede presentar distintos grados de vinculación y fuerza normativa; dicha normatividad no necesariamente procede de una permisión explícita del poder estatal, sino muchas veces, por el contrario, se elabora planteando una rivalidad con las leyes estatales o, en otros casos, actuando oportunamente, al aprovechar la omisión por parte del poder estatal en la materia objeto de la autorregulación.

Por su parte, la *autorregulación regulada*, es también una forma de desregulación pero que tiene como característica principal que, aunque son los sujetos económicos los que elaboran su propia normatividad en materias especializadas y técnicas, el Estado asume un papel de supervisor y, en su caso, de sancionador de dicha normatividad. Lo más importante de esta subespecie de la técnica normativa de desregulación, es que el Estado participa activamente en promover y validar la procedencia de este tipo de normatividad; ante ello, podríamos afirmar que con la *autorregulación regulada*, el Estado interviene activamente para producir su pasividad regulatoria, es decir, su intervención activa la realiza generando las condiciones propicias para permanecer en su pasividad.

En concreto, la nueva *lex mercatoria*, así como los distintos niveles de *soft law* o derecho suave por evidenciar su poca fuerza normativa, son las formas jurídicas más típicas de la nueva tendencia regulatoria.

Los epígrafes siguientes pretenden explicar, pormenorizadamente, la naturaleza de estas manifestaciones jurídicas, en cuyo centro se encuentran las técnicas normativas de desregulación y autorregulación, como hemos señalado reiteradamente, producida por las interacciones de los múltiples

centros de decisión supranormativa, ahora rivales del poder regulatorio del Estado.

### **3.3.2 Los mecanismos del *soft law*: un derecho suave para un Estado flexible**

Existe una puerta por la que están haciendo su aparición constante, las fuentes privadas de producción del derecho. Se trata del *soft law*; así se le llama al derecho débil, al derecho que carece de mecanismos contundentes de obligatoriedad, el que no se respalda en las funciones típicas de policía del derecho estatal. Por eso es derecho suave y, hasta podríamos decir también, que se trata de un derecho *complaciente*. Un derecho complaciente para un Estado que cada vez es más flexible o, dicho de otra manera: un Estado que cada vez es más flexible, requiere de un derecho cada vez más suave, más débil, más complaciente.

No obstante que, como veremos más adelante, el mayor auge de este tipo de normatividad viene aparejado al papel creciente de las organizaciones internacionales, el *soft law* tiene importantes referentes históricos desde el siglo I a.C., con figuras normativas como las llamadas *leges imperfectae*<sup>282</sup>. La *lex imperfectae*, lo era, por carecer de un elemento de suma importancia en la estructura de la norma: la sanción. Esa estipulación expresa en la norma que constituye la consecuencia *fatal* para aquéllos que no acaten el mandato de la ley. Éste es el carácter más importante del *hard law*, es ello lo que lo convierte en derecho fuerte: la sanción, la amenaza y, sobre todo, la posibilidad de hacerla cumplir por la fuerza del Estado.

Pero el derecho suave de la actualidad es otro. Es producto del Derecho Internacional y en particular, de las organizaciones internacionales quienes producen normas cuyo contenido no siempre es nítido<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Daniel Sarmiento, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Navarra, Aranzadi, 2008, p. 76.

<sup>283</sup> *Ídem*.

Como fuente independiente, pero con intención permanente de generar efectos jurídicos, el *soft law* aparece en el siglo XX en el terreno que le corresponde al Derecho internacional; sobre todo,

En el contexto de las relaciones exteriores, los Estados integrantes de la Comunidad Internacional han desplegado un conjunto de prácticas tendentes a la creación de normas con efectos indeterminados. A fin de cuentas la creación de normas internacionales es una praxis que siempre ha encontrado dificultades para someterse a criterios rígidos, unas dificultades que contribuyen a la aparición de fuentes jurídicas alternativas, carentes de efectos pero dotadas de una vida jurídica tan real como ambigua. En realidad se ha consolidado en aquellos ámbitos de la práctica internacional en donde existe una fuerte institucionalización, personificada en Organizaciones Internacionales de cooperación o de integración, como es el caso del Derecho internacional económico<sup>284</sup>.

Lo anterior refleja que, en la medida que han tomado un papel central las organizaciones internacionales de cooperación, de integración o, en general, económicas internacionales, la creación de normas en su esfera de acción, ha tomado un lugar cada vez más relevante en la construcción de normatividad para su desempeño. Sin embargo, la *forma* de este tipo de normas, la mayoría de las veces, tiende a contrastar con las normas tradicionales que produce el Estado, por no contar fácilmente con mecanismos efectivos de ejecución y materialización de dicho contenido normativo.

Vemos así, una proliferación constante del *soft law*, en la medida que las organizaciones internacionales se han convertido en importantes centros de decisión política, papel que les ha implicado la construcción de instrumentos normativos, pero sin la obligatoriedad *formal*, propia del derecho estatal.

Dinah Shelton plantea siete razones más destacables que han propiciado la proliferación de este tipo de normatividad:

1. el marco institucional de muchos organismos internacionales, desapoderados para adoptar normas de *hard law*;
2. el temor de los estados hacia la adopción de normas de *hard law*, rígidas y dotadas de mecanismos de responsabilidad en caso de incumplimiento;
3. el carácter pedagógico del *soft law*, que induce a los Estados a participar en iniciativas reguladas por actos atípicos;

---

<sup>284</sup> *Op. cit.*, pp. 76-77.

4. la sofisticación y desarrollo del Derecho internacional, que comienza a convivir entre instrumentos de *hard law* y ahora, también, de *soft law*;
5. la eficacia de los instrumentos atípicos a la hora de definir consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, no siempre fáciles de aplicar en el ámbito internacional a falta de una coerción institucionalizada;
6. la capacidad del *soft law* para integrar intereses, actores y fomentar así la participación de todos los sujetos afectados;
7. el antiformalismo que rodea a la adopción del *soft law*, alejado de normas de votación, quórum, plazos, entre otros<sup>285</sup>.

Esta suerte de *legislación simbólica*, está constituida por “instrumentos de regulación ´menos rígidos, menos prescriptivos, menos uniformes en los resultados y menos jerárquicos´ en su relación con otros elementos normativos”<sup>286</sup>; convirtiéndose en una novedad para la teoría general del derecho, en particular para la teoría de las normas<sup>287</sup>, en cuyos presupuestos no encuadra fácilmente este tipo de normatividad.

Son instrumentos menos rígidos porque no contienen mecanismos de sanción en caso de incumplimiento. Son instrumentos normativos menos uniformes en los resultados, porque sus destinatarios están *invitados* o

---

<sup>285</sup> Cit. en *Soft law administrativo...op. cit.*, p. 77.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>287</sup> No obstante, existe dentro de la teoría de las normas contemporánea una línea que ha redireccionado el debate de la estructura de la norma, llevándolo al terreno de las clases de normas dentro del ordenamiento, precisamente en función de su estructura. Tal es el caso de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy, en la que afirma que el ordenamiento jurídico está integrado por normas que, a su vez, se dividen en reglas y principios. Es decir, se aleja de la concepción clásica de la norma cuya estructura debe estar constituida tanto por un precedente determinado como por un consecuente determinado. Para Alexy, las reglas serían mandatos taxativos, presuponiendo un contenido determinado en su antecedente y su consecuente; en tanto, los principios son observados como mandatos de optimización, de contenido determinado en su antecedente pero indeterminado en su consecuente. Ver Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 86-87. Daniel Sarmiento se respalda en este autor para defender su tesis sobre el tratamiento metodológico de la naturaleza del *soft law*: “Así, la naturaleza del *soft law* debe recibir un doble tratamiento metodológico: por un lado, una perspectiva ontológica, que nos irradie luz sobre el sentido del *soft law*. Por otro lado, una perspectiva empírica, que nos aportará las claves metodológicas para el análisis de los actos concretos de *soft law* (...) Desde la perspectiva ontológica, el *soft law* se caracteriza por contar con un presupuesto concreto y un consecuente abierto e indeterminado, que reclama la maximización de los objetivos que pretende cumplir (...) el *soft law* tiene una causa y objeto específicos, pero su finalidad es genérica, en la medida en que su desafectación del sistema oficial de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos. Por tanto, el *soft law* es ontológicamente un mandato de optimización, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en grado. En cambio, desde la perspectiva empírica que afecta a cada acto o instrumento de *soft law*, encontraremos que éste puede contar con la estructura propia de una regla o de un principio”. Ver, *op. cit.*, pp. 97-98.

*motivados* a cumplirlos y, por ello, lo cumplen en *grado*. Son menos jerárquicos, a su vez, porque no son fácilmente ubicables dentro de la estructura típicamente piramidal que se concibe respecto al ordenamiento estatal, pues los instrumentos de *soft law* no forman parte del *sistema oficial de fuentes* del Derecho.

Aunque el *soft law* tiene claramente sus raíces en el Derecho internacional, debido a la dificultad de los organismos internacionales para elaborar normas con carácter vinculante, ha encontrado un nicho importante de desarrollo en el Derecho Administrativo. Las administraciones públicas han adoptado este tipo de derecho suave, so pretexto de incorporar a la *sociedad civil* en el contenido de su normativa e, incluso, en su elaboración. La regulación en torno a la actividad, desempeño y actores de la administración pública, es la rama del Derecho más cercana, por excelencia, de la actuación del Estado; se podría decir que, a través de la normatividad con la que opera la administración pública, se le puede tomar el pulso al Estado; esto es, se pueden conocer sus inclinaciones y sus intereses.

El *soft law* en el derecho administrativo ha supuesto nuevas formas de gestión administrativa, así como de cooperación entre poderes públicos, llegándose a aseverar que este tipo de instrumentos ha desarrollado una *nueva relación con los ciudadanos*, debido a la ascendente participación de particulares en el contenido y producción. Desde el concepto de *soft law* en el Derecho Administrativo, se destacan los siguientes elementos:

- i. El *soft law* es un segmento del ordenamiento jurídico cuya finalidad es la creación de normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no de forma taxativa. Por tanto, el *soft law* es un mandato de optimización, cuyo incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta.
- ii. El *soft law* debe adoptarse por los poderes públicos competentes, tanto en términos territoriales como materiales, pero ello no significa que a través de estas normas no se modulen o compartan espacios competenciales que, en principio, le están vedados a los poderes públicos.

- iii. El *soft law* no está sujeto a procedimientos para su aprobación (salvo excepciones contempladas en disposiciones especiales), pero sí deberá cumplir una fase del procedimiento si desea desplegar efectos *ad extra*: su publicación.
- iv. El *soft law* va a contar con distintos niveles de efectos. Su manifestación más intensa la representan las reglas de *soft law*, mientras que los principios de *soft law* son escalones inferiores en intensidad<sup>288</sup>.

Norma que prescribe objetivos, que señala caminos que son procedimientos para su materialización; cuyo cumplimiento se efectuará en grado, por parte de sus destinatarios; de efectos jurídicos ambiguos y, en ocasiones, nulos. Son las notas más características del *soft law*, en este caso, administrativo, pero que se pueden observar en las normas suaves en general. Las *circulares*, los *protocolos* o las *cartas de Servicios*, son buenos ejemplos de este tipo de normas en la administración.

Finalmente, por lo que hace al *soft law* en la esfera administrativa, las distintas manifestaciones que de aquél se pueden clasificar<sup>289</sup>, consisten en:

1. *Soft law* público *ad intra*, cuya naturaleza es jurídico pública, con objetivos inclinados a la auto-organización. Las formas más destacadas de este tipo de *soft law*, están representadas por las circulares, instrucciones y órdenes de servicio, cuyo contenido se ha utilizado en el establecimiento de normas internas de organización y conducta, especialmente destinadas a servidores públicos de las estructuras administrativas. También los planes, programas y directrices, pero los cuales pueden implicar un desarrollo normativo posterior, están diseñados para cubrir un ámbito transversal de los órganos de la administración, por mencionar algunos elementos distintivos.
2. *Soft law ad extra*, de naturaleza también jurídico-pública, pero con objetivos a regular afectan a terceros. Los llamados códigos de

---

<sup>288</sup> *Ibidem*, pp. 105-106.

<sup>289</sup> *Ibidem*, pp. 107 y ss.



conducta o los códigos de buen gobierno, así como las recomendaciones o directrices de las autoridades independientes, son buenos ejemplos de este tipo de *soft law*.

3. *Soft law* público-privado, es de naturaleza dual, es decir, tanto pública con elementos contractuales que caracterizan a las relaciones entre particulares. Este tipo de instrumentos representan una expresión normativa en manos de entes privados.

Este último tipo de *soft law*, es el que a los fines de este trabajo más interesa, por ello nos detendremos en su análisis.

En este tipo de normatividad suave, “una persona física o jurídica privada ejerce una potestad normativa por delegación, pero con la importante característica de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas sólo surten efectos entre un grupo reducido de personas”<sup>290</sup>. Desde la óptica de la autorregulación, esta delegación normativa por parte del Estado a entes privados, se concentra, por una parte, en la elaboración y aprobación de normas técnicas, la cual se consideraría autorregulación normativa; y, por otra, en la verificación, control y certificación del cumplimiento de tales normas, considerándose este tipo de autorregulación, como declarativa<sup>291</sup>.

Este tipo de autorregulación o “técnica de regulación”, se presenta con frecuencia en materias como gestión del riesgo y en la especialización técnica. Se trata de un *soft law* prototipo, en virtud de que sus normas no tienen efectos obligatorios; pero además, alude a una de las consideradas novedosas “técnicas de regulación”, en función de que el Estado cede y alienta a los entes privados para que autorregulen sus conductas e, incluso, para que adopten sus propios mecanismos de solución, en caso de incumplimiento.

Este tipo de normas suaves y la delegación de autorregularse a los entes privados, las podemos encontrar con frecuencia reflejadas en la actividad que realizan los organismos de normalización<sup>292</sup>, la cual consiste en normar

---

<sup>290</sup> Sarmiento, *op. cit.*, p. 137.

<sup>291</sup> M.M., Darnaculleta, I Dardella, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, *op. cit.*, p. 346..

<sup>292</sup> Uno de los organismos más emblemáticos a nivel internacional en esta materia, es la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), el cual produce las famosas normas

funciones de control, inspección y certificación del desempeño del sector, así como en ocasiones, la capacidad de regulación de su propio sector, todas ellas funciones que el Estado delega con el argumento de que le es imposible dar respuesta inmediata a la complejidad del avance tecnológico y, por ello, de que son los entes privados quienes tienen mejores recursos especializados para lograrlo<sup>293</sup>. Precisamente éstos han sido parte de los argumentos más fuertes en el contexto de delegación de funciones públicas a entes privados: la superioridad que defienden frente al Estado, en función de un *mayor conocimiento especializado*. Este hecho ha provocado que algunos autores se refieran a él, como *la huida del derecho administrativo al derecho privado*<sup>294</sup>. Huida, que se dice, se ha tratado de detener con la asunción de supervisión pública de dicha autorregulación, a lo que otra autora llamaría “autorregulación regulada”<sup>295</sup>.

Por otra parte, el *soft law* en el que participan para su elaboración entes privados u organismos internacionales, ha estado precedido por el auge –de nueva cuenta– del comercio internacional y del desarrollo de políticas económicas a escala mundial. Ahora más que nunca, el derecho económico internacional es un espacio dominado por normas de derecho suave, *soft law* tanto público como privado<sup>296</sup>; instituciones y organismos como el FMI, la

---

ISO, que tienen como objetivo determinar la calidad o la gestión continua de calidad de un producto o servicio, elaborado o prestado respectivamente, por empresas o incluso, por la administración pública, mediante el sometimiento a duros procesos de certificación de calidad. La principal norma de la familia es actualmente la *ISO 9001:2008*, en la que se especifican los requisitos para un buen sistema de gestión de la calidad.

<sup>293</sup> Dolors Canals I Ametller, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, editorial Comares, 2003, p. 84.

<sup>294</sup> Expresión signada por Fleiner Fritz, referida y asumida por Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 158.

<sup>295</sup> Darnacullea, *op. cit.* Esta autora, propone que autorregulación, en primer lugar, se refiere, a la “forma a través de la cual actúan y se relacionan los particulares y las organizaciones privadas. En todos estos casos, el fenómeno autorregulativo nos remite, indefectiblemente, a la sociedad y, consiguientemente, al Derecho privado”; por su parte, autorregulación regulada, según el concepto empleado por la autora, “es una actividad privada de producción y control de normas que se encuentra condicionada por una actividad pública tendente al establecimiento de los cauces y de los controles a los que debe someterse la autorregulación”. En tanto, también Darnacullea refiere otras propuestas conceptuales, como aquella que relaciona la autorregulación regulada, “con nuevas formas de satisfacción de los fines públicos y, más en concreto, con la materialización de funciones públicas a través de sujetos privados, conectando así con la privatización de funciones públicas”. Pp. 329 y ss.

<sup>296</sup> Sarmiento, Daniel, *op. cit.*, p. 78.

OMC, la OCDE o el Banco Mundial, elaboran acuerdos internacionales en materia comercial y económica que se caracterizan por su contenido abierto e indeterminado. Tal es el caso de los instrumentos, decisiones y declaraciones que integran el acervo de la Ronda de Uruguay (1986-1994), mismas que dan forma, dirección y articulación a los acuerdos multilaterales de la Organización Mundial del Comercio. Así, a pesar de que estas normas –específicamente esos instrumentos de *soft law*- no cuentan con el aval de ningún Estado<sup>297</sup>, más tarde, asumen suficiente relevancia en ámbitos sectoriales, que pueden determinar contundentemente su desempeño.

En esa misma tesitura se encuentran los llamados *operational standards* (estándares operativos) como instrumentos de *soft law* empleados por el Banco Mundial. Estos estándares, “se adoptan mediante procedimientos *ad hoc* y pueden tener un ámbito de aplicación interno y de carácter organizativo, pero también pueden tener una vocación *ad extra*, con el fin de condicionar el otorgamiento del crédito al cumplimiento de objetivos sociales, ambientales o administrativos”<sup>298</sup>. Para su cumplimiento, este organismo establece criterios que funcionan como objetivos y plazos que determinarán si de cumplirlos, los Estados adoptantes podrán continuar con los tramos siguientes del crédito. De no cumplir con esos objetivos y plazos puede generarle al Estado infractor, la cancelación del crédito y diversas sanciones. Como se puede observar, son normas suaves en las que subyace una fuerza que no precisamente es jurídica; su fortaleza es, en realidad, de tipo económico.

En el siguiente apartado, se desarrollará un poco más este carácter de la regulación por parte de los entes privados, en materias de evidente interés público.

Sólo concluimos este epígrafe recurriendo de nuevo a Ferrarese, cuando se refiere a que el derecho pierde su formalidad, su forma típica, transfigurándose en las manifestaciones de *soft law*; “este proceso trae consigo también una reapropiación social del derecho: hoy asistimos al renacimiento de usos y tradiciones jurídicas en el ámbito privado, donde estos usos son asumidos como instituciones a bajo costo, refugios

---

<sup>297</sup> *Ídem*.

<sup>298</sup> *Ibidem*, pp. 79-80.

estratégicos y poco transparentes para la satisfacción de intereses privados”, con lo cual se abre la puerta a que “nuevas fuerzas económicas se conviertan en protagonistas dentro de la arena institucional, quebrantando aquellos mecanismos transparentes [en su caso] de control que estructuran el clásico Estado de derecho”<sup>299</sup>. Es precisamente esa parte generosa, en grado, que ha tenido el Estado de derecho clásico, la que también se está desdibujando en detrimento del interés general; este interés general, tradicionalmente asumido como un valor superior en el derecho; por supuesto, no siempre materializado.

### **3.3.3 Manifestaciones concretas de pluralidad jurídica transnacional**

#### **3.3.3.1 La *lex mercatoria* como expresión emblemática de esa pluralidad jurídica**

La nueva *lex mercatoria* se ha ido posicionando en los análisis de teoría jurídica contemporánea, como la manifestación jurídica por excelencia que emana de los procesos de globalización económica<sup>300</sup>. Se considera así, en virtud de que su producción se origina en el seno de los negocios internacionales, en los que sus principales actores son empresas principalmente de orden transnacional.

El concierto emanado de la interacción de los negocios internacionales ha originado una suerte de “sociedad internacional de los comerciantes”, caracterizada como un grupo relativamente autónomo de los Estados y del cual ha emanado “un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, que da cuenta de la efectividad de un derecho autónomo del comercio, desarrollado al margen de los sistemas jurídicos nacionales”<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> María Ferrarese, “Mercato e diritto nello spazio globale”, *Diritto, politica e realtà sociale nell’epoca della globalizzazione*, op. cit., pp. 119-123.

<sup>300</sup> Reiteradamente así lo hacen notar autores como Boaventura de Sousa Santos, Eduardo Faria, Juan Ramón Capella, Francisco Galgano, entre otros teóricos del Derecho.

<sup>301</sup> Fernández Rozas, José Carlos, “Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina”, *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto Silva (coord.), IIJ-UNAM, México, 2006, p. 62.

Pero si nos estamos refiriendo a la “nueva” *lex mercatoria*, habría que recordar la antigua, su génesis y características principales.

La antigua *lex mercatoria* se remonta a los albores del comercio, en plena época medieval, cuando el mercantilismo se empezaba a convertir en una fuerza propulsora fundamental de la economía. Se trataba de un derecho común que procedía de las transacciones comerciales, por tanto, producida por los comerciantes. Esencialmente la *lex mercatoria* se constituía de los “usos y costumbres”, reglas y procedimientos, que en materia de intercambios, relaciones y transacciones comerciales se aceptaban de manera general por todos sus participantes. El llamado también *ius mercatorum* tuvo su auge sin otros importantes rivales regulatorios, precisamente hasta antes de la moderna positivación del derecho estatal<sup>302</sup>, que concretaría dicha aspiración con una fuerte tendencia codificadora<sup>303</sup>.

La clase mercantil no sólo creaba este derecho, sino que también lo aplicaba y discernía en caso de conflicto a través de instancias organizadas para ello como lo fueron los *consulados*, que no eran otra cosa que los mismos comerciantes asociados en grandes corporaciones profesionales, cuya misión consistía en defender y proteger a sus miembros respecto a sus intereses económicos, pero que también se podían constituir como tribunales especiales para resolver litigios mercantiles que surgieran entre sus miembros<sup>304</sup>. Y para dejar más claro aún que se trataba de un derecho creado, administrado y organizado absolutamente por los comerciantes, dichos consulados no se integraban por juristas ni jueces en *strictu sensu*, sino por mercaderes experimentados en el tráfico mercantil y los problemas generados alrededor de esta actividad<sup>305</sup>.

Desde sus orígenes, la *lex mercatoria* fue un derecho supranacional cuyas características más distintivas fueron la facilidad con la que permitió contratos vinculantes; el énfasis en la seguridad de los contratos; la velocidad en la decisión de los litigios; la variedad de mecanismos para establecer, transmitir

---

<sup>302</sup> Vittorio Olgiati, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>303</sup> Tema al que le dedicamos una parte importante de un epígrafe del capítulo I de este trabajo.

<sup>304</sup> Cruz Barney, “El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>305</sup> *Ídem*.

y recibir crédito y, el valor normativo de las costumbres y los usos del mundo mercantil<sup>306</sup>, para superar el conflicto de leyes en caso de determinar el derecho nacional que rigiera una relación jurídica en la materia.

Por su parte, sus fuentes se ubicaban tanto en los estatutos de las corporaciones mercantiles, así como en las costumbres mercantiles y la jurisprudencia de las *curioe mercatorum* (en las que sesionaban los mercantes)<sup>307</sup>.

Cuando se presentó la ola codificadora del derecho, estos “usos y costumbres” del comercio internacional integrados en la *lex mercatoria*, fueron incorporados, en su mayoría, a los códigos nacionales de derecho mercantil, en algunos casos recuperados también por los códigos civiles<sup>308</sup>. Con esto, asumió el Estado la primacía de la regulación en materia comercial. No obstante, durante mucho tiempo se registraron importantes esfuerzos de unificación internacional del derecho comercial, pero es hasta los años sesenta y setenta con la apertura comercial y la liberalización económica, que resurge en la llamada nueva *lex mercatoria* el impulso de los ahora más poderosos comerciantes encarnados en las empresas transnacionales.

Así, la concepción más extendida de lo que significa propiamente la nueva *lex mercatoria*, es aquella que refiere a “un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante”<sup>309</sup>. O de otra manera, también se refiere “a lo que genéricamente se califica de ‘usos y costumbres del comercio internacional’, pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente los llamados ‘términos comerciales uniformes’, las ‘condiciones generales de

---

<sup>306</sup> Ver la amplia explicación que al respecto elabora Boaventura de Sousa Santos, en su libro *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002, p 104-115.

<sup>307</sup> Francesco Galgano, *La globalización en el espejo ...*, p. 65.

<sup>308</sup> Como nos recuerda Fernández Rozas, “a lo largo del siglo XIX se registró una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1885, y otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoamericano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867)”, “Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria*...”, *op. cit.*, p. 81.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 65.

venta´ aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los ´contratos tipo´ para la venta de ciertos productos”<sup>310</sup>. De ahí que los procesos actuales de globalización económica, hayan convertido a la *lex mercatoria* en un modo central de regulación contemporánea.

Pero la anterior no es una concepción unánime; respecto a la importancia e, incluso, sobre su existencia, se ha dado un debate doctrinal álgido. Son cuatro puntos centrales sobre los que ha versado dicho debate<sup>311</sup>: 1) aquél que duda sobre la existencia de la *lex mercatoria*, 2) el que la considera como un particular conjunto de usos y costumbres propios del comercio internacional, 3) el que la observa como un ordenamiento jurídico típico, es decir, que contiene todas sus características básicas y, 4) el que considera las técnicas clásicas del derecho internacional privado como un *cauce para crear y desarrollar esa suerte de ius commune que puede ser esta misma lex mercatoria*<sup>312</sup>.

Además de estos cuatro puntos en los que más se ha concentrado el debate sobre la *lex mercatoria*, existe otro punto de vista acerca de ella, que es el que la ubica como una forma de tomar decisiones, misma que al decir del estudioso Gómez Jene, es una postura que se desvincula de los anteriores criterios referidos. Esta posición considera a la *lex mercatoria* como un método para alcanzar decisiones: *method of decision-making*<sup>313</sup>, concepción íntimamente vinculada a la práctica arbitral. Por ello, desde esta perspectiva la *lex mercatoria*, existe, en tanto sus contenidos son utilizados para tomar decisiones arbitradas en el contexto de una controversia en materia de comercio internacional. Es una postura que se aleja de todas las anteriores, en virtud de que no aborda a la *lex mercatoria* desde el punto de vista de la dogmática, sino desde la actividad eminentemente arbitral, esto es, desde la esfera de la práctica decisoria:

---

<sup>310</sup> *Ídem*.

<sup>311</sup> Miguel Gómez Jene, “*Lex mercatoria* y arbitraje comercial internacional”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, op. cit., p. 138-139.

<sup>312</sup> *Ídem*.

<sup>313</sup> A decir del mismo autor, es una postura defendida y desarrollada por el profesor Gaillard, cuyo estudio se puede revisar en su “*Transnational Law: A Legal System or o Method of Decision Making?*”, *Arbitration International*, 2001, citado en Gómez Jene, *ídem*.

(...) en su aplicación, los árbitros decidirán la controversia partiendo de un análisis legal comparado, concretando, a partir de dicho análisis o estudio, la norma o normas jurídicas más ampliamente aceptadas en el sector en cuestión. Las fuentes que para este menester podrán utilizar serán todas aquellas reglas y/o compilaciones de principios mercantiles, de convenios internacionales –ratificados o no-, así como de laudos arbitrales y de trabajos de investigación existentes sobre la cuestión<sup>314</sup>.

Si bien esta concepción ubica a la *lex mercatoria* como un método para construir decisiones en el ámbito del arbitraje comercial-internacional, lo cierto es que al considerar que las fuentes para dichas decisiones serán “todas aquéllas reglas y/o compilaciones de principios mercantiles” y convenios correlativos, está aludiendo e implicando a una de las concepciones más socorridas en el debate actual, aquél que la considera un conjunto particular de usos y costumbres en el comercio internacional; lo cual en sentido amplio, puede ser entendida, también, como un conjunto de reglas y principios aplicados al tráfico y transacciones mercantiles. Así pues, también esta postura que considera a la *ley mercatoria* como un método para tomar decisiones, entra en el espectro de las concepciones en debate que tiene a su alrededor.

Según un destacado estudioso del tema, Francesco Galgano, los factores que han dado lugar a estas reglas internacionalmente uniformes que refieren a la *lex mercatoria* como su principal regulación articuladora, se deben: a) a la difusión internacional de las prácticas contractuales del mundo de los negocios, b) a las costumbres del comercio internacional, esto es, en la repetida y uniforme observancia de particulares prácticas por parte de los operadores de determinados sectores empresariales, c) a la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales<sup>315</sup>.

La difusión internacional de las prácticas contractuales en el mundo de los negocios, se debe, en gran medida, a los múltiples modelos contractuales desarrollados por operadores económicos de un país y bien recibidos por los colegas de otros países. Así, modelos contractuales como el *leasing*<sup>316</sup>, el

---

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>315</sup> *Ibidem*, pp. 66-68.

<sup>316</sup> Se trata de un contrato de alquiler de bienes muebles e inmuebles con derecho de compra, conocido también como “alquiler financiero”. El arrendador adquiere un bien para ceder su uso y disfrute, durante un plazo determinado contractualmente, el cual coincide con la vida útil del bien, a un tercero, denominado arrendatario o usuario. Es común que las empresas que



*factoring*<sup>317</sup>, el *performance bond*<sup>318</sup> se han convertido en modelos uniformes en todo el mundo, a los cuales los agentes económicos de todo el orbe reconocen.

En este reconocimiento se inscriben también los jueces nacionales que, al observar la validez de la que gozan dichos modelos contractuales en prácticamente todos los lugares donde se llevan a cabo las transacciones comerciales, se verán compelidos a validarlos, incluso a pesar de los argumentos que el derecho nacional plantee, pues la presión de “someter al aislamiento en el contexto internacional” a su propio país, se convertirá en un elemento determinante para su decisión<sup>319</sup>. Por otra parte, “la difusión ha estado otras veces, secundada por las llamadas reglas objetivas del comercio internacional. Asociaciones internacionales de categoría han predispuesto formularios de contratos para los empresarios a ellas adheridos, favoreciendo por esta vía las prácticas contractuales internacionales uniformes”; pero también se han incorporado en la elaboración de este tipo de instrumentos, grandes sociedades transnacionales, en los que imponen uniformidad en su contenido regulador; “ellas predispusieron las condiciones generales del contrato, a las que cada sociedad nacional, por ellas controlada, se ha adecuado, provocando de este modo una uniformidad de reglas contractuales, tan extendida como sean sus mercados”<sup>320</sup>.

Con relación a las prácticas comerciales, éstas se convierten en usos y costumbres por parte de los operadores económicos, en el momento en el que son asumidas con una convicción que les es común, es decir, asumirlas

---

no tienen mucho capital activo acudan a este tipo de contrato para hacer uso de bienes con posibilidades de comprarlos en un futuro.

<sup>317</sup> Sobre su contenido, el tratadista Guillermo Cabanellas explica que es “una operación de crédito, de origen norteamericano, que consiste en la transferencia de un crédito mercantil del titular a un factor que se encarga, contra cierta remuneración o comisión, de obtener el cobro, cuya realización se garantiza, incluso en el caso de quiebra temporal o definitiva del deudor. Constituye, pues, una comisión de cobranza garantizada”. Ver su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV, vigésimo tercera edición, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1994, p. 6.

<sup>318</sup> Se trata de un contrato que establece la garantía de asegurar un pago al comprador para el caso de que el vendedor incumpla con sus obligaciones contractuales, o en la forma o en el tiempo.

<sup>319</sup> Francesco Galgano, *La globalización en el espejo del...*, op. cit., p. 67-68.

<sup>320</sup> *Ídem*.

como un precepto jurídico que es obligado respetar, si se desea seguir en la dinámica comercial que ya se ha impuesto con el tiempo.

En tanto, la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales también han tomado un papel relevante como causas de la uniformidad en la reglas comerciales a nivel internacional; ello, debido a que las decisiones de dichas cámaras se convierten en un precedente que será tomado en cuenta por otros árbitros subsecuentemente designados. Con esto se “forma así un cuerpo de *regulæ iuris* que los operadores económicos son inducidos a seguir con la previsión de que, en caso de controversia, serán aplicadas en sus relaciones comerciales”<sup>321</sup>. Dicho “cuerpo de *regulæ iuris*” en materia de usos y costumbres de comercio internacional, se ha identificado, también, a través de la recopilación que sobre la *lex mercatoria* elaboró el Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado de Roma (por sus siglas en inglés UNIDROIT) y cuyas ediciones se han denominado *Principios de los contratos comerciales internacionales*<sup>322</sup>. En esta recopilación se reúnen prácticamente todas las reglas de derecho, usos, costumbres y prácticas que los actores del comercio internacional han validado a través del tiempo. En sí, es un trabajo de sistematización y reconocimiento de los usos y costumbres en el comercio internacional.

A partir de las anteriores concepciones que a la fecha existen sobre la nueva *lex mercatoria*, sus causas y los elementos que le son más característicos, intentaremos construir nuestro propio entendimiento sobre la misma.

En primera instancia, partimos del presupuesto de que la *lex mercatoria* es un mecanismo de regulación autónomo. Como tal, este tipo de regulación prescinde de la intervención del Estado para su diseño y aplicación<sup>323</sup>; sus creadores principales son los actores económicos más sobresalientes, que en el contexto actual, son las corporaciones económicas transnacionales y

---

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 68. A partir de lo anterior, se puede observar nítidamente en los laudos arbitrales, el nexo existente entre los usos del comercio y la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales. “La *opinio iuris atque necessitatis*, es decir, la obligatoriedad de los usos, no es verdaderamente la obediencia a una autoridad superior no existente, sino el respeto por parte de cada operador económico, de lo que los demás operadores económicos se consideran legitimados a esperar de él, aun si se trata de deberes no impuestos por el contrato”. *Op. cit.*, p. 68-69.

<sup>322</sup> En 1994 se elaboró la primera edición, la segunda en 2004.

<sup>323</sup> No obstante, como veremos más adelante, cuando se le requiere el Estado le otorga un tipo de reconocimiento sin el cual, muchas de las veces no podría ser materializada.

los organismos económicos internacionales, estos últimos operando como sus gestores y voceros.

Así pues, la *lex mercatoria* es un derecho espontáneo, creado por los comerciantes para el desarrollo de sus transacciones comerciales a nivel internacional, que tiene como principal objetivo liberarse de la rigidez que suponen –y más aún desde la perspectiva mercantil- las leyes estatales. A partir de aquí, se ha venido desarrollando un exacerbado “culto hacia el principio de la autonomía de voluntad y de autorregulación en este sector”<sup>324</sup>, cuyo centro es ocupado ahora por el contrato en sustitución de la ley, emblema de la concepción decimonónica de Estado de Derecho.

La *lex mercatoria* en ese sentido, se ha considerado un derecho a-nacional o tercer derecho, en virtud de que su contenido que refiere a usos y costumbres del tráfico comercial internacional creados al margen del Estado y por agentes no estatales, tiene la finalidad de que sus controversias sean resueltas sin recurrir a leyes nacionales.

Este tipo de normatividad forma parte de ese “derecho de fuente global” que está produciéndose a la sombra de la pérdida del monopolio del Estado en la elaboración del derecho; y es de un derecho de fuente global fundamentalmente por dos aspectos: 1) por su ámbito de aplicación, el cual no se restringe al estatal, sino que va más allá de todo límite y 2) por la forma en que se produce, es decir, por su modo de producción, en tanto se puede formar en distintos y muy distantes puntos del planeta<sup>325</sup>.

Por eso la *lex mercatoria* actual se construye sin la intervención del poder legislativo de los estados; es un derecho “formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados”<sup>326</sup>.

La *lex mercatoria* se ha convertido, así, en un exponente fundamental de la tendencia desreguladora que se observa con la intensificación de los procesos de globalización. Debido a su núcleo autorregulador, desligado de la necesidad de producirse a través de los órganos del Estado, este tipo de

---

<sup>324</sup> Fernández Rozas, “Un nuevo mundo jurídico...”, *op. cit.*, p. 102.

<sup>325</sup> Francesco Galgano, *La globalización en el espejo...*, p. 46.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 65.

regulación aspira en todo momento a evitar su paso por alguna instancia jurídica nacional o, en su caso, a ser retomada sin discusión; más bien pretende resolver los problemas que se generen en la materia, a través de sus propios mecanismos –como lo son las cámaras internacionales de arbitraje comercial- aunque no siempre lo logren y, finalmente tengan que recurrir para su total resolución a leyes e instancias jurídicas nacionales.

La globalización económica, en específico, la globalización de los mercados a través de sus principales actores económicos internacionales, altera por una parte, los órdenes políticos y jurídicos de los Estados, lo cual implica reducir la importancia de las leyes nacionales; por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio ha ido avanzando en su capacidad de dictar reglas de derecho, con aplicación directa en sus Estados miembro<sup>327</sup>.

En ese sentido y parafraseando a Ferrarese en un estudio por demás revelador de las instituciones jurídicas generadas en la globalización económica, la institución del mercado se ha convertido en sí misma en productora y elaboradora de múltiples novedades jurídicas, confirmando con ello, “el fin de una juridicidad gobernada o guiada exclusivamente por los Estados”<sup>328</sup>, proceso en el que la *lex mercatoria* se ha convertido en un *facilitating law* al estilo americano de un derecho facilitador de las transacciones económicas<sup>329</sup>.

Afirmaciones y reflexiones que se han generado en torno al impacto que como nueva forma de regulación tiene la *lex mercatoria* en el ordenamiento estatal, tendrán lugar con más detenimiento, en los últimos epígrafes de este capítulo.

---

<sup>327</sup> Francesco Galgano, “*Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 247, Madrid, 2003, p. 20.

<sup>328</sup> María Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, pp. 94 y sig., cit. en Galgano Francisco, *La globalización en el espejo ...*, op. cit., p. 81.

<sup>329</sup> María Ferrarese, “Mercato e diritto nello spazio globale”, *Diritto, politica e realtà sociale nell’epoca della globalizzazione Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica* (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Macerata, Università di Macerata, 2008, pp. 119.

### 3.3.3.2 Centros de producción jurídica transnacional relevantes

En el segundo capítulo, desarrollamos varios epígrafes en los que se daba cuenta del contexto de origen y la teleología de los agentes y actores de la globalización económica, para ubicar con claridad cómo se ha articulado en la práctica, el discurso globalizante. Ahora en este apartado, el objetivo consiste en extraer de ellos, la capacidad y función reguladora que han venido desarrollando cada vez con más intensidad, es decir, estos agentes de la globalización económica están participando con una fuerza inédita en la producción del derecho, función reservada al Estado en la clásica concepción positivista del derecho. Ya no es el Estado el que asume todo el peso de esa función, ahora la comparte con denuedo, con indiferencia premeditada o por simple omisión, según se estudie cada caso.

A tal grado es la participación en funciones de regulación jurídica, que en este trabajo proponemos ubicar algunos de estos agentes de la globalización económica, como genuinos centros de producción jurídica transnacional. Para efectos de éste trabajo, nos interesa estudiar particularmente a los centros *económicos* de producción jurídica transnacional. Así pues, proponemos que para constituirse en un centro económico de producción jurídica transnacional, un agente o actor de la globalización económica (es decir, que tenga capacidad de gestión relevante en la economía globalizada), tendrá que reunir los siguientes caracteres:

1. *Realizar sus operaciones a nivel global.* Esto significa que sus gestiones o actividades busquen un impacto que no se constriña a un país o a un conjunto de países, sino que aspire a tener un impacto de su actividad a nivel mundial, es decir, que incluya a la mayoría de Estados-nación del orbe.
2. *Producir normatividad* que aspire: a) ser incorporada en las legislaciones nacionales, b) ser acatada por los Estados, c) ser adoptada por particulares, sin importar su jurisdicción nacional.

Resulta complejo ubicar exhaustivamente los múltiples centros de decisión jurídica emanados de los procesos de globalización. Por eso en este trabajo

escogemos dos de los que suponemos, son los más influyentes en la elaboración de normas jurídicas y que, en algún grado relevante, pueden surtir efectos públicos.

El primero, lo ubicamos en la producción normativa procedente de los organismos financieros-económico internacionales (OFEI para efectos de abreviar), que se constituyen en una especie de organismos intergubernamentales al estar integrados por los gobiernos de los países miembro. Nos referimos a organismos como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

En segundo lugar, ubicamos a la producción normativa emanada de organizaciones privadas de comercio internacional, sin dejar de ubicar algunos ejemplos de normatividad producida por empresas transnacionales.

La producción normativa que procede de los organismos económico-financieros internacionales, las conoceremos como “redes jurídicas económicas transgubernamentales”, cuya actuación es considerada *rápida, flexible y descentralizada*, permitiéndole dar resultados óptimos en un contexto de cambios vertiginosos<sup>330</sup>. Son redes transgubernamentales en función de que las componen organismos integrados por la participación de los Estados.

Por otro lado, se encuentran las “redes privadas económicas de autorregulación transnacional”, generadas por la actividad autorreguladora tanto de organizaciones internacionales de comercio, así como de las empresas transnacionales.

Ambos niveles de producción jurídica supra-estatal, para el primer caso y, extra-estatal para el segundo, tienen en común ser formas de *soft law*; pero como veremos más adelante, tienen diferentes mecanismos de incorporación e incardinación con normas de *hard law* o dicho de otra manera, con el ordenamiento jurídico estatal.

Agregamos que para integrar tanto a unas redes como a otras, nos referiremos a la categoría de “redes jurídicas de la globalización económica”.

---

<sup>330</sup> Alfonso de Julios-Campuzano, “El paradigma jurídico de la globalización”, en *op. cit.*, p. 57. Sobre esta concepción de “redes regulatorias transgubernamentales” y su forma de actuar, el autor sigue a Slaughter.

Presentamos a continuación, algunos de los ejemplos más sobresalientes en cuanto a centros de producción jurídica transnacional, integrantes por supuesto, de las nuevas redes de regulación y autorregulación ya mencionadas y de las cuales detallaremos características, funciones y relaciones entre sí, una vez que hayamos revisado los siguientes apartados.

### **a) Organización Mundial de Comercio**

La Organización Mundial del Comercio cumple con creces las características que debe poseer un centro de producción jurídica transnacional: a) es una organización de perfil global, sus actividades buscan impactar a nivel mundial y, de ser posible, en todos los confines del mundo; y b) la normatividad que produce pretende su acatamiento por los Estados y su adopción por los particulares, en las materias que regula, todas relativas al comercio internacional.

La OMC se presenta a sí misma, como una organización para liberar el comercio, pero también como un foro de negociación multilateral de comercio, a su vez, se puede ubicar como un conjunto de normas, pues su “núcleo” procede de los Acuerdos de la organización, negociados y firmados por los gobiernos que forman parte de la misma<sup>331</sup>. Así es que, la OMC, fundamentalmente, se dedica a regular el sistema multilateral de comercio en el que participan un importante número de países existentes. Esa regulación

---

<sup>331</sup> Ver página electrónica oficial: [www.wto.org](http://www.wto.org). La OMC señala que todos los Acuerdos y decisiones son tomados por todos los gobiernos miembros de la organización, que a diferencia de otras organizaciones internacionales, las decisiones se toman directamente y por consenso de sus miembros, aunque eso implique más trabajo y tiempo de negociación. Hace hincapié en su distinción de otros organismos, en los que “burócratas” pueden incidir en la política de algún país a través de la amenaza de suspender un crédito; por el contrario la OMC, se ufana de no tener un comité directivo o que su autoridad recaiga en un ejecutivo, sino que sus decisiones son adoptadas por los más de 150 miembros, aunque eso resulte complejo. No obstante lo anterior, en la OMC sí se reconocen a algunos países como los “más importantes”, con los que se han tenido que realizar conversaciones especiales para diversas negociaciones aparte con el afán de *superar* dificultades iniciales. A estos grupos de países la misma OMC denomina “Cuadrilateral” integrado por Canadá, Estados Unidos, Japón y Unión Europea; mientras que a Australia, Brasil, Estados Unidos, India, Japón y Unión Europea, se les ha llamado la “nueva Cuadrilateral” o las “Cuatro/cinco partes interesadas” o el “Quinteto” o el “G-6”. La conformación de bloques o grupos de países más “importantes” en realidad indica que sí existe, de *facto*, una especie de elite que toma las decisiones más relevantes dentro del organismo, dentro de la cual no tienen el mismo peso los demás países.

jurídica se construye con base en acuerdos negociados por los gobiernos miembros, interviniendo también en las negociaciones –aunque en calidad de “observadores”, como lo denomina la OMC- organismos intergubernamentales, como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, la OCDE, entre otros muchos más<sup>332</sup>. Pero a pesar de que la OMC los reconoce como organismos internacionales intergubernamentales, integrados por gobiernos nacionales, lo cierto es que muchos de estos organismos también tienen como asociados o integrantes en su estructura a organizaciones privadas<sup>333</sup>, lo cual no deja de incidir en la forma de tomar las decisiones en su seno, es decir, se negocian intereses privados frente a intereses públicos.

Los Acuerdos de la OMC son normas jurídicas con forma de contrato que los países miembros adoptan para regirse por ellas en materia de comercio internacional; como la misma Organización lo dice, estos documentos jurídicos “son esencialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos”<sup>334</sup>. Y, no obstante que son firmados y negociados por los gobiernos, los objetivos de esta normatividad en realidad, busca “ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar a cabo sus actividades”<sup>335</sup>. Como vemos, la normatividad de la OMC tiene una ruta definida: 1) normas jurídicas, como forma de contrato que son negociadas al seno de la Organización, en la cual intervienen otro tipo de organismos, 2) adoptadas y firmadas por los gobiernos miembros, y 3) serán aplicables a particulares, dedicados al comercio internacional.

La producción jurídica de la OMC, como señalamos con anterioridad, se concentra en *acuerdos* negociados con forma de contratos. En su mayoría,

---

<sup>332</sup> Dentro de los organismos internacionales intergubernamentales que participan en la OMC en calidad de observadores, también se encuentran los siguientes, por mencionar algunos más: Centro de Comercio Internacional (CCI), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Naciones Unidas (NU), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

<sup>333</sup> Por ejemplo, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, entre muchos otros, que es un organismo que participa en diversos órganos de la OMC, está integrada por gobiernos nacionales, pero también por el sector privado, compuesto por organizaciones y empresas privadas. Ver página oficial: <http://www.itu.int/members/index-es.html>

<sup>334</sup> [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm), al 4 de agosto de 2009.

<sup>335</sup> *Idem.*



estos acuerdos proceden de la Ronda de Uruguay<sup>336</sup> (incluido el acuerdo que da origen a la OMC), pero algunos de ellos –entre ellos el GATT de 1994-, son revisiones de acuerdos plurilaterales que ya existían en el marco del GATT. Incluso la misma OMC, señala que ella debe servir de marco para que todos los resultados-acuerdos emanados de la Ronda de Uruguay, sean tomados e interpretados como un “todo único”; esto quiere decir, que todos los acuerdos multilaterales del comercio de la OMC, están intrínsecamente vinculados entre sí, con respecto a su contenido y finalidad; de ahí que su entendimiento, observancia e interpretación tendrá que tomar en cuenta esta consideración fundamental: apreciar todos los acuerdos como si fueran un ordenamiento jurídico con coherencia interna.

Dentro de los acuerdos más importantes de la OMC, se encuentran: a) los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, en el que se regulan aspectos relativos a la agricultura, medidas sanitarias y fitosanitarias, textiles y vestidos, obstáculos al comercio, antidumping, entre otros; b) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS); c) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); Acuerdos Comerciales Plurilaterales, dentro de los que se encuentran los acuerdos relativos al comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y otro de carne de bovino.

Por su parte, la OMC contempla otro tipo de instrumentos jurídicos. En éstos se encuentran, tanto los *protocolos* de los acuerdos comerciales, como las llamadas *decisiones* y *declaraciones*, también sobre los acuerdos. Tanto en unos como en otros, el objetivo es ampliar, explicitar, explicar y contribuir al entendimiento de algunos de los distintos acuerdos multilaterales de comercio internacional.

Así pues, como nos dice un autor, el foro de negociaciones y las rondas periódicas que se desarrollan al seno de la OMC, configuran “un auténtico mercado de reglas”<sup>337</sup>. La OMC es un auténtico centro de producción normativa de orden transnacional, de ahí que cuando se pretende diseñar el concepto de derecho global, algunos sectores académicos del estudio del

---

<sup>336</sup> La cual consistió en intensas negociaciones comerciales, celebradas entre 1986 y 1994.

<sup>337</sup> P., Zapatero, *Derecho del comercio global*, referido por Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley ...”, en *op. cit.*, p. 191.

derecho, ubiquen a esta organización y su producción normativa, como el modelo del futuro del derecho global.

## **b) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**

Creada con el objetivo central de promover la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés), ha venido adoptando un papel prominente de productor de normas jurídicas. En su afán por eliminar o reducir los obstáculos al comercio internacional, esta Comisión se ha convertido en un órgano jurídico central del sistema de Naciones Unidas en materia de derecho mercantil internacional. Como tal, la UNCITRAL ha elaborado y preparado diversos instrumentos jurídicos que tienen como objeto colaborar en el proceso de creación y aprobación de normas jurídicas que faciliten el comercio internacional. A diferencia de la OMC, la UNCITRAL no se dedica al diseño de políticas en materia comercial para su liberalización y la eliminación a sus obstáculos, las prácticas comerciales desleales, entre otras; no obstante que su actividad colabora directamente con todo lo anterior<sup>338</sup>, en específico se ocupa del derecho aplicable a las operaciones mercantiles internacionales entre particulares, así como a producir normatividad que los Estados parte, incorporan en algún momento en su legislación nacional.

Dentro de la normatividad que produce la UNCITRAL, destacan leyes, convenciones, leyes modelos, guías jurídicas, guías legislativas, entre otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos que impacten en el comercio internacional.

Como esta Comisión de Naciones de Unidas elabora normas jurídicas que se busca sean acatadas por sus Estados miembros, ofrece asistencia técnica en

---

<sup>338</sup> Los temas en los que concentra su producción jurídica son los siguientes: resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías. Ver *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Viena, Naciones Unidas, 2007.

materia de derecho mercantil internacional y en la preparación de legislación nacional; al mismo tiempo, recomienda la adopción o utilización de instrumentos jurídicos preparados por otras organizaciones internacionales en la materia<sup>339</sup>. La misma UNCITRAL divide en textos legislativos internacionales y no legislativos, a su producción jurídica. Con los textos legislativos internacionales, afirma que busca ayudar a los Estados a modernizar su derecho mercantil; mientras que con los textos no legislativos pretende facilitar las negociaciones entre las partes, en operaciones comerciales. En esta clasificación que de sus textos jurídicos realiza la UNCITRAL, es de suponerse que subyacen los criterios convencionales para dividir las normas de derecho internacional público y las de carácter internacional privado: 1) los textos legislativos, lo son, en función de que van dirigidos a los Estados, para que los suscriban como Estados miembro o para que los incorporen a su legislación nacional; 2) los textos no legislativos, lo son, porque van dirigidos tanto a Estados como organismos privados. Dentro de los textos legislativos se encuentran leyes modelo y convenciones; en cuanto a los textos no legislativos, la UNCITRAL incluye notas, guías jurídicas y legislativas, así como reglamentos.

En lo que concierne a la elaboración de los textos jurídicos que produce esta Comisión, participan en este proceso tanto los Estados miembros, así como otros Estados a los que se denomina “Estados observadores”; a su vez, también se involucran organizaciones internacionales interesadas, intergubernamentales y no gubernamentales.

En términos de la propia UNCITRAL, dos son los fines principales que persigue: armonización y unificación del derecho comercial interno de cada país miembro. Su propia concepción al respecto, señala que por *armonización* se entiende el “proceso por el que pueden modificarse las leyes

---

<sup>339</sup> Por ejemplo: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, así como la ratificación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961). Por otra parte, ha recomendado la utilización de varios textos preparados por la Cámara de Comercio Internacional, entre los que se destacan las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), así como los Incoterms 2000; las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU 400 y RUU 500); las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) y las Reglas Uniformes para los Documentos de Caucción de un Contrato. *Ibidem*, p. 12.

nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas”, en tanto que por *unificación* se considera “como la aprobación por los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales”<sup>340</sup>.

El gran proyecto, el gran cometido de la UNCITRAL es lograr que algún día todos los países que participan en el desarrollo del comercio internacional, tengan en la materia, las mismas reglas en su derecho nacional. A través de la elaboración de *leyes modelo*, este órgano jurídico de Naciones Unidas, busca lograr uno de sus mayores objetivos: la unificación en cada país, de su derecho en materia de comercio internacional<sup>341</sup>. Una *ley modelo* sirve para uniformar contenidos jurídicos sobre la materia a regular, es decir, unifica criterios, métodos, establece estándares, desarrolla conceptos unívocos, procedimientos a implementar, así como las formas de resolución de conflictos y el carácter de las instancias que lo harán.

Como su nombre lo indica, una ley modelo es una ley arquetípica, un texto legal arquetipo para que los que elaboran las leyes en cada país miembro, lo tomen como referente para el diseño y contenido que de la ley en la materia se den para sí: *una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados que lo adopten y lo incorporen a su derecho interno*<sup>342</sup>. La

---

<sup>340</sup> Ver su página electrónica oficial [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>341</sup> Un texto interesante que revisa en su conjunto, los propósitos y la historia del Derecho Mercantil, nos explica que la UNCITRAL está produciendo normas uniformes que pretenden regular relaciones mercantiles internacionales, lo cual supone “la sumisión del Derecho interno al uniforme, con el denominador común del Derecho Mercantil”. Por su parte, otras implicaciones que se tienen respecto a que “organizaciones como la CNUDMI y la UNIDROIT promueven la confección de un derecho armonizado [es que] diluye los conceptos de jerarquía normativa establecidos por la doctrina tradicional en aras de evitar que las controversias que se susciten en el tráfico comercial queden sin solución; procurando la implementación de reglas específicas de aplicación”, Elvia Arcelia Quintana Adriano, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, México, Porrúa, 2004, pp. 116 y 176.

<sup>342</sup> “Una ley modelo es un medio adecuado para la modernización y armonización de las leyes nacionales si se prevé que los Estados desearán o necesitarán introducir modificaciones en el texto del modelo para ajustarlo a las necesidades de cada país, que varían en función de cada ordenamiento jurídico o cuando no sea necesaria o conveniente una estricta uniformidad. Es precisamente esa flexibilidad lo que contribuye a que la ley modelo sea potencialmente más fácil de negociar que un texto en el que figuren obligaciones que no pueden modificarse, y lo que fomenta una mayor aceptación de una ley modelo que de una convención que regule la misma temática. No obstante esa flexibilidad, a los efectos de aumentar las posibilidades de alcanzar un grado satisfactorio de unificación y brindar certeza respecto del grado de unificación, se alienta a los Estados a que realicen la menor cantidad de modificaciones

UNCITRAL ha producido un número importante de leyes modelos en materia de arbitraje comercial, contratación pública de bienes, obras y servicios, tal como las siguientes: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Respecto a la conveniencia de adoptar una ley modelo, la CNUDMI refiere que es el carácter flexible de una ley modelo, lo que la potencia como un instrumento jurídico de más accesible negociación frente a una convención, por ejemplo.

Una de éstas leyes modelo más relevante producida por la UNCITRAL, es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>343</sup>. Esta ley se dirige a los Estados con la finalidad de que incorporen su contenido en la respectiva ley nacional sobre arbitraje comercial internacional que elaboren para sí<sup>344</sup>. En ella, se prevén todas las etapas del procedimiento arbitral: el acuerdo de arbitraje, el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral; condensa, a su vez, los principios y aspectos que prevalecen como los más importantes de la práctica del arbitraje internacional, al menos para los organismos que colaboraron en su diseño. Está compuesta de 36 artículos, distribuidos en los siguientes capítulos: I) Disposiciones generales, II) Acuerdo de arbitraje, III) Composición del tribunal arbitral, IV) Competencia del tribunal arbitral, IV.A) medidas cautelares y órdenes preliminares V) sustanciación de actuaciones arbitrales, VI) pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones, VII) impugnación del laudo y VIII) reconocimiento y ejecución de los laudos. Por sugerencia de la UNCITRAL, la idea es que cada país miembro adopte lo más literalmente posible la ley modelo. Pide, por ejemplo, “que se transmita a los gobiernos, a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados, como las cámaras de comercio, el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el

---

posible al incorporar una ley modelo a su ordenamiento jurídico interno”. *Guía..., op.cit.*, p. 14-15. Como se puede observar, lo que más se valora de este tipo de normatividad, es su flexibilidad, su ductibilidad, es decir, tanto la posibilidad de negociar su contenido, como su manejabilidad para modificar su estructura, sin perderse el planteamiento principal.

<sup>343</sup> Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada en 2006.

<sup>344</sup> México se encuentra entre los países que ya han adoptado esta ley modelo.

Derecho Mercantil Internacional”, así como “*recomienda* que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”<sup>345</sup>.

Este tipo de organismos internacionales como la UNCITRAL, suele manifestar que en la elaboración de dichas leyes modelo, se previeron las discrepancias y contradicciones que pudieran surgir frente al contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales; sin embargo, las implicaciones que supone realizar una especie de injerto jurídico en un organismo al que le puede ser esencialmente extraño, como lo es incorporar prácticas jurídicas distintas a la tradición jurídica que prevalece en cada país, son situaciones que se omite evidenciar en este tipo de organismos. Al contrario, dan por sentado que este tipo de problemáticas fueron allanadas al ser elaborados este tipo de instrumentos jurídicos, sin que quede totalmente claro cómo lograron una homogenización en contenidos y prácticas jurídicas, sin haber tenido que operar mecanismos de exclusión, mutilación, selección u omisión de reglas, prácticas y usos al interior de cada tradición jurídica.

Por su parte, otro tipo de normatividad que produce la UNCITRAL, se concentra en la preparación de convenios y convenciones, que los Estados miembro signan. Entre las convenciones más destacables se encuentran: la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (1974); el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (1978); la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980); la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988); el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991); la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001); y la Convención de las

---

<sup>345</sup> Exposición de motivos de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Resolución 40/72 de la UNCITRAL, emitida el 11 de diciembre de 1985.

Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). Esas convenciones forman parte de los textos jurídicos de la UNCITRAL considerados como *legislativos*.

Dentro de los textos no legislativos, se encuentran los siguientes: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral; Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales; y Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional. Todos estos ordenamientos jurídicos, regularmente son retomados por organismos privados en materia comercial, para guiar y regular sus actividades.

Finalmente, la UNCITRAL es en toda su dimensión un centro de producción jurídica transnacional, en virtud de varios elementos: 1) es un organismo internacional, de carácter público porque depende de la Organización de Naciones Unidas, 2) elabora normas jurídicas, convenciones, directrices, modelos de leyes, reglamentos, es decir, instrumentos jurídicos que, o bien acatan directamente los Estados miembro o se les sugiere que incorporen a su legislación nacional y realizan para ello cabildeos y asistencia técnica, o bien, son material jurídico al que los particulares (contratantes u organizaciones interesadas en la materia) de cualquier parte del mundo pueden someterse.

### **c) Cámara Internacional de Comercio (CIC o ICC por sus siglas en inglés)**

Como representante por excelencia de las empresas a nivel global, la Cámara Internacional de Comercio se ha convertido, no sólo en portavoz y gestor de los intereses de las mismas, sino también se ha constituido desde las últimas décadas, en un centro de producción jurídica transnacional.

No sólo por ser el principal socio empresarial de Naciones Unidas y sus agencias, la ICC se ha convertido en uno de los principales centros donde se

produce la regulación de las operaciones del comercio internacional. Bastaría con mencionar que la Cámara de Comercio Internacional produjo las ineludibles e importantes cláusulas comerciales conocidas como INCOTERMS<sup>346</sup>. Dichas cláusulas son las más utilizadas en prácticamente la mayoría de los contratos comerciales que se realizan a nivel internacional. En específico, las INCOTERMS son un conjunto de reglas que sirven para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones comerciales. Con estas reglas, se pretende reducir el margen de incertidumbre derivadas de las distintas interpretaciones que se presentan en diferentes países<sup>347</sup>.

En esa calidad de productor jurídico, la ICC fija reglas y estándares, que se convierten en un referente jurídico obligado en comercio internacional. Por ejemplo, en lo relativo a arbitraje y disolución de conflictos, la elaboración del Reglamento de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional<sup>348</sup>, ha tenido como resultado que aumenten los casos presentados ante esta jurisdicción internacional<sup>349</sup>. Pero para que los particulares puedan recurrir al arbitraje internacional que provee dicha Corte Internacional, la ICC tiene diseñado un “modelo de cláusula de arbitraje” para

---

<sup>346</sup> Como referimos en el acápite anterior, incluso la UNCITRAL siendo un organismo integrado por Estados constitutivos de la Organización de Naciones Unidas y dependiente de la misma, ha hecho oficial el reconocimiento y apoyo de estas cláusulas para su aplicación en todo el mundo, “como instrumento internacional de particular importancia para la armonización y unificación del derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías”, ver documento de la Asamblea General de Naciones Unidas, en el Informe del Secretario General, en el 33º periodo de sesiones, 12 de junio a 7 de julio de 2000, A/CN.9/479. Las INCOTERMS fueron publicadas por primera vez en 1936, después en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000 se ha revisado y actualizado su contenido, realizándole importantes enmiendas que buscan adecuarse a los cambios que sufre el comercio internacional. Las INCOTERMS 2000 figuran en la publicación número 560 de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>347</sup> En la introducción de las Cláusulas comerciales INCOTERMS 2000 de la Cámara de Comercio Internacional, se aclara sobre su alcance: “debe acentuarse que el alcance de los Incoterms se limita a los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de compraventa”.

<sup>348</sup> Como lo menciona el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la ICC, la Corte Internacional de Arbitraje, es el Centro de Arbitraje Adscrito a la ICC, cuya función consiste en proveer a la solución mediante arbitraje suscitadas en el ámbito internacional en materia de negocios.

<sup>349</sup> La misma ICC, refiere que han aumentado los casos en una proporción de más de 500 al año. Ver página electrónica oficial: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)



que sea incorporado en los contratos que posteriormente pueden ser objeto de disputa<sup>350</sup>.

Por su parte, entre las reglas que la ICC ha elaborado, se encuentran las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU 500 o UCP 500); son reglas que aplican los bancos para financiar cada año importantes cantidades de dinero en el comercio internacional; asimismo, ha creado reglas para acuerdos internacionales y estándares que las empresas o compañías adoptan voluntariamente, los cuales también pueden ser incorporados en contratos obligatorios (los acuerdos internacionales y los estándares).

En cuanto a innovación jurídica se refiere, la ICC se ha especializado en diseñar y promover la autorregulación en comercio electrónico, pero también ha dedicado esfuerzos en asesorar y elaborar códigos de autorregulación de asociaciones profesionales<sup>351</sup>.

No sólo la normatividad que produce la ICC va dirigida a particulares, compañías, empresas o asociaciones profesionales, sino también alguna parte de ella se dirige a los Estados-nación, para que la incorporen en su legislación nacional, de preferencia. Códigos de publicidad y de marketing son ejemplos especiales de ello; tal es el caso del Código Consolidado ICC en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia<sup>352</sup>, que forma parte de la modalidad de autorregulación empresarial. En términos del prólogo del texto de dicho Código, a través de esta auto-regulación empresarial, este instrumento promoverá estándares elevados de ética en publicidad; pero no sólo se limita a ser “guía práctica de las empresas alrededor del mundo”, sino que aspira a ofrecer “sólidos principios empresariales para consideración de los gobiernos en la elaboración de iniciativas que repercuten en la

---

<sup>350</sup> La cláusula modelo que se debe incorporar en caso de que un particular desee someterse a dicho arbitraje internacional, es la siguiente: “Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.” En el mismo tenor, opera el procedimiento precautorio prearbitral de la ICC, mediante una cláusula modelo que se deberá incorporar en todo contrato que desee someterse a arbitraje internacional en ésta instancia.

<sup>351</sup> Tal como lo vimos en el apartado de las técnicas de desregulación y autorregulación, líneas arriba.

<sup>352</sup> Publicado en noviembre 2007 por la Cámara de Comercio Internacional, París, Documento N° 240-46/330.

comercialización y protección al consumidor<sup>353</sup>". Respecto al mecanismo para hacer cumplir este tipo de regulación, el mismo documento señala que son agencias –privadas suponemos-, las que se encargan de velar por el cumplimiento de códigos en todo el mundo, implicando la revisión de violaciones a la reglamentación; y, en caso de presentarse "violaciones justificadas", "éstas se corrigen o la empresa es sancionada"<sup>354</sup>. Manifiestan tal importancia de su actividad reguladora y supervisora de la problemática derivada de los engaños a la publicidad comercial y en torno a la mercadotecnia, que se llega a afirmar que "en muchos países, el número de casos que son atendidos por estas agencias, rebasan a aquellos que son ventilados ante las autoridades gubernamentales", además de que este Código "establece una elevada barrera ética que se encuentra más allá de los requerimientos legales"<sup>355</sup>, en clara alusión a las legislaciones nacionales.

#### **d) Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)**

Este Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, por sus siglas en inglés), es una organización de carácter independiente intergubernamental, pues está compuesto por Estados<sup>356</sup> y por grupos de Estados. Tiene como propósito estudiar las necesidades y métodos para, como su nombre lo indica, modernizar, armonizar y unificar el derecho privado internacional, en particular el derecho comercial. Su origen data de 1926. En esta fecha surge como un órgano auxiliar de la Liga de Naciones; más adelante se convierte, desde 1940, en el tipo de organización independiente intergubernamental en materia de unificación del derecho internacional privado, que ahora es<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> Prólogo al Código Consolidado ICC en Materia de Publicidad Comercial.

<sup>354</sup> *Ídem.*

<sup>355</sup> *Ídem.*

<sup>356</sup> La sede de este organismo está en Roma. Actualmente el UNIDROIT, está compuesto por 63 estados que proceden de los cinco continentes (México también forma parte de este Instituto). El sostenimiento económico de esta organización se logra a través de contribuciones anuales que realizan los estados miembros, así como de una aportación anual que lleva a cabo el gobierno italiano.

<sup>357</sup> Información disponible en su página electrónica oficial [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

La tarea fundamental de la UNIDROIT, como sus estatutos lo señalan, es preparar a los Estados miembro para la adopción de reglas uniformes de derecho privado (artículo 1). En la labor de este organismo se concentra, en gran medida, la responsabilidad de diseñar una de las más relevantes estrategias jurídicas hacia la unificación del derecho privado; el objetivo es alcanzar el resultado de una legislación armonizada y unificada lo más posible, respecto a las reglas y principios que prevalecen en materia de comercio internacional.

Para ello, produce fundamentalmente, instrumentos jurídicos que siguen el modelo tradicional de *convenciones internacionales*, los cuales a pesar de que no se están aprobando al seno de una organización de derecho internacional público –como es el caso de la ONU, pues la UNIDROIT es un organismo intergubernamental pero independiente-, los Estados miembro se encargan de establecer mecanismos de adopción de dichas *convenciones*. A la fecha, la UNIDROIT ha elaborado alrededor de 11 convenciones, incluyendo algunos de sus respectivos protocolos<sup>358</sup>: *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (The Hague, 1964)*, *Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (The Hague, 1964)*, *International Convention on Travel Contracts (Brussels, 1970)*, *Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will (Washington, D.C., 1973)*, *Convention on Agency in the International Sale of Goods (Geneva, 1983)*, *UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988)*, *UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 1988)*, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome, 1995)*, *Convention on International Interests in Mobile Equipment (Cape Town, 2001)*, *Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment (Cape Town, 2001)*, *Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock (Luxembourg, 2007)*.

Por su parte, respecto a la elaboración de “leyes modelo”, la UNIDROIT refiere que cuenta con dos, la *Model Franchise Disclosure Law (2002)* y la

---

<sup>358</sup> Ver <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-main.htm>

*UNIDROIT Model Law on Leasing (2008)*. La primera de ellas establece un modelo de ley para la divulgación de la información en materia de franquicias, mientras que la segunda, diseña un modelo de ley de alquiler con derecho de compra. En el preámbulo que se elaboró en la ley modelo para la divulgación de la información en materia de franquicias, se deja constancia de que este instrumento jurídico se constituye como una guía para los legisladores nacionales al momento de que pretendan elaborar una ley en la materia. Así, esta ley modelo contiene elementos que los legisladores nacionales podrán considerar en sus procedimientos legislativos<sup>359</sup>. En dicho preámbulo, se logra observar que las recomendaciones de adopción de este instrumento jurídico que se le hacen a los legisladores nacionales, se efectúan con mucha delicadeza, posiblemente cuidando que no se interprete como imposición a los Estados miembro. Por ejemplo, este párrafo es elocuente al respecto:

[La UNIDROIT] tiene la satisfacción de poner a disposición de la comunidad internacional la presente Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia y su Informe Explicativo presentados en este documento y que ha sido preparado por un Comité de expertos gubernamentales reunidos por UNIDROIT, como un ejemplo que no es obligatorio para los legisladores nacionales y como un instrumento que pretende ser una recomendación para los Estados que han decidido adoptar una legislación específica sobre este tema<sup>360</sup>.

En su calidad de productor jurídico, la UNIDROIT también ha efectuado un trabajo relevante en la reunión de los principios que subyacen y operan en las transacciones mercantiles internacionales. Los *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004) dan cuenta de ello. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, son hasta la actualidad el referente jurídico a nivel internacional más importante en la materia y a la que prácticamente todos los actores comerciales se someten.

Dentro de los propósitos de estos principios, se encuentran el establecimiento de las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales,

---

<sup>359</sup> Ver <http://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.pdf>

<sup>360</sup> *Ídem*.

aplicándose siempre que las partes hayan acordado que su contrato se rija por su contenido; a su vez, estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme, así como constituirse en modelo para los legisladores nacionales e internacionales. Todo ello nos da cuenta de la enorme relevancia que tienen estos principios, que para algunos se han llegado a constituir en la verdadera nueva *lex mercatoria*. Estos principios han sido elaborados al margen de las legislaciones nacionales. Tienen validez en cualquier contrato internacional, en el que las partes pacten asumirlos, sin importar que los países de donde procedan los contratantes, esté “conectado”<sup>361</sup> con aquéllos.

Dentro de los textos jurídicos que la UNIDROIT ha elaborado, llaman la atención las guías. A pesar de que tienen un fin estratégico de explicación y aproximación a instrumentos que este mismo organismo ha elaborado, las guías tienen un contenido tan exhaustivo en su materia, que se pueden considerar genuinos textos de doctrina jurídica. Tal es el caso de la Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, la cual dice ofrecer “un completo análisis de toda la vida de este tipo de acuerdo, desde la negociación y redacción del contrato de franquicia principal y otros contratos asociados hasta el final de la relación”<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> Alfonso Luis Calvo Caravaca, y Javier Carrascosa González, “Contrato internacional, nueva *lex mercatoria*”, en *Estudios jurídicos*, p. 1550. En este estudio, los autores se refieren a estos *principios* como una expresión de *derecho posmoderno* y, en tanto, como el mejor reflejo de lo que sería un *derecho sin Estado*, pues han sido elaborados por juristas de Estados de todas partes del mundo, sin ser sus representantes oficiales. Lo anterior, muestra – aseguran-, la independencia de este derecho respecto de los legisladores nacionales. Por su parte, los autores enuncian y explican las funciones que pueden desarrollar los Principios Unidroit 1994: 1) Servir de modelo para los legisladores nacionales y para la elaboración de Convenios internacionales, 2) constituir una guía para la redacción de contratos internacionales por los operadores jurídicos, 3) función de autoayuda para la interpretación del derecho nacional al contrato internacional y designado por las normas de derecho internacional privado, 4) reforzar la interpretación dada por el derecho nacional, 5) completar las carencias de un derecho nacional o derecho uniforme aplicable al contrato internacional y 6) servir como fuente de “equidad” en el arbitraje comercial internacional de equidad, *ibidem*, pp. 1550-1553.

<sup>362</sup> Resumen ejecutivo de la Guía de UNIDROIT para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. Ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/2005franchising/franchising-guides.pdf>

### 3.4 Diferentes tipos de normas jurídicas producidas por los agentes y actores de la globalización económica

#### a) Normas de conducta (Códigos de conducta)

Dentro de las *redes privadas económicas de autorregulación transnacional*, las normas de conducta están representadas en la proliferación de los llamados “códigos de conducta”. Las sociedades mercantiles utilizan con frecuencia este tipo de ordenación, denominados también, en el entorno de las sociedades mercantiles cotizadas, como “códigos del buen gobierno corporativo”. Tienen una clara vocación autorreguladora; son normas de carácter indeterminado, pero que no tienen reconocimiento formal con relación a su fuerza normativa.

Los códigos de conducta son un caso paradigmático de autorregulación normativa, pues su aprobación, el establecimiento de sanciones disciplinarias en caso de su incumplimiento o el sometimiento a arbitraje señalado en dichos códigos, son todas funciones asumidas voluntariamente por parte de una empresa o de una asociación privada<sup>363</sup>.

Los códigos de conducta son instrumentos de derecho suave cada vez más utilizados en el mundo de las compañías multinacionales,<sup>364</sup> sobre todo a partir de la década de los noventa, en específico, para autorregular sus relaciones laborales. Estos códigos, “son una de las formas habituales en las que se explicita y aclara el patrimonio moral de la empresa”, en las que predomina un contenido declarativo de intenciones, de principios, guías y directrices, “que la empresa elabora con el fin de clarificar las relaciones que establece, determinar las responsabilidades, orientar el trabajo profesional,

---

<sup>363</sup> Darnaculleta, *op. cit.* Estas normas tienen un origen negocial que “no plantea dudas cuando éstas son adoptadas mediante convenios de autorregulación, a través de los cuales diversas empresas o asociaciones adoptan voluntariamente un código de conducta. En tales convenios puede preverse, asimismo, el sometimiento voluntario de quienes suscriben el código de su cumplimiento realizado por un tercero imparcial”, p. 336.

<sup>364</sup> Para 1990, el porcentaje de compañías transnacionales más grandes del mundo que contaban con un código de conducta era de 93%, según revela un estudio elaborado por Bentley College, *cit.* en Lozano Aguilar, José Félix, *Códigos éticos para el mundo empresarial*, prólogo de Adela Cortina, epílogo de Eliseo Gómez-Senent Martínez, Madrid, 2004, p. 179.

integrar a las personas en el proyecto de cooperación y regular la conducta de quienes trabajan en ella”<sup>365</sup>. En alguna medida, los códigos de conducta como forma de autorregulación de estas empresas transnacionales, están creando un campo de regulación autónomo que pretende superar las diferencias normativas existentes<sup>366</sup>, en materia laboral, en cada país donde se instalan.

Sin embargo, los códigos de conducta de las empresas, elaborados por y para sí mismas, han despertado una gran desconfianza, catalogándolos en muchas ocasiones como “meros instrumentos de imagen, que se manipulan en *pro* del interés y beneficio de ellas mismas”<sup>367</sup>. Un elemento más que revela esta afirmación, lo constituye la reticencia que han mostrado las empresas transnacionales en la adopción unificada de un “código de conducta” propuesto por la Organización Internacional del Trabajo, para normar, precisamente, las relaciones laborales que se desarrollan a nivel interno de las mismas<sup>368</sup>.

Este tipo de normas, es decir, los códigos de conducta elaborados por las empresas transnacionales son del tipo de *soft law* privado y de fuente global privada.

---

<sup>365</sup> Adela Cortina, “Claves para una nueva cultura empresarial”, en *Ética de la empresa*, Madrid, Trotta, p. 119.

<sup>366</sup> Como diría Antonio Baylos esta normatividad laboral es “más allá de las diferentes normas laborales nacionales que sirven de referencia fragmentada de la relación laboral, que se independice en su aplicación de los mecanismos de control externos provenientes de los diferentes sistemas jurídicos nacionales. La empresa transnacional tendería así a la regulación autónoma de las relaciones laborales en el espacio libre delimitado por el perímetro de la organización empresarial y productiva tal como resulte diseñado por ésta, de manera que ese centro de imputación normativo sería una pura autorreferencia a la subjetividad de la empresa y a los elementos de cooperación interempresarial que ésta defina”. Ver “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, *Lan harremanak*, núm. 12, Universidad del País Vasco, 2005-I, pp. 106-107.

<sup>367</sup> *Códigos éticos para el mundo empresarial*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>368</sup> Dicho código de conducta, lleva el nombre de Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT (1977). También la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, elaboró la Guía para empresas multinacionales (1976-2000); mientras que por su parte, Naciones Unidas propuso la Declaración de Global Compact (2000).

## **b) Normas técnicas**

Este tipo de normas procede de una forma de regulación que se caracteriza por emanar de una entidad privada y que tiene la delegación de llevar a cabo un proceso de acumulación de conocimiento técnico, frente al cual el Estado ha cedido lugar por considerarse incompetente en materias técnicamente especializadas. Con la habilitación a entes privados en la elaboración de estas normas, se produce en lo subsecuente un marco común que tiene como fin la fabricación y comercialización de un bien o servicio<sup>369</sup>. Este tipo de normatividad suave, en la que los entes privados toman parte en su producción y control, se localiza recurrentemente en lo relativo a materia industrial. Se nos dice al respecto:

El proceso de traslación a particulares de las funciones públicas de control, inspección y certificación en materia de industria se produce en paralelo al reconocimiento de cierta función normativa a cargo de organizaciones asimismo privadas, los denominados “Organismos de normalización”. Ambos procesos son consecuencia de la complejidad del avance tecnológico y de la incapacidad que las instancias públicas parecen presentar ante la misma. No sólo se cede a agentes privados el ejercicio de funciones de control, inspección y certificación que aseguran que los proyectos, los productos, los equipos y las instalaciones industriales, así como su mantenimiento, se ajustan a lo exigido por la legislación vigente. Se reconoce también a determinados sujetos privados la capacidad de regulación del propio sector<sup>370</sup>.

Así pues, estas entidades privadas denominadas “organismos de normalización”, encargadas de la elaboración y aprobación de normas técnicas, tienen como función primordial “la armonización de la autorregulación empresarial”, que están pensadas para “aportar mayor racionalidad al mercado”, por ello, son las empresas las principales destinatarias de la producción normativa de dichos organismos<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> Sarmiento, *op. cit.*, pp. 138-139.

<sup>370</sup> Dolors Canals I Ametller, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad...*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>371</sup> Darnaculleta, *op. cit.*, p. 346.



Estas normas forman parte de las *redes privadas económicas de autorregulación transnacional*, con carácter de *soft law* privado y de fuente privada global, cuando se trata de empresas transnacionales, pues también se localizan, en este rubro, empresas nacionales.

### **c) Normas programáticas (estándares operativos)**

Son normas que establecen criterios para darle consecución a objetivos determinados. Los estándares operativos que adopta el Banco Mundial, por ejemplo, son instrumentos que se incorporan mediante procedimientos *ad hoc*; pueden determinar criterios tanto para organización y aplicación internos, así como en una esfera externa, tal es el caso de condicionar el otorgamiento del crédito al cumplimiento de objetivos sociales, ambientales o administrativos<sup>372</sup>.

Dichas normas forman parte de las *redes jurídicas económicas transgubernamentales*, con carácter de *soft law* público y de fuente global.

### **d) Acuerdos internacionales en materia comercial**

Estos acuerdos, regularmente tienen contenidos abiertos, ambiguos o indeterminados; adoptan la forma normativa de los actos e instrumentos del *soft law*, ya sea en su carácter de público o privado<sup>373</sup>. Un caso ejemplar de este tipo de instrumentos normativos lo fueron las 40 recomendaciones adoptadas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI)<sup>374</sup>, organismo sin personalidad jurídica, creado en 1989 con el objeto de elaborar normas de conducta para homogeneizar los protocolos de control de las autoridades económicas nacionales sobre la entrada y salida de capitales. Con estas recomendaciones se establecen criterios específicos

---

<sup>372</sup> Sarmiento, *op. cit.*, p. 79.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>374</sup> El GAFI es una agrupación intergubernamental compuesta por representantes de 34 jurisdicciones y tiene a su cargo elaborar y promover los estándares y lineamientos a nivel internacional sobre el combate al lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo.

para evitar el tráfico ilícito de capital que, aunque de carácter atípico no impidió que los Estados introdujeran sus contenidos en normas internas de *hard law*<sup>375</sup>.

Por otro lado, encontramos los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, emanados de las negociaciones de la famosa Ronda de Uruguay (1986-1994). Constituyen alrededor de 40 acuerdos y decisiones de carácter jurídico, que la misma organización llama “textos jurídicos”<sup>376</sup>.

Así pues, estos acuerdos forman parte tanto del material jurídico que fluye tanto por las *redes jurídicas transgubernamentales* como por las *redes económicas privadas de autorregulación transnacional*; tienen carácter de *soft law* público-privado<sup>377</sup> y son de fuente global.

### e) Leyes modelo

Las leyes modelo son el tipo de instrumento jurídico que con más asiduidad utilizan los centros de producción jurídica transnacional para recomendar a los Estados-nación la incorporación a su derecho interno de determinado contenido legislativo.

Las características que presenta una *ley modelo*, regularmente, son las siguientes:

1. Es un prototipo de ley, que en la materia y los aspectos determinados que se pretendan regular, aspira a ser retomado por la legislación nacional.

---

<sup>375</sup> *Ibidem*, pp. 78-79. La Comunidad Europea adoptó estas recomendaciones en junio de 1991 mediante Directiva 91/308/CEE del Consejo, imponiendo así a sus Estados miembro a adoptar esas 40 Recomendaciones. En ese contexto, España convirtió en Ley estas normas de *soft law*, en diciembre de 1993. Por su parte, Argentina hizo lo propio, convirtiendo en Ley un proyecto polémico sobre el blanqueo de capitales; dicha Ley 25.246 fue sancionada el 24 de febrero de 2009, por el Gobierno argentino, con la oposición en contra. En tanto, México también pertenece al GAFI desde 2000 y al igual que los demás miembros, se somete periódicamente a las evaluaciones que realiza este organismo.

<sup>376</sup> [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm), en dichos textos jurídicos, prevalecen acuerdos relativos a temas como los siguientes: mecanismos de acceso a los mercados, servicios financieros, derechos de propiedad intelectual, agricultura, entre otros.

<sup>377</sup> Ubicamos este tipo de normatividad como *soft law* público-privado, es decir, de carácter mixto, pues es conocido que organismos como la OMC, representan intereses no sólo de los países miembro, sino también de corporaciones transnacionales privadas.

2. Cumple con la estructura típica de una ley: detalla su naturaleza, sus objetivos, ubica a sus destinatarios, así como a los encargados de hacerla cumplir; establece sanciones en caso de incumplimiento, entre otros aspectos esenciales de una ley.
3. Tiene el objetivo principal, de armonizar, unificar y homogeneizar la regulación jurídica a nivel mundial, en determinada materia (generalmente, en materia comercial y económica).
4. Es un instrumento jurídico flexible, pues contrario al de una convención, el Estado que lo adopte, tiene la posibilidad de modificarlo (sólo que en las mismas recomendaciones de los organismos que proponen la adopción de una ley modelo, sugieren que las modificaciones sean las mínimas posibles, para no tergiversar el objetivo que le subyace).

Las leyes modelo son instrumentos jurídicos que elaboran con frecuencia organismos tales como la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional de la ONU, la Cámara de Comercio Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, entre otros; todos los cuales tienen la finalidad de unificar y homogenizar el derecho interno de los Estados-nación en materias de comercio y, en general, relativas a la economía globalizada<sup>378</sup>. Este tipo de normatividad forma parte tanto de las *redes jurídicas transgubernamentales* como de las *redes privadas económicas de autorregulación trasnacional*.

---

<sup>378</sup> En su Anuario del año 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, realiza una amplia explicación de lo que es una ley modelo, de cuál es su propósito e, incluso, cómo deben utilizarla los Estados. “La ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para que lo incorpore a su derecho interno. Al incorporar la ley modelo a su ordenamiento jurídico, el Estado puede adaptar el texto de la ley a sus necesidades y, si conviene, modificar u omitir algunas de sus disposiciones. Es precisamente esta flexibilidad lo que, en varios casos, puede dar a una ley modelo mayor aceptabilidad que a una convención sobre la misma temática. Pero, a pesar de la flexibilidad de una ley modelo, cabe la posibilidad de invitar a los Estados (por ejemplo, mediante una resolución de la Asamblea General) a modificar lo menos posible la ley modelo al incorporarla a sus ordenamientos jurídicos, para así incrementar las posibilidades de lograr un grado satisfactorio de unificación y dar certeza sobre el grado de unificación” (...) “La ley modelo es un instrumento apropiado para la modernización y unificación de las leyes nacionales cuando se cuenta con que los Estados desearán o deberán reajustar el texto uniforme para adaptarlo a las condiciones del país, que varían de un ordenamiento a otro, o cuando no se requiera una uniformidad absoluta”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario*, volumen XXXI B: 2000, Ginebra, p. 584.

### 3.5 El derecho operando en forma de red y la *pluralidad* de las “redes jurídicas de la globalización económica”

La compleja estructura jurídica que se está desarrollando a partir de los procesos económicos de globalización -de la que hemos tratado en las últimas páginas de este trabajo-, preocupan en lo fundamental por dos de sus caracteres sustanciales: la opacidad e ilegitimidad con la que se deciden sus contenidos.

Las que hemos llamado *redes jurídicas de la globalización económica*, están dedicadas activamente a llenar lo que Ferrajoli ha denominado el vacío de derecho público, como principal efecto de la crisis del Estado en el plano internacional<sup>379</sup>. Aunque también, analizado el fenómeno bidireccionalmente, no sería errado decir que en la producción de ese *vacío de derecho público* han intervenido con fuerza esas *redes jurídicas de la globalización económica*; tanto como que una vez producido, intervienen para llenarlo. *La propia globalización de la economía*, nos diría el mismo autor, *puede ser identificada, en el plano jurídico, con este vacío de derecho público internacional capaz de disciplinar los grandes poderes económicos transnacionales*<sup>380</sup>. Las *redes jurídicas de la globalización económica* formarían parte de la sustitución de las fuentes jurídicas tradicionales por un derecho de tipo contractual, en el que la ley del más fuerte gana más espacios.

No se trata entonces, *de un vacío de derecho, sino de un vacío de derecho público*, ese que ha tenido en esencia la finalidad de regular a favor del interés general, por lo menos como aspiración.

Sobre ese vacío de derecho público, se han tejido las *redes jurídicas de la globalización económica*, con la iniciativa de producción normativa de los

---

<sup>379</sup> Luigi Ferrajoli, “Es posible una democracia sin Estado”, en *Razones jurídicas del pacifismo*, *op. cit.*, p. 142. El autor señala que este vacío de derecho público está siendo ocupado por un “plexo normativo de derecho privado”, un derecho de producción contractual.

<sup>380</sup> *Ídem.*

múltiples centros de decisión política y jurídica transnacional con los que ahora comparte presencia normativa el Estado-nación y de los cuales hemos descrito en páginas anteriores, una parcela significativa de su producción jurídica.

La idea de que en el contexto de la economía globalizada el derecho opera como red, ha venido desarrollándose por autores contemporáneos tales como Gunter Teubner, Snyder Francis y José Eduardo Faria<sup>381</sup>, por mencionar algunos. La explicación al respecto, plantea que en el marco del nuevo pluralismo jurídico expresado en una activa participación jurídica de las organizaciones transnacionales y precedida de la intensificada flexibilidad del derecho estatal, se estructuran complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial, por ejemplo tratados internacionales, en el primer caso; algunos tipos de acuerdos internacionales en materia comercial, en el segundo; tal como los que hemos revisado en el capítulo anterior. Como se puede observar, esta normatividad de fuente global no debe – necesariamente- su validez a estar vinculada con el derecho o con el sistema político de un Estado-nación determinado, esto quiere decir que el Estado ya no es el referente obligado o el filtro de validación imprescindible para que un conjunto de normas jurídicas tengan fuerza normativa<sup>382</sup>. Su fuerza normativa les viene dada del poder que los centros de producción transnacional poseen para que sus instrumentos jurídicos sean adoptados, observados y aplicados por los involucrados. Uno de los más importantes mecanismos para que efectivamente así suceda, es la persuasión que respaldada en criterios económicos, desarrollan muchos de esos centros de producción jurídica transnacional. Los efectos negativos que pueden presentarse de no atender a dicha persuasión, pueden ser, por un lado, sanciones de tipo pecuniario y, por el otro, pueden operar a través de la exclusión o menor integración a la comunidad económica globalizada y la falta de acceso a los privilegios e intereses que de ello se deriva.

---

<sup>381</sup> Gunter Teubner, en *Derecho reflexivo, ...*; Snyder, Francis, *Global economics networks and global legal pluralismo*, Florencia, EUI Working Papers, 99/6 European University Institute; José Eduardo Faria, en *El derecho en la economía globalizada*, op. cit.

<sup>382</sup> Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, “Estudio preliminar”, en Engle Merry Sally *et al*, *Pluralismo jurídico*, op. cit., pp. 52-53.

El derecho en el contexto de la globalización económica opera en forma de red y si una red supone un conjunto de elementos organizados para determinado fin, esto explica que el derecho al operar como red articule instituciones estatales, organizaciones internacionales públicas y privadas, instancias de decisión internacional tanto públicas y privadas, así como empresas transnacionales, que se suministran unas a otras a través de las correas de transmisión que los unen, material jurídico con el que trabajan. Dicho material lo comprende desde normas jurídicas, principios, directrices, políticas públicas y privadas de organización, guías de resolución de conflictos hasta modelos de leyes homologantes, entre otras. El fin determinado para el que están articulados en red estos *elementos*, es para construir un marco jurídico flexible que relativamente le dé orden y estructura jurídica a las múltiples operaciones y procesos que constituyen la globalización económica.

Esta red jurídica de la globalización económica busca otorgarle institucionalidad y certidumbre a un conjunto de procesos económicos globales que operan al margen de los derechos nacionales e, incluso, del tradicional derecho internacional. Para ello están construyendo su propio arsenal normativo. La institucionalidad que mencionamos, no está ligada a la estatal; por el contrario, se trata de una cada vez más fortalecida institucionalidad dominante, que plantea su respaldo desde los organismos económicos y privados de la globalización económica.

Pero que el derecho ahora opere en forma de red más que en la tradicional imagen de *pirámide normativa*, no significa que exista una única y sola red, son varias las redes operando simultáneamente. Dichas redes poseen un carácter multifuncional, pues tienen la capacidad de generar sus propias reglas de operación, procedimientos de resolución de conflictos, normatividad y hasta sus criterios de legitimación<sup>383</sup>.

Al conjunto de todas las redes, la llamamos “red jurídica de la globalización económica”, pero fundamentalmente ubicamos dos tipos específicos dentro de ella: 1) las redes jurídicas económicas transgubernamentales y 2) las redes privadas económicas de autorregulación transnacional. Cada una de

---

<sup>383</sup> Faria, *ibidem*, p. 130.

estas redes está compuesta por *centros económicos de producción jurídica transnacional*, de entre cuyas actividades principales se encuentra la de producir normatividad en materia económica y comercial, con alcances globales.

Como lo mencionamos en un apartado anterior, las “redes jurídicas económicas transgubernamentales”, están integradas por organismos internacionales de constitución interestatal, los cuales operan como *centros*. En este caso y en función de los organismos estudiados en este capítulo, nos referimos a aquéllos como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (aunque éste es “independiente”).

Por su parte, tenemos las “redes privadas económicas de autorregulación transnacional”, las cuales están integradas por organismos privados que operan transnacionalmente y que dedican parte de sus actividades a producir instrumentos jurídicos para sus agremiados e, incluso, utilizan la persuasión para que sean adoptados por legislaciones nacionales.

Ilustraremos con un ejemplo, a continuación, la forma de operar de este tipo de redes.

Podemos iniciar con la producción jurídica de uno de los centros, no importa en cuál de los centros inicie la transferencia de material jurídico a los demás centros, lo que importa es que aquél circule de manera efectiva por las correas de transmisión de la red. Pongamos el caso: la Cámara de Comercio Internacional que es un organismo privado internacional, elabora las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), a su vez la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) -en la que participan el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial-, emite recomendación oficial para que sus Estados miembro las adopten.

No obstante que este tipo de redes distribuye entre sus múltiples nodos/centros la capacidad de producción jurídica, el Estado sigue siendo un nodo sin el cual la red no funcionaría de manera óptima. Esto se explica, en función de que la red opera con nodos que son estratégicamente más importantes que otros y sin los cuales, no se lograría el dinamismo necesario

para que siga funcionando efectivamente. El Estado ha dejado de detentar el monopolio de la producción jurídica, pero eso no quiere decir que haya sido totalmente desplazado en importancia. El ejemplo anterior da cuenta de ello: un organismo privado internacional como la Cámara de Comercio Internacional, produce un instrumento jurídico que, entre otros, se buscará que sea adoptado por legislaciones nacionales, a través del apoyo de organismos interestatales. Es decir, para que este instrumento sea plenamente efectivo, requiere del respaldo del derecho del Estado.

Es importante resaltar algunos detalles que ponen de relieve este mismo ejemplo, pues esta vía para llegar a la adopción de instrumentos jurídicos por parte de los Estados, se está convirtiendo en la tendencia: un material jurídico como son las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), construido en un organismo privado como es la Cámara de Comercio Internacional, donde se defienden intereses privados y que no fue sometido a discusión pública, de pronto, con el respaldo de organismos internacionales públicos como la UNCITRAL donde están representados los Estados, puede llegar a convertirse en parte de una legislación nacional, sin haberse abierto el debate público acerca de su contenido.

Por eso, la construcción de decisiones jurídicas que conforman dichas *redes*, no resultan del todo transparentes, por el contrario, se realizan ignorando tanto la política de los gobiernos nacionales como los intereses de la población general. Se trata de un nuevo orden que, como nos diría Faria, al operar en forma de red,

tiende a trascender los límites y controles impuestos por el Estado, a sustituir la política por el mercado como instancia máxima de regulación social, a adoptar las reglas flexibles de la *lex mercatoria*, en lugar de las normas de derecho positivo, a condicionar cada vez más el principio de *pacta sunt servanda* a la cláusula de *rebus sic stantibus*, a sustituir la adjudicación por mecanismos de mediación y arbitraje de la resolución de los conflictos y a poner en jaque la distinción clásica entre lo público y lo privado<sup>384</sup>.

Así pues, las claves del cambio en la regulación social que han venido gestándose desde finales de los años setenta, pero con más intensidad en

---

<sup>384</sup> Faria, *El derecho en la economía globalizada*, op. cit., p. 30.



los años noventa, se ubican en los siguientes: el mercado pasa a convertirse en la razón y justificación central de la actual regulación social, generando sus propios mecanismos, entre ellos, normas flexibles que sean fácilmente adaptables a las necesidades de la economía global; un desdibujamiento entre los límites de lo público y lo privado, con el que se pierde la claridad entre funciones públicas y privadas, bienes públicos y bienes privados<sup>385</sup>; mientras que la mediación y el arbitraje ganan terreno respecto a la resolución de los conflictos en las jurisdicciones nacionales, mecanismos de resolución de controversias en los que es más flexible tanto la elección del árbitro o mediador, como el objeto de la negociación, es decir, en este proceso todo puede llegar a ser *negociable*, pues al contrario de las instancias jurisdiccionales estatales, no tienen la función de garantía, sino la de evitar pérdidas a las partes que intervienen.

Por su parte, en la elaboración de las normas jurídicas que se enfocan en materias de tipo económico, monetario, financiero, industrial y comercial, en la cual concentra sus esfuerzos la red económica global (pues es en esas materias donde se localizan sus intereses), prevalecen elementos de opacidad.

Por ejemplo, respecto a las “redes jurídicas económicas transgubernamentales” en las que ya hemos señalado sus participantes principales son organismos financieros y económicos transnacionales, el nivel de opacidad en sus decisiones es importante. A pesar de que en dichos organismos participan representantes de todos los países miembro, lo cierto es que el peso específico de cada uno de ellos en las decisiones que se asumen, varía. Tal es el caso relevante de Estados Unidos en organismos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, constituyéndose en el país miembro que logra concentrar él sólo un porcentaje de la votación

---

<sup>385</sup> Como señala Capella atinadamente sobre este desdibujamiento, al que él se refiere como “mezcla de lo privado y lo público”: “se manifiesta ya prácticamente en todos los ámbitos administrativos: las administraciones municipales, por ejemplo, que en etapas anteriores organizaban la prestación no lucrativa de servicios públicos, contratan ahora esa prestación con empresas privadas de servicios constituidas casi siempre en parte con capital municipal, pero que así se convierten también en una fuente de lucro privado; los servicios públicos de salud o de enseñanza ahora se atribuyen a gestores privados o se conciertan con ellos y pasan a ser, total o parcialmente, actividades lucrativas legitimadas ante la opinión con el argumento –improbado cuando no contrafáctico– de que se logra así menor coste y mejor servicio público”. Ver *Fruta prohibida, op. cit.*, p. 269.

en las decisiones, suficiente para ejercer capacidad de veto. Sin embargo, esas decisiones tienen que asumirse por los demás países integrantes del organismo.

En alguna proporción sucede lo mismo en la Organización Mundial del Comercio, en la cual juegan un papel relevante tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional, cuya participación logra incidir en las decisiones que se toman. No así los países subdesarrollados, quienes en las negociaciones para los acuerdos tienen un peso relativo, si no es que ínfimo. Esta situación deriva de la naturaleza propia de estos organismos: económica, financiera y comercial, en las cuales lo que prevalece es el criterio de fortaleza económica que cada país miembro posee; en función de ello, será la influencia que tenga en las negociaciones, que al final serán decisiones que deberán adoptar todos los países miembro.

Así, en las “redes jurídica de la globalización económica”, las decisiones no son ni democráticas –pues están proporcionalmente determinadas por criterios económicos- ni transparentes. Estas decisiones carecen del respaldo ciudadano y, aunque nominalmente participan representantes del Estado, se asumen decisiones sin que se lleven a cabo debates abiertos a los que se tenga fácil acceso. Sin embargo, las decisiones que ahí se toman, sí impactan en la esfera pública en la que se desenvuelve la sociedad en su conjunto, a tal grado que pueden llegar a condicionar el margen de gobernabilidad de los Estados<sup>386</sup>.

A partir de lo anterior, cobra más sentido lo que afirma Teubner respecto a que “ahora las fuentes dominantes del derecho se hallan en las periferias del derecho, en los límites con otros sectores de la sociedad mundial, y ya no sólo en los centros que hasta ahora han existido para la creación del derecho –parlamentos nacionales y acuerdos interestatales-<sup>387</sup>”. Por eso, que los entes privados ocupen cada vez más un lugar relevante en la producción de normatividad que en un segundo momento tendrá impacto en la esfera pública, trae consigo un problema serio de representatividad de aquéllos que no están participando en la toma de decisiones en esferas privadas, de ahí

---

<sup>386</sup> Alfonso Julios-Campuzano, *El paradigma jurídico de la globalización*, op. cit., p. 68.

<sup>387</sup> Gunter Teubner, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Carlos Gómez-Jara Diez (editor), Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2005, p. 91.

que la ausencia estatal en decisiones relevantes trasladadas a sujetos privados, coloca en franca desventaja a sujetos débiles participantes de la negociación y, aún más, los que no participan en ella, pero que resentirán sus efectos.

Las nuevas formas jurídicas procedentes de la activa participación de las redes económicas globales, se construyen bajo el auspicio de la opacidad, que “es la expresión más rotunda de desprotección y el abandono de la ciudadanía en el ámbito transnacional, que se ve privada no sólo de la posibilidad de participar en los procesos de formación de la voluntad de los nuevos órganos legisladores, sino también, principalmente, del recurso a una jurisdicción transnacional que proteja sus derechos e intereses”<sup>388</sup>. Estamos ante una ausencia notoria de una instancia legitimada y encargada de tutelar intereses públicos.

Esto da lugar al riesgo que ha causado la emergencia de poderosos grupos económicos transnacionales, cuyo papel ascendente en la producción normativa, “constituye un factor de crisis de la estatalidad del derecho y propicia cuando menos una legislación concertada o pactada con las instituciones estatales sin suficientes garantías de participación e igualdad de armas para todos los grupos sociales”<sup>389</sup>. Pero la crisis de la estatalidad del derecho no constituye por sí misma el problema, sino en tanto lleva consigo la pérdida de capacidad del Estado en la tutela de intereses públicos.

La participación de estos múltiples centros de decisión jurídica a escala transnacional, describe la existencia de un marco de policentrismo y pluralismo jurídico de carácter global, éste es precisamente el escenario en el que se construyen las redes jurídicas de la globalización económica, las cuales se observan como *un complejo de relaciones jerárquicas de dominación privada*<sup>390</sup>.

Lo que destacamos de este marco de pluralismo jurídico global, es que nos sirve como una forma de aproximarnos al fenómeno de las redes jurídicas de la globalización económica, cuya operación observa dos elementos cuestionables: la opacidad en la elaboración de las normas jurídicas y la

---

<sup>388</sup> *Ibidem.*, p. 66.

<sup>389</sup> Gema Marcilla Córdoba, “La desregulación como técnica normativa...”, *op. cit.*, p. 48.

<sup>390</sup> *El derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 265.

ilegitimidad de las mismas, al no estar sustentadas en alguna base de tipo democrática. Estamos pues, frente a un pluralismo global ilegítimo.

El siguiente capítulo se destinará al análisis de los impactos que estas nuevas formas de regulación transnacional están generando tanto en el nivel de la teoría jurídica contemporánea como en el del ordenamiento jurídico estatal.

**CAPÍTULO IV: LOS IMPACTOS DE LA NUEVA PRODUCCIÓN JURÍDICA  
TRANSNACIONAL EN EL ESTADO Y EN EL DERECHO**

#### 4.1 El Estado reconfigurado y vulnerado ante la globalización económica y su producción normativa

En este trabajo partimos de la premisa de que el Estado se está reconfigurando frente a los procesos de globalización. No compartimos las afirmaciones apocalípticas que hablan de una debacle absoluta del poder del Estado y, mucho menos de aquellas que imaginan que es posible el fin del Estado en el capitalismo.

Defendemos la hipótesis de que el Estado está participando activamente en los procesos de globalización; que está cediendo poder y centralidad, algunas veces voluntariamente, otras no, pero que ha sido él mismo uno de los principales artífices de su debilitamiento.

Es cierto que ahora el alcance de las presiones que está sufriendo el Estado-nación, no es comparable con otros momentos históricos en los que se han desarrollado diversos tipos de procesos de globalización. Son de tal magnitud dichas presiones que, como bien dice Boaventura de Sousa Santos en *El milenio huérfano*, “la creación de requisitos normativos e institucionales para las operaciones del modelo de desarrollo neoliberal genera una destrucción institucional y normativa tan contundente que afecta, más que al papel del Estado en la economía, a la legitimidad global del Estado para organizar la sociedad”<sup>391</sup>. En esencia, las estructuras normativas e institucionales que dieron forma al Estado nacional, son las que están ahora en cuestión.

Visualizado el Estado como el espacio de lo local, de las relaciones situadas dentro de los límites territoriales del Estado, de manera superficial “lo global” sería su contraparte y, en ese contexto, al estarse maximizando todas las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales en la escala global, se pensaría en una superposición de lo global a lo local. En esa primera visión simplista del fenómeno, el Estado-nación representante por excelencia de los asuntos domésticos, estaría quedando al margen de la nueva reconfiguración política global. Santos hace un interesante entrelazamiento dinámico entre lo

---

<sup>391</sup> *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Bogotá, ILSA-Trotta, 2005, p. 248.

local y lo global, al decirnos que en realidad “lo local es cada vez más la otra parte de lo global y, viceversa, lo global es cada vez más la otra parte de lo local (...) el espacio nacional se está transformando en la instancia de mediación entre lo local y lo global”<sup>392</sup>. A partir de este tipo de análisis, es que el término *glocalización* ha adquirido relevancia en la literatura sobre el tema. Como nos lo explica Boaventura la transformación del “espacio nacional” o en otras palabras el Estado, consiste en confirmarse en el ente legítimo de mediación entre las decisiones políticas locales y globales. Lo que tendremos que ubicar es el tipo de “mediación” que el Estado está realizando: si a favor del interés general, como ha sido su principio rector tradicional -por lo menos en el discurso institucional y jurídico-, o si parte de su nueva configuración consiste en el cambio también de dicho principio, para mediar con una norma a favor de los intereses de los actores económicos globales.

Ulrich Beck nos muestra un enfoque en el que el mismo concepto de *globalización* tiene un impacto por sí mismo en los Estados: “Globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”<sup>393</sup>. Dichos actores transnacionales están representados, fundamentalmente, en los organismos multilaterales de decisión y las empresas transnacionales, por mencionar a los más poderosos. De ser el Estado el actor principal en la escena del *drama* mundial, se ha convertido en uno más que tiene que compartir la función; es un co-protagonista que comparte el estelar con otros actores emergentes de mucho poder.

La fase histórica actual se caracteriza por una fuerte interconexión global. Esto quiere decir que se han intensificado las relaciones económicas, políticas y culturales a escala mundial. Como lo expresa Marcos Kaplan “la globalización abarca y expresa fuerzas y procesos que comprenden la mayor parte del planeta o que operan mundialmente; una multiplicidad de nexos e interacciones entre Estados y sociedades del sistema mundial, y de acontecimientos, decisiones y actividades en una parte del mundo, con

---

<sup>392</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Democratizar la democracia*, México, FCE, 2003, p. 15.

<sup>393</sup> Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1997.

consecuencias significativas para individuos y comunidades en muy distantes espacios del planeta”<sup>394</sup>.

La globalización entonces, como se nos explica en el párrafo anterior, no sólo se puede considerar como “un tipo de actividad”, o un “proceso unívoco” o de decisiones en algún sentido único, sino que implican múltiples procesos, decisiones y actividades en un nivel de interconexión intenso y amplio, de las que se pretende encontrar elementos comunes que puedan caracterizarlas, tal como hemos hecho notar en los anteriores apartados.

Se empiezan a extender y profundizar los centros de poder, se observa una “descentralización” de las decisiones de poder político y económico, respecto al Estado, el cual hoy más que nunca tiene que compartir el centro de las decisiones -aunque nunca haya estado solo completamente-. Es decir, tal vez en menor medida, pero siempre, ha tenido que interactuar y reconocer otro tipo de actores sociales con algún tipo de poder.

Sin embargo, podemos hablar que hoy la multiplicación de fuerzas y lazos transnacionales y de procesos globalizantes, de intensidad y velocidad crecientes, estimulan nuevas formas de jerarquización y decisión colectivas, que involucran a Estados, organizaciones intergubernamentales, grupos de interés, presión y poder internacionales. Esto es, políticos, gobernantes, administradores perciben y reconocen que ya no controlan muchos de los factores que determinan el destino de un Estado-nación. Las opciones del Estado en la elaboración de sus políticas nacionales se ven limitadas por las fuerzas internacionales, con las que se ve obligado a negociar y a decidir de manera conjunta, sobre sus otrora considerados asuntos totalmente exclusivos; “avanza la multi o transnacionalización de decisiones y actividades antes domésticas, y se intensifica el entrelazamiento de sus redes dentro de marcos multinacionales”<sup>395</sup>.

Los marcos multinacionales se refieren a la profundización del entramado de estructuras y subestructuras que han caracterizado la dinámica del capitalismo mundial, sólo que más intensificado. Para elaborar un análisis del impacto de estos procesos de intensificación global en el Estado, adoptamos la perspectiva transformacionista –la cual ya explicamos y desarrollamos en

---

<sup>394</sup> Marcos Kaplan, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002, p. 307.

<sup>395</sup> *Ibidem.*, p. 319.



el capítulo II- y, con la idea de establecer dos categorías de análisis y verificar la naturaleza de sus impactos recíprocos (sus interacciones e implicaciones) retomamos, por una parte, una concepción del capitalismo mundial y, por otra, la categoría de Estado que ya hemos referido.

Así pues, partimos de la concepción del capitalismo mundial “como una totalidad compleja y abierta, constituida por múltiples subestructuras y relaciones dinámicas e interactivas y erigida en torno a una base económica, a un sistema internacional de Estados y a una red de relaciones e instituciones internacionales económicas, sociales, políticas y culturales<sup>396</sup>”, todas las cuales han adquirido una interconexión en grado tal, que cualquier decisión o movimiento de alguna de las unidades que lo componen, ven sumamente afectado el funcionamiento en su conjunto. Pero si queremos observar de una forma sumaria el camino que ha recorrido el capitalismo, diríamos con Octavio Ianni, que

(...) La historia del capitalismo puede ser vista como la historia de la mundialización, de la globalización del mundo. Un proceso histórico de amplia duración, con ciclos de expansión y retracción, ruptura y reordenación. Algunos de sus centros históricos y geográficos señalan épocas importantes: Venecia, Ámsterdam, Madrid, Lisboa, Londres, París, Berlín, Nueva York, Tokio y otros. De esta forma se avanza del siglo XVI al XX, pasando por el mercantilismo, la acumulación originaria, el absolutismo, el despotismo ilustrado, las revoluciones burguesas, los imperialistas, las revoluciones de independencia, las revoluciones socialistas, el tercermundismo y la globalización en marcha a esta altura de la historia<sup>397</sup>.

En la actual dinámica global se desarrolla el mercado mundial, entendido éste como la esfera universal de intercambio que articula y contrapone por medio de la concurrencia a los diversos capitalismos nacionales, a partir de una estructura que se sustenta en el nivel de desarrollo de estos últimos y de la división internacional del trabajo<sup>398</sup>. De esta manera, vamos enfatizando que la esfera nacional sigue teniendo un papel esencial, que más bien se reconfigura a medida que las fuerzas globales van clarificando su papel particular.

---

<sup>396</sup> Alejandro Dabat, *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>397</sup> Octavio Ianni, *La sociedad global*, México, tercera edición, Siglo XXI editores, 2002.

<sup>398</sup> *Op. cit.*, p. 34.

Uno de los aspectos que pueden darle el sesgo de novedosa a esta etapa histórica del capitalismo, es la base productiva que está cambiando, encontrando su centro en la tecnología de la información, como lo constatamos en el epígrafe correspondiente. En esa línea de argumentación, Castells enfatiza en la tendencia de las sociedades a convertirse cada vez más en sociedades informacionales, en el sentido de que los procesos centrales de generación del conocimiento, la productividad económica, el poder político/militar y los medios de comunicación ya han sido profundamente transformados por el paradigma informacional y están enlazados con redes globales de salud, poder y símbolos que funcionan en esa lógica<sup>399</sup>.

Los impresionantes avances tecnológicos están cambiando vertiginosamente las relaciones económico-mundiales. Así, se propaga “la cantidad de evidencias que respalda la hipótesis de que los avances tecnológicos en materia de información, comunicación y transporte están borrando las fronteras entre lo que hasta ahora eran mercados separados –fronteras que eran una condición necesaria de las políticas económicas independientes<sup>400</sup>”. No obstante que todas las sociedades están siendo afectadas por el capitalismo y el informacionalismo, los impactos son de tipos diferentes, en escenarios distintos y con expresiones culturales/institucionales específicas; lo cierto es que ninguna sociedad y ningún Estado, hoy puede escapar a los impactos de estos procesos intensificados de interconexión global y de cambios tecnológicos, en mayor o menor grado. Con otras palabras David Held, lo explica de esta manera:

Los sistemas productivos y financieros mundiales están siendo reconfigurados por el cambio tecnológico. El impacto de la nueva tecnología es doble. Aumenta drásticamente el ámbito de la interconexión económica, tanto regional como global; y estimula la rápida intensificación de las pautas de interconexión –en este caso, del volumen y la velocidad de las transacciones-. Las compañías pueden, en principio, coordinar, distribuir y administrar sus unidades de producción y sus intereses económicos con la mira puesta en derivar el máximo beneficio a partir de las diferentes condiciones productivas y comerciales de la economía mundial<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> Manuel Castells, *La era de la información, vol. 1, op. cit.*, p. 47.

<sup>400</sup> *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 161.

<sup>401</sup> *Ídem*.

Aquí el Estado, insistimos, juega un papel de suma importancia (a diferencia de lo que consideran los hiperglobalistas/neoliberales), toda vez que es quien puede orientar, frenar o impulsar el desarrollo tecnológico del sector productivo o estatal, en su caso. Como lo hace constar Castells “el papel del Estado, ya sea reteniendo, desatando o dirigiendo la innovación tecnológica, es un factor decisivo en el proceso general, ya que expresa y organiza las fuerzas sociales y culturales que dominan en un espacio y tiempo dados”<sup>402</sup>. Esta posición respalda la idea de que el Estado aún es un factor fundamental en el destino de las relaciones económicas y sociales, no obstante que no se puede ignorar que está sufriendo una disminución en su autonomía, en la esfera de la política económica, lo cual se traduce en una especie de brecha entre la idea de la comunidad política que determina su propio futuro y la dinámica de la economía política contemporánea.

En ese sentido, Anthony Giddens resalta que aunque las empresas comerciales, especialmente las corporaciones transnacionales, pueden ejercer un inmenso poder económico y poseen la capacidad de influir en la política bien del país de su sede, bien en otras partes; que, aunque las más grandes compañías transnacionales manejan en la actualidad presupuestos muy superiores a los de la mayoría de los estados, sin embargo, aún existen algunos aspectos clave en los que su poder no puede rivalizar con el de los estados, siendo especialmente importantes los factores de territorialidad y control de los medios de violencia<sup>403</sup>, aunque cada vez sea más notable que este último aspecto también les sea disputado.

Sin embargo, la apreciación por parte de los globalistas/neoliberales<sup>404</sup> respecto a la “tendencia irreversible” de la disminución de la autonomía estatal, ha sido un tanto exagerada o manipulada. Para ellos el Estado tiende a minimizarse en la etapa actual del capitalismo. Argumentan que los procesos de globalización ponen en jaque la concentración unívoca de poder del Estado, que llegará el momento en que el Estado sólo se requiera para

---

<sup>402</sup> *La era de la información, vol. I, op. cit.*, p. 38.

<sup>403</sup> Anthony Giddens, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza editorial, 2004, p. 73.

<sup>404</sup> Ver capítulo II de este trabajo.

aplicar la fuerza policial, para mantener el orden entre la población, cuando de disturbios o desacatos se trate.

Pero muy a pesar de lo que se diga sobre el “adelgazamiento” del Estado, lo que parece ocurrir es una intervención que toma partido, asegurando una desregulación interna, a través de modificaciones legislativas, con la finalidad de disminuir los derechos laborales y mantener un orden interno que tiende a exacerbarse por la polarización de la riqueza, la desocupación y el marginalismo crecientes<sup>405</sup>. De ahí se explica que los Estados-nación, a decir de Zygmunt Barman, se estén convirtiendo “cada vez más en ejecutores y plenipotenciarios de fuerzas sobre las cuales no tienen la menor esperanza de ejercer algún control”<sup>406</sup>, agregaríamos más bien, que ceden la posibilidad de ejercer algún control más significativo. Esas fuerzas se ven materializadas en mercados financieros, en decisiones de política económica de organizaciones como el Fondo Monetario y el Banco Mundial o en acuerdos comerciales de alto nivel tomados en la Organización Mundial del Comercio, por mencionar algunas.

Crece la dificultad para que el Estado de forma independiente de toda perturbación externa, tome decisiones importantes respecto a muchos de sus asuntos internos. Por ejemplo, cada vez es más complejo que el Estado lleve a cabo de manera independiente de factores internacionales, políticas monetarias, fiscales, cambiarias y asistenciales, “en una situación extrema, los Estados llegan al punto de no conseguir ya establecer los tributos que se hayan de aplicar sobre la riqueza, pues ésta se transnacionaliza y pasa a escoger dónde pagarlos”<sup>407</sup>. Y a pesar de ello, sólo desde el Estado se pueden formular políticas relativamente consistentes; aquél sigue siendo el centro de la regulación de las relaciones de clase y el principal responsable de proveer las condiciones generales de producción, tales como infraestructura, investigación, tecnología, entre otras.

Así pues, entre los avances tecnológicos a gran escala, que han profundizado y acelerado la interconexión mundial, que han ido cambiando

---

<sup>405</sup> Víctor Flores, Olea, y Abelardo Mariña Flores, *Crítica de la globalidad. Dominación y liberación en nuestro tiempo*, México, tercera edición, FCE, 2004, p. 127.

<sup>406</sup> Bauman Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, FCE, 2001, p. 89.

<sup>407</sup> José Eduardo Faría, *El derecho en la economía globalizada, op. cit.*, p. 22.

paulatinamente los procesos de producción; entre los nuevos actores globales con poder como las empresas transnacionales, los organismos multilaterales y la dinámica de los mercados mundiales, el Estado soberano moderno ve erosionado su poder político. Pero es una erosión que implica, más bien, una reconfiguración de su papel en las relaciones internacionales y su ámbito antes exclusivo de acción. La intensificación de los procesos de elaboración de decisiones en marcos internacionales y transnacionales, en los que el Estado tiene que participar como uno más de los tomadores de esas decisiones, en el que según sea su lugar en la configuración mundial económica, tendrá mayor o menor capacidad de negociación, frente a fuertes organismos económicos multilaterales o influyentes consorcios transnacionales. En otras palabras, se desvanece cada vez más el concepto de soberanía, pues se diluye las concepciones de “adentro” y “afuera”.

De otra forma, pero en el mismo sentido, Joachim Hirsch sostiene que el proceso de globalización y relacionado con él la erosión de contextos “nacional”-económicos disminuyen la capacidad de integración económica y social de los estados, lo cual nos lleva a la “privatización de la política”, pues la formulación e implantación de decisiones políticas se traslada, ahora más que antes a estructuras, en un sentido muy amplio, corporativas y sistemas de negociación privado-estatales<sup>408</sup>, como la evidencia lo ha venido respaldando.

Siguiendo a Hirsch, una forma de aproximación a la transformación del Estado en el contexto de la globalización o de los procesos de globalización implica aseverar que el Estado se encuentra en una fase de configuración, desintegración y fragmentación, en la que “el fortalecimiento de redes internacionales de regulación, no anula el sistema de Estados individuales, pero sí transforma profundamente tanto las estructuras institucionales, como las condiciones de la acción estatal, así que se crean estructuras, reglamentaciones y regímenes que no se pueden desdeñar sin desventajas y costos graves<sup>409</sup>”.

---

<sup>408</sup> Joachim Hirsch, *La internacionalización del Estado. Acerca de algunas preguntas actuales de la teoría del Estado*, mimeográfico, p. 7.

<sup>409</sup> *Ibidem.*, p. 10.

En esa línea argumentativa encontramos a Bob Jessop<sup>410</sup>, quien explica tres tendencias generales en la transformación del poder del Estado, considerando la situación de Europa y América del Norte:

1. *La desnacionalización del Estado*, que implica una cierta desarticulación del aparato estatal nacional que proviene del hecho de que el conjunto de capacidades del Estado está siendo reorganizado tanto territorial como funcionalmente a nivel subnacional y supranacional.
2. La *desestatalización* de los regímenes políticos, que se refleja en la transición del concepto de gobierno estatal (*government*) hacia un concepto de gobierno más amplio (*governance*); con esto se quiere decir que se trata del paso de un modelo de regulación social y económica fundado en el papel central del Estado a una forma que reposa en las sociedades y en otras formas de asociación entre organizaciones gubernamentales, paragubernamentales y no gubernamentales, en las cuales el aparato estatal tiene apenas funciones de coordinación en tanto que *primus inter pares*.
3. *Internacionalización del Estado nacional*, que tiende a expresarse en el aumento del impacto estratégico del contexto internacional en la actuación estatal, lo cual puede engendrar la expansión del campo de acción del Estado nacional siempre que fuera necesario adecuar las condiciones internas a las exigencias extraterritoriales o transnacionales<sup>411</sup>.

Explicadas desde el ámbito de la soberanía, estos niveles de interpretación sobre los cambios operados en la función y naturaleza del Estado alcanzan un mejor acercamiento al objeto de análisis.

Así los cambios que se están operando en torno al Estado-nación obedecen, en gran medida, al fenómeno de la globalización económica cuya piedra

---

<sup>410</sup> Bob Jessop es uno de los más representativos teóricos de la regulación. La teoría de la regulación tuvo su origen principalmente, en la Escuela francesa de la regulación que surge durante los sesenta. Tiene su fundamento, en parte, en el estructuralismo althusseriano, pero intenta superar el supuesto de éste de que las estructuras de alguna manera se mantienen a sí mismas casi automáticamente, sin mediación social efectiva y sin transformaciones significativas. La regulación implica un conjunto de soluciones institucionales temporales que contienen y limitan los conflictos básicos del capitalismo, pero que no pueden hacerlo para siempre.

<sup>411</sup> *Ibidem.*, p. 248. Boaventura retoma el trabajo de Jessop de 1995.

angular la constituye el peso de las transacciones y las conexiones organizativas cada vez más intensificadas. Éstas forzosamente tienen que cruzar las fronteras nacionales, transgrediendo con todo ello uno de los dogmas más preciados por los cultores del Estado: la soberanía.

Debido a las transformaciones –unas paulatinas, otras vertiginosas- del papel del Estado en la dinámica social, la soberanía en su concepción clásica ha ido perdiendo vigencia, junto al agotamiento del sistema interestatal cuyo modelo sólo aceptaba y reconocía una comunidad mundial conformada por Estados soberanos<sup>412</sup>.

Este sistema interestatal, el característicamente “westfaliano”, puede resumirse con los siguientes principios<sup>413</sup>:

1. El mundo está compuesto y dividido por Estados soberanos que no reconocen ninguna autoridad superior.
2. El proceso de creación de derecho, la resolución de disputas y la ejecución de la ley están básicamente en las manos de los Estados individuales.
3. La responsabilidad por acciones ilegales transfronterizas es un “asunto privado” que concierne a los afectados.
4. Todos los Estados son considerados iguales ante la ley: las disposiciones legales no toman en cuenta las asimetrías de poder.
5. Las diferencias entre los Estados son en última instancia resueltas por la violencia; predomina el principio del poder efectivo. Prácticamente no existen frenos legales para contener el recurso a la fuerza; las normas legales internacionales garantizan mínima protección.
6. La minimización de las restricciones a la libertad del Estado es la “prioridad colectiva”.

Bajo esta estructura de sistema interestatal, el concepto de soberanía en su acepción moderna aparece fuertemente ligado a la consolidación de los

---

<sup>412</sup> En las últimas décadas están emergiendo toda suerte de actores y entes de poder distintos al Estado soberano con los que éste se ve orillado a negociar, debatir, ceder, disputar asuntos que en otro momento le eran exclusivos.

<sup>413</sup> Nos basamos en la tabla adaptada por David Held de las observaciones de R. Falk y A. Cassese, *op. cit.*, p. 105.

*estados-nación*, refiriéndose a un poder de mando incontrastable en una sociedad política, “a un poder *independiente, supremo* y sobre todo *exclusivo*, es decir, sin igual y sin competencia en el ámbito de un territorio”<sup>414</sup>.

Pero este poder *independiente, supremo* y considerado *exclusivo*, significado en la soberanía del Estado-nación, ha ido desdibujándose en su concepción absolutista. Una de las causas principales de ello es el curso que han tomado los procesos de globalización, minando el aura absoluta de poder que se construyó alrededor del Estado. Algunas de las explicaciones al respecto, nos dicen que

Tanto este engranaje institucional forjado en torno al Estado-nación como el pensamiento jurídico constituido a partir de los principios de soberanía, de autonomía de lo político, de la separación de poderes, del monismo jurídico, de los derechos individuales, de las garantías fundamentales, del *judicial review* (control de la legalidad y/o constitucionalidad) y de la cosa juzgada, han sido crecientemente puestos en jaque por la diversidad, heterogeneidad y complejidad del proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales, finanzas y consumo. A medida que los precios de los bienes y servicios negociados en esos mercados pasan a formarse fuera del alcance de las competencias reguladoras estatales, quebrándose el vínculo entre la producción y circulación de riquezas y el territorio, se inicia un período histórico en cuyo ámbito la economía cada vez más se impone sobre el debate público y las agendas gubernamentales de todos los países (aunque de modo diferenciado)<sup>415</sup>.

Lo anterior no quiere decir que el Estado no conserve considerable poder en decisiones políticas fundamentales; lo que sí está sucediendo es que ha dejado de ser el único centro de poder importante.

Se trata entonces, de un replanteamiento serio en lo que toca a la noción de soberanía estatal y, correlativamente, a las funciones y facultades del Estado, antes nunca puestas a discusión tan severamente. De ahí que se explique que dentro de este proceso de redefinición de la soberanía del Estado-nación, la fragilización de su autoridad, el agotamiento del equilibrio de poderes y la pérdida de autonomía de su aparato burocrático sean reveladores de una nueva correlación de poder entre los distintos actores del fenómeno de la globalización.

Siguiendo la explicación de Faria, “los sectores vinculados al sistema capitalista transnacional presionan al Estado utilizando los medios de

---

<sup>414</sup> Eduardo Faria, *op. cit.*, p. 17.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 21.



persuasión, presión, negociación, confrontación y veto de que disponen. Al estar situados en posiciones clave del sistema productivo, tienen, por eso mismo, poder sustantivo de influencia en la formulación, establecimiento y ejecución de políticas públicas”<sup>416</sup>. Dichos sectores, representan orgánicamente el cambio hacia un nuevo modelo de acumulación del capital, que es en sí, lo que está operando con la globalización. En términos de Bob Jessop y Joachim Hirsch, la realización de una estrategia particular de acumulación o de un modelo de acumulación se encuentra siempre vinculada con la posibilidad de imponer una estructura hegemónica político-ideológica compatible, un modo de suprimir a la clase trabajadora y de institucionalizar las relaciones de clase<sup>417</sup>.

Por otra parte, para Sabino Cassese el problema se contextualiza dentro de una profunda “crisis del Estado”, la cual *involucra la pérdida de unidad del mayor poder público, internamente, y la pérdida de soberanía en relación con el exterior*<sup>418</sup>. Esto se ve reflejado por las interconexiones internacionales, que son las productoras de la desterritorialización de las actividades económicas y, al ser los estados entes que operan sobre territorios delimitados, terminan por ser desplazados en influencia; “el resultado es la alteración de los costos y beneficios de implementar diferentes opciones políticas y la disminución de la eficacia de aquellos instrumentos que permiten al Estado controlar las actividades dentro y a través de sus fronteras”<sup>419</sup>.

Así, la cuestión de la territorialidad en donde se efectúan las decisiones y sus consecuencias, termina por constituirse en uno de los centros de discusión más importantes, respecto al impacto de la globalización en los Estados. Dicha alteración viene influida por la emergencia de nuevos sujetos de poder, entre ellos las organizaciones financiero-internacionales y, sobre todo, por las llamadas corporaciones transnacionales quienes están dotadas de un poder descomunal que ellas mismas se han encargado de aumentar, a través de la

---

<sup>416</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>417</sup> ¿Un nuevo Estado? Debate sobre la reestructuración del Estado y el Capital, México, Cambio XXI, Fontamara, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 1994, p. 20.

<sup>418</sup> Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, trad. Pascual Caiella y Juan González Moras, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 32.

<sup>419</sup> David Held, *op. cit.*, p. 118.

capacidad económica que tienen, por ejemplo: para crear empleos, llevar nuevas inversiones al lugar que elijan y de darle un toque –aunque un tanto ficticio y volátil- de fortaleza a las economías de los estados, si el capital está invertido en sus circuitos financieros.

Si bien son datos difíciles de rastrear, algunos estudios señalan que las corporaciones transnacionales son responsables de un nada despreciable 30 por ciento del producto bruto global, de un 70 por ciento del comercio mundial y un 80 por ciento de las inversiones internacionales<sup>420</sup>. Por lo que se explica el poder que tienen para presionar a los Estados en sus políticas públicas y en sus decisiones económicas.

En un contexto altamente interconectado globalmente, *muchos de los dominios tradicionales de actividad y responsabilidad estatal (defensa, gestión económica, comunicaciones, sistemas administrativos y legales) no pueden ser regidos sin recurrir a formas internacionales de cooperación*<sup>421</sup>. Ahora los Estados, en muchos temas, no deciden solos, sino de manera colegiada con otros Estados, organismos internacionales e, incluso, en el mejor de los casos, en cooperación con organismos de la sociedad civil. Pero lo que más se está presentando, son situaciones en las que el Estado se ve obligado a “decidir” por presiones de organismos multilaterales como lo son el Fondo Monetario Internacional y/o el Banco Mundial.

Convendría, para efecto de cerrar este apartado, contrastar críticamente algunos de los principios de soberanía territorial configurada por el modelo de Westfalia al que nos referimos líneas arriba, con los cambios que actualmente sufren en su autonomía y decisión los Estados-nación.

1. *El mundo está compuesto y dividido por Estados soberanos que no reconocen ninguna autoridad superior.* Desde hace mucho tiempo este principio ha dejado de verse reflejado intacto en la realidad política de las interrelaciones de los Estados-nación. Muchos son los casos que ejemplifican esta realidad. No obstante, cuando se creó la Organización de Naciones Unidas, los Estados miembro no perdían su soberanía. Lo cierto es que aceptaban expresamente un grado de sujeción a las decisiones colegiadas

---

<sup>420</sup> Datos tomados de la obra de Held, que a su vez éste toma de Myers: 1994.

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 119.

de todos los estados que lo conformaran; pero en ese periodo seguían prevaleciendo las decisiones tomadas por los gobiernos estatales, más allá de asumir compromisos internacionales y con otros estados soberanos, una vez que fueran sometidos a decisiones en el interior del Estado.

Por otra parte, cada vez se vuelven más poderosas las organizaciones económicas multilaterales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) –junto a la OMC, se les dedicó un apartado específico en el capítulo II- , las cuales regularmente se instalan en el centro de debate por el control de la política regional y global. El FMI por ejemplo, que tiene como objetivo suministrar recomendaciones técnicas, dar orientaciones económicas y préstamos financieros a las llamadas economías en desarrollo, condiciona el acceso a los préstamos económicos requiriéndoles a los gobiernos que restrinjan la expansión del crédito, reduzcan el gasto público, limiten los salarios y los empleos en el sector público, establezcan el tipo de cambio y reduzcan los programas de asistencia social<sup>422</sup>. El Banco Mundial, nada lejano de la forma de operar del FMI, actúa otorgando su apoyo financiero bajo el principio de condicionalidad. Ubicada como una institución mundial encargada de delinear estrategias de desarrollo para los países con problemáticas en el tema, el BM exige a los beneficiarios de sus programas de “ajuste estructural” y “sectorial”, el cumplimiento de normas de austeridad monetaria y fiscal, la mayor apertura de la economía al sector privado, la remoción completa de las protecciones domésticas contra las fuerzas de la economía internacional, en tanto, una creciente confianza en los mecanismos del mercado para la solución de los problemas productivos y distributivos; hasta exigencias de “buen gobierno”, asociado al respeto de los derechos humanos, democracia y rendición de cuentas de la administración pública. El peligro más latente de la “condicionalidad” de estos organismos económicos sobre los países en desarrollo (pues no es el mismo caso de los países desarrollados), es la conformación de su estructura de dirección; esto quiere decir que son los países industrializados más avanzados los que ejercen el control de las directivas y la elaboración de las políticas económicas dictadas a los países que se someten a ellas, lo cual pone totalmente en entredicho la

---

<sup>422</sup> Para ilustrar con más detalle véase el capítulo 5 de *La democracia y el orden global*, op. cit., p. 130-152.

autonomía de los mismos en la instrumentación de sus políticas públicas. Esto nos habla de la fuerza con la que el poder geoeconómico está integrado en los procesos de toma de decisiones, lo que algunos llaman “estrategia de recolonización” sobre los países en proceso de desarrollo, haciéndose más evidente que al seguir las directrices de estos organismos al pie de la letra, los derechos soberanos son violados socavándose el espacio político para la autodeterminación nacional.

También corrobora este cambio del principio de “no reconocimiento a ninguna autoridad superior”, el caso paradigmático de la Unión Europea (UE), en el cual los países que forman parte de ella, reconocen para algunas materias y asuntos –los cuales son cada vez más-, que la Unión en su conjunto tome decisiones y aplique normas que están fuera de la estructura jurídica tradicional del Estado-nación. Como nos dice Held, “los Estados miembros de la Unión Europea ya no son los únicos centros de poder dentro de sus fronteras” y como destacara el Tribunal de Justicia de la UE *al crear una Comunidad de duración ilimitada, con sus propias instituciones, su propia personalidad... y, sobre todo, con poderes reales debidos a una limitación de la soberanía o a una transferencia de los poderes de los Estados a la Comunidad, los Estados miembros han restringido sus derechos soberanos*<sup>423</sup>.

Con este tipo de organización superior de poder, queda desdibujada la concepción tradicional de soberanía estatal referida a su aspecto externo, como poder público indivisible, ilimitado, exclusivo, perpetuo y supremo, que se materializaba en los Estados-nación de forma individual.

2. *El proceso de creación de derecho, la resolución de disputas y la ejecución de la ley están básicamente en las manos de los Estados individuales.* Este postulado de la clásica función exclusiva del Estado en el proceso de creación del derecho y su ejecución, dista mucho de estar plenamente en vigencia, como lo hemos revisado en el capítulo anterior. Es cada vez más común que el derecho no sólo sea de producción estatal, sino

---

<sup>423</sup> Held, citando a Manzini, 1990, p. 180.

que provenga de otras entidades. Los acuerdos regionales<sup>424</sup> son una amplia expresión de derecho, que de origen no es estatal, pero que en un segundo momento el Estado se ve obligado a reconocer. En la actualidad en una gran variedad de temas, los Estados se ven sometidos a la jurisdicción de tribunales que están fuera de la estructura jurídica tradicional, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional en materia penal y de derechos humanos; mientras que en materia de comercio exterior, la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha adquirido un poder extraordinario frente al poder de los Estados en los asuntos controversiales entre uno y otro Estado miembro. Los Estados aceptan su jurisdicción para resolver disputas comerciales que se presentan entre algunos de los países que forman parte. Sin embargo, en una dinámica de tensión política, algunas veces los estados parte se colocan en una posición de exigir se respete su soberanía para algunas situaciones, pero para otras pueden declinar algún grado de la misma, por propia voluntad.

*3. El derecho internacional se orienta al establecimiento de reglas mínimas de coexistencia; la creación de relaciones duraderas entre los Estados y los pueblos sólo es promovida cuando atiende objetivos políticos nacionales.*

En el proceso de conformación de los Estados-nación el principio que prevaleció fue que el derecho internacional se orientara al establecimiento de reglas mínimas de coexistencia. Actualmente, la tendencia suele ir en sentido contrario. Las reglas del derecho internacional van en aumento con una celeridad extraordinaria. Los Estados que conforman la diversidad de organismos internacionales como la ONU, la OMC, la OCDE, entre otras, están sujetos a una creciente cantidad de normas internacionales que para cada materia se dictan. Si bien aún no existen mecanismos legales eficaces para que los Estados parte cumplan con las normas emanadas de cada organismo, lo cierto es, que de manera extra-legal (o fuera del ordenamiento

---

<sup>424</sup> De los acuerdos regionales más conocidos, se encuentran: la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés), el MERCOSUR (Cono Sur de América Latina); ASEAN (Asociación de las Naciones del Sudeste de Asia); CARICOM (Comunidad del Caribe) y otras del mismo corte, que tienen como objetivo primordial la cooperación comercial y económica entre los países signatarios.

que para cada materia se prescribe) se les presiona para su cumplimiento (el BM y el FMI, como lo comentamos en líneas arriba, cumplen con esa función, cuando se trata de estipulaciones económicas y de “buen gobierno –que incluye derechos humanos y democracia). No debe olvidarse que esa presión no tiene la misma intensidad, alcance y efectos para los países hegemónicos, lo cual nos habla de una evidente desigualdad en la coactividad de las normas internacionales<sup>425</sup>. Además, si antes el derecho internacional tenía como único y exclusivo propósito regular las relaciones entre Estados soberanos, ahora se pugna por un derecho que tenga como principio la regulación de una organización de orden mundial altamente integrado. Sin embargo, en su vocación homogeneizante no toma en cuenta las diferentes estructuras políticas y culturales de los países del orbe, en virtud de la composición geopolítica mundial de las naciones. Esto nos habla de las fuertes asimetrías que pesan sobre el desdibujamiento de la soberanía estatal: aunque no es una novedad, se acentúa el hecho de que a menor desarrollo económico y menor poder, corresponderá una mayor violación a su soberanía exterior; a mayor poder político, militar y económico, menor violación a su soberanía. La ecuación de la transformación en la soberanía de los Estados-nación no sigue un curso igual en cada uno de ellos; varía según su poder y su posición en la conformación geopolítica del orbe, ocasionando serias desigualdades sociales que se profundizan con el fenómeno de la globalización económica.

Como la soberanía del Estado-nación es uno de los conceptos importantes en torno al cual se construyó la teoría jurídica moderna y ahora está puesto a discusión, es consecuencia lógica que los fundamentos de esta teoría se encuentren en crisis. El siguiente apartado discurrirá sobre el eclipse por el que está pasando dicha teoría jurídica positivista.

---

<sup>425</sup> El caso de Estados Unidos de Norteamérica es ejemplar. Este país no ha ratificado una serie de tratados internacionales –entre ellos el Protocolo de Kyoto- y deliberadamente pasa por encima de las indicaciones y normas que para varias materias –como la intervención bélica en otros países- ha establecido la Organización de Naciones Unidas.

## 4.2 El paradigma dominante del positivismo jurídico eclipsado

Al lado de los cambios que ha sufrido el papel del Estado-nación como consecuencia de los poderosos actores de la globalización económica, se localiza también la crisis del modelo jurídico dominante que lo ha acompañado: el modelo jurídico positivista<sup>426</sup>. Está en tela de juicio la regulación jurídica de tipo clásico. La tensión que implica la globalización, de lo local y lo global, provoca un debilitamiento del Estado y por consiguiente, la segmentación de una razón jurídica hasta entonces normalizada y normativizada alrededor de la idea de soberanía nacional<sup>427</sup>.

En torno a este modelo se construyó la dogmática jurídica que -en términos de la propuesta epistemológica de Thomas Kuhn<sup>428</sup>-, ha sido para el mundo del derecho, el paradigma dominante.

Según el planteamiento kuhniano, un paradigma supone tanto una teoría básica, como una tradición científica y algunas explicaciones ejemplares que son aceptadas por los científicos. Se consolida a tal punto dicha teoría básica, que llega a suspenderse el esfuerzo crítico de discusión de sus presupuestos y de sus posibles alternativas. La afirmación hegemónica que subyace al paradigma se logra a través del consenso de una comunidad científica sólida; mientras no se logre dicho consenso, se está ante una “pre-ciencia”, no ante una ciencia.

Los paradigmas expresan una visión del mundo que se organizan bajo la forma de explicaciones científicas, mismas que determinan los problemas a investigar, sus técnicas de investigación y los tipos de solución a considerar. Cuando los paradigmas ya no logran explicar y solucionar los hechos nuevos,

---

<sup>426</sup> En función del tipo de Estado, aquél se puede visualizar tanto en el Estado liberal de derecho, como -con sus variantes- en el Estado social de derecho. Ambos fueron abordados en el capítulo I de este trabajo.

<sup>427</sup> A la dogmática jurídica también se le ha denominado “jurisprudencia”, “ciencia del derecho”, “doctrina”, entre otros. Rolando Tamayo y Salmorán, jurista mexicano, establece que con el término “jurisprudencia” se pretende designar a la actividad de los juristas al momento de “describir” el derecho. *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 143. En este texto, el autor realiza una exhaustiva labor de argumentación y validación respecto a la existencia de una ciencia del derecho, utilizando el modelo clásico de ciencia que plantea Aristóteles en *Los segundos analíticos* de su *Organón* o *Tratado de Lógica*.

<sup>428</sup> En adelante, explicamos la propuesta epistemológica de Thomas Kuhn, *Las revoluciones científicas*, México, FCE, 2002, principalmente los capítulos V, VI y VII.

en cuanto ya no consiguen orientar el trabajo científico, se está en los albores de un “agotamiento paradigmático”. De este modo, las dudas y los problemas dejan de resolverse de conformidad con las reglas vigentes; por cada problema solucionado surgen otros de mayor complejidad. En un determinado momento, el efecto acumulativo de este proceso hace entrar en un periodo de *agotamiento*. Ese paradigma ya muestra su incapacidad de resolver los problemas actuales, sus reglas son más problemáticas e incongruentes; a partir de esto, se van concretando las condiciones para que surjan nuevos paradigmas, a este proceso y su consolidación, Kuhn lo llama *revolución científica*<sup>429</sup>.

Haciendo una transposición de estas principales tesis de Kuhn en el ámbito del derecho, se puede considerar que la idea de paradigma científico se aprecia más nítidamente, en la dogmática jurídica positivista inscrita en la tradición del derecho occidental<sup>430</sup>. Este modelo se construyó aspirando a concretar algunos de los supuestos más relevantes de la racionalidad moderna: racionalidad lógico-formal (conocimiento legal racionalizado), neutralidad científico-metodológica (objetividad en el análisis y del científico del derecho y amoralidad en la producción del conocimiento), reducción a los límites de la descripción empírica (la norma jurídico-estatal como objeto delimitado de su estudio); universalidad de los principios creencia en valores generales (generalización y abstracción); jerarquía sistematizada (sistema de normas jerarquizado y sistematizado bajo la premisa de criterios objetivos). Todos estos elementos logran un considerable *consenso* al seno de la comunidad de juristas, con la propuesta teórica de Hans Kelsen –sin olvidar que ya había un largo camino recorrido en dirección del positivismo jurídico–,

---

<sup>429</sup> *Ídem*.

<sup>430</sup> Referido en *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 56. Por su parte, Eduardo Faria, expresa que la dogmática jurídica es producto de los siguientes elementos convergentes: a) la consolidación de un concepto moderno de ciencia, ocupado no tanto del problema de la verdad o falsedad de las conclusiones del raciocinio científico, como de su carácter sistemático y lógico-formal; b) la identificación entre los conceptos de derecho y ley positiva, en un primer momento, y de derechos y sistema conceptual de la ciencia, en un segundo momento; c) la separación entre teoría y praxis y la consiguiente afirmación de un modelo de saber jurídico como actividad prioritariamente teórica, avalorativa y descriptiva; d) el énfasis en la seguridad jurídica como sinónimo de certeza de una razón abstracta y general, resultante de un Estado soberano, con la consiguiente transposición de la problemática científica a las cuestiones de coherencia y completud de la ley en sí misma. Ver *El derecho en la economía globalizada*, *op. cit.*, nota 14, p. 35.



al grado de convertirse en la *teoría básica* del derecho: la teoría con la que se construyeron y explicaron, en lo fundamental, los ordenamientos jurídicos modernos y, con la cual han trabajado sus principales operadores (jueces, legisladores, abogados, profesores y estudiantes del derecho). No obstante, que la teoría pura está inscrita en la consolidación de una tradición jurídico positivista más amplia, la utilizamos como el referente moderno principal de este modelo epistemológico del derecho.

Kelsen con su Teoría Pura del Derecho, planteó una teoría del derecho positivo, libre o “purificada” de todo elemento extraño al objeto de estudio propuesto; libre de la política, de la psicología o la moral. Esta idea se constituye en el principio fundamental de su método<sup>431</sup>. Tal principio suponía la posibilidad de que el científico del derecho, dejara al margen valoraciones de todo tipo y se concentrara en un objeto de estudio bien delimitado: las normas jurídicas emanadas de los órganos competentes del Estado, constituyéndose aquéllas en el material jurídico dado, es decir, en especie de una base empírica del conocimiento jurídico. Lo anterior pretendía la *neutralidad científico-metodológica y amoralidad en la producción del conocimiento*, criterios exigidos por la ciencia moderna, para poder formar parte de ella. La identificación del derecho con un sistema de normas positivas, emanadas del Estado y validadas por un procedimiento previamente establecido y justificado, suponía como objeto de estudio de la ciencia del derecho, un *conocimiento legal racionalizado*<sup>432</sup>. La dogmática originariamente “se caracteriza por su matriz hobbesiana, en la medida en que, al instituir la norma legal y el proceso judicial como técnicas

---

<sup>431</sup> El autor incluso criticaba el hecho de que en el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional se haya ignorado este principio metódico; afirmaba que tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas, daba como resultado natural la ruina de la verdadera ciencia jurídica. Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, México, ediciones Coyoacán, 2008, pp. 15-16.

<sup>432</sup> Es a Max Weber al que se le atribuye haber insistido en que el derecho moderno cumple la función de proporcionar criterios lógico-formales de previsión de resultados, en la sociedad moderna. Sin embargo, Oscar Correas refuta esta postura, “...esto no es privativo de la sociedad moderna, sino de toda sociedad mercantil. Por eso es que el derecho civil, propio de la circulación mercantil simple, es apropiado tanto para una sociedad esclavista, como la romana, como para una capitalista, sin olvidar que los países socialistas nunca derogaron el código civil napoleónico, ni suprimieron de sus universidades la enseñanza del derecho privado, e incluso ¡del romano!, ver Correas, Oscar, “Los derechos humanos y el estado moderno (¿Qué hace moderno al derecho moderno?)”, en *Anales de la cátedra de Francisco Suárez*, núm. 37, Madrid, 2003, pp. 276-277.

disciplinarias exclusivas de las relaciones sociales, concibe el derecho positivo como un instrumento de cesación de la guerra subyacente al *Estado de naturaleza* y de afirmación de la paz civil típica del *Estado de derecho*<sup>433</sup>. De ahí que sea en Hobbes donde se ubiquen los elementos de la doctrina que redujo el Derecho a Derecho positivo y, más aún, el Derecho a una creación del Estado<sup>434</sup>. Kelsen secunda esta identificación al decir que “el único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido ‘puesto’<sup>435</sup>: “Su positividad reside en el hecho de que proviene del acto creador”, mismo que deberá efectuarse siguiendo reglas previamente instituidas en las que se establezca un órgano del Estado facultado para ello.

Por otro lado, la teoría pura del derecho se adjudicó un carácter objetivista y universalista, con la premisa de que se concentraba en el estudio del derecho en su totalidad, interesándose por los fenómenos jurídicos particulares sólo con la finalidad de sistematizarlos y, en un segundo momento, volver a encontrar la función general del derecho; así, *generalidad y abstracción* fueron objetivos de esta premisa.

En el marco de esta propuesta epistémica, la validez de las normas jurídicas no son producto de su contenido, es decir, no importa que su contenido se encuentre en oposición a determinado valor moral o de otra naturaleza; la validez de una norma jurídica, se observa cuando ha sido creada siguiendo el procedimiento establecido por reglas previamente establecidas y por un órgano facultado para ello. Pero el principio superior de validez que determina la pertenencia de una norma a un orden determinado, descansa en la llamada *norma fundamental*<sup>436</sup>, la cual se localiza en la base de este orden. El hecho de que esta norma hipotético-fundamental sea la que otorgue

---

<sup>433</sup> *El derecho en la economía...*, op. cit., p. 42.

<sup>434</sup> *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 62.

<sup>435</sup> Ver *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 136-137.

<sup>436</sup> Para la teoría pura del derecho, la norma fundamental tiene el papel de una hipótesis básica. “Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción (...) La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es ‘puesta’, sino ‘supuesta’. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas”, *ibídem*, pp. 138-139.

validez a un conjunto de normas, derivando de ello, la validez del establecimiento de la primera Constitución y todos los actos cumplidos conforme a ella, llámese creación de leyes, reglamentos, entre otros, generalizó la imagen de la estructura del derecho positivo como una pirámide. Con esta idea, el derecho en tanto sistema de normas jurídicas “puestas” y, éste, en tanto objeto de estudio de la ciencia jurídica, dijo cumplir con la *jerarquía sistematizada* que el estatuto de conocimiento científico, obligaba para ser reconocido como tal.

Es este modelo jurídico positivista, el que hoy acusa un “agotamiento paradigmático”. Dicho agotamiento se debe a que todas esas categorías, principios y conceptos jurídicos analizados y contruidos por la dogmática jurídica, ya no logran explicar, interpretar y resolver los problemas causados por los cambios que trae consigo la globalización económica.

Por eso resulta evidente que cuando cambian las estructuras económicas, políticas y sociales sobre las cuales se construyeron las estructuras jurídicas y el saber jurídico dominante, entrarán en crisis sus postulados y su eficacia.

Al respecto, Wolkmer<sup>437</sup> señala de manera detallada, este fenómeno:

La principal contribución científica de la dogmática jurídica fue el hecho de haber ofrecido respuestas “previsibles” y “regulares” para los tipos de conflictos tradicionales, lo que permitía el funcionamiento del sistema de forma eficaz: mantenía la “certeza” y la “seguridad” de las relaciones porque garantizaba las expectativas. En cambio, ahora, la dogmática jurídica concebida en cuanto saber positivado, comienza a experimentar una profunda crisis por permanecer rigurosamente presa de la legalidad formal escrita, del tecnicismo de un conocimiento abstracto y estático y del monopolio de la producción normativa estatal, alejándose de las prácticas sociales cotidianas, desconsiderando la pluralidad de nuevos conflictos colectivos de masas, despreciando las nuevas manifestaciones extralegislativas, revelándose desajustada a las nuevas y flexibles formas del sistema productivo representado por el capitalismo globalizado, dando poca atención a las contradicciones de las sociedades liberal-burguesas (principalmente aquellas provenientes de necesidades materiales de los polos periféricos) y, finalmente, siendo omisa y sin ningún tipo de compromiso con las más recientes investigaciones interdisciplinarias.

Como nos indica Wolkmer, la concepción de derecho tradicional descansaba en supuestos de “certeza” y “seguridad”, al ser normas de tipo abstracto,

---

<sup>437</sup> Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el derecho*, 3ª edición, San Pablo, Alfa-Omega, 2001, p. 77.

impersonales y coercitivas, emanadas y legitimadas sólo por el poder estatal, interpretadas y aplicadas por órganos como el poder judicial y aplicadas por funcionarios estatales representados por los jueces. Así otro tipo de manifestación jurídica, no podría considerarse como “derecho” según el modelo de la dogmática jurídica. Este paradigma minimizó hasta el límite, las múltiples manifestaciones de exteriorización normativa, tal como el derecho espontáneo, informal y extra-estatal<sup>438</sup>. Pero si desde la consolidación de este paradigma sus críticos argumentaron y pusieron de manifiesto la insuficiencia teórica para explicar muchos de los fenómenos jurídicos en la sociedad –como el pluralismo jurídico o las contradicciones normativas en un mismo sistema jurídico-, ahora las críticas aumentan, al intensificarse otro tipo de fenómenos jurídicos. Como nos dice Arnaud ahora “vemos cómo se desarrollan al margen de un derecho de hechura tradicional, principios, estrategias, normas políticas y de gestión de la regulación que se reconocen en todo el planeta”<sup>439</sup>.

Uno de los fenómenos más evidentes, consiste en que el Estado ya no concentra el monopolio de la producción jurídica, es decir, que ya no gira en torno a él la capacidad exclusiva de producir normas jurídicas. Si bien siempre existieron manifestaciones jurídicas relevantes al margen del Estado, como por ejemplo los sistemas jurídicos indígenas (esfera interna), ahora la rivalidad normativa que vive el Estado, se le presenta con más intensificación desde la esfera externa. Organismos internacionales, tanto públicos como privados, pero sobre todo, de orden económico, lo agobian con normatividad que *debe* o *debería* asumir según los objetivos e intereses de aquéllos. El ascenso de la *lex mercatoria*<sup>440</sup>, ha supuesto un activismo jurídico sin precedentes por parte de organismos económicos y privados, así como de empresas transnacionales, que han producido una suerte de *ordenamiento espontáneo de los negocios del comercio internacional* al margen del Estado. Tal como dimos cuenta en el capítulo anterior, diferentes centros de producción jurídica transnacional privados forman parte de las redes jurídicas de la globalización económica. Organismos internacionales privados como la

---

<sup>438</sup> *Pluralismo jurídico, op. cit.*, p. 74.

<sup>439</sup> *Op. cit.*, p. 39.

<sup>440</sup> Estudiada en el capítulo III de este trabajo.

Cámara Internacional de Comercio producen parte de la llamada *lex mercatoria*, en la que las cláusulas Incoterms (reglas para la interpretación de contratos comerciales), son un emblema clásico. A los Estados se les *persuade* o *sugiere* (por la misma Cámara o por organismos subsidiarios de la ONU como la UNCITRAL) que las adopten, teniéndose como resultado la incorporación de su contenido en los ordenamientos nacionales. De cualquier forma, si instrumentos jurídicos como estos, no son adoptados por el Estado, en su dinámica comercial y debido a su *aceptación* internacional en esta esfera, los particulares –empresas y asociaciones comerciales, por ejemplo– lo asumen a través de las cámaras de comercio nacionales<sup>441</sup>.

Este fenómeno de policentrismo jurídico consistente en una multiplicidad de centros de producción y decisión jurídica, pone en jaque las categorías de exclusividad normativa del Estado y con ello un desplazamiento, en importancia, del derecho público hacia el derecho privado. Lo mismo sucede con la categoría de jerarquía normativa, en tanto ahora se observa una estructura jurídica más cercana a la de una *red normativa* en contraste con la estructura piramidal del derecho con la que se vinculan mucho los órdenes jurídicos contemporáneos.

Por otra parte, el tipo de normatividad que producen estos centros de decisión jurídica, se identifican en lo fundamental con el *soft law*, es decir, con el derecho suave. Son conocidas, a su vez, como *normas jurídicas imperfectas* por carecer de sanción explícita, ante el caso de no ser cumplidas. Frente al tradicional derecho que se respalda en la coacción (*hard law*), que su efectividad reside en la premisa de que el Estado tiene el monopolio de la violencia para hacer cumplir ese derecho, su derecho; está proliferando esta normatividad diferente, la llamada *suave* o *light* porque no hace evidente la sanción y la coacción de no cumplirse con su contenido

---

<sup>441</sup> En esa misma tesitura, opera la uniformidad internacional de los modelos contractuales. Para las empresas transnacionales que los emplean, es un valor sumo: “las sociedades matrices de las multinacionales transmiten a las sociedades filiales que operan en los seis continentes las condiciones generales preestablecidas para los contratos que se van a concluir, acompañadas de una clara recomendación: que los textos de los contratos se sometan a una pura y simple traducción lingüística, sin una adaptación especial, ni siquiera conceptual, a los derechos nacionales de los Estados individuales, ya que esto podría comprometer su uniformidad internacional”. Ver Francesco Galgano, “*Lex mercatoria, shopping* del derecho y regulaciones contractuales”, en *Revista de derecho mercantil*, núm. 247, Madrid, 2003, p. 13.

normativo. Se nos presentan regularmente como *lineamientos* y *directrices*<sup>442</sup>, *códigos de conducta*<sup>443</sup>, *normas técnicas*<sup>444</sup>, entre otras tipologías, que tienen como objetivo principal, prescribir objetivos, establecer premisas para decisiones, diseñar el camino procedimental que habrán de tomar sus destinatarios en cuanto a funciones y soluciones específicas de su actividad. Pero en este tipo de normas no aparecen explícitos los mecanismos de coacción para que sean adoptados, tampoco la sanción que habrían de padecer, en caso de incumplimiento<sup>445</sup>. Si en la estructura de las normas jurídicas tradicionales, la sanción y los mecanismos de coacción son en considerable medida claros y explícitos, ahora en este tipo de normas

---

<sup>442</sup> Este tipo de normatividad es muy utilizada por organismos como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la OCDE, por mencionar algunos.

<sup>443</sup> Son instrumentos jurídicos recurrentes en empresas transnacionales pero también nacionales; por su parte, organismos como la OCDE, la OIT y la ONU, también utilizan este tipo de diseño normativo (ver nota 365 de este trabajo).

<sup>444</sup> Este tipo de normas pueden ubicarse tanto a nivel de *soft law* público o privado internacional, como a nivel de *soft law* público nacional; éste último, se refleja en la proliferación del formato normativo denominado “circulares”, emitidas por la administración pública.

<sup>445</sup> Por su parte, estas normas son ubicadas por introducir “en el ordenamiento jurídico una flexibilidad desconocida por los patrones legales prevalecientes desde el advenimiento del Estado moderno. No establece *a priori* las reglas del juego ni aseguran determinadas garantías fundamentales (papel básico de la Constitución en el Estado liberal). Y tampoco imponen la obtención compulsoria de determinados resultados (papel básico del derecho social y económico en el Estado intervencionista). Son normas que sustituyen las tradicionales racionalidades formal y material por una racionalidad nueva, de carácter meramente procedimental, aspirando, única y exclusivamente, a una regulación indirecta; son normas que, reconociendo la autonomía decisoria de sistemas sociales económicos diferenciados y autorregulados, sólo procuran promover una articulación entre ellos. Su baja imperatividad, con todo, no debe ser entendida como ausencia de coercibilidad en la organización de las relaciones sociales. En la mayoría de los casos, esas normas procedimentales implican una sutil, inteligente y eficaz estrategia de refuerzo de los controles sociales por el recurso, por ejemplo, a mecanismos policiales privados bajo la forma de esquemas de vigilancia, retención de documentos personales, cerramiento de espacios públicos, etc.”, ver José Eduardo Faria, “Pluralismo jurídico y regulación”, en *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, *op. cit.*, pp. 123-124. En cuanto al *soft law* que indispensablemente utiliza para constituirse la *lex mercatoria*, los mecanismos de coacción los podemos referir como de *exclusión*, esto es que, en tanto un agente no sigue las reglas del comercio global, será excluido automáticamente de la competencia. En términos menos agresivos, Francisco Laporta lo explica no como una expulsión del mercado, “sino como una suerte de estrategia suicida de autoexclusión”, “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Revista Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2005. Pero asumir esta postura, significaría omitir que no todos los agentes del comercio han participado en la construcción de las reglas a las que deberán someterse, incluso, ni con los mecanismos mínimos de representación indirecta con los que la democracia formal se ha desarrollado. Para nosotros, en realidad, si de algún tipo de suicidio se tratara, hablaríamos en todo caso de *suicidio asistido o inducido*.

*suaves, blandas o flexibles*, la sanción y los mecanismos de coacción se esconden tras los eufemismos de *persuasión y voluntad libre de las partes*. Más bien, habría que visibilizar los mecanismos de coacción de estas normas, llamadas también *procedimentales*: 1) que son de tipo discrecional y, 2) que están más vinculados con la sanción y/o condicionalidad económica (en el caso de *soft law* público y/o privado internacional).

Esta progresiva reducción de coercibilidad del derecho, se inscribe en una tendencia más amplia: el *vaciamiento normativo del derecho público*. Dicha tendencia se puede observar a través de dos grandes fenómenos jurídicos: la desregulación y autorregulación jurídicas<sup>446</sup>. Ambos fenómenos son el resultado del traslado de funciones estatales o públicas a entes de naturaleza privada; en ese traslado de funciones, van incluidas tanto la de producir normatividad como la de regular actividades de orden privado.

La desregulación, por una parte, prevé una mengua de lo público, pues con técnicas de intervención o de abstención estatal, reduce la actuación y la presencia de los órganos públicos en diversos ámbitos en otro momento, considerados exclusivos del Estado<sup>447</sup>. Por otro lado, la autorregulación está vinculada más con una abierta declinación del Estado para normar actividades identificadas con un nivel de especialización técnico elevado o por una autodeterminación normativa por parte de entes privados que no encuentra resistencia estatal para concretarla<sup>448</sup>.

Con todo lo anterior, podríamos aseverar que el paradigma positivista del derecho, está eclipsado. Es muy probable que nos encontremos ya en un periodo de *agotamiento paradigmático*, pues con los conceptos y categorías

---

<sup>446</sup> A esta tendencia nos referimos en el capítulo III.

<sup>447</sup> Como el ámbito de la salud y las pensiones, por mencionar un ejemplo. Sobre este desdibujamiento entre lo público y lo privado, Capella refiere que “esta mezcla de lo privado y lo público se manifiesta ya prácticamente en todos los ámbitos administrativos: las administraciones municipales, por ejemplo, que en etapas anteriores organizaban la prestación no lucrativa de servicios públicos, contratan ahora esa prestación con empresas privadas de servicios constituidas casi siempre en parte con capital municipal, pero que así se convierten también en una fuente de lucro privado; los servicios públicos de salud o de enseñanza ahora se atribuyen a gestores privados o se conciertan con ellos y pasan a ser, total o parcialmente, actividades lucrativas legitimadas ante la opinión con el argumento –improbado cuando no contra fáctico- de que se logra así menor coste y mejor servicio al público”. Tal situación se ha constituido ya en una tendencia en gran parte de los Estados-nación. Ver Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida, op. cit.*, p. 269.

<sup>448</sup> En el capítulo III se desarrolla con mayor detalle este tema.

teóricas que se integraba la teoría jurídica dominante, ya no se logran explicar los fenómenos jurídicos a los que nos hemos referido en este trabajo. El piso epistémico sobre el cual se construyó –también con mucho de mistificación a su alrededor- la denominada ciencia del derecho moderno, se ha movido hacia un lugar difícil de determinar, pero necesario de empezar a localizar.

En esa incertidumbre también se encuentra, como es obvio, el ordenamiento jurídico.

#### **4.3 El impacto de la *nueva producción jurídica transnacional* en el nivel del ordenamiento jurídico**

Un principio de la tradicional concepción del derecho positivo, es el que identifica el derecho con el ordenamiento jurídico producido por el Estado. Es una derivación inmediata de la idea que redujo el derecho a derecho del Estado. De otra idea más que ubicó al Estado como el único ente legitimado para normar su propio funcionamiento y todas las conductas de sus ciudadanos. La soberanía del Estado fue el concepto que articuló políticamente tal exclusividad, debido a que aquella es vista como la expresión de la unidad del orden coactivo; al mismo tiempo la legitimidad descansó en el ideal de que el Estado regularía jurídicamente a la sociedad haciendo prevalecer el interés general<sup>449</sup>.

El legislador nacional se presentaba como el constructor principal de este ordenamiento jurídico estatal. Ahora, con los cambios que están ocurriendo en el terreno jurídico-político, este legislador, antiguo protagonista privilegiado, es visto como una instancia más, que cuenta con iniciativa para legislar.

Al ser el Parlamento la única instancia legitimada para diseñar el ordenamiento jurídico de un Estado, se daba la apariencia de *unidad* del sistema, se sostenía en una idea de *coherencia interna*, de sistematicidad

---

<sup>449</sup> Una explicación más detallada del principio de la soberanía como eje estructurador del Derecho moderno, la proporcionamos en este trabajo en el capítulo I, acápite 1.2 *La formación del Derecho moderno en dos momentos: el Estado liberal y el Estado social*, en específico, en 1.2.1 *Primer momento: El estado liberal de Derecho*.



jurídica, es decir, se alimentaba el ideal de un legislador omnipotente, nunca errático al producir las leyes que integrarían dicho ordenamiento. Como representante del Estado en la producción normativa, el legislador nacional diseñaría las leyes sin tener en cuenta destinatarios específicos, sino para un individuo abstracto e indeterminado<sup>450</sup>. Por consiguiente, necesitaba de un modelo de norma general y abstracta; que, además, en su contenido se clarificara exhaustivamente, la conducta a normar y las consecuencias que de no ser cumplida, se derivarían; estas características, cumplirían con los principios de *previsibilidad, seguridad y certeza jurídica*, perseguidos en la integralidad del ordenamiento jurídico.

Todos estos principios que presumía contener el ordenamiento jurídico, según la concepción positivista del derecho, también están en predicamento, pues ante la incompatibilidad del “perfil arquitectónico” y el complejo fenómeno jurídico contemporáneo,

las normas tradicionales homogeneizadoras, promulgadas en base a los principios de impersonalidad, de generalidad, de abstracción y de rigor semántico, y organizadas bajo la forma de un sistema unitario, lógico, cerrado, jerarquizado, coherente y postulado como exento de lagunas y antinomias, son excesivamente simples para dar cuenta de una pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales cada vez más diferenciadas (...) Sus principios generales, sus reglas y sus procedimientos ya no consiguen regular y disciplinar, guardando la debida coherencia sistémica, hechos multidimensionales y heterogéneos<sup>451</sup>.

#### **a) Afectación de los principios de abstracción y generalidad de las normas**

Los principios de abstracción y generalidad de las normas apelaban a una igualdad formal de los individuos, en el ordenamiento jurídico. Éste tendría que estar constituido por normas jurídicas que habrían de valer de la misma

---

<sup>450</sup> Las características del “destinatario” de este ordenamiento jurídico, respondía a la concepción ilustrada de individuo: abstracto e indeterminado, es decir, partía de que todos los individuos son iguales, omitiendo, en esta caracterización, sus condiciones materiales de vida: condiciones económicas, de status, sociales, religiosas, educativas, de género, entre otras, mimas que expresan una desigualdad producida por los distintos estamentos sociales que impone cada época. La abstracción en gran medida, fue la encargada de ocultar, en su aspecto jurídico, la desigualdad de los individuos; por supuesto, sin poder suprimirla.

<sup>451</sup> José Eduardo Faria, “Pluralismo jurídico y regulación”, en *op. cit.*, p. 118.

manera para todos los habitantes de un país, aunque en la realidad, sólo se trataran de aspectos formales que describen y señalan simplemente posibilidades muy diferentes, pues éstas se determinan por la situación específica (condición social, económica, religiosa u otra) de cada uno de esos habitantes<sup>452</sup>. Por eso es que el carácter de general en una ley, “es el que resulta de la supresión de los privilegios jurídicos”<sup>453</sup>, todos sus destinatarios son iguales ante ella, por eso es general. Y por ser la ley, general, debe hacer abstracción de las personas en lo particular; la ley “ha de concebir a todos y cada uno al margen de sus propiedades individuales, como sujetos abstractos iguales dotados de ciertos rasgos comunes”. Al mismo tiempo, la ley ha de ocuparse en prescribir conductas-tipo, no conductas concretas: “La idea de que la ley ha de ser general se proyecta sobre el contenido normativo, exigiendo que la norma evite ocuparse de una acción o una conducta circunscrita espacio-temporalmente y eleve su ámbito de aplicación a clases de acciones”.

Este rasgo que presumía el ordenamiento estatal moderno, también está puesto en cuestión debido a la proliferación de normativa casuística, es decir, que atiende a la regulación de casos específicos, circunscrita a un espacio y tiempo definidos. Son normas de vida fugaz que, además, no suponen claridad respecto a su coordinación con el resto del ordenamiento jurídico.

A raíz del policentrismo jurídico, se produce normatividad jurídica que tiene como objetivo principal resolver un problema muy concreto, no tiene aquella típica pretensión del positivismo jurídico, de buscar una respuesta de largo aliento que previera, en un marco de generalidad y abstracción, una solución al problema o, incluso, a una gran cantidad de problemas relacionados.

La normatividad casuística, a diferencia, plantea una solución inmediata “con el fin de ganar competitividad por parte del ordenamiento jurídico y de

---

<sup>452</sup> Pio Caroni, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 123.

<sup>453</sup> Francisco J., Laporta, “Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en *Proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*, *op.cit*, nota 221, p. 35. Esta idea, estuvo basada, nos dice el autor, en un canon o ideal que pensaba en el ordenamiento jurídico como un conjunto razonablemente acotado de grandes leyes estables y generales incorporadas a la codificación, emanadas de la voluntad de asambleas representativas, cuyo destinatario era un ciudadano concebido en términos abstractos, al que jueces y tribunales independientes mediante procedimientos comunes garantizaban una esfera de inmunidad libre”, *ibídem*, p. 36.

solucionar problemas puntuales que han ido apareciendo, [con lo cual generan] elementos de carácter conflictivo o nuevos problemas de carácter técnico”<sup>454</sup>.

## **b) Pérdida de unidad y coherencia del ordenamiento**

El ordenamiento jurídico del Estado ha perdido su pretensión de coherencia y unidad, en primer término porque ha dejado de aparecer como el “único ordenamiento jurídico válido”: se constituye en un sistema normativo más, que está obligado a interactuar y negociar con los otros.

Por ejemplo, la *lex mercatoria* considerada desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico autónomo, pues está compuesta de principios, reglas y mecanismos jurisdiccionales de resolución de conflictos al margen del derecho del Estado, tiene que interactuar con el ordenamiento jurídico estatal, interacción que no observa una ruta clara.

El contenido normativo de la *lex mercatoria* puede presentar colisiones con el contenido de los ordenamientos jurídicos estatales. Este tipo de situaciones, provoca incoherencia y falta de unidad dentro de la dinámica normativa del ordenamiento, lo cual quiere decir que no se establecen relaciones lógicas de fácil identificación entre los distintos ordenamientos, máxime si cada uno tiene objetivos distintos: el ordenamiento estatal, supone el objetivo del interés general, mientras que el ordenamiento de la *lex mercatoria*, concentra sus esfuerzos exclusivamente en regular las actividades y relaciones del comercio internacional, mayoritariamente representados actualmente por empresas transnacionales que buscan un interés privado.

Por su parte, otro frente que ataca la pretensión de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico estatal, son los microsistemas que producen normatividad especializada y fundamentalmente técnica, cuyo forma jurídica de *soft law* se expresa en normas de organización, normas de conducta y/o

---

<sup>454</sup> Julio V., González García, “Notas sobre las mutaciones del ordenamiento en el contexto de globalización económica”, en *Globalización del derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, op. cit., pp. 265-266.

normas programáticas<sup>455</sup> que terminan produciendo distintas redes o cadenas normativas que se entrecruzan con el derecho positivo tradicional.

Esta fragmentación jurídica que se observa con el fenómeno de la globalización económica, ha llevado a que muchos autores se refieran a ella como una *neofeudalización* del derecho.

#### **4.4 Caracterización general de la nueva producción jurídica transnacional**

##### **a) Pluralidad jurídica neoconservadora**

Un organismo internacional semi-público, denominado Instituto para la Unificación del Derecho Privado, produjo los principios más importantes que norman y sirven para la interpretación de las transacciones comerciales a nivel mundial. Su preponderante actividad legislativa y por el alcance de los efectos de su producción normativa, lo convierte en un *centro de producción jurídica transnacional*. Un organismo internacional privado, conocido como la Cámara Internacional de Comercio produjo las cláusulas que casi todo contrato comercial a nivel internacional debe incluir. Por su relevante actividad legislativa y por el alcance de los efectos de su producción normativa, lo convierte en un *centro de producción jurídica transnacional*.

Así, podríamos seguir aumentando la lista de nuevos centros de producción jurídica transnacional. Son centros que operan al margen del Estado-nación, pero cuya producción normativa en algún momento tendrá que entrecruzarse con un ordenamiento jurídico estatal específico, ya sea en situación de *tensión, conflicto, simple asimilación o asimilación conflictiva*.

Que exista una evidente multiplicación de centros de producción jurídica transnacional, plantea contundentemente el desplazamiento del pretendido monismo jurídico. Aquel principio anclado en la soberanía absoluta del Estado (sólo un soberano podría producir legítimamente el derecho válido) nos hacía creer en la existencia de un sólo sistema jurídico centralizado y

---

<sup>455</sup> Ver de este trabajo el punto 3.2 *Diferentes tipos de normas jurídicas producidas por los agentes y actores de la globalización económica*.

jerarquizado desde el Estado-nación. No obstante que desde siempre recibió duras críticas que provenían desde diferentes perspectivas, tales como el deconstructivismo, los estudios coloniales y poscoloniales, la antropología, los estudios críticos del derecho, fue desde el modelo de análisis del pluralismo jurídico que tuvo en todo momento sus más fuertes críticas por considerarlo sólo una ilusión, un mito; por tratar de nulificar e ignorar todo sistema jurídico autónomo o independiente del Estado, emanado o construido al margen de él. El hecho de que se haya considerado al derecho estatal como el “derecho” por excelencia, oscureció y restó importancia a los demás derechos<sup>456</sup>; pero ignorarlos u opacarlos, no logró, en todos los casos – aunque lo haya intentado-, eliminarlos.

El modelo de análisis tradicional del pluralismo jurídico ubica dos tipos de éste; por un lado, el pluralismo jurídico clásico, que se concentra en el estudio de las relaciones entre derecho europeo y derecho autóctono; relaciones que se establecen o establecieron en naciones que vivieron o han vivido la colonización; y por el otro lado, el llamado *nuevo pluralismo jurídico*, cuyo enfoque se concentra en revisar las relaciones entre la pluralidad de ordenamientos jurídicos que existen dentro de los estados industriales y postindustriales<sup>457</sup>. En esa clasificación, forzadamente podríamos ubicar al pluralismo jurídico que en este trabajo hemos tratado de describir, el de perfil transnacional o también conocido como pluralismo jurídico global. Sin embargo, no queda clara en dicha clasificación si las relaciones entre la pluralidad de ordenamientos jurídicos en las que concentra su análisis, se trata sólo de aquéllas generadas al interior de los estados industriales y

---

<sup>456</sup> Así lo hace notar Boaventura de Sousa Santos, en *La globalización del derecho, op. cit.*, su trabajo más sobresaliente sobre pluralismo jurídico.

<sup>457</sup> “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” (estudio preliminar), Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, en *Pluralismo jurídico, op. cit.*, p. 22. Por su parte, en un esfuerzo de clasificación detallada del tipo de pluralismos jurídicos que se pueden observar, Germán Palacio establece la posibilidad de ubicar cinco: a) el pluralismo que se genera en sociedades que viven en una situación colonial, b) pluralismo que se presenta dentro de la “formación social capitalista”, c) pluralismo en sociedades con presencia de varias etnias o pueblos y que viven bajo la ficción real de convivir en un territorio nacional, d) pluralismo observado en sociedades cuya complejidad permite la coexistencia de submundos y/o subculturas (luchas sociales) y e) pluralismo en periodo de transición o como articulación de diferentes tipos de sociedades o de diversas fases (transición de las relaciones capitalistas). En esta clasificación, el tipo e) de pluralismo jurídico, es en el nosotros podríamos incluir de forma más aproximada al pluralismo jurídico de perfil global o transnacional.

postindustriales, lo cual implicaría la co-existencia de sistemas jurídicos infraestatales o, si también incluyen, en su análisis, la convivencia de diversos sistemas jurídicos generados en una esfera supraestatal.

No obstante que el pluralismo jurídico como modelo de análisis, en sus estudios originarios concentró sus análisis en la descripción de los fenómenos jurídicos sobre todo, al interior del Estado, cada vez hay más estudios de avanzada que describen el fenómeno de pluralismo jurídico de perfil global<sup>458</sup>, es decir, aquél que se desarrolla en un espacio transnacional, más allá del Estado-nación y no exclusivamente en los organismos e instituciones diseñados en el marco del derecho internacional público. En este sentido, Santos plantea que estamos entrando en un tercer período del debate sobre pluralismo jurídico; en el primer período el pluralismo jurídico se concentró en el contexto colonial y poscolonial y, en el segundo, se enfocó al pluralismo jurídico de las sociedades capitalistas modernas. Este tercer período se distinguiría de los anteriores, en que el debate pone el énfasis no en los ordenamientos jurídicos locales, infraestatales coexistentes en un mismo espacio y tiempo nacional, sino en los ordenamientos jurídicos supraestatales, transnacionales que coexisten con el Estado y los ordenamientos jurídicos infraestatales<sup>459</sup>.

Desde los primeros estudios sobre pluralismo jurídico, éste supuso una propuesta visibilizadora de fenómenos jurídicos que el Estado pretendió suprimir, ignorar e incluso atacar, sobre todo, a su interior. Esto pareció otorgarle un carácter positivo que se reflejaba como una virtud del modelo, en los estudios jurídicos realizados al respecto. Era verdad que ponía al descubierto la visión reduccionista del derecho que terminó de confeccionar el positivismo jurídico; proponía una forma mucho más inclusiva y visibilizadora del derecho, podríamos decir que mostraba una preocupación por la otredad del derecho moderno. Pero la apreciación anterior formó parte de un debate mal planteado o al menos, falso, al decir de Santos: el pluralismo jurídico no es intrínsecamente “bueno” o emancipatorio. El error ha provenido –según este autor-, en un primer término, de que el nombre de “pluralismo jurídico” tiene una connotación normativa, pues todo aquello que

---

<sup>458</sup> Snyder y Sousa Santos, entre otros.

<sup>459</sup> *Ibidem*, p.

es llamado “pluralista” puede entenderse como bueno, por ser plural, por connotar una especie de inclusión o de visibilización de muchos, al contrario de aquello que “no es pluralista”, pues puede indicar mínima inclusión o una visión única. Para Santos, ésta es la más importante fuente de error y por lo tanto, defiende que debe ser evitada<sup>460</sup>. Compartimos esta postura, referirse a “pluralismo jurídico” no nos asegura una virtud inherente, nos sirve, eso sí, para explicar más ampliamente el fenómeno jurídico contemporáneo, pero eso no quiere decir que lo que se logre describir en torno a la realidad jurídica, sea “bueno” *per se* y, por lo tanto pueda gozar de una función prescriptiva. Sin embargo, conviene hacer una precisión entre, 1) “pluralismo jurídico” como modelo teórico que estudia al derecho y 2) “pluralismo jurídico” como descripción de fenómenos jurídicos. Es el pluralismo jurídico como modelo teórico, el que no admite adjetivos de bueno o malo, es sencillamente un marco de análisis, más o menos adecuado según se aprecie y defienda, que explica e interpreta una realidad, la realidad jurídica, con metodología propia. Respecto al pluralismo jurídico como descripción de hechos, es decir, como una verificación de la co-existencia de varios ordenamientos jurídicos operando en un mismo espacio geográfico y temporal específicos, puede admitir adjetivos, en tanto se trate de análisis de pluralismos específicos y se justifique su valoración. Admitir la valoración en este punto, puede contribuir a descubrir la naturaleza y la forma de operar de los distintos pluralismos jurídicos; al mismo tiempo, esta admisión nos obliga a avanzar en la construcción de criterios que clarifiquen lo “emancipatorio” y lo “despótico” en los pluralismos jurídicos estudiados.

Así, podemos encontrar tanto pluralismo jurídico emancipador, como pluralismo jurídico reaccionario o conservador; pluralismo jurídico infraestatal emancipador o reaccionario; pluralismo jurídico supranacional emancipador o

---

<sup>460</sup> Por ello este autor, prefiere referirse a “pluralidad de ordenamientos jurídicos”, en lugar de pluralismo jurídico cuando se trate de referirse al tema que ha sido asociado tradicionalmente con dicha expresión. Por su parte, la acepción de “pluralidad” que maneja el Diccionario de la Lengua Española refiere que es “multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas” y “cualidad de ser más de uno”, esto es, para el caso de la expresión “pluralismo jurídico”, nos estamos refiriendo exclusivamente a la existencia de varios ordenamientos jurídicos y normatividades operando en el mismo espacio y lugar.

despótico<sup>461</sup>. Optamos por referirnos exclusivamente con el adjetivo de “despótico” –dejando de lado el adjetivo “reaccionario” por considerarlo una expresión más imprecisa- al pluralismo jurídico que: 1) observe instancias legisladoras y procesos de construcción poco transparentes y/o excluyentes, 2) con pocos o nulos mecanismos de representatividad de los que padecerán también sus efectos (grado de representatividad), 3) sus operadores abusan de su poder (ausencia de control político de las decisiones). Estos criterios que proponemos para calificar o no de despótico algún pluralismo jurídico específico, no pretenden ser limitativos, por el contrario, lo ideal es que futuros estudios incorporen criterios tendientes a fortalecer esta propuesta inicial.

Afirmamos a partir de los criterios anteriores, que el pluralismo jurídico emanado de los centros económicos de producción jurídica transnacional, es de carácter supranacional despótico. Más adelante expondremos nuestra justificación. Antes de ello, empezaremos por explicar su contexto de aparición.

Siguiendo un interesante trabajo sobre pluralismo jurídico en las sociedades postindustriales y, sobre todo, su relación causal con el postfordismo, se elabora una explicación que se inscribe en el marco teórico de los regulacionistas. Se trata del trabajo del colombiano Germán Palacio, en el que afirma que el tipo de Derecho que prevaleció en el Estado con modelo fordista<sup>462</sup>, fue el derecho intervencionista, de racionalidad técnico-jurídica, la

---

<sup>461</sup> Respecto al carácter despótico o democrático de un ordenamiento Santos nos explica lo siguiente: “El valor despótico o democrático de los ordenamientos jurídicos específicos varía mucho en la configuración jurídica de una sociedad determinada. Esa variación puede estar relacionada en diversas formas con la posición del país en el sistema mundial y con la historicidad específica de la construcción o transformación del Estado”; por ello es que Santos rechaza que exista una razón intrínseca para considerar que el derecho estatal sea menos despótico o menos democrático que el derecho no estatal; encontraremos ordenamientos jurídicos no estatales más despóticos que el ordenamiento estatal, dependiendo del país en el que operen. Por otro lado, en esta configuración de pluralismo jurídico despótico, es necesario partir de una concepción de democracia, para ello, seguimos al mismo autor, quien explica la democracia a partir de la democratización que suponga procesos de transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida. Ver *La globalización del derecho*, *ibidem*, pp. 34-35.

<sup>462</sup> Los regulacionistas ubican el modelo fordista-keynesiano como patrón de acumulación de capital.



misma que desplazó a la de tipo contractual<sup>463</sup>. Al iniciarse la crisis del modelo fordista en los años setenta, periodo al que algunos autores llaman “régimen de acumulación por especialización flexible” (Harvey, Hirst, Zeitlin), se producen múltiples formas de producción que desplazan al Estado como el “gran regulador” por antonomasia. En ese desplazamiento se inscribe también el del derecho del Estado. Es esta potencialización de la dispersión productiva, la que el autor establece como condición de posibilidad del pluralismo jurídico –contemporáneo, precisamos- y que es, a su vez, el reflejo de una dispersión jurídica<sup>464</sup> que nosotros decimos, se multiplica tantas veces como centros de decisión política transnacional aparecen en la escena global. Debido a esa multiplicación de espacios de poder político y económico con impacto a escala global y capacidad de regulación jurídica, coexisten sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico y temporal, los cuales responden a distintas racionalidades<sup>465</sup>. Esa es la afirmación de Santos, quien pone de relieve que hay varios tipos de derecho que coexisten y no operan uniformemente sobre la base de una misma racionalidad ni sobre los mismos espacios sociales. Estos distintos *derechos* operan articulados y jerarquizados, pero sin reflejar un criterio homogéneo de unión en todos los casos. Sin embargo, para este autor, sigue siendo el derecho del Estado el centro que articula los otros *derechos*<sup>466</sup>. Por nuestra parte, sobre esta afirmación asumiremos una postura más adelante, una vez que hayamos analizado los elementos estructurales y relacionales del pluralismo jurídico de

---

<sup>463</sup> “Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo”, en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 17, Bogotá, 2000, p. 154.

<sup>464</sup> Palacio abunda al respecto: “La acumulación por especialización flexible, al generar relaciones productivas y de trabajo heterogéneas, diversas, ad hoc, flexibles, permiten la explosión de distintos tipos de regulación que hacen que el Derecho formal estatal parezca un paquidermo en su intento de adecuarse a las nuevas situaciones. Si la flexibilidad es el signo del nuevo periodo, es también el sino del derecho de los nuevos tiempos”; más adelante, respecto a la globalización económica y los espacios que genera a nuevos actores y productores jurídicos, plantea: “Las tendencias a la globalización, es decir, a la reorganización global del capitalismo que en algunos casos desregula segmentos de la vida social mientras que en otros trata de re-regular o de regular a escala internacional, deja espacios abiertos a nuevas formas de funcionamiento jurídico: de allí el redescubrimiento del pluralismo jurídico”, ver “pp. 157, 169-170.

<sup>465</sup> Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>466</sup> Esta última aseveración de Santos, no la comparte German Palacio. Desde su perspectiva, es este motivo por el que el trabajo sobre “pluralismo jurídico” de Santos, no explica adecuadamente el fenómeno del pluralismo jurídico derivado del modelo de especialización flexible, porque sigue poniendo como centro articulador al Estado y su derecho.

perfil global, en el que se inscribe la producción jurídica de los centros económicos transnacionales.

Referirse al pluralismo jurídico global implica la coexistencia de sistemas u ordenamientos jurídicos configurados para operar globalmente; como modelo explicativo, el pluralismo jurídico de perfil global sirve para comprender el fenómeno de la multiplicidad de ámbitos que operan en la economía global con forma de red<sup>467</sup>. Esto quiere decir que los ámbitos participantes son distintos en su estructura institucional, pueden ser de naturaleza pública o privada, pueden basarse exclusivamente en el mercado o constituirse sobre una base política, mientras que otros nacen de convenciones o acuerdos. Para ejemplificar lo anterior, sirva el siguiente ejercicio breve, que presenta diversos ámbitos de estructura institucional diversa y que integran dicho pluralismo jurídico global:

- a) El Fondo Monetario Internacional, su estructura institucional es de naturaleza pública y se constituye sobre una base política.
- b) La Cámara de Comercio Internacional, tiene una estructura institucional proveniente del mercado y su naturaleza es privada.
- c) La Organización Mundial de Comercio, procede de un acuerdo (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio); es de naturaleza pública, pero su construcción no tiene exclusivamente una base política, pues también está basado en el mercado e intervienen importantes actores económicos en el desarrollo de sus actividades.

En este mínimo ejercicio sólo presentamos ámbitos del mencionado pluralismo jurídico global que están relacionados con el campo de estudio de este trabajo, en particular, con los que hemos denominado *centros económicos de producción jurídica transnacional*.

Estos centros económicos de producción jurídica transnacional, operan en forma de red. Esta morfología de operación nos permite introducir el concepto

---

<sup>467</sup> Ya hicimos referencia con detalle sobre las características de este modelo de pluralismo jurídico de perfil global siguiendo la propuesta del inglés Francis Snyder. Ver de este trabajo el acápite 3.3 *La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional*.

de autonomía en la caracterización de dichos centros. No son soberanos, porque la idea de soberanía pretende un poder de decisión absoluto, tal como se lo atribuyó sólo el Estado moderno; y, por sí solos, ninguno de los centros económicos de producción jurídica transnacional, posee tal capacidad de decisión absoluta. Poseen más bien autonomía, en tanto la autonomía se ubica como el mecanismo estructural y funcional de una pluralidad de ordenamientos jurídicos<sup>468</sup>. Grossi explica que entre autonomía y soberanía podemos encontrar una lógica oposición. La soberanía por una parte, provoca el aislamiento de su titular ya sea un individuo o un ente, quien dice prescindir de cualquier contribución proveniente del exterior; esto genera al máximo la separación del soberano de todo el resto: “La soberanía es un cemento que encierra al sujeto en una envoltura de singular compactibilidad e inatacabilidad, transformándolo en un universo aislado”<sup>469</sup>. Por su parte, la autonomía funciona diferente, se le explica como “una posición de relación”. Un ente es autónomo siempre con relación a otro, la autonomía tiene intrínseca una relación frente a otro o con relación a algo; “es autónomo como independencia relativa, no puede dejar de considerar un sujeto si no es en estrecha relación con otros, un sujeto que como consecuencia de este vínculo limita la esfera individual de otros individuos, o bien se ve limitado por éstos. La relatividad y la elasticidad son las características esenciales de la autonomía, así como lo absoluto lo es para la soberanía”<sup>470</sup>.

Los centros económicos de producción jurídica transnacional operan con esta característica, la de autonomía: autónomos entre sí, autónomos con relación a los Estados-nación. Su autonomía es relativa, pues no todos tienen el mismo grado de autonomía. Unos tienen más estrecha relación que otros; se

---

<sup>468</sup> Paolo Grossi nos recuerda que esta ubicación se la debemos a Santi Romano, el gran jurista italiano en su obra *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1953, citado en “Un derecho sin estado. Noción de autonomía como fundamento de la Constitución jurídica medieval”, en *Anuario Mexicano de Historia de Derecho*, IX, México, UNAM, 1997, p. 176.

<sup>469</sup> Este autor elabora esta distinción importante entre soberanía y autonomía, para explicar la constitución jurídica del orden medieval, por lo que él afirma que aquella se encuentra articulada por un tejido de autonomías, más que por un archipiélago de soberanías; sólo existe una única soberanía, la soberanía divina, “por debajo, el mundo jurídico medieval es y se mantiene como un mundo de autonomías”, *ibidem*, p. 177.

<sup>470</sup> *Ídem*.

ayudan o se limitan, dependerá de su posición en la red. Por ello nos sirven las características esenciales de la autonomía: la relatividad y la elasticidad, que son también las características de los centros económicos de producción jurídica transnacional.

Hasta aquí hemos dicho cómo opera este pluralismo jurídico de perfil global, concentrándonos en la revisión de los centros económicos de producción jurídica transnacional. Lo que sigue justificará por qué lo hemos calificado de pluralismo jurídico despótico. Así pues, en los siguientes párrafos nos referiremos a los centros económicos de producción jurídica transnacional, cuando también hagamos referencia, en lo general, a los múltiples centros de decisión política y económica emanados de los procesos de globalización económica.

## **b) Opacidad en la producción normativa**

Uno de los elementos para considerar despótico a un pluralismo jurídico específico es el alto grado de opacidad con el que se produce su normatividad, es decir, con un nivel bajo o muy insuficiente de transparencia en sus mecanismos de producción jurídica.

Los centros económicos de producción jurídica transnacional manejan un alto grado de opacidad en la gestación de su normatividad, por varias razones: a) muchas de sus instancias las desconocemos, b) si las conocemos, son de difícil acceso, a pesar de que pueden llegar a legislar aspectos de nuestro particular interés porque sus efectos nos alcanzan, c) no existen garantías claras con las que cualquier ciudadano puede protegerse de sus efectos jurídicos. Sobre dichas instancias legisladoras no hay control que proteja los intereses de la ciudadanía<sup>471</sup>.

---

<sup>471</sup> Julios-Campuzano, “Globalización y constitucionalismo...”, en *op. cit.*, p. 157. “De este modo, las estructuras de poder del sistema consuman la imposición coactiva de sus programas de política económica a los países menos desarrollados que se ven forzados a acatar los dictados de la gobernabilidad sistémica a partir de dos factores principales: 1) el escaso peso de estos países en la esfera internacional y su posibilidad extraordinariamente limitada de intervenir de forma relevante en los procesos decisorios supranacionales; 2) la ayuda económica de las instancias financieras globales, cuya concesión queda supeditada a la

La pluralidad jurídica global se caracteriza por ser sombría. La ciudadanía en el plano transnacional no participa en los procesos de formación del contenido normativo procedente de los centros de producción jurídica transnacional; y, una vez construido dicho contenido normativo, esa ciudadanía tampoco cuenta con una jurisdicción transnacional para exigir el respeto a sus intereses y derechos<sup>472</sup>.

Por ejemplo, si enfocamos el problema desde el nuevo modelo empresarial para desarrollar estrategias también nuevas, este control escapa de plano a las posibilidades regulatorias de los derechos estatales:

sus normas de carácter interno y sus acuerdos a nivel transnacional con otras corporaciones son, con frecuencia, inaccesibles a jurisdicción alguna de aliento estatal-internacional (...) Y podemos fácilmente intuir que desde las inaccesibles e incontrolables estructuras de poder de las corporaciones transnacionales se adoptan multitud de acuerdos que limitan fácticamente la capacidad de decisión de los ciudadanos de los países afectados (...) Esta compleja urdimbre jurídica informal distorsiona gravemente los procesos de producción jurídica en el que, de una u otra forma, las normas y acuerdos de las corporaciones transnacionales condicionan el margen de gobernabilidad de los Estados. De esta forma, el cambio radical en la dinámica de actuación del sistema de producción y de organización de los mercados a nivel planetario se constituye en un factor determinante de la crisis de las instituciones jurídicas del Estado-nación que se ven progresivamente desbordadas por las estructuras, mecanismos y procedimientos jurídicos surgidos en el ámbito de la economía global<sup>473</sup>.

En esa tesitura, la elaboración de las normas jurídicas que se enfocan en materias de tipo económico, monetario, financiero, industrial y comercial, en la cual concentra sus esfuerzos la red económica global (pues es en esas materias donde se localizan sus intereses), prevalecen elementos de opacidad.

En importantes organismos financieros y económicos transnacionales que operan a su vez, como centros económicos de producción jurídica, participan representantes de todos los países miembro, sin embargo, el peso específico

---

aceptación y desarrollo de los programas de ajuste económico elaborados por los burócratas del capitalismo transnacional”, *ibídem*, p. 153.

<sup>472</sup> *Ídem*.

<sup>473</sup> *Ibídem*, p. 155.

de cada uno de ellos en las decisiones que se asumen no es el mismo. Tal es el caso relevante de Estados Unidos en organismos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, constituyéndose en el país miembro que logra concentrar él solo un porcentaje de la votación en las decisiones, suficiente para ejercer capacidad de veto. No obstante lo anterior, esas decisiones tienen que asumirse por los demás países integrantes del organismo.

En alguna proporción sucede lo mismo en la Organización Mundial del Comercio, en la cual juegan un papel relevante tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional, cuya participación logra incidir en las decisiones que se toman. No así los países subdesarrollados, los que en las negociaciones para los acuerdos tienen un peso relativo, si no es que ínfimo. Esta situación deriva de la naturaleza propia de estos organismos: económica, financiera y comercial, en los cuales lo que prevalece es el criterio de fortaleza económica que cada país miembro posee en función de ello, será la influencia que tenga en las negociaciones, que al final serán decisiones que deberán adoptar todos los países miembro. Eso se explica en función de que las relaciones interestatales hoy más que nunca, están construidas sobre acuerdos de relación flagrantemente asimétricos.

### **c) Ilegitimidad en la producción jurídica y falta de control político**

Los centros de producción jurídica transnacional, como centros de decisión política y económica en la economía globalizada, buscan obtener su legitimidad, no en procesos democráticos de decisión, sino en la capacidad económica que tienen para influir en todos los ámbitos de los estados-nación, particularmente en sus políticas públicas. A decir de Francesco Galgano, la globalización económica ha socavado la simetría basada en que “la economía de mercado administra el acuerdo económico”, mientras que “la democracia administra el acuerdo político”; la globalización “en gran medida ha debilitado la función tradicional de la democracia, desplazando progresivamente a ámbitos transnacionales las sedes en las que se forman las decisiones que tocan sus destinos y sobre las que los ciudadanos de

cada Estado singular no pueden influir<sup>474</sup>. Se fortalece con esto, el “principio de mercado”, por encima del “principio de Estado”<sup>475</sup>: el mercado ordena al Estado cuáles deben ser sus prioridades, pero no se esclarecen quiénes serán los responsables cuando alguna medida adoptada en función de esas prioridades, arroje resultados negativos o catastróficos para las personas que viven en ese Estado.

Por su parte, las presiones que sufren los estados semi-periféricos y periféricos, son distintas de los estados centrales, pues estos últimos son los que más ejercen dicha presión sobre los primeros, para que adopten cambios en su sistema jurídico nacional o incorporen normatividad que emana de los centros de producción jurídica transnacional, como la OMC, el Banco Mundial, incluso la UNCITRAL (Comisión para las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) que ha sugerido en varias ocasiones que sus países miembros adopten normatividad construida en organismos privados<sup>476</sup> en los que no hay representatividad estatal, social o ciudadana, como la Cámara de Comercio Internacional.

Las decisiones en el interior de la mayoría de los centros económicos de producción transnacional no son ni democráticas –pues están proporcionalmente determinadas por criterios económicos- ni transparentes. Estas decisiones carecen del respaldo ciudadano y, aunque nominalmente participan representantes del Estado, se asumen decisiones sin que se lleven a cabo debates abiertos a los que se tenga fácil acceso. Sin embargo, las decisiones que ahí se toman, sí impactan en la esfera pública en la que se desenvuelve la sociedad en su conjunto, a tal grado que pueden llegar a condicionar el margen de gobernabilidad de los Estados<sup>477</sup>. En este tipo de

---

<sup>474</sup> *La globalización en el espejo del derecho*, capítulo séptimo “Globalización y legitimación”, op. cit., p. 211.

<sup>475</sup> Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho*, op. cit., p. 83.

<sup>476</sup> Ver acápite 3.3 de este trabajo.

<sup>477</sup> Alfonso Julios-Campuzano, *El paradigma jurídico de la globalización*, op. cit., p. 68. En otro texto, el mismo autor considera que, “además de una tupida red de mecanismos informales de decisión en la esfera económica supranacional, la globalización ha generado una constelación de foros, instancias y organismos económicos internacionales en los que, con la participación directa o indirecta de los Estados, se dictan pautas, se establecen medidas y se promulgan resoluciones que ordenan la actividad económica de los mercados en el ámbito intraestatal y en el contexto internacional, limitando así los márgenes de soberanía de los Estados en la definición de sus programas de política económica y asistencial. El efecto que esta catarata de decisiones supranacionales tiene sobre la soberanía estatal y,

procesos de toma de decisiones a nivel global, el ciudadano no tiene cabida; precisamente son procesos marcados por la incapacidad de los individuos de intervenir en ellos. En el marco de intensificación de la interdependencia transnacional de las relaciones económicas, la decisión democrática pierde frente a la ampliación de decisión unilateral de algún órgano del Estado (regularmente el presidente de cada país). Esto arroja una claridad respecto a las decisiones jurídicas en el plano transnacional: las decisiones jurídicas y políticas tomadas a más alto nivel, tienden a una menor representatividad respecto a su contenido.

Lo que origina lo anterior, es la marcada “fragmentación de la ciudadanía cuyos derechos de participación y decisión quedan formalmente incólumes pero fácticamente limitados y reducidos a la mera expresión de una voluntad electoral”<sup>478</sup>.

Por eso es que organismos como la OMC, el BM o las demás organizaciones, que tienen un carácter sectorial y operan como instrumentos de concertación de políticas de gobiernos nacionales, cuando alcanzan una concertación, no la realizan en nombre de una supuesta sociedad global, sino como entidades transnacionales. Así los ideales proclamados “por la democracia, fuertemente arraigados, deben rendirse frente a la consideración realista de que las reglas de la democracia afirmadas en el interior de los Estados nacionales no se pueden reproducir en el interior de la sociedad global”<sup>479</sup>.

En esa tesitura, la legitimidad de la normatividad de los diferentes centros de producción jurídica transnacional, pero sobre todo, de los centros que integran la llamada *lex mercatoria*, está basada no en mecanismos democráticos de decisión, sino en una legitimidad por eficiencia productiva

---

consiguientemente, sobre los derechos de ciudadanía, resulta devastador, toda vez que la posibilidad de maniobra de los poderes públicos ante los programas impuestos en los foros económicos internacionales queda mermada drásticamente por un conjunto de disposiciones férreas a las que los Estados han de someterse si quieren seguir contando con el apoyo financiero de esas instancias internacionales”, Julios-Campuzano, Alfonso, “Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita”, *op. cit.*, p. 153.

<sup>478</sup> Julios-Campuzano Alfonso, “Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita”, en *op. cit.*, p. 152. Este autor asegura que las reglas de la democracia afirmadas al interior de los Estados nacionales, son casi imposible de reproducir en el seno de una sociedad global.

<sup>479</sup> *Ibidem*, pp. 214-215.



que nada tiene qué ver con los tradicionales mecanismos de democracia formal, mucho menos sustantiva. Uno de los impactos más notables de esta *legitimidad basada en la eficiencia productiva*, es decir, aquella que es otorgada por la concentración de capital y de recursos productivos, es que esta legitimidad técnica obliga a que las políticas económicas de los Estados tengan que adaptarse a “las exigencias del mercado global si desean entrar en el circuito de la competitividad económica, cuyas reglas son dictadas por instancias de poder difusas”<sup>480</sup> y, cuyos titulares son sujetos privados anónimos para todos los efectos que resulten de sus actos.

Los procesos de producción normativa concentrados en instancias de poder difusas, erosionan los cauces de legitimación democrática que las normas jurídicas de los ordenamientos estatales habían construido con la finalidad de que los intereses generales fueran defendidos y representados en su proceso de elaboración, situación distante si lo comparamos con la opacidad que prevalece en la producción jurídica a escala transnacional. Por el contrario, en este tipo de normas creadas por sujetos privados transnacionales, domina su eficacia para la resolución de un caso concreto, sobre la consideración de su legitimidad<sup>481</sup>.

A nivel del máximo ordenamiento jurídico estatal, que es la Constitución política de cada nación, se observa una constitución aprisionada junto a la

---

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>481</sup> Alessandro Pizzorno, “El orden jurídico y estatal en la globalización”, en *La sociedad civil en la encrucijada. Los retos de la ciudadanía en un contexto global*, México, Miguel Ángel Porrúa/ITESM/Cámara de Diputados, 2005, p. 46. Este autor italiano, uno de los mayores estudiosos de sociología política europea, introduce la noción de clase pública-privada que compone junto a otras dos clases funcionales, (la clase política en estricto sentido y la clase procedente de las relaciones de intercambio en el sistema de mercado), el sistema de poder político económico de las democracias de mercado. Se trata de una clase intermedia que no recibe su poder a través de votos, pero tampoco su poder emana directamente del mercado: “lo recibe mediante el reconocimiento de los otros (...) Para entrar en esta clase, es necesario que alguien –que no es el pueblo como institución ni aquel que intercambia conmigo determinados bienes –me reconozca determinadas cualidades. Puede hacerlo o por juicio personal o haciendo referencia a títulos de estudio y otras formas de exámenes y concursos o porque sostiene que uno puede servirle para ciertos fines, pero no a través del intercambio de bienes o servicios, sino más bien por explícita o implícita reciprocidad (...) Del interior de esta clase, surgirán las personas que ocuparán las posiciones de control político de la economía. Desde el interior de esta clase, se juzgan las decisiones políticas y se proponen las posibles alternativas (...) en la actividad de esta clase encontramos el origen de la producción normativa que tiende a sustituir tanto al nivel estatal como al nivel internacional (*lex mercatoria* y otras expresiones), la producción legislativa de talante pública”, *ibidem*, p. 50.

cual emerge un paradigma jurídico global al que se le escapa la forma de controlar eficazmente los procesos económicos:

la regulación de los mercados se aleja del ámbito público estatal y se desplaza hacia ámbitos privados inaccesibles a un control democrático. Emerge así, un constitucionalismo mercantil global cuya esencia es principalmente desreguladora; un constitucionalismo de los grandes intereses económicos transnacionales que es, por su propia esencia, anticonstitucional, pues trata de evadirse a todo control y de blindarse contra toda intervención. De esta suerte, la constitución económica del mercado global brota desde la más pura expresión de los intereses privados a nivel transnacional, incidiendo directamente en los procesos regulatorios de los Estados. Estas interacciones sitúan al paradigma jurídico constitucional en una difícil y a la vez falsa dicotomía: la de ignorar esos procesos regulatorios que trascienden su propio ámbito territorial pero que determinan la aplicabilidad del texto constitucional a riesgo de perder eficacia, o la de someterse a esos nuevos condicionamientos socio-jurídicos de carácter *inter-trans*-nacional e *infra*-estatal para seguir manteniendo un mínimo de cohesión interna del ordenamiento y una razonable pretensión de eficacia normativa. Claro que la opción por esta segunda alternativa no es gratuita, puesto que su articulación normativa exige el recurso a una serie de técnicas jurídicas exentas de costo en la preservación de la autonomía del poder político.

De este modo el texto constitucional debilita los niveles de tutela jurídica para ciertas clases de derechos (aquellos que se vinculan al Estado-providencia por su carácter prestacional) e incrementa el número de normas programáticas cuya articulación intraordinamental resulta imposible de acuerdo con las exigencias del sistema técnico-productivo, lo cual se traduce en una privación de mecanismos de protección jurisdiccional y de defensa ciudadana de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en solemnes proclamas constitucionales<sup>482</sup>.

Por eso es que estamos en presencia de un derecho que se produce por sus mismos operadores, al margen de la mediación que el Estado proveía, una mediación política que significaba una –aunque conflictiva– defensa del interés general; sin esa mediación política, el contenido de ese derecho en el que sólo se ven eficazmente representados los intereses de esos operadores jurídicos, los económicos y privados por ejemplo, se impone a la colectividad en nombre de una clase social<sup>483</sup>. De ahí el carácter despótico de este pluralismo jurídico transnacional.

---

<sup>482</sup> Julios-Campuzano, *op. cit.*, pp. 158-159.

<sup>483</sup> Adrián Rentería, Díaz, “Nueva *lex mercatoria* y globalización”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 203.

#### 4.5 Los derechos sociales frente a su desmantelamiento: del papel de los derechos sociales a los derechos sociales de papel

Uno de los mayores impactos que está causando el pluralismo jurídico transnacional de carácter despótico, es el progresivo vaciamiento normativo de los derechos sociales. El retroceso en la materialización de estos derechos ubicados por la teoría como *derechos sustanciales* o *inales*, tiene además, otra importante implicación negativa: la afectación a la democracia en su dimensión sustancial, en tanto los derechos sociales suponen un vínculo y una legitimación al contenido o a la sustancia de las decisiones del poder político<sup>484</sup>.

Antes de desarrollar una explicación más puntual en torno a la afectación de los derechos sociales por parte de este tipo de pluralidad jurídica, abordaremos brevemente la concepción de los derechos sociales y las críticas justificadas que ha recibido su elaboración teórica tradicional.

Un derecho social, por lo general, se identifica como una expectativa, como una posibilidad de satisfacer necesidades básicas. Trabajo, salud, vivienda, seguridad social y educación, son ámbitos o bienes jurídicos que los derechos sociales protegen por excelencia. Cuando estos derechos son reconocidos por constituciones o tratados internacionales, ello implicará obligaciones positivas y negativas, un hacer y un no hacer, por parte del poder público e incluso, por los particulares<sup>485</sup>. Tradicionalmente los derechos

---

<sup>484</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. Le ley del más débil*, quinta edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 104. El connotado teórico italiano, agrega que los derechos civiles y políticos, los cuales forman parte de los derechos-poderes o derechos de autonomía, corresponden a otra fuente de legitimación del sistema político, la que corresponde a una dimensión formal de la democracia: los derechos civiles y políticos son derechos formales o instrumentales, en cuanto que permiten fundar y legitimar las formas, es decir, el quién y el cómo de las decisiones, tanto en la esfera privada del mercado como en la pública de la democracia política o “formal”.

<sup>485</sup> Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 11. El autor nos recuerda que la expresión “derechos sociales”, pertenece al ámbito de la filosofía política y jurídica, también al ámbito del derecho constitucional; mientras que desde el ámbito del derecho internacional, es más común hablar de “derechos económicos, sociales y culturales”, aunque hagan con ello referencia al mismo contenido que la expresión compacta de “derechos sociales”. Cuatro son las tesis que se han reforzado erróneamente en torno a los derechos sociales, constituyéndose en el “sentido común” dominante (con el que se forman los operadores jurídicos y políticos, incluyendo a los grupos sociales que propugnan por ellos) y que Pisarello se encarga de rebatir en toda esta

sociales han sido catalogados como *derechos* con estructura de cláusulas *programáticas* o como principios rectores que un Estado se compromete a llevar a cabo. A los estados que elevaron estos derechos a rango constitucional o que les dieron preeminencia en sus leyes y políticas públicas, se les reconoce como *Estado social de derecho*<sup>486</sup>.

Esa concepción de los derechos sociales, sólo como principios rectores o cláusulas programáticas, ha pretendido restarles fuerza normativa. En un loable esfuerzo de reconstrucción teórica sobre los derechos sociales,

---

obra: 1) La primera, es una tesis histórica, que establece una aparición cronológica de los derechos. Los derechos sociales serían conforme a ella, derechos de segunda o tercera generación, posteriores a los derechos civiles y políticos. Esta percepción de los derechos sociales supone que donde los derechos sociales no se hubieran materializado, bastaría con confiar en el inexorable impulso de la evolución histórica, de la lógica garantista o del crecimiento económico para que ello ocurra en algún momento; 2) ésta es una tesis de carácter normativo, planteada desde la filosofía de los derechos. Supone que el fundamento inmediato de los derechos civiles y políticos sería el principio de dignidad de la persona, mientras que en el caso de los derechos sociales, su vínculo es indirecto, lo cual justificaría la protección y tutela disminuida de los mismos: “Los derechos civiles y políticos serían, ante todo, derechos de libertad, y contribuirían, entre otras cuestiones, a preservar la seguridad personal y la diversidad política y cultural de la sociedad. Los derechos sociales, por el contrario, estarían conectados, de manera fundamental, con el principio de igualdad, y su satisfacción tendría que ver, sobre todo, con la protección de la homogeneidad social. Escoger entre unos u otros derechos equivale a pronunciarse de manera prioritaria por algunos de los valores en juego: igualdad o seguridad; igualdad o libertad; igualdad o diversidad”; 3) esta tesis de orden teórico, sostiene que entre un tipo de derechos y otro media una diferenciación estructural tajante que impide asignarles mecanismos similares de protección. Al contrario de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, los derechos sociales tendrían genéticamente -el de ser derechos prestacionales, caros, de indeterminada configuración y de incidencia colectiva- la dificultad que de origen impide cristalizar su efectiva tutela; 4) esta cuarta tesis se presenta como una síntesis de las anteriores, desde el plano de la dogmática jurídica, es decir, en la manera en que los ordenamientos jurídicos recogen y tutelan los derechos en cuestión. Los argumentos que plantean van en este sentido: “Si los derechos sociales son derechos secundarios en el plano axiológico y presentan, en el plano teórico, una estructura totalmente diferenciada de la de los ‘clásicos’ derechos civiles y políticos, es lógico que la mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos les haya dispensado una protección menor”; así los derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles, sino simples principios programáticos cuya operatividad quedaría supeditada a la libre configuración del legislador en turno. *Ibidem*, pp. 14-15.

<sup>486</sup> Por su parte, debido al papel central que desempeñan las políticas públicas de orientación social, se pueden ubicar como *Estados sociales*, tanto a los estados reformistas dentro del capitalismo (denominados también como Estado de Bienestar o Estado providencia, cuyo desarrollo se presentó en el periodo de entreguerras en Europa y Estados Unidos, sobre todo), así como a los surgidos del “socialismo real”. Ambos Estados sociales, son Estados intervencionistas. No obstante la aclaración anterior, el abordaje de los derechos sociales en este apartado, se hace pensando en los estados del bienestar y los estados sociales (más estrictamente “asistencialistas”) periféricos, en la medida que incorporaron este tipo de derechos en sus constituciones o leyes. Sobre las características generales y las formas jurídicas que adoptó el Estado del Bienestar, nos referimos ya en el apartado 1.2.2 *Segundo momento: El Estado social de Derecho* de este trabajo.

Gerardo Pisarello argumenta que en la concepción dominante sobre ellos, prevalecen mitos y prejuicios que han entorpecido su evolución garantista<sup>487</sup>. La limitada protección de los derechos sociales y la idea de que no pueden ser exigidos y garantizados jurisdiccionalmente, también es producto de esa concepción errónea, la cual ante el momento de crisis que viven los estados sociales por la globalización económica neoliberal, se ha reforzado<sup>488</sup>. Esta miope concepción sobre los derechos sociales, forma parte del resultado que ha arrojado el uso de la teoría de los derechos en función legislativa, que asume como ausencia de derechos, lo que el legislador omitió incorporar al ordenamiento jurídico, con la técnica jurídica clásica de garantía para su protección y exigencia ante las instancias jurisdiccionales; como nos dice Ferrajoli, esta omisión del legislador, en lugar de identificarse con una laguna que el ordenamiento tiene el deber de llenar, se confunde con la ausencia de los derechos mismos<sup>489</sup>.

Con la idea de replantear la noción distorsionada que ha dominado sobre los derechos sociales, Pisarello propone una reconstrucción teórica, que incorpore una doble perspectiva: 1) desde un punto de vista garantista y 2) desde una perspectiva democrático participativa o democrático deliberativa.

Desde el punto de vista garantista, parte de la constatación de que si bien el derecho suele expresar el interés de los sujetos más fuertes, también puede operar como un instrumento al servicio de los sujetos más débiles. Esta perspectiva se inscribe en el constitucionalismo contemporáneo, “cuya lógica interna propugna, como condición para la ampliación de la libertad, la limitación y vinculación de todo poder, sea éste público o privado. Sin

---

<sup>487</sup> *Los derechos sociales y sus garantías...*, *op. cit.* Gerardo Pisarello, V. Abramovich, Christian Courtis y M.J. Añón, son algunos de los más destacados juristas que han emprendido un camino de reconstrucción teórica de los derechos sociales, orientado, en lo fundamental, a demostrar tanto su exigibilidad como lo factible de su justiciabilidad. No habría que soslayar que esta propuesta toma como importante punto de partida, la tesis de los derechos fundamentales desarrollada por Luigi Ferrajoli. Ver de los autores, por ejemplo, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004; V. Abramovich, M.J. Añón (eds.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, entre otros.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>489</sup> Al final y distorsionadamente, “las lagunas de garantía, o su imperfección y más aún su violación, en lugar de encontrar en la teoría un instrumento de análisis crítico, acaban siendo ignoradas y, en la práctica, de forma *realista*, avaladas”. Ver, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 108.

asegurar por sí sola esta lógica garantista la automática satisfacción de los derechos, sí posibilita la articulación de un discurso crítico, jurídico además de político, capaz de deslegitimar las múltiples formas de poder arbitrario que, en diferentes escalas, bloquean la posibilidad de asegurar a las generaciones presentes y futuras la satisfacción de sus necesidades básicas y, con ello, el goce de su libertad”<sup>490</sup>.

La segunda perspectiva inscribe la garantía de los derechos en un proceso de democratización permanente, desde las instituciones como desde las organizaciones sociales o, en general, desde la esfera no institucional. Con esto se pondría a escrutinio público y contante, la información, la publicidad, así como la justificación argumental de cada decisión de las instituciones gubernamentales. En este examen permanente al actuar gubernamental, se incluiría la evaluación de los mecanismos a través de los cuales se incorpora la expresión de los grupos sociales más desaventajados<sup>491</sup>. Mejores garantías y más democracia, en suma, serían dos elementos centrales en la tarea de reconstrucción del estatuto jurídico y político de los derechos sociales que el autor propone, pues “de su adecuada articulación teórica y práctica depende, en buena medida, la remoción de los obstáculos materiales y la superación de los prejuicios ideológicos que explican su debilitada posición en la mayoría de ordenamientos actuales”<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> Pisarello, *ibídem*, p. 17.

<sup>491</sup> *Idem*.

<sup>492</sup> *Ibídem*, p. 18. Esta propuesta de articulación teórica adecuada, pasa, según lo propuesto por el profesor argentino de la Universidad de Barcelona, por refutar las cuatro tesis señaladas en la nota 481. A decir del autor: 1) Tesis histórica, que propone una clasificación ligada a generaciones de derechos, en la que los derechos sociales pertenecerían a la segunda generación después de los derechos civiles y políticos, alienta una historia formalista de los derechos, que no expone sus incumplimientos, retrocesos, incumplimientos discriminatorios o cumplimientos excluyentes; por el contrario, lo que no dice esta tesis, es que “las historias” de los derechos sociales son el resultado de conflictos, por la eliminación de privilegios y la transferencia de recursos y de poder de unos grupos sociales a otros. 2) Tesis normativa o filosófica, la que coloca a los derechos sociales en una posición axiológicamente subalterna a los derechos civiles y políticos; por el contrario, la tesis de refutación del autor, consiste en que todos los derechos fundamentales son derechos indivisibles e interdependientes, todos ellos susceptibles de fundamentación común: igual dignidad, igual libertad, igual seguridad, igual diversidad para todas las personas, sin que se excluya la posibilidad de conflictos entre derechos, que podrá resolverse con la técnica de ponderación, según sea el caso. 3) Tesis teórica, que consiste en ubicar a los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos: mientras los derechos civiles y políticos se consideran negativos, no costosos y de fácil protección, los derechos sociales, por su parte, son ubicados como derechos onerosos, de necesaria intervención del Estado para su

Pero además, de tener una formulación teórica deficiente, que los ha colocado en desventaja respecto a los derechos civiles y políticos, los derechos sociales asumidos como derechos a prestaciones públicas positivas (trabajo, salud, educación, seguridad social, entre otros), están unidos a la suerte del Estado social.

Desde finales de los años setenta, el Estado social ha sido puesto en cuestión, una serie de factores influyeron en ello: desde las propias contradicciones que suponía la multiplicación de sus demandas sociales que requerían erogación de recursos frente al carácter capitalista de acumulación, esto provocó la llamada crisis fiscal del Estado con la que se abrió el mayor frente de batalla contra el Estado social. Esta crisis inauguró otra: la del “pacto fordista-keynesiano” en el que estaba asentado. En el marco de ese rompimiento y la intensificación de la globalización económica, los derechos sociales se han visto severamente afectados en sus propósitos.

Aunada a esa especie de “minoría de edad”<sup>493</sup> en la que se ha tratado de mantener a los derechos sociales, actualmente sufren una vulneración mayor, en virtud de la caracterización que siempre los ha acompañado: son derechos que se vulneran, sobre todo, por las desigualdades de poder que

---

materialización y condicionados por la disponibilidad de recursos económicos. Frente a esta tesis, Pisarello sostiene que los derechos civiles y políticos sí pueden observar una dimensión distributiva, tal como lo muestra, por ejemplo, con el derecho a la libertad de expresión, el cual exige regulación que evite los monopolios y garantice el pluralismo informativo, así como la habilitación de centros culturales y plazas públicas, subvención de publicaciones, entre otros. Por otro lado, los derechos sociales también implican una dimensión no sólo prestacional, sino de abstención por parte del Estado, como el derecho a la vivienda desde la perspectiva de que el Estado respete el derecho a no ser desalojados arbitrariamente. 4) Tesis dogmática, sobre los derechos sociales como derechos de tutela debilitada frente a los derechos civiles y políticos; la concepción común de este planteamiento es que los derechos sociales no son derechos fundamentales y esto deriva en que no cuenten con mecanismos o garantías de protección tal como los que tienen los derechos civiles y políticos; pero ante ello, el autor defiende que los derechos sociales son tan fundamentales como los derechos civiles y políticos, en la medida que son reconocidos con las constituciones y tratados internacionales y, por lo tanto, pueden gozar de los mecanismos de tutela asignados a los derechos civiles y políticos, incluyendo por supuesto, los jurisdiccionales.

<sup>493</sup> Sus “hermanos mayores”, otros derechos fundamentales como los civiles y políticos, sí han tenido todo el aval teórico tradicional que ha construido y ha llevado a los ordenamientos jurídicos positivos, las garantías jurídicas propicias para hacerlos efectivos ante tribunales, es decir, para hacerlos justiciables. Mientras que los derechos sociales han sido limitados en su justiciabilidad, producto de una distorsionada e ideológicamente manipulada construcción teórica y jurídica, que por supuesto, se ha visto materializada en los ordenamientos jurídicos positivos. Como hemos revisado, en los últimos años se ha iniciado una reconstrucción teórica y garantista en torno a su estatuto jurídico-político.

padecen las sociedades<sup>494</sup>. Entre más sea la desigualdad de poder que existe en una sociedad determinada (tiempo/espacio), más vulnerados serán los derechos sociales; pero con la emergencia de nuevos centros de producción jurídica transnacional, los cuales representan intereses muy concretos de grupos económicos cuyo poder tiene efectos globales sin igual, no sólo los derechos sociales se están viendo afectados, también se está violentando, en su conjunto, el contenido normativo que supone la configuración clásica de Estado de derecho. El vaciamiento del derecho público que se ve reflejado en la pérdida de centralidad de la ley como una de sus categorías básicas en los ordenamientos jurídicos así como el papel protagonista que están asumiendo los tribunales en cuestiones políticas relevantes debido al ineficaz funcionamiento para resolver conflictos de las instancias democrático-representativas como los parlamentos, son algunas de las manifestaciones de una fuerte crisis también del Estado de derecho<sup>495</sup>. También caracterizados como los derechos de los sujetos más débiles, los derechos sociales en el contexto de la globalización económica, se enfrentan a un derecho emergente cada vez más protagonista; es el *derecho de los más fuertes*, el derecho que se produce en los poderosos centros de decisión política y jurídica (OMC, FMI, BM, OCDE, CCI, UNIDROIT, entre otros)<sup>496</sup>. Es esta la desigualdad de poder, la más representativa de las sociedades arrastradas por una globalización hegemónica que reproduce y acentúa la disparidad de poder que tienen unos y otros grupos sociales. Aquéllos que tienen mayor capacidad de influencia económica a nivel global, tendrán la balanza de poder de su parte; podrán influir en las políticas públicas que los Estados implementan, en las cuales los derechos sociales se incorporan en

---

<sup>494</sup> Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales... op. cit.*, p. 16.

<sup>495</sup> Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso: estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del estado social, op. cit.*, pp. 232-235.

<sup>496</sup> Debemos precisar que la *lex mercatoria* está incluida en este tipo de centros de producción jurídica transnacional, pero no hemos querido referirnos a ella en forma exclusiva –tal como lo hacen otros autores–, como la que está afectando a los derechos sociales, pues hablar de múltiples centros económicos de producción jurídica transnacional incorpora otros centros que no necesariamente están participando, de manera directa, en la configuración y dinámica de la nueva ley de los negocios comerciales de orden internacional, más conocida como la referida nueva *lex mercatoria*: “la ley propia del capital global”, tal como la refiere Sousa Santos en *La globalización del derecho, op. cit.*, p. 104.



expresión mínima, debido a las exigencias de los grupos de poder económico global dominados por el “principio de mercado”.

Al romperse el pacto fordista-keynesiano que representaba el relativo equilibrio entre capital y trabajo que había logrado mantener la legitimidad del Estado social, ha reconfigurado las actuaciones de ese tipo de Estado, permitiendo que opere con toda libertad de la ley de la oferta y la demanda<sup>497</sup>.

Atrás ha ido quedando la concepción de los derechos sociales como instrumentos de desmercantilización, propuesta por Karl Polanyi en *La gran transformación*<sup>498</sup>. Contrario al objetivo que persiguen los derechos sociales, que protegen bienes considerados indisponibles para el mercado, la lógica de la globalización de políticas económicas neoliberales, es precisamente mercantilizarlos. Los derechos sociales pasan a ser susceptibles de negociación con los centros económicos de producción jurídica transnacional o incluso son ignorados; derechos que antaño estaban indisponibles para el mercado, ahora son negociables. Si hacemos visible la correlación de poder que existe entre las “partes negociantes”, es decir, los centros económicos de producción jurídica transnacional cuyos intereses son privados y de orden económico y la otra parte, son grupos sociales cuyos intereses son colectivos, y cuya representatividad en la negociación, está prácticamente, ausente. Se trata por lo tanto, de una negociación nulificada por la falta real de una de las partes. Por eso es que el papel central de intervención en toda negociación que tenía el Estado que ha ido abandonando paulatinamente en las últimas décadas, trae consecuencias negativas para quienes no se hallan representados como participantes en los diversos centros de decisión política y jurídica, que se ven reflejadas por ejemplo, “en la imposición de condiciones

---

<sup>497</sup> *Contra el consenso...*, *op. cit.*, p. 233.

<sup>498</sup> Karl Polanyi, *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, segunda edición en español, prólogo de Joseph E. Stiglitz, introducción de Fred Block, México, FCE, 2003. Según Fred Block, en su estudio introductorio sobre este clásico de la economía política, para Polanyi “el mayor defecto del liberalismo del mercado es que subordina los propósitos humanos a la lógica de un impersonal mecanismo de mercado”; por el contrario, Polanyi sostiene “que los seres humanos debemos usar los instrumentos de un gobierno democrático para controlar y dirigir la economía con el fin de satisfacer nuestras necesidades individuales y colectivas. Polanyi demuestra que la decisión de no aceptar este reto produjo enormes sufrimientos el siglo pasado. Su profecía para el nuevo no puede ser más clara”, *ibídem*, p. 41.

cada vez más exigentes a los más débiles desde el punto de vista  
negocial”<sup>499</sup>.

Por ello, tiene mucha pertinencia lo que nos dice Capella, de que en la  
práctica los derechos sociales quedan reducidos a derechos de papel –  
cuando no los suprimen absolutamente hasta en el discurso de las  
constituciones políticas-, a simples derechos nominales que van  
encaminados sólo a legitimar el sistema o en otros casos, su limitación es tal  
que su contenido está en el límite de los mínimos impensados<sup>500</sup>.

De todos los derechos sociales clásicos, el derecho del trabajo que nació  
unido a la sociedad industrial y que se fortaleció con el auge de los Estados  
sociales (por la naturaleza de sus supuestos y objetivos), es el que mejor  
representa la crisis por la que atraviesan tanto el Estado social como los  
derechos sociales en su conjunto. Sobre cuatro pilares se construyeron los  
rasgos de identidad del derecho del trabajo: primer pilar, asentado en el  
Estado nacional; segundo pilar, el de la gran fábrica; tercer pilar, el de la  
plena ocupación y el cuarto, el de la representatividad general del trabajo  
mediante el sindicato<sup>501</sup>. Los cuatro pilares se encuentran en franco  
debilitamiento: el Estado nacional, ha dejado de ser el referente más  
influyente en los procesos económicos y políticos que determinan la  
orientación de las políticas públicas nacionales; la “gran fábrica” que influyó  
en el tipo de relaciones de trabajo que subyacían a la legislación laboral  
tradicional, ha sido desplazada por la asunción de la estructura de empleo  
del sector servicios o terciario o en general, por otras formas de empleo

---

<sup>499</sup> Saúl Sanz Burgos, “Notas sobre el derecho y el estado en la era de la globalización”, en  
*op. cit.*, p. 78.

<sup>500</sup> Juan R., Capella, *Fruta prohibida*, *op. cit.*, p. 207. Por su parte, a nivel constitucional,  
respecto a la incorporación de los derechos sociales existe una proclividad “a la indefinición  
mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados en muchos de sus preceptos e  
incorpora redacciones esencialmente abiertas de su articulado, cuya interpretación queda  
encomendada a la propia gobernabilidad funcional del sistema mediante el correspondiente  
desarrollo legislativo. Se hace entonces evidente la insuficiencia creciente del modelo político  
estatal y de su correspondiente estructura jurídica para seguir garantizando niveles aceptables  
de igualdad material y de justicia social: el contenido prestacional de los derechos queda así  
fuertemente condicionado por circunstancias externas y se reaviva el debate en torno a la  
naturaleza constitucional de estos derechos-prestación (...)”; ver Julios-Campuzano,  
“Globalización y constitucionalismo...”, en *op. cit.*, p. 159.

<sup>501</sup> M. D`antona, “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?”, *Rivista Giuridica  
di Lavoro II*, 1998, pp. 311 y ss., cit. en Valle Muñoz, Francisco Andrés, “Una revisión crítica  
al discurso de la flexibilidad en el derecho”, en *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*,  
núm. 27, Madrid, 2005, p. 234.

diferente al industrial (el trabajo a domicilio, uno de ellos); la plena ocupación derivaba del predominio de la “gran fábrica”, mientras que las ocupaciones que imperan con la globalización económica, exigen flexibilidad laboral que incluyan formas condescendientes de contratación a favor de la empresa o patrón (la subcontratación, el *outsourcing*, por ejemplo). El derecho del trabajo a partir de todos estos cambios en las relaciones laborales que están condicionados cada vez más por los imperativos de la globalización económica, tiende a *civilizarse*. Lo anterior se explica “en la medida que los contratos de alquiler de servicios, acuñados en la mejor tradición del derecho privado, ocupan el espacio anteriormente reservado a las normas homogeneizadoras de la legislación laboral”<sup>502</sup>; el contenido normativo del trabajo tiende a identificarse y confundirse fácilmente con el derecho privado, perdiendo esa delimitación clara que antaño existía, entre los principios de derecho público que regían al derecho del trabajo frente a las relaciones jurídicas reguladas por el derecho privado.

El impacto que la pluralidad jurídica transnacional emanada de los procesos generados por la globalización económica, ha provocado en el debilitamiento de la fuerza normativa de los derechos sociales y, dentro de estos derechos, el derecho del trabajo, convierten a los “excluidos” en el plano económico y/o los sujetos débiles de cualquier negociación económica-comercial, en los “sin derechos” en el ámbito jurídico, disminuyéndolos como portadores de derechos públicos subjetivos<sup>503</sup>.

---

<sup>502</sup> José Eduardo Faria, “Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo)”, en *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, op. cit., p.

<sup>503</sup> *Ibidem*, p. 127. Derivado de lo anterior, Eduardo Faria, este autor brasileño, establece una tendencia del derecho contemporáneo, consistente en el reforzamiento represivo del derecho penal: “Como la productividad en la economía globalizada viene siendo obtenida a costa de la degradación salarial, de la movilidad en el empleo, de la precarización de las relaciones laborales, de la informatización de la producción y de la consiguiente supresión de los puestos convencionales de trabajo, la sinergia entre la marginalidad económica y la marginalidad social ha llevado al Estado a reformular sus esquemas de control y prevención de los delitos, a vaciar el proceso penal de sus perfiles garantistas y a incorporar en el ámbito de las políticas penales los problemas y las situaciones creadas tanto por la deslegalización y desconstitucionalización de los derechos sociales, como por la ausencia de políticas distributivas y compensatorias. Criminalizando esos problemas y esas situaciones con el apoyo difuso de una sociedad asustada con el aumento de la inseguridad –sentimiento expresado demagógicamente por los medios de comunicación-, y actuando también bajo la presión de los países centrales empeñados en declarar una ‘guerra abierta’ al tráfico de

Para regresarles el papel central que tenían los derechos sociales en la actuación del Estado, tendríamos que empezar por *democratizar la democracia*, como plantea Santos<sup>504</sup>; o dicho de otra manera, para hacerle frente a los múltiples centros económicos de producción jurídica transnacional los cuales poseen un carácter despótico, tendríamos que tomar un camino cierto hacia la materialización de los derechos sociales, ese camino nos plantea una tarea ineludible para transitarlo: construir los mejores mecanismos para *radicalizar la democracia*.

---

drogas en los países periféricos, el Estado, ignorando los factores políticos, socioeconómicos y culturales inherentes a los comportamientos definidos como transgresores por las normas penales, amplía, cada vez más, el carácter represivo-punitivo de esas normas”, *ibídem*, pp. 127-128.

<sup>504</sup> Boaventura de Sousa, Santos, *Democratizar la democracia*, México, FCE, 2004. “La democratización es todo proceso social que consiste en la transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida”, por eso es que “a la luz de esta definición, la idea de pluralidad jurídica no tiene un contenido político fijo. Puede ser útil tanto para una política progresista como para una política reaccionaria”, p. 17.

## Conclusiones

### *Estado-nación ante la globalización económica*

Más de tres décadas han pasado desde que inició la crisis del Estado Benefactor (interventor y orientado a lo social, para incluir sus diferentes modalidades), así como del camino emprendido hacia una nueva configuración del orden económico y político mundial. A pesar de ese tiempo, el horizonte aún no resulta del todo claro. De un mundo dividido en dos polos de poder definitivamente contrapuestos (aunque pertenecieran ambos al mismo sistema-mundo), hemos pasado a una configuración de poder, hegemónico y policéntrico. En términos económicos se trata de una fase más del capitalismo, a la que a través de un discurso dominante se le ha llamado globalización económica.

¿Es el Estado el mismo en el contexto de la globalización económica? ¿Cuáles son los cambios que ha venido observando el Estado a medida que se profundizan los procesos económicos de interconexión mundial? ¿Cuál es la estructura jurídica de este nuevo orden mundial? Son algunas de las preguntas que con más insistencia se le plantean a diversas disciplinas del conocimiento como el derecho, la ciencia política y la economía, en los últimos años. En este trabajo hemos tratado de encontrar algunas respuestas, planteando al menos, posibles líneas de investigación que continúen su búsqueda.

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo de investigación, los procesos de globalización económica están provocando cambios profundos en las concepciones tradicionales que se tenían sobre el Estado y el Derecho modernos.

Sobre el Estado-nación existen en el debate actual, básicamente dos posiciones principales: 1) la que considera que la globalización económica está extinguiendo el papel del Estado; que el sistema de Estados nacionales soberanos está dejando de tener influencia en la toma de decisiones de alcance global (políticas, económicas, financieras, entre otras) y, por lo tanto,

la soberanía estatal en su concepción clásica, está dejando de operar por completo; y 2) la que plantea que los Estados siguen teniendo la misma fuerza e importancia, en tanto sujetos centrales de cohesión social territorial de la globalización, en suma, casi nada ha cambiado, salvo la intensificación de ciertos procesos de interconexión global.

Ambas lecturas son erróneas por no considerar matices importantes que se observan en el Estado-nación, a partir de la profundización de los procesos de globalización económica.

Para nosotros, el Estado-nación como eje estructurador del poder político y económico de la modernidad está replanteándose, tanto en sus funciones, como en el lugar que ocupa dentro del conjunto de fuerzas políticas y económicas que operan a nivel mundial.

El Estado se replantea, mas no se extingue, como sugiere una de las lecturas del debate actual. El Estado no se extingue, porque la llamada globalización económica como fase actual del capitalismo y que se refleja en un conjunto de fuerzas, procesos y actores que intensifican la interconexión económica mundial, requiere, necesariamente, de un anclaje que materialice sus intereses en el plano local de las relaciones sociales y económicas; y aquél es el mejor de sus actores para llevarlo a cabo. Pero las tradicionales estructuras normativas e institucionales que dieron forma al Estado-nación no son suficientes ni adecuadas para lograr ese propósito, por eso están en franco cuestionamiento.

Son aquéllas estructuras las que se están desmantelando y no el Estado en su conjunto, de ahí la confusión actual sobre el destino del mismo: se cree que, al desmantelarse las instituciones y estructuras tradicionales con las que se configuró el Estado-nación, se extingue por consecuencia el Estado mismo. No es así. Y no es así porque el Estado en tanto burocracia, poder institucional y aún monopolio de la violencia, está concentrado en reorientar sus funciones. Son las funciones orientadas hacia la implementación de políticas sociales, de bienestar, de pleno empleo, de salud, de seguridad social, entre otras, las que han modificado el perfil del Estado en la globalización. La reducción del Estado a eso se refiere. El Estado como administrador no desaparece; el Estado en su función de disciplinamiento social no desaparece; pero el Estado, en sus funciones de seguridad pública,

por el contrario, se fortalece. Así, mientras se reduce el Estado en cuanto a sus funciones de intervención en la economía, por otro lado, dedica muchos de sus empeños en el diseño y perfeccionamiento de la legislación y las políticas públicas orientadas al control policial de la ciudadanía.

Los Estados son actores que llevan a cabo procesos fundamentales de la globalización económica. Por eso es que la globalización económica no anula el sistema de Estados individuales; lo que se crea es un andamiaje jurídico e institucional que reorganiza y condiciona la acción estatal frente a otros poderosos actores globales, como los organismos económico-financieros y las empresas transnacionales. La globalización económica implica un conjunto de políticas económicas, financieras y comerciales diseñadas por esos organismos supranacionales, cuya pretensión de materializarse en el plano de las políticas públicas de los Estados, la encabeza y cumple el Estado mismo. En mayor o menor medida, cada Estado individual está concentrado en hacerlas efectivas a través de la legislación, la tributación, el uso privado de los recursos públicos, por mencionar algunas vías de cristalización local de la globalización económica.

En el plano del nuevo orden mundial, algunos autores sugieren un cambio drástico y una configuración renovada del mismo. Se trata –explican- de la consolidación de un nuevo orden mundial, que funcionaría en forma de *Imperio* (Negri, Hardt: 2002). A causa de una crisis de las relaciones políticas en el nivel nacional, el Estado continúa funcionando, pero sus elementos constitucionales se desplazan a otros niveles y dominios. El concepto de soberanía nacional pierde su efectividad y con ello, la autonomía de lo político también la pierde. El Imperio operaría a través de un sistema transnacional de poder, el cual es la esencia de este nuevo paradigma de poder, cuya ontología nos refiere tanto a un sistema como a una jerarquía. Así, este sistema transnacional de poder, según este planteamiento, es el centro del nuevo orden mundial, en el que los Estados-nación soberanos tendrían, por lo menos, las siguientes funciones: 1) mediación política respecto de las potencias hegemónicas globales, 2) negociación con las grandes empresas transnacionales y 3) redistribución del ingreso de acuerdo a las necesidades biopolíticas. Esta nueva lógica del poder transnacional funciona a través de una Constitución mixta, que, entendido en términos

posmodernos sería una evolución del modelo moderno liberal de una Constitución global mixta; y cuya estructura jurídica se observa con la pirámide siguiente: en el pináculo del primer tercio, estaría Estados Unidos a la cabeza, le seguirían grupos de poder como el G-8 y después a todo el conjunto de asociaciones globales que ejercen poder cultural y biopolítico; en el segundo tercio se compondría por las redes de flujo de capital y de tecnologías, después los Estados-nación así como organismos locales-territoriales; finalmente, en el último tercio de la pirámide de dicha Constitución mixta, se localizaría la *multitud* (entendida como la universalidad de las prácticas libres y productivas), el pueblo y las ONG's (las cuales representan la fuerza vital que sustenta al pueblo).

Esta elaboración teórica sobre el impacto de la globalización económica en el tradicional Estado-nación y el sistema interestatal moderno, no ha logrado el suficiente consenso académico. Uno de sus mayores críticos, Atilio Boron, realizó una lectura muy incisiva sobre esta postura; hizo notar la serie de inconsistencias de las que adolece esta interpretación de la realidad político-económica global: errores graves de diagnóstico e incompatibilidad entre el marco teórico utilizado (uno eminentemente liberal) y una visión tergiversada de la nueva sociedad, pues está elaborado con premisas diferentes, a las que supone el nuevo orden en construcción. Por su parte, este autor enfatiza la posibilidad que tienen los Estados de ejercer su soberanía frente a la toma de decisiones de organismos poderosos en el ámbito supranacional (Boron: 2003). Boron tiene razón en cuanto a las críticas que hace al planteamiento de Negri & Hardt, por su falta de consistencia teórica, pero sobre todo, por lo que hace a la escasa correspondencia de su esquema explicativo de la realidad, con la realidad misma.

Existe otra interpretación respecto de cómo se conformará el nuevo orden mundial y bajo cuáles reglas operará: un sistema mundial constituido por un orden constitucional de Derecho ampliado al plano supranacional. Luigi Ferrajoli formula esta hipótesis (Ferrajoli: 2001): la pertinencia de un constitucionalismo y una esfera pública supranacional y ya no exclusivamente estatal; se preservarían las formas y las garantías constitucionales, la Constitución como espacio de supraordenación jurídica y como límite a todo poder legítimo. Es un tercer modelo ampliado del modelo de Estado de



Derecho clásico, que propugnaría una integración jurídica supranacional, no obstante limitada a la tutela de los derechos fundamentales.

Para que operara un constitucionalismo global eficazmente, se requerían, por lo menos, la adopción de una Constitución global, en las que se establecieran los límites al poder público global; un Parlamento global con la representación de los ciudadanos de cada uno de los Estados-nación (sin mencionar aquí, la dificultad que supone la búsqueda de mecanismos de representación democrática y deliberativa que correspondan a una participación equitativa de una posible ciudadanía global, cuyas condiciones reales de igualdad social y política resultarían evidentes); un Tribunal global mediante el cual se pueda garantizar el respeto de los derechos fundamentales de dicha ciudadanía global. El límite ante el que se topa toda pretensión de configuración jurídico-política internacional, regularmente se refiere a cuál será el gobierno mundial que ejecutará las políticas diseñadas y las leyes producidas por ese parlamento mundial y, aún más, en qué tipo de organización descansará la coerción para hacer cumplir el derecho (leyes y sentencias, por lo menos) emanado de esas instancias mundiales.

Por eso, es el mismo autor el que advierte de las razones para no ser optimistas en la materialización de este proyecto; las razones no son precisamente teóricas, enfatiza; las razones que impiden que un nuevo constitucionalismo supranacional se cristalice, son de carácter político. Depende de la voluntad política de los Estados con mayor poder económico y militar. Resulta medianamente evidente que los Estados que ostentan más poder a nivel global, no aceptarían perder su capacidad de decisión sin restricciones, no estarían dispuestos a ceder su enorme influencia política y económica a una organización supranacional de poder político con capacidad de tomar decisiones colegiadas donde, en el mejor de los escenarios, cada uno de los Estados tendría la misma posibilidad de influir en el diseño de políticas y legislaciones (como fue la aspiración de la ONU).

Las relaciones entre los Estados-nación están siendo reordenadas por un poder transnacional, cuyo gobierno de facto es encabezado por países hegemónicos como Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Canadá, Japón, Italia, Francia. Sus decisiones de política económica neoliberal son formalizadas e impuestas a través del Fondo Monetario Internacional y el

Banco Mundial; sus políticas liberalizadoras del comercio por medio de la Organización Mundial del Comercio (en la cual el peso específico de cada uno de estos países es determinante en los acuerdos alcanzados y cumplidos a la postre por todos los países miembros); las decisiones de intervención militar, por su parte, son retomadas en la OTAN; por su parte, para asuntos secundarios y de manera residual, en la ONU se deciden temas relativos al medio ambiente, la educación, la cultura, el trabajo y los derechos humanos. Este es el poder transnacional fáctico que encarna actualmente la globalización económica neoliberal.

Así es como el proyecto de la globalización económica representado por un poder hegemónico, va buscando elites políticas y empresariales en cada Estado-nación que lo adopte y lo implemente a su interior y haga coincidir su política interna con los intereses de las políticas globalizadoras.

La globalización económica fortalece un sistema integrado por Estados hegemónicos, empresas transnacionales con mucho poder económico y organizaciones financieras-comerciales y económicas supranacionales, los cuales establecen relaciones desiguales de poder, frente a Estados débiles (debilidad entendida en términos de su limitado margen de decisión política y económica en el sistema-mundo) y comunidades locales a los que obligan a asumir las decisiones elaboradas en una esfera lejana a sus intereses.

Lo anterior explica que el concepto de soberanía esté en crisis, pero sobre todo el de la autonomía de las decisiones políticas y económicas al interior de los Estados, volviéndose un problema real para aquéllos que tienen poca capacidad de oponerse a los criterios con los que se tejen las decisiones del sistema hegemónico global. La crisis de la soberanía en realidad es visible y problemática, principalmente para los países con menor margen de decisiones autónomas, ya sea por su falta de desarrollo económico o por la ausencia de algún recurso natural o militar con el cual defender una posición política propia (como los han empezado a utilizar efectivamente algunos países de América Latina), frente al poder hegemónico global.

Finalmente, los procesos de globalización en su aspecto más reaccionario, están afectando la legitimidad del Estado-nación, pues éste evidencia su intervención no para equilibrar como lo fue con el Estado del Bienestar, sino para beneficiar a los actores económicos de la globalización, por

autonomasia la parte más fuerte de las relaciones económico-sociales. Pero también pierde su fuerza el derecho estatal y con ello, se vulnera la instrumentación jurídica construida discursivamente con la finalidad de defender, proteger y garantizar los derechos de los gobernados.

### **El derecho en la encrucijada: ¿hacia el *derecho de los más fuertes*?**

El objetivo de este trabajo, tiene que ver con determinar los cambios ocurridos a la concepción clásica con la que se construyó el derecho moderno; del derecho como objeto de estudio de la tradicional ciencia jurídica, pero también del derecho como realidad empírica. El derecho moderno, que terminó consolidando sus estructuras a la par del Estado-nación, está modificándose en su base; los procesos de globalización han acelerado los cambios que está sufriendo el modelo jurídico positivista. Ese derecho que le otorgó una dosis de legitimidad y certeza al poder del Estado; ese derecho, desde donde se elaboró el discurso racional del poder estatal moderno; ese sistema de reglas que aspiraba a la perfecta articulación y coherencia interna, a la generalidad y la abstracción como virtud, hoy está en una crisis paradigmática.

El orden jurídico contemporáneo está sufriendo una profunda crisis, que lo ha fragmentado y que lo obliga a operar en distintas lógicas normativas. Por supuesto, cada sistema normativo tiene su propia racionalidad jurídica que lo lleva a colisionar con las demás. A diferencia de la pretensión moderna del derecho de prever todas las posibles soluciones a los problemas en un ordenamiento jurídico creado por los órganos del Estado, hoy estamos ante la presencia de múltiples centros de producción jurídica emanados de la globalización económica, que operan regidos por el “principio de mercado”, en contraste con el principio de interés público con el que el Estado decía actuar.

En la dinámica de globalización económica que desplaza al Estado y sus funciones tradicionales de intervención, el Estado se ha convertido en una especie de “Estado regulador”, que sólo es llamado para intervenir en las correcciones de las fallas del mercado (falta de competencia, mercados

incompletos, producción de bienes públicos, entre otros); sí es un actor privilegiado pero en la medida que articula las condiciones de posibilidad del mercado (La Spina y Majone: 2002: 49-50). Existe un afán por relegar la función tradicional del Estado de redistribución y estabilización de la economía –sobre todo la macroeconómica-; de utilizar a las reglas o regulaciones como instrumentos que sustituyen impuestos y gastos; es latente la renuncia a administrar empresas públicas y servicios sociales, esto coloca en primer plano órganos de aplicación de reglas y tribunales, y desarrolla *un policy style no tan discrecional y burocrático, sino más procedimental y orientado a reglas*.

Lo anterior, plantea serios problemas que es necesario visibilizar. Si el Estado se va perfilando como un *Estado regulador* más que *gestor*, pone en duda su legitimidad política, pues gran parte de su autoridad regulativa acaba por residenciarse en agencias independientes dirigidas por expertos que utilizan criterios técnicos de justificación. Y sucede que poder regulador, competencia técnica e independencia, configuran de por sí un tipo de autoridad no sometida al proceso electoral ni responsable políticamente, y esto es difícilmente aceptable de acuerdo a los principios clásicos del sometimiento del poder al derecho y del origen democrático de las normas jurídicas. Y es precisamente lo que está sucediendo frente a la presencia de múltiples centros de producción jurídica transnacional que le disputan al Estado su capacidad de iniciativa jurídica. El problema no es el pluralismo jurídico que genera, sino el *tipo* de pluralismo que está operando con estos centros a la cabeza.

Son centros de producción normativa transnacional regidos por el principio de mercado y por intereses económicos privados, en el que no se ven representados en igualdad de circunstancias todos los afectados. Los procesos de construcción del contenido normativo procedente de estos centros, no son transparentes, no están al alcance de todos, al menos indirectamente. Los controles políticos sobre las decisiones que se toman en el interior de los centros de producción jurídica transnacional, son mínimos, por no decir que inexistentes. En suma, estamos ante la emergencia de un pluralismo jurídico transnacional sin controles democráticos claros, que funda su mínima legitimidad en la concentración de capital, de lo cual deriva su

poder económico que enseguida se traduce en poder político y jurídico. Este tipo de pluralismo jurídico nos está llevando a la configuración de un derecho de los más fuertes: los que poseen el capital, dominan los recursos naturales, toman las más importantes decisiones públicas y privadas del mundo sin rendir cuentas a nadie, producen su propia normatividad sin que el Estado les oponga resistencia, más aún, el Estado es uno de sus principales colaboradores. Ante este tipo de derecho, los no representados en esas decisiones políticas también convertidas en normatividad con efectos jurídicos amplios, el Estado debería ser el que les contrarreste poder e influencia, es el que debe seguir intentando representar el interés general, sobre todo, porque ante un poder como el de los principales actores de la globalización económica (organismos financieros, comerciales y empresas transnacionales, por mencionar los más importantes), se le necesita enfrentar un poder proporcional en sus fuerzas. Frente al pluralismo jurídico transnacional despótico, se requiere un derecho estatal consolidado y suficientemente democrático en el que participen en su construcción los interesados, los afectados, es decir, todas las colectividades posibles.

Es verdad que el contenido del ordenamiento jurídico de todo Estado nación ya no puede aspirar a desafiar los siglos, como se pretendió con las codificaciones nacionales del siglo XVIII, lo que sí puede es desafiar al derecho de los más fuertes. De no ser así, su legitimidad se volverá nula y por lo tanto, su razón de ser, totalmente insalvable.

Derivado del cuestionamiento al Estado-nación, el derecho también está sufriendo trastornos importantes que colocan en tela de juicio el diseño institucional del derecho estatal. Son diversas las manifestaciones jurídicas que no emanan directamente del poder estatal, de alguna forma siempre han existido, pero se consideran manifestaciones aisladas, que no hacen por sí mismas la regla. Hoy lo que se observa es una tendencia en ese sentido. Formas jurídicas externas al Estado y, en particular, muchas de ellas emanadas del poder económico de facto. Estas normas, reglas, costumbres o instituciones jurídicas “no formales”, se están extendiendo y adoptan características propias del derecho estatal, como la obligatoriedad y la sanción (aunque sea de tipo económico), no obstante que en muchos de los

casos cuando no logran hacerlas valer, piden al Estado su intervención, lo cual propicia un rol estatal subsidiario en el derecho.

Así pues, el principio de estatalidad del derecho moderno está puesto a discusión debido al creciente protagonismo que están adquiriendo los actores principales de la globalización, se trata de los organismos económico-internacionales y de las empresas transnacionales. Al concurrir varios centros de poder en el mismo espacio y tiempo, resulta que algunos de ellos elaboran su propio marco normativo según sus prioridades e intereses. Esta situación refleja una pluralidad normativa, no muy común después de la consolidación del monopolio estatal del fenómeno jurídico, una vez eliminada la organización social de tipo feudal. Por lo menos, no común en tanto tendencia.

Es verdad que el Estado sigue legislando en las diversas materias de las relaciones sociales; lo sigue haciendo en aquéllas en las que ha ido perdiendo capacidad de decidir libremente sobre su contenido, sobre todo en materia económica, bursátil, financiera, tributaria, de seguridad social, laboral, mercantil, civil, entre otras en las que son muy fuertes las directrices impuestas por los organismos internacionales o las empresas transnacionales que tienen puestos sus intereses en esos rubros. Sin embargo, se ha vuelto común que comparta la titularidad de su iniciativa legislativa –*otrora* exclusiva- con distintas fuerzas que trascienden el ámbito nacional. Este sólo hecho por sí mismo, subvierte la lógica de estructuración y operación que tenía el derecho del Estado, entendido como sistema de normas circunscrito a un territorio nacional.

Ahora el Estado tiende a reconocer otras fuentes de producción jurídica, vulnerando el monopolio jurídico que tenía sobre ella; pero esto no es en sí lo más grave, sino la razón por la que en un momento histórico determinado se utilizó para suprimir y descalificar toda fuente de producción jurídica distinta a la del Estado: la idea de que es el Estado el encargado de sintetizar los intereses generales de la población y por tanto, el más indicado para decidir, a través de mecanismos de representación en los parlamentos, el contenido de las leyes más cercano a la equidad y la justicia. Por supuesto, la historia está llena de evidencias que muestran lo contrario. Sin embargo, el discurso

legitimador del Estado, las más de las veces ha girado en torno a esta función de representatividad de los intereses generales.

Las organizaciones y empresas transnacionales asumen que por ser las que de manera expansiva están asumiendo todas y cada uno de las distintas fases del proceso productivo, son las más autorizadas para tomar las decisiones relativas a dicha actividad y, esas decisiones implican la producción de sus propias reglas, de las cuales varía su formato. Pueden presentarse en calidad de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios, códigos deontológicos de conducta, pero sobre todo, los que más impactan por su posible contradicción con las legislaciones nacionales, son los contratos homogeneizadores de alcance mundial.

De esto se deriva que las empresas transnacionales frecuentemente están dirimiendo en tribunales o arbitrajes internacionales denuncias interpuestas por los mismos estados en los que se hubieron instalado, por la falta de cumplimiento a la legislación nacional. O también, demandas interpuestas por sus trabajadores, relativas a la inobservancia del derecho nacional del país en el que están instaladas, por el privilegio que le dan a su propia normatividad.

Lo anterior genera conflictos y una serie de enfrentamientos permanentes entre las diferentes iniciativas jurídicas emanadas de distintos actores como gobiernos, empresas privadas, organismos internacionales, económicos y/o comerciales, que tienen distintos grados de poder y de intereses que, en consecuencia, pelearán en el terreno de la desigualdad y de objetivos contradictorios. Pero no sólo eso, ante las presiones a los gobiernos nacionales (como lo vimos en el ejemplo de Estados Unidos y las farmacéuticas) de parte de las empresas y organismos internacionales, muchas veces terminará cediendo el gobierno nacional, es decir, tomando decisiones o dejando de hacerlo, para beneficiar los intereses de aquéllas.

La consecuencia más grave es que, si lo anterior se consolida como la nueva forma de regulación en el contexto de la globalización económica, no habrá duda que el derecho dejará de ser un instrumento legítimo para la intermediación de los intereses generales, hasta en el discurso estatal.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH, V., M.J. AÑÓN y C. COURTIS (eds.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.
- ABRAMOVICH V. y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.
- , *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios/Bomarzo, Madrid, 2006.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001.
- ANDERSON, Perry, *El Estado absolutista*, México, Siglo XXI, 2003.
- ARNAUD, André-Jean, *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- ARNAUD, André-Jean y María José FARIÑAS, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1996.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Madrid, Ariel, 2003.
- AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado?. Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, 2005.
- BAYLOS, Antonio, "Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica", *Lan harremanak*, núm. 12, Universidad del País Vasco, 2005-I.
- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1997.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria y Alfonso de JULIOS-CAMPUZANO, *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Instituto Internacional de Sociología de Oñate-Dykinson, 2008.
- BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2006.
- BORON, Atilio A., *Imperio. Imperialismo (Una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri)*, Buenos Aires, Itaca, 2002.



- BOUZAS ORTIZ, José Alfonso, *Derecho Colectivo y procesal del Trabajo*, México, IUS, 2007.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV, vigésimo tercera edición, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1994.
- CABO, Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*, Vol. I y II, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.
- , *Contra el consenso: estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997.
- , *Estado y estado de derecho en el capitalismo*, México, UNAM, 1997.
- CABO DE LA VEGA, Antonio de y Gerardo PISARELLO (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y Europa*, Alicante, Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y Javier, CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contrato internacional, nueva *lex mercatoria*", en *Estudios jurídicos...*
- CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, editorial Comares, 2003.
- CAPELLA, Juan Ramón (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- , *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 2006.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible. Por una sociología no rigurosa del Derecho*, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo, segunda edición francesa, revisada y ampliada, Madrid, 1974.
- CÁRDENAS, GRACIA, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra Ediciones, 2010.
- CARONI, Pío, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.
- CASSESE, Sabino, *La crisis del Estado*, trad. Pascual Caiella y Juan González Moras, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.
- CASSIRER, Ernest, *Filosofía de la Ilustración*, primera edición en español, México, FCE, 1943.

- CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. I, II y III, cuarta edición en español, Argentina, Siglo XXI editores, 2002.
- CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- COCHRANE Allan and Kathy PAIN, *A globalizing society?*, California, Stanford University Press, 2001.
- CORREAS, Oscar, “Los derechos humanos y el estado moderno (¿Qué hace moderno al derecho moderno?)”, en *Anales de la cátedra de Francisco Suárez*, núm. 37, Madrid, 2003.
- CORTINA, Adela, “Claves para una nueva cultura empresarial”, en *Ética de la empresa*, Madrid, 2003, Trotta.
- CROSSMAN, R.H.S., *Biografía del Estado moderno*, México, FCE, 1974.
- DABAT, Alejandro, *Capitalismo mundial y capitalismos nacionales*, vol. I, México, FE-UNAM-FCE, 1994.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- DE CARRERAS, Francesc, “Estado de derecho como sistema”, en *Cuadernos y debates*, Serie 1 Minor, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- DE VENANZI, Augusto, *Globalización y corporación*, Barcelona, Anthropos Universidad de Venezuela, 2002.
- DOBB, Maurice, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Buenos Aires, Siglo XXI Argentina editores, 1976.
- ERHARD, J. B., K. F. FREIHERR von Moser, *et al*, *¿Qué es la Ilustración?*, “Respuesta a la pregunta que es la Ilustración?”, Immanuel Kant, estudio preliminar de Agapito Maestre, trad. Agapito Maestre y José Romagosa, segunda edición, Madrid, Tecnos, 1989.
- ENGLE, Merry Sally, John GRIFFITHS y Brian Z. TAMANAHA, *Pluralismo jurídico*, estudio preliminar de Liberto Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.
- FARIÑAS DULCE, María José, “De la globalización económica a la globalización del derecho: los nuevos escenarios jurídicos”, en *Derechos*

*y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, Madrid, Universidad Carlos III, 2000.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina”, *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto Silva (coord.), IJ-UNAM, México, 2006.

FERNÁNDEZ, Santillán, José, “Globalización y Estado nacional”, en *La globalización y las opciones nacionales*, México, FCE, 2000.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

-----, *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004.

-----, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, quinta edición, Madrid, Trotta, 2006.

FERRARESE, María, “Mercato e diritto nello spazio globale”, *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica* (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Macerata, Università di Macerata, 2008.

FERRER, Aldo, *Historia de la globalización*, Buenos Aires, FCE, 1996.

FERRER, Juan de la Cruz, *Principios de regulación económica de la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002.

FIORAVANTI, Mauricio (edición), “Estado y Constitución”, en *El estado moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

FLORES, Olea, Flores y Abelardo MARIÑA, *Crítica de la globalidad*, tercera edición, México, FCE, 2004.

GALGANO, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho*, trad. Horacio Roitman y María de la Colina, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editoriales, 2005.

-----, “*Lex mercatoria, shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 247, Madrid, 2003.

GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2003.

GARCÍA LASO, Agustín, “Visión y revisión de la globalización económica”, en *Globalización económica y relaciones laborales*, Wilfredo Sanguinetti Raymond y Agustín García Laso (coord.), Universidad de Salamanca, 2003.

- GARCÍA Villegas, Mauricio y César A. RODRÍGUEZ (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA-Universidad de Colombia, 2003.
- GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, tr. de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- GIRAUD, P., *La desigualdad del mundo*, México, FCE, 2000.
- GROSSI, Paolo, *Historia del derecho de propiedad*, Barcelona, Ariel Derecho, 1986.
- , "Un derecho sin estado. Noción de autonomía como fundamento de la Constitución jurídica medieval", en *Anuario Mexicano de Historia de Derecho*, IX, México, UNAM, 1997.
- , *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- HARDT Michael y Antonio NEGRI, *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- HELD, David, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997.
- HELD, David et al, *Global transformations. Politics, economics and culture*, California, Stanford University Press, 1999.
- HELD, David y Anthony MCGREW, *Globalización-Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.
- HELLEINER, Eric, "Reflexiones braudelianas sobre globalización económica: el historiador como pionero", en *Análisis político*, No. 39, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales-Universidad Nacional de Colombia, Santa Fé de Bogotá Colombia, 2000.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, edición al cuidado de Antonio Serrano González, Madrid, Tecnos, 1998.
- HIRSCH, Joachim, *La internacionalización del Estado. Acerca de algunas preguntas actuales de la teoría del Estado*, mimeográfico.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma o y poder de una república eclesiástica y civil*, segunda edición, México, FCE, 1980.
- HOBSBAWN, Eric J., *La era de la revolución 1789-1848*, Barcelona, Crítica, 1997.

- , *Entrevista sobre el siglo XXI*, al cuidado de Antonio Polito, Barcelona, Crítica, 2000.
- IANNI, Octavio, *La sociedad global*, Río de Janeiro, Siglo XXI, 1999.
- IRTI, Natalino, “El orden jurídico del mercado”, en *Revista Facultad de Derecho Universidad de Granada*, núm. 3, Granada, 2000.
- JESSOP, Bob, Joachim HIRSCH *et al*, *¿Un nuevo Estado? Debate sobre la reestructuración del Estado y el Capital, México, Cambio XXI*, Fontamara, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 1994.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, “Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, Madrid, 2002.
- , (editor), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Madrid, Junta de Andalucía-Consejería de Cultura-Dykinson, 2007.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, tr. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 2002.
- LAPORTA, Francisco, Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en Menéndez Menéndez Aurelio (director), *Proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Thomson Civitas, Colegio de Libre de Eméritos, 2004.
- , “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Revista Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2005.
- LASKI, Harol J., *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1977.
- , *La gramática de la política. El Estado moderno*, colección Crítica del Derecho, Granada, Comares, 2002.
- LIMA TORRADO, Jesús (coord.) *et al*, *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Madrid, editorial Dilex, S.L, 2007.
- LÓPEZ, AYLLÓN, Sergio, “Globalización, estado nacional y derecho”, en *Revista Isonomía*, núm. 11, octubre, México, 1999, ITAM.

- LÓPEZ LÓPEZ, Liliana, *La demanda indígena de autonomía en México: la pertinencia del pluralismo jurídico*, tesis de maestría, UNAM, 2006.
- LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, edición Joaquín Abellán, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (editor), *Globalization, law and economy/Globalización, derecho y economía*, Vol. IV, Granada, Nomos, 2005.
- LOZANO AGUILAR, José Félix, *Códigos éticos para el mundo empresarial*, prólogo de Adela Cortina, epílogo de Eliseo Gómez-Senent Martínez, Madrid, 2004.
- MACPHERSON, C.B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Barcelona, segunda edición, Fontanella, 1979.
- MARAVALL J. A., "Estado moderno y mentalidad social", en *Revista de Occidente*, Tomo II, Madrid, Ediciones de la *Revista de Occidente*, 1972.
- , *Poder, honor y elites en el siglo XVII*, México, Siglo XXI, 1979.
- MARCAIDA, V. Elena (coord.), *Estudios de historia económica y social. De la Revolución Industrial a la globalización neoliberal*, Buenos Aires, editorial Biblos, 2002.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ TABLAS, Ángel, *Economía política de la globalización*, Barcelona, Ariel Economía, 2000.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (director), *Proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Thomson Civitas-Colegio Libre de Eméritos, 2004.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004.
- MOUSNIER, Roland, *La monarquía absoluta de Europa. Del siglo V a nuestros días*, versión castellana de Bernardo Moreno Carrillo, Taurus 1986.
- NAEF, Werner, *La idea del Estado en la Edad Moderna*, Granada, Colección Crítica del Derecho, sección Arte del Derecho, Dirección José Luis Monereo Pérez, Comares editorial, 2005.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008.

- NIETO SOLÍS, José Antonio, *Organizaciones económicas internacionales y globalización. Los organismos internacionales en la economía mundial*, Madrid, Siglo XXI, 2005.
- OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y Alianza Editorial, 1991.
- OLIVAS, Enrique, *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Madrid, editorial Reus, 2004.
- OMC. *Informe sobre el comercio mundial 2008. El comercio en un mundo en proceso de globalización*, OMC, 2008.
- PALACIO, Germán, "Pluralismo jurídico, neoamericanismo y postfordismo", en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 17, Bogotá, 2000.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PIZZORNO, Alessandro, "El orden jurídico y estatal en la globalización", en *La sociedad civil en la encrucijada. Los retos de la ciudadanía en un contexto global*, México, Miguel Ángel Porrúa/ITESM/Cámara de Diputados, 2005.
- POLANYI, Karl, *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, segunda edición en español, prólogo de Joseph E. Stiglitz, introducción de Fred Block, México, FCE, 2003.
- PORTINARO, Pier Paolo, *Estado. Léxico de político*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2003.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, México, Porrúa, 2004.
- RAJCHENBERG SZNÁJER, Enrique, *Hablemos de los años setenta: la dictadura*, México, Ríosdetinta, 2007.
- RENAN, Ernest, *¿Qué es una nación?*, edición bilingüe, segunda edición, Madrid, Ediciones Sequitur, 2006.
- RIBAS MATEOS, Natalia, *El debate sobre la globalización*, Barcelona, ediciones Bellaterra, Colección La biblioteca del Ciudadano, 2002.
- ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- ROUSSEAU, J.J., *Del Pacto social*, en *El contrato social o principios de derecho político*, traducción y estudio preliminar de María José Villaverde, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2007.

- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, revisada por Thomas Landon Thorson, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y Agustín GARCÍA LASO (editores), *Globalización económica y relaciones laborales*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, tr. de César Rodríguez, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de Colombia-ILSA, 2002.
- , *Democratizar la democracia*, México, FCE, 2003.
- , *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Bogotá, ILSA-Trotta, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa y César A. RODRÍGUEZ, GARAVITO (Eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Cuajimalpa, Anthropos, 2007.
- SANZ BURGOS, Raúl, "Notas sobre el derecho y el estado en la era de la globalización", en *UNED Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 22, Madrid, 2003.
- SARMIENTO, Daniel, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos de las normas no vinculantes de la Administración*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008.
- SILVA, Jorge Alberto (Coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- SOROS, George, *La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro*, México, Plaza & Janés, 1999.
- SOTELO, Ignacio, "Estado moderno", en *Filosofía política II. Teoría del Estado*, ed. De Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2004.
- SPINA Antonio La y Giandomenico MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización*, trad. Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Taurus, 2002.
- STRAYER, Joseph, *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Barcelona, Ariel, 1981.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 1986.



- TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, FCE, 1995.
- TARRÉS VIVES, M., “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 145 enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, edición de Carlos Gómez-Jara Díez, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- TILLY, Charles, *Coerción, capital y los estados europeos 990-1990*, Madrid, Alianza universidad, 1992.
- , *Las revoluciones europeas, 1492-1992*, Barcelona, Crítica Grijalva-Mondadori, 1995.
- TOURAINÉ, Alan, *Crítica de la modernidad*, tr. de Javier Sádaba, Madrid, Temas de Hoy, 1993.
- TWINING, William, *Derecho y globalización*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2003.
- VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, “Una revisión crítica al discurso de la flexibilidad en el derecho”, en *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 27, Madrid, 2005.
- VILAS, Carlos, M., “Seis ideas falsas de la globalización”, en *Globalización crítica a un paradigma*, Saxe-Fernández, John (coord.), México, UNAM-IIE-DGAPA-Plaza y Janés, 1999.
- VILLEY, Michel, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Scire Universitaria, 2003.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Madrid, 1979.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, t. I, México, FCE, 1944.
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el derecho*, 3ª. Edición, San Pablo, Alfa-Omega, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.
- ZYGMUNT, Bauman, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, FCE, 2001.