



Introducción	9
I. La sociedad global	9
II. La visión legal preglobal	24
III. El derecho en la globalización	31

INTRODUCCIÓN

I. LA SOCIEDAD GLOBAL

La sociedad contemporánea se encuentra inmersa en un reflujo de fuerzas que ante nuestros ojos aparecen contradictorias. Unas son integradoras, otras divisoras; el juego de todas ellas genera procesos dialécticos: homogeneización vs. heterogeneización; localismo y regionalismo vs. mundialización; globalización económica vs. insuficiencia de globalización político-jurídica; globalización de la cultura vs. demandas de autonomía e identidad; frente a estos ímpetus existen al menos dos escenarios: que los localismos triunfen sobre la idea unificadora, y que la globalización se imponga a los reclamos localistas. El resultado final del proceso nadie lo sabe y parece impredecible.²¹

Frente a estos dos escenarios deseáramos que las mareas migratorias, los flujos de inversión extranjera, el comercio transfronterizo, la criminalidad transnacional, las repercusiones del cambio climático mundial, el incontenible avance tecnológico, así como los, cada vez más veloces, medios de comunicación lleven a romper las barreras legales soberanas, porque creemos que ésa es la única forma de lograr la armonía mundial.

No es pertinente hablar de la globalización como si fuese un fenómeno unitario; la experiencia globalizadora es un conjunto de procesos, entre ellos destacan la decreciente efectividad de las decisiones políticas en los procesos económicos; el surgimiento y consolidación de nuevas estructuras de decisión sociales, paralelas a las estatales, que operan en tiempo real con alcance planetario; alteraciones en la organización empresarial; el cambio competitivo interno y externo sobre sectores, regiones, países y continentes; la universalización de los derechos humanos; uniformidad de prácticas comerciales a nivel mundial; estandarización en los procesos

²¹ Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 391.

mercantiles de contratación; desregulación de mercados; la interconexión e integración del sistema financiero; interpenetración de los problemas de seguridad a escala global; reasignación geográfica de las inversiones productivas; la creciente volatilidad de los flujos de capital; proliferación de los movimientos migratorios; radicales cambios respecto a la división internacional del trabajo; y, finalmente, la aparición de una estructura político-económica multipolar que supone nuevas fuentes de conflicto, solución de controversias y cooperación en el desarrollo del sistema mundial.²²

El fenómeno globalizador es polifacético; existe una globalización de la información, de las drogas, de las enfermedades, de la ecología, de la economía, todas ellas se mueven a distintos ritmos.²³ Estas globalizaciones, aunque se suceden a sus propios ritmos, en campos diversos y con efectos propios, se encuentran interrelacionadas. De todos estos procesos uno tiene especial relevancia: la globalización económica. Discutamos un poco este fenómeno.

El surgimiento de la teoría económica tiene lugar al distinguirse su tema de estudio de la *summa*, que era el conocimiento medieval y antiguo. Esta separación tuvo lugar con la aparición del capitalismo,²⁴ fenómeno que nace con el mundo moderno,²⁵ con “la empresa duradera y racional,

²² Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 49.

²³ *Cfr.* Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 254.

²⁴ “Los caracteres esenciales de la sociedad capitalista tal como la conocemos en la actualidad son no solamente la expansión del gran comercio internacional, sino, también, el florecimiento de la gran industria, el triunfo de las grandes fuerzas financieras. En una palabra, la reunión de todos estos fenómenos es lo que constituye verdaderamente el capitalismo moderno... Los orígenes más lejanos de este régimen nos remontan más allá de la época en que, en las regiones económicamente más activas —Italia y los Países Bajos—, el capitalismo comienza a ejercer su imperio sobre la industria: queremos referirnos al siglo XIII. Hay que advertir que se trata todavía, casi exclusivamente, de un capitalismo comercial, que ya comienza, sin embargo, a «controlar» las actividades industriales”. Séé, Henri, *Orígenes del capitalismo moderno*, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 10 y ss.

²⁵ El mundo moderno, o si se quiere ser menos soberbio, la cultura moderna, surge de la lucha contra lo que Troeltsch llama la “cultura eclesiástica”, *cfr.* Troeltsch, E., *El protestantismo y el mundo moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 14. La cultura eclesiástica reposaba en la creencia, en una revelación divina absoluta y directa y en la organización de esta revelación en el instituto de salvación y de educación que

la contabilidad racional, la técnica racional, el derecho racional; a todo esto había de añadir la ideología racional, racionalización de la vida, la ética racional de la economía”.²⁶

Los primeros estudiosos de la ciencia económica buscaron impulsar el desarrollo de las naciones y el bienestar de sus pueblos en la competencia que implicaba el comercio exterior.²⁷ Los primeros modelos eco-

era la Iglesia. La modernidad al romper con la cultura eclesiástica busca sustituirla por ideas engendradas autónoma y racionalmente, cuya validez ya no se funden en la fe, sino en su fuerza persuasiva, lo que trajo como consecuencia inmediata un individualismo creciente de las convicciones, actitudes, teorías y fines prácticos. Este pensamiento para tener la solidez que había perdido al negar la revelación y la teología debía huir de lo subjetivo y encontrar lo objetivo, de aquí el carácter cientificista-naturalista-racionalista que exige al conocimiento la cultura moderna. La modernidad retomó la idea judeocristiana de un fin trascendente, la noción de una meta, de un estar en este mundo por y para algo, *cfr.* Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, México, UNAM, 1990, p. 109. La modernidad tomó también la idea cristiana de que para llegar a ese fin era necesario tener libertad de distinguir lo bueno de lo malo, la luz de las tinieblas; era necesario el libre albedrío. La consecuencia era que el hombre podría decidir su destino, hacer su historia. En esta historia, la modernidad insertó su peculiaridad al hacerla optimista; no era sólo recorrer una brecha; era la idea misma del progreso. Todas estas ideas, sin embargo, giran alrededor de una sola que caracteriza a la modernidad, un arraigamiento fuerte y profundo del individualismo. Se dio una “revolución copernicana” al colocar en el centro del universo no a Dios, sino al hombre. La modernidad no es únicamente una forma de concebir al mundo (no sólo es cultura); es, sobre todo, una forma de vivirlo. Al mundo moderno (utilizamos el término más amplio de modernidad y el más estrecho de moderno y modernismo como sinónimos) se le añaden otras características que le dieron forma. Éstas son circunstancias y relaciones puramente fácticas (históricas). Una de ellas fue el contacto con mundos no cristianos producto de las cruzadas, primero, y del espíritu de aventura y sed de riqueza, después. Otra circunstancia fáctica fue la aparición del capitalismo y de su axiología. Es por la aparición del capitalismo, y la actitud del hombre dentro de él, que se ha dicho que lo que denota la vida del hombre moderno es su actividad económica privada; como actividad autónoma de las demás esferas de la vida social, como asunto puramente privado. *Cfr.* Córdova, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, México, Grijalbo, 1976, p. 24. Otro elemento real del mundo moderno es la aparición de los Estados nacionales, que surgen en todas las épocas como Estados absolutistas. El tratar de ver Estados en todos los tiempos y lugares de la historia humana es distorsionar la realidad y enfocar con ojos modernos otros tiempos. *Cfr.* Roses, Wenceslao, “Algunas consideraciones sobre el vicio del modernismo en la historia antigua”, *Cuadernos Americanos*, año XVI, vol. XCVI, núm. 6, 1957, pp. 86-103.

²⁶ Weber, Max, *Historia económica general*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 298.

²⁷ Mun, Thomas, *La riqueza de Inglaterra por el comercio exterior (1664)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1954, pp. 50 y ss

nómicos suponían economías cerradas,²⁸ es decir, aquellas donde los mercados de bienes, financieros y de factores se circunscriben al interior de un Estado nacional,²⁹ de forma que los movimientos en las tasas salariales no implicaban ajustes en el nivel de población al estar, en el modelo, excluida la migración; las diferencias en tasas de interés, simplemente, se veían reflejadas en la inversión nacional, sin implicar mayores flujos de inversión extranjera y consecuente movimiento en la política monetaria que afectara el nivel de empleo y producto. Los ajustes al equilibrio en el modelo, al ser economías cerradas y no poder darse entre las naciones, tenían que efectuarse a lo largo del tiempo, de forma intertemporal. Un incremento en el déficit gubernamental implicaba disminución en la inversión privada a través del incremento en el ahorro, explicación sugerida por David Ricardo, al prever posteriores aumentos en impuestos o mayor emisión de dinero y crecimiento inflacionario para cubrir dicho déficit. Sin embargo, el incremento en el ahorro y el ajuste en la inversión corrían a través del tiempo, no se daba de manera inmediata, dando lugar, por tanto, a efectos de corto y largo plazo.³⁰ En una palabra, bajo economías cerradas muchas variables pasaban a ser constantes, de manera que no había por qué preocuparse por éstas, al menos en el corto plazo.

Cabe señalar que el modelo reflejaba fielmente la realidad de Antonio Cournot, Adam Smith, David Ricardo, y hasta de John Keynes. El escenario social, político, económico y cultural era identificado con los Estados-nación y se percibía el poder de los mismos de fijar objetivos y llevar a cabo políticas públicas para alcanzarlos. Las decisiones de los Estados eran libres, autónomas y soberanas, mientras que el contexto internacional era una simple extensión natural de esas realidades primarias.³¹

²⁸ Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776), México, Fondo de Cultura Económica, 1958, pp. 52 y ss.; Ricardo, David, *Principios de economía política y tributación* (1817), México, Fondo de Cultura Económica, 1959, pp. 53 y ss.

²⁹ Una economía se cierra si existen tarifas al comercio exterior, cuotas de tráfico de mercancías, controles de capital y controles de flujos migratorios. No obstante dichos controles formales, la economía puede estar abierta frente a la ineficacia de los mismos. Cfr. Blanchard, Olivier, *Macroeconomics*, New Jersey, Prentice Hall, 1997, pp. 205 y ss.

³⁰ Keynes, John, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (1936), 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1956, 1a. reimpresión, pp. 282 y ss.

³¹ “Mientras que la teoría económica general trata los problemas de una economía individual cerrada, la economía internacional trata los problemas de dos o más economías

Lo anterior no quiere decir que los teóricos económicos no se hayan cuestionado nunca los supuestos de cerradura de las economías nacionales. Desde Hume se reconocieron los efectos de los flujos de capital internacional en los procesos inflacionarios y, por lo tanto, desde muy temprano se señaló la incapacidad de las políticas nacionales para influir en los niveles de empleo y producto.

No obstante, la visión soberana nubló la razón y cuando los supuestos sobre la cerradura de la economía se relajaron la discusión pasó de lo razonable a lo justificativo. Sentimientos nacionalistas y patrióticos³² se mezclaron con explicaciones románticas, concibiendo al mundo de la siguiente manera:

La economía de cada país menos desarrollado se convierte en tributaria y subordinada de los centros industriales del mundo... la inversión privada extranjera explota los recursos naturales con un mínimo de manufactura. En el curso de más de un siglo los países receptores de inversiones extranjeras destinadas a la producción de artículos primarios para la exportación no han recibido los tan destacados beneficios de la especialización internacional. Los escasos beneficios obtenidos han tenido un costo nacional exagerado. A cambio de su contribución han obtenido un desarrollo económico deformado y altamente subordinado al exterior.³³

Los Estados soberanos buscaron crear economías cerradas, la inmadurez de los mercados financieros permitieron escenarios con trampa de liquidez;³⁴ en este contexto, si un Estado quería incrementar el nivel de empleo no tenía más que subir el gasto público y mantener el nivel de impuestos —es decir, financiar el gasto a través de emisión de deuda o incremento en la masa monetaria—, de manera que se reactivara la producción sin que el incremento del gasto gubernamental sustituyera la inversión privada como componente de producto nacional. La política pú-

abiertas". Chacholiades, Miltiades, *Economía internacional*, México, McGraw Hill, 1981, p. 3.

³² Para un estudio del juego político que tuvieron en el surgimiento del Estado la mezcla de las ideas de libertad, nación y el martirio por la nación (patriotismo) véase Chabod, Federico, *La idea de nación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 19 y ss.

³³ Torres Gaytán, Ricardo, *Teoría del comercio internacional*, México, Siglo XXI, 1972, p. 199.

³⁴ Keynes, John, *op. cit.*, nota 30, pp. 167 y ss.

blica consistente en incrementar el gasto gubernamental financiado con emisión de deuda pública era altamente eficaz en incrementar el producto, siempre y cuando los movimientos en tasas de interés fueran contenidos; mercados cerrados de flujos de inversión extranjera de portafolio o directa aseguraban el resultado.

En economías cerradas las políticas públicas eran altamente eficaces en guiar la economía de los Estados. Así, por ejemplo, tal fue el papel del Estado en el desarrollo de la economía que en el caso de México “las fuerzas productivas y en general la economía de mercado parecen haber sido creados por el Estado constituido como entidad nacional”. De manera similar, la inexistencia o falta de integración de los mercados era explicada como carencia de poder político: “la causa fundamental de que en buena parte del siglo XIX privara la anarquía en las actividades productivas... residió en la falta de un poder político suficientemente fuerte como para imponerse en todos los niveles de la vida social”.³⁵

El escenario de economías cerradas y trampa de liquidez pronto dejó de tener lugar. Cuando los agentes generan expectativas adaptativas o racionales, que surgen en periodos inflacionarios, las tasas de interés se ajustan inmediatamente a los cambios en el gasto gubernamental.³⁶ Puede ser el caso de que existan retrasos, pero tarde que temprano la inflación y consecuentemente el poder adquisitivo de la población paga los platos rotos, o bien mayores impuestos financiarán los excesos de los gobiernos.

Cabe señalar que todos estos detalles estuvieron presentes en la discusión económica desde David Ricardo y que posteriormente fueron subrayados por la escuela austriaca³⁷ y por la llamada escuela liberal;³⁸ sin embargo, el despotismo de los Estados se impuso, y cerrando las economías pudo operar bajo justificaciones keynesianas intercambiando inflación por desempleo en el corto plazo.

A partir de la Segunda Guerra Mundial el escenario mundial cambió radicalmente. A partir de los años cincuenta se observó un fuerte creci-

³⁵ Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, 1972, pp. 9 y 10.

³⁶ Begg, David, *La revolución de las expectativas racionales en la macroeconomía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 24 y ss.

³⁷ Hayek, Frederich, *La desnacionalización del dinero*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994, pp. 102 y ss.

³⁸ Hahn, Frank, *Dinero e inflación*, Barcelona, Bosch, 1983, pp. 57 y ss.

miento en el comercio de bienes y descubrimiento de nuevas tecnologías que sentaron las bases para que en los setenta y principios de los ochenta se diera el escenario de la globalización de los mercados financieros. A fines de los años ochenta y durante la década de los noventa fuimos testigos de un desarrollo de los flujos internacionales de inversión y tecnología sin precedentes.³⁹

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial dos necesidades parecían claras: por un lado, era imperativo no incurrir en el error de la Primera Guerra Mundial de castigar al vencido;⁴⁰ de esta forma, se buscó reconstruir a todos los países afectados por la guerra; por otro lado, era indispensable rediseñar el sistema financiero internacional, ya que los medios de pago en francos-oro se habían desplomado con las guerras y la crisis de 1929. Dos negociaciones fueron básicas: el Acuerdo de Bretton Woods y el Acuerdo General de Aranceles y Comercio.

De la convención de las Naciones Unidas en Bretton Woods surgieron dos instituciones básicas: el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, mejor conocido como Banco Mundial.⁴¹ No es lugar para analizar el contenido ni la trascendencia de los acuerdos ni de las instituciones nacidas de ellos, pero baste decir que a partir de dicho momento el supuesto de las economías cerradas dejó de ser válido.

Eventos posteriores, como las guerras de Corea y Vietnam, el descubrimiento de enormes reservas petroleras en el Medio Oriente y la lucha con el bloque soviético favorecieron el desarrollo de los mercados de capitales en Europa; un ejemplo de ello fue la aparición de los eurodólares. El exceso de oferta monetaria a nivel mundial significó el principio de la privatización de la deuda externa de Latinoamérica, las presiones de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) fueron el detonador de las crisis financieras mexicana y latinoamericana de principios

³⁹ Michalski, Wolfgang, “¿Son compatibles el multilateralismo y el regionalismo?”, *México: transición económica y comercio exterior*, México, Banco Nacional de Comercio Exterior, 1997, pp. 416 y ss.

⁴⁰ Keynes hizo un fuerte ataque al Tratado de Versalles, que impuso a Alemania como castigo fuertes pagos a los países vencedores en la Primera Guerra Mundial. *Cfr.* Keynes, John, *The Economic Consequences of the Peace*, 1920.

⁴¹ Ashworth, William, *Breve historia de la economía internacional desde 1850*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 311 y ss.

de los años ochenta.⁴² Frente a la dependencia externa de los flujos de capital, los modelos de economías cerradas que postulaban el déficit gubernamental como el antídoto al subdesarrollo y al alto nivel de desempleo pasaron al cajón de lo inservible.

Aunque los flujos financieros han existido desde hace algún tiempo, su velocidad es novedosa y las otrora típicas bolsas de valores de gritones han sido sustituidas por mercados bursátiles en línea. El sistema financiero aprovechó la expansión tecnológica en el área de la informática; su red de operaciones, el bajo costo de transmisión, la rapidez en el procesamiento de datos posibilitaron la interconexión de todo el sistema financiero mundial. El desarrollo de las telecomunicaciones convirtió al mundo contemporáneo en una gran bolsa de valores. El proceso apenas comienza y la integración de los mercados bursátiles apenas se consolida.⁴³

Los procesos de integración informática, financiera y económica han acabado con la soberanía de todos los Estados. Las decisiones de políticas públicas se han visto afectadas al menos en las siguientes áreas fundamentales: 1) política fiscal, dado que las crisis financieras y los ataques especulativos demostraron que una de sus principales causas había sido el desorbitado déficit fiscal;⁴⁴ 2) reforma tributaria enfocada al cobro de impuestos sobre la renta en vez de al consumo con el fin de evitar distorsiones indeseables en la elección de los agentes económicos;⁴⁵ 3) liberalización financiera como una forma de hacer llegar fondos para el crecimiento nacional;⁴⁶ 4) reformas cambiarias a tipos de cambio flexibles para efecto de aislar las economías nacionales de las crisis financieras externas;⁴⁷ 5) liberalización comercial como forma de crear merca-

42 Aldcroft, Derek, *Historia de la economía europea, 1914-1980*, Barcelona, Grijalbo, 1989, pp. 294 y ss.

43 Herman, Timothy, *Inversión en la globalización*, México, Bolsa Mexicana de Valores, 1998, pp. 7 y ss.

44 Giavazzi, Francesco y Pagano, Marco, "Confidence Crises and Public Debt Management", en Dornbusch, Rudiger, *Public Debt Management: Theory and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 125-143.

45 Stiglitz, Joseph, *La economía del sector público*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 683 y ss.

46 Manrique Campos, Irma, "Reforma financiera: innovación, desregulación y crisis", *Arquitectura de la crisis financiera*, México, UNAM, 2000, pp. 79 y ss.

47 Blanco, Herminio, "Un modelo de los ataques especulativos contra el peso mexicano", *Estudios Económicos*, México, vol. 1, 1986, pp. 128-146.

dos, fortalecerlos o integrarlos y de esta forma elevar el bienestar de los consumidores;⁴⁸ 6) mejora al ambiente de la inversión extranjera directa y de portafolios con el fin de atraer capital, recursos y tecnología para el desarrollo; 7) desregulación para efecto de favorecer, en general, los procesos de inversión;⁴⁹ 8) canalización del gasto gubernamental a programas prioritarios, desatendiendo sectores que la iniciativa privada administra con mayor eficiencia; este punto implicó una gran reforma privatizadora.

En cuanto a la desregulación caben dos acotaciones: por un lado, y como Michel Aglietta lo concluyó en su trabajo, *Accumulation et regulation du capitalisme en longue période. Exemple des États-Unis (1870-1970)*, el marco regulatorio es explicación del desarrollo económico y las crisis económicas;⁵⁰ por otro lado, muchas veces desregulación no significa menor regulación, sino una redefinición de la misma. De esta forma, el Estado ha reubicado sus esfuerzos reguladores, y en México, por ejemplo, la desregulación implicó la creación de ciertos órganos de gobierno para vigilar el buen funcionamiento de los mercados,⁵¹ tales como la Comisión Federal de Competencia (CFC), que busca consolidar el escenario regulatorio para el buen funcionamiento de los mercados por sí mismos. De esta forma, las nuevas legislaciones en materia de competencia económica llevan al mínimo el uso de instrumentos de control directo sobre los agentes económicos, como fijación de precios y control de la oferta. La premisa es que buscar el funcionamiento eficiente de los mercados mediante intervención estatal no es contradicción del modelo liberal, sino condición su funcionamiento. Bajo la tradición liberal la participación estatal no está excluida, sino dirigida a garantizar el sistema económico mismo: “El Estado surge en primer lugar para definir y salvaguardar los derechos de propiedad privada; en segundo lugar, el

48 Lipsey, Richard, “El libre comercio entre países desiguales”, *Estudios Económicos*, México, vol. 6, 1991, pp. 23-32.

49 Yutaka, Harada, “Desregulación y diferencia de precios”, en Akio, Ozono (comp.), *La economía japonesa en una época de transición*, Barcelona, Círculo Internacional de Editores, 1995, pp. 191-204.

50 Guillemin, Hervé y Maule, Martine, *Le marché du travail, salaires et emploi dans les théories économiques*, Paris, Eyrolles, 1993, pp. 159 y ss.

51 Desde otra perspectiva, se trata de establecer mercados administrados. Cfr. Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *El comercio exterior de México. Marco jurídico, estructura y política*, México, Porrúa, 2003, pp. 128 y ss.

régimen liberal requiere de un sistema legal designado tanto a preservar la competencia económica como a hacerla operar tan bien como sea posible".⁵² Desde la perspectiva liberal más pura, el esfuerzo regulador se reubica en el lugar en el que siempre tuvo que estar. Para la escuela liberal, la intervención en la economía solamente creó caos en los mercados. Desde este punto de vista, la regulación no debe ser intervencionista, sino condicionista.⁵³

Pareciera que la teoría liberal se impone; no obstante, existen reposicionamientos generados por la globalización. Frente a cada una de las características del liberalismo y el derecho que le acompaña encontramos nuevas características: abstracción *vs.* pragmatismo; subjetivismo *vs.* descentralización del sujeto; universalismo *vs.* relativismo; unidad de razón *vs.* pluralidad de racionalidades; axiomatización *vs.* lógicas eclécticas; simplicidad *vs.* complejidad; sociedad civil/Estado *vs.* reposicionamiento de la sociedad civil, y seguridad *vs.* riesgo.⁵⁴

Desde estos nuevos escenarios globalizadores el crecimiento de los flujos internacionales de capital tiene lugar con independencia del crecimiento de la economía real. En este aspecto, si bien, el sustento real de la economía monetaria nunca estuvo muy claro en la teoría económica, de forma que un supuesto principal del modelo es la inexistencia del dinero,⁵⁵ hoy día no queda duda de que ambas pueden vivir con total independencia, sobre todo cuando la producción real ha dejado de estar compuesta por bienes tangibles para constituirse con servicios financieros, de telecomunicación, asesorías, entre otros.

Hoy día, con economías abiertas, un incremento en el gasto público que no se refleje en un incremento de las tasas impositivas, sino que se financie con deuda significa una caída en el precio de los bonos gubernamentales debido a la mayor oferta de los mismos que, bajo rendimientos constantes, implica un incremento en las tasas de interés. Este incremento en los réditos tiene varias repercusiones: en primer lugar, conlleva

⁵² Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*, Londres, Routledge, 1944, p. 28.

⁵³ Morand, Charles Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, pp. 209 y ss.

⁵⁴ Arnaud, André Jean, "De la globalisation au postmodernisme en droit", *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, pp. 147 y ss.

⁵⁵ Arrow, Kenneth y Hahn, Frank, *Análisis general competitivo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 32.

una disminución en el monto de la inversión privada (*crowding out*) y ello significa una caída en el nivel de empleo y producto, resultado contrario al que se llegaba con economías cerradas. Por otro lado, al estar integrados los mercados de capital y bajo tasas de cambio flexibles, el incremento en la tasa de interés implica un flujo mayor de capital extranjero, lo que deriva en una mayor demanda de la moneda nacional con su consecuente apreciación y el posterior decremento de exportaciones, la caída en la producción y el nivel de empleo.

Bajo economías abiertas, la mejor opción de los Estados es mantener finanzas sanas. De esta forma,

... más y más gobiernos se han convertido en administradores de las economías nacionales, [y] son pagados para usar la maquinaria legislativa y ejecutiva tan eficientemente como sea posible y atender el bienestar material de los ciudadanos, que garantice mantener a flote el barco estatal y quedar a la cabeza de sus más cercanos rivales en lo económico y lo político. El proceso político tradicional ha declinado su importancia en relación con otros subsistemas de la sociedad, no sólo los económicos, sino también en relación con los subsistemas de formación de opinión y valores en general. En estas sociedades, las elecciones se tornan, más y más, como un proceso de selección entre equipos de administración alternativos... un pasaje ritual humillante, en vez de una seria confrontación de programas alternativos políticos.⁵⁶

En este punto se propone distinguir globalización de internacionalización. Comúnmente, el término internacionalización ha sido entendido dentro del contexto del derecho internacional vatteliano como un medio que posibilita satisfacer intereses nacionales en el ámbito internacional. La internacionalización vatteliana implica cooperación entre Estados soberanos, mientras que la esencia de la globalización (internacionalización kantiana) mina y erosiona soberanía.

Estructuralmente, el juego productivo ha cambiado. El contenido del valor de las mercancías se encuentra hoy día incorporado en el conocimiento y servicio otorgado. En el ámbito de la sociedad contemporánea el eje, estructura y base de los poderes económico, político y cultural residen esencialmente en la generación, control, procesamiento, agregación de valor y velocidad de extensión de la información técnica-especializada.

⁵⁶ Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XIII.

La nueva producción se consolida a partir de la emergencia de nuevos tipos de organizaciones sociales de producción —la industria basada en la ciencia— y de la consecuente obsolescencia del paradigma técnico-industrial basado en los conceptos tayloristas de dirección y en los métodos fordistas de trabajo forjados en la primera mitad del siglo XX.⁵⁷

Con la globalización el paradigma es el de la “especialización flexible de la producción y el trabajo”.⁵⁸ Se reduce el peso de la participación de los materiales en la composición del precio final de los productos y servicios, y aumenta el contenido de información y conocimiento al abrir el camino a una nueva geografía de conexiones, sistemas, centros de procesamiento y control. Este nuevo paradigma provocó una revolución en el comercio internacional, llevando al declive de las sinergias asociadas a complementos inherentes al funcionamiento de las economías nacionales en cuanto a sistemas. Antes de él, la competencia comercial internacional estaba fuertemente condicionada por el control de las materias primas estratégicas, como petróleo y minerales. Con el advenimiento del nuevo paradigma, la competencia ha pasado a concentrarse, básicamente, en torno al control de las tecnologías de procesos, lo que relativizó las ventajas comparativas de los países pobres que contaban con amplias reservas energéticas y grandes extensiones territoriales.⁵⁹

En la medida en que la interpenetración de las estructuras empresariales, la interconexión de los sistemas financieros y la formación de los grandes bloques comerciales regionales se convierten en efectivos centros de poder, el sistema político deja de ser el *locus* natural de organización de la sociedad. En lugar de un orden soberanamente producido, lo que se tiene es un orden generado por los agentes económicos. Se trata de un orden que se organiza cada vez más a sí mismo y se autorregula.

Desde esta perspectiva integradora, problemas de falta de abasto, bajo nivel de empleo y falta de inversión son resultado de una falla en el mer-

⁵⁷ Coriat, Benjamín, *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, México, Siglo XXI, 1982, p. 204.

⁵⁸ “Entendemos por empleo flexible toda forma de trabajo que no sea de tiempo completo y no tenga una duración indefinida. A veces se conoce con el nombre de empleo atípico, empleo eventual o empleo precario”. Ozaki, Muneto, *Negociar la flexibilidad. Función de los interlocutores sociales y del Estado*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2000, p. 6.

⁵⁹ Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 83.

cado, no del Estado. La solución es, desde luego, crear el mercado o integrar mercados de forma que las necesidades se satisfagan.⁶⁰ Por otro lado, la integración y generación de mercados quita discrecionalidad al gobernante. Cuanto mayor es la integración de mercados, menor la capacidad de coordinación de los gobiernos.

La globalización, como el gran proceso generador e integrador de mercados, tiende a trascender los límites y controles impuestos por el Estado, a sustituir la política por el mercado como instancia máxima de regulación social, haciendo realidad las conclusiones de los economistas liberales en cuanto a la imposibilidad de controlar la economía desde el gobierno.⁶¹

La globalización económica, aunque parte importante del proceso globalizador, no lo es todo, sino una simple sección de un fenómeno multifactorial y polifacético.⁶² Esta multiplicidad de fuerzas que constituyen al mundo global pueden ser entendidas como la creación, configuración, multiplicación e incremento en la complejidad interna de muchas redes: financiera, comercial, de inversión, telecomunicaciones, transporte, información, terrorista, criminal, entre otras. Dichas redes se generan y se tornan complejas, adquieren vida propia. Desde este punto de vista, el sistema de redes convierte al proceso globalizador en un proceso sistémico altamente complejo,⁶³ un sistema de sistemas en continua interacción.⁶⁴ Cabe tener presente que en la red global, como en toda red, característica básica es que lo que sucede en una parte de la misma tiene efectos en todo el resto.⁶⁵

⁶⁰ García Castillo, Tonatiuh, *Ley federal de competencia económica. Comentarios, concordancia y jurisprudencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 68 y ss.

⁶¹ Leinjonhufvud, Axel, “¿Qué le ha sucedido a la economía keynesiana?”, *Estudios Económicos*, México, vol. 2, 1987, pp. 65-79.

⁶² Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 29.

⁶³ Grün, Ernesto, “La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético”, 2004, <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/global.html>.

⁶⁴ López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 69.

⁶⁵ García Castillo Tonatiuh, “Derecho penal internacional vs. derecho internacional penal”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 4, 2002, p. 83.

El proceso de globalización genera una nueva forma social: la sociedad red, organización en subredes con nodos variables, donde los conceptos de espacio y tiempo se redimensionan. Esta redefinición de espacios y tiempos llega a un punto crucial en las llamadas inversiones *off shore* realizadas día a día a través de cualquier computadora conectada a la red mundial de Internet. Los tiempos solares y lunares no tienen relevancia alguna para los tiempos de inversión. Las lejanías y las distancias son insignificantes a la comunicación satelital.

Las subredes del proceso globalizador adoptan muchas formas, las distintas redes inician su conformación a nivel regional y de ahí se integran a otras que las hacen globales, aprovechando las sinergias internas de ellas.⁶⁶ Las formas son muchas, desde los tratados de libre comercio hasta estructuras más sofisticadas como la Unión Europea, considerada ya como un Estado-red con soberanía de geometría variable,⁶⁷ que tiene como característica, precisamente, la cesión de soberanía por parte de los Estados miembros.⁶⁸

Suponiendo que la universalización del pensamiento sea un fenómeno ineludible, existen dos vertientes por los que puede tener lugar: bajo la enseña de la opresión y la violencia o por el camino de la equidad y la paz. La “ye” en el camino es entre un imperio mundial o una democracia internacional.⁶⁹

El papel del jurista es fundamental para que la humanidad siga una u otra vía. No obstante, frente a la tendencia globalizadora la teoría jurídica permanece atónita y pasmada, limitada en su entender y propuestas por los “confines estatistas”.⁷⁰ En el caso del derecho, que siempre suele ir a la zaga de los fenómenos económicos y sociales, puede decirse que recién nos encontramos en los prolegómenos del proceso globalizador.

⁶⁶ Michalski, Wolfgang, *op. cit.*, nota 39, pp. 416 y ss.

⁶⁷ No obstante lo ambicioso de esta organización intergubernamental, está llena de la atmósfera pasada de moda del absolutismo gubernamental. Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XIII.

⁶⁸ Prada García, Aurelio de, “Apuntes para una teoría local del derecho”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002, <http://www.uv.es/CEFD/5/prada.html>.

⁶⁹ Ferrajoli, Luigi, “¿Gobierno mundial o democracia internacional?”, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 81 y ss.

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 43.

Ante la red global el discurso jurídico se conserva desconectado. Los ojos de los abogados, inmersos en el paradigma soberano, continúan con propuestas autorreferenciales, es decir, propuestas que se justifican a sí mismas, al margen del contraste con las exigencias de la sociedad real.⁷¹ Los juristas continúan percibiendo a la sociedad mundial no como una gran red integrada y única, sino como una multitud de sistemas jurídicos nacionales diferenciados, que perviven como islas en un gran fango, sin conexión entre unas y otras, más allá de la que ha sido negociada a través del reconocimiento de los Estados mismos.

Hoy por hoy, resulta obligado a la teoría legal modificar el paisaje de pirámides soberanas frente al fenómeno de la globalización. Los nuevos procesos generados por la revolución tecnológica y la reestructuración del capitalismo conllevan una dinámica de progresiva interdependencia política y cultural entre las diversas sociedades, de forma que la cotidianidad en el sur de Chiapas resulta cada vez más influida por hechos y acontecimientos del norte de Francia, de igual forma, sucesos globales influyen localmente y, viceversa, las prácticas y decisiones de los grupos y comunidades locales tienen importantes repercusiones globales.

La globalización es un proceso de desnacionalización de mercados, leyes y política,⁷² un proceso de interpenetración de pueblos e individuos.⁷³ La globalización desaparece las fronteras nacionales y unifica países y hemisferios no sólo por medio de acuerdos económicos y comerciales, sino sobre todo por la consolidación cultural mundial facilitada por los medios de comunicación. Inclusive en materia política, que comúnmente se ha considerado como propia y exclusiva de la esfera in-

71 López-Portillo Vargas, Ernesto, “La reforma a la seguridad y la justicia”, *Nexos*, México, año 26, vol. XXVII, núm. 323, noviembre de 2004, p. 22.

72 Grün, Ernesto, *op. cit.*, nota 23, o en Internet en <http://www.inter-mediacion.com/cibernetica.htm>.

73 Decimos que existe “penetración” cuando un sistema pone a disposición de otro sistema su propia complejidad, de forma que en la penetración nace otro sistema. Si la penetración es recíproca, entonces, hablamos de “interpenetración”. En este último caso, el sistema receptor ejerce también una influencia retroactiva sobre la formación de estructuras del sistema penetrador. Dos sistemas que se interpenetran juegan el papel de entorno el uno para el otro. Los fenómenos sociales, la relación de un ser humano con otro, y la relación de un ser humano con la sociedad, además de ser intersistemáticas, son también relaciones de interpenetración. *Cfr.* Luhman, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos Editorial, 1991, pp. 199 y ss.

terna de los Estados, ésta no puede ser entendida como una actividad puramente local, sino como una actividad con dimensión global.⁷⁴

El Estado fue una realidad territorial, y la regla en el mundo de hoy es la desterritorialización de la riqueza, el poder y la información. Puede afirmarse que la modificación de las relaciones clásicas entre política y economía ha alterado el escenario en el que el Estado y el mercado estuvieron actuando, donde el equilibrio entre poder económico y poder político había sido obtenido mediante la hegemonía de los Estados. Hoy, por primera vez, la economía ha logrado su independencia respecto a la política, lo cual no quiere decir que por el momento haya roto los vínculos, ya que las instituciones jurídicas y estatales siguen sosteniendo el funcionamiento del mercado, merced a la actuación de las leyes y de los tribunales, probablemente hasta que el contrato y el arbitraje lleguen a sustituirlas como mecanismo privilegiado.⁷⁵

La mundialización productiva del capitalismo que se despliega ante nuestros ojos no es sólo la aparición de una nueva era histórica de carácter global, sino, ante todo, es una revolución en los supuestos de todos los modelos sociales, una ruptura epistemológica. El cambio de contexto mundial, para poder ser explicado de manera satisfactoria, necesariamente implica modificaciones en la forma de pensar.

II. LA VISIÓN LEGAL PREGLOBAL

El sistema jurídico nacional se formó a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos legales de la Edad Media, por medio de un proceso de monopolización de la producción jurídica y la solución de controversias. La tendencia a identificar el fenómeno legal con el derecho estatal es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coercitivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno.⁷⁶

El Estado generó su propia explicación legal: la visión de un mundo de Estados soberanos. Esta visión de la sociedad mundial fue propuesta

⁷⁴ Cfr. Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 25.

⁷⁵ González-Posada Martínez, Elías, “Las reglas jurídicas de la globalización”, <http://www.der.uva.es/trabajo/regjur.doc>.

⁷⁶ Raz, Joseph, “The Identity of Legal Systems”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, OUP, 1979, p. 99.

por Vattel, una sociedad de Estados independientes considerados, a pesar de las obvias diferencias, como iguales:

Ya que los hombres son por naturaleza iguales, y sus derechos individuales y obligaciones las mismas, pues surgen igualmente de la naturaleza, las naciones, compuestas de hombres y que pueden ser consideradas como muchas personas libres viviendo juntas en un estado natural, son por esencia iguales y poseen por naturaleza las mismas obligaciones y derechos. La fuerza o debilidad, en este caso, no valen nada. Un enano es tan hombre como lo es un gigante; una pequeña república no es menos soberana que el más poderoso reino.⁷⁷

La igualdad soberana de los Estados representa el punto de partida de la doctrina legal del mundo moderno y sustenta una comunidad constituida, principalmente, por los que tienen una personalidad legal uniforme. La soberanía e igualdad de entre Estados significa, *prima facie*, jurisdicción sobre un territorio definido, deber de no intervención en el área que es exclusivamente jurisdicción de otro Estado y surgimiento de obligaciones legales únicamente con base en el consentimiento del obligado.⁷⁸

La comunidad de Estados europeos que emergió entre el descubrimiento de América y la Reforma religiosa desarrolló reglas de convivencia multifacéticas y complejas. Este sistema de reglas es el que Vattel conceptualizó y es referido como el derecho internacional “clásico” o “positivo”. Este esquema de derecho internacional constituyó la estructura legal para la convivencia de una sociedad que tuvo lugar desde la paz de Westfalia a la Primera Guerra Mundial, comunidad basada en relaciones sinalagmáticas, reciprocidades, y reconocimiento de soberanías.⁷⁹

⁷⁷ Vattel, E., *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns* (1758), Washington, C. G. Fenwick, 1916, p. 7. El mismo postulado “Naciones consideradas como personas individuales libres viviendo en un estado de naturaleza” se encuentra en Wolf, C., *The Law of Nations According to a Scientific Method* (1749/1764), Oxford, Oxford University Press, 1934, p. 9.

⁷⁸ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 289. Véase, también, la Declaración de Principios de Derecho Internacional Referente a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, Asamblea General, 1970, Resolución 2625 (XXV).

⁷⁹ Jellinek señaló que entre el derecho nacional y el internacional existe una diferencia fundamental; para el maestro de Heidelberg, en el derecho internacional no exis-

Este derecho internacional vatteliano se complementó, a su vez, por el llamado derecho de conflicto de leyes o derecho internacional privado, que no era otra cosa que

... la proyección en el espacio... de las diversas instituciones jurídicas de derecho interno... [la manera de]... determinar el imperio respectivo de las leyes en el espacio... [la forma de]... averiguar si una relación jurídica está sometida al imperio de una u otra ley... [y para ello la fijación de principios para]... investigar, necesariamente, a qué legislador, o lo que es lo mismo, a qué soberanía corresponde su reglamentación... [pues]... la solución de los conflictos de leyes pretende siempre como base un conflicto de soberanías.⁸⁰

El derecho internacional positivo era el marco para regular la convivencia de las relaciones de las naciones soberanas entre sí y pretendía

ten relaciones de subordinación, sino solamente de coordinación, debido a que quienes crean el derecho y quienes son obligados por el mismo son las mismas personas, es decir, los Estados. Para Jellinek, el derecho internacional, al carecer de *imperium*, presentaba las características de la anarquía. Jellinek, Georg, *L'Etat moderne et son droit*, trad. de Georges Fardis, París, V. Girard & E. Brière, 1911, t. I, pp. 560 y 564. Así, se ha dicho que el derecho internacional regula relaciones horizontales y no verticales. La idea que subyace detrás de esta visión es que el derecho internacional es la formalización de las relaciones interestatales de carácter diplomático. Este tipo de relaciones se basan en: a) una sociedad internacional compuesta de Estados soberanos, cuya estructura interna o sistema político es irrelevante para las normas legales internacionales, y b) acuerdo general de que la materia internacional es competencia de los gobiernos. Friedman, W., "Some Impacts of Social Organization on International Law", *American Journal of International Law*, Buffalo, Nueva York, vol. 50, 3 de julio de 1956, p. 475. No obstante, las anteriores explicaciones confunden al derecho (*law*) con la sociedad que pretende regular (*fact*). Todo sistema jurídico verdadero supone lo que Habermas ha llamado "la revolución en el mundo de las representaciones morales", esto es, el establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yerge sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos". Cfr. Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26. Así, Kelsen señalaba que la relación de superioridad e inferioridad que se da en todo sistema jurídico no se refiere a la realidad entre los integrantes del sistema jurídico (soberano vs. súbditos), sino entre éstos, por una parte, y el orden que regula su conducta, por la otra. Esta subordinación nouménica se da inclusive en la moral, donde los individuos cuya conducta está regulada por las normas morales, se hallan tan sujetos a éstas, tan "inferiores" a ellas, como los que están sometidos al sistema jurídico. Cfr. Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1974, pp. 89 y 90.

⁸⁰ Niboyet, J. P., *op. cit.*, nota 4, pp. 15, 199 y 224.

dos cosas irresolubles de manera simultánea: el respeto a la soberanía de los Estados y al mismo tiempo imponer un mínimo de orden para la convivencia internacional. El derecho internacional privado no era más que las normas del derecho estatal soberano, al aplicar una norma legal extranjera a un caso concreto: el de relaciones jurídicas privadas con efectos extranacionales. Bajo este esquema legal cada soberanía se consideraba independiente en su territorio,

... no permitiendo en él la aplicación de las leyes extranjeras más que en la medida que consideraba conveniente. Los límites fijados por ella a este respecto... [estaban]... poderosamente influidos por esta doble consideración: 1a., que las leyes de las demás soberanías [eran] para ella leyes extranjeras [es decir, no eran leyes reconocidas por el sistema legal nacional]; 2a., que... no existía una autoridad superior para asegurar en los diversos países una solución uniforme de los conflictos [en virtud de que cada nación era soberana].⁸¹

Derecho internacional positivo y derecho conflictual: dos caras de la misma moneda; dos explicaciones legales derivadas del choque de sociedades consideradas independientes; dos teorías que emergen para explicar la colisión de sistemas jurídicos nacionales que mutuamente se reconocen, pero que al mismo tiempo se diferencian; explicaciones que nacen del conflicto de soberanías que pretende resolverse cuando se reconocen una a la otra como independientes, separadas y simplemente vinculadas por la cortesía y la conveniencia. En todo esto privaba la idea cómica de que todas las naciones deberían comunicarse unas a las otras a través una pequeña elite de gente llamada diplomáticos.⁸²

El esquema anterior es lógico en la sociedad preglobal, es decir, cuando el clímax del paradigma estatal tuvo lugar a fines del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX. Dicha época fue caracterizada por la planificación estatal, por la intervención gubernamental, por mayor regulación de los mercados, por la utilización del derecho como un instrumento de control, gestión y dirección, por la participación directa del sector público como agente controlador de los mercados, planificador del crecimiento económico, determinante del desarrollo, y financiador de los negocios.

⁸¹ *Ibidem*, p. 22.

⁸² Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XIV.

Tristes sucesos acaecidos en los siglos XIX y XX (como la guerra de Crimea, el empleo de armas químicas, la utilización de granadas de fragmentación, uso de armas de destrucción en masa, la violencia inconmensurada de la Primera Guerra Mundial, el gran número de civiles muertos en los conflictos desde la Segunda Guerra Mundial, el genocidio nazi, la segregación palestina, la aparición de regímenes totalitarios, el Apartheid) han llevado a cuestionar a la sociedad mundial global si un derecho que deja a la libre decisión de los Estados sus relaciones con sus súbditos no obstante los masacre,⁸³ un sistema legal que justifica el uso de la guerra como otra forma de resolver los problemas internacionales,⁸⁴ que deja crecer el nivel de armas bajo el argumento de la legítima defensa,⁸⁵ sea un derecho sensato, un orden legal adecuado a la convivencia humana, un régimen jurídico que permita la sobrevivencia de la humanidad. De igual manera, cabe cuestionar si las reglas del derecho conflictual son capaces de garantizar un mínimo de respeto al ser humano sin importar su condición de nacional o extranjero respecto al Estado soberano.⁸⁶

El mundo global reclama una revolución en el paradigma del derecho internacional positivo y del derecho conflictual. “Una primera aproxima-

83 “El Tribunal Internacional ha sido constituido para conocer no sólo de delitos de naturaleza puramente nacional. Estos son crímenes de una naturaleza universal real, perfectamente reconocidos en derecho internacional como violaciones graves al derecho internacional humanitario, y trascienden el interés de cualquier Estado aislado... no puede haber objeción de que un tribunal internacional apropiadamente constituido juzgue estos crímenes a nombre de la comunidad internacional”. *Prosecutor vs. Dusko Tadic AKA Dule*, Decision on the Defence motion on Jurisdiction, Yugoslavia, International Tribunal for the Former, 1995.

84 “La guerra no es solamente un acto meramente político, sino un instrumento político real, una continuación de la política comercial que se lleva a cabo por otros medios”, Clausewitz, *On War (Von Kriege)* (1832), Londres, Penguin Books, 1968, p. 119 .

85 “En derecho internacional no existen reglas, otras que las aceptadas por el Estado en cuestión, por tratado o de otra manera, por las cuales el nivel de armamentos de un Estado soberano pueda ser limitado”, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua vs. US*, International Court of Justice, 1986, p. 269.

86 Niboyet sostenía que “Negar a un Estado el derecho de determinar en su territorio con absoluta independencia los derechos de que han de gozar los extranjeros, sin preocuparse de las legislaciones de los demás países, implicaría una restricción de la soberanía del mismo en lo que ella tiene de más sagrado. Conviene, sin embargo, asegurar al extranjero el mínimo de derechos exigido por el respeto a las reglas del derecho de gentes”; *op. cit.*, nota 4, p. 4.

ción, puramente intuitiva, nos puede sugerir que la «globalización del derecho» es el término que designa el proceso que conduce a la uniformidad y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo”.⁸⁷ El proceso que se sucede sin mayor duda es la desnacionalización. Se ha mencionado que dicho proceso se puede dar en dos vertientes: por el lado de la globalización y por el de la armonización. El primero implica la revolución de las representaciones morales de Habermas⁸⁸ a nivel mundial, total rompimiento con el paradigma soberano. El segundo es la transformación parcial de los sistemas jurídicos nacionales para no dejar de ser soberanos, a través de la reducción de las diferencias entre los distintos ordenamientos,⁸⁹ la internacionalización entendida como cooperación entre Estados soberanos.

Creemos que el mundo global reclama cambios en las representaciones morales. Diversas mutaciones han tenido lugar: la firma del Tratado Kellogg-Briand (renuncia a la guerra como recurso para resolver los conflictos internacionales) y el reconocimiento de su contenido en el derecho internacional consuetudinario de forma que sea oponible a cualquier Estado;⁹⁰ el nacimiento de conceptos como *jus cogens*⁹¹ y el reconocimiento de obligaciones debidas a toda la comunidad mundial, *erga omnes*;⁹² la consideración de ciertos hechos delictivos como violaciones en perjuicio de la comunidad jurídica universal, tales como el genocidio, agresión o Apartheid.⁹³ Todo ello es muestra de una visión del derecho bajo nuevas aproximaciones, una lucha por constituir un sistema

⁸⁷ López Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 64. p. 69.

⁸⁸ El establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”. *Cfr.* Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

⁸⁹ Risset, Arthur, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts. An Introduction to Chapter Seven: Non-Performance”, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UP-UNAM, 1998, p. 117.

⁹⁰ Se distingue normalmente entre derecho internacional particular, es decir, aquel que nace de la suscripción de tratados y que vincula “en particular” a los Estados que los suscriben, y el derecho internacional general, aquel que nace por costumbre y que vincula a todos los Estados, con independencia de que le reconozcan o no.

⁹¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, International Court of Justice (ICJ), 1996.

⁹² *Barcelona Traction, Light and Power, Belgium vs. Spain*, ICJ, 1970.

⁹³ *Prosecutor vs. Dusko Tadic AKA Dule*, *op. cit.*, nota 83.

legal internacional integrado, global, vertical y no horizontal, basado en subordinaciones y no en coordinaciones, la creación de un buen orden social basado en el derecho, *eunomia*.⁹⁴

Una de las facetas más conocidas de este proceso de redefinición del derecho internacional es el cuestionamiento de la soberanía del Estado-nación, la fragilización de su autoridad, el agotamiento del equilibrio de poderes al interior de dicho Estado y la pérdida de autonomía de su aparato burocrático, lo que se revela por el modo en como se sitúa en la confrontación entre los distintos sectores económicos (públicos o privados) más directamente afectados. Los sectores vinculados a las fuerzas económicas extranjeras presionan al Estado utilizando los medios de persuasión, presión, negociación, confrontación y veto de que disponen. Estos sectores, al estar situados en posiciones clave del sistema productivo, tienen gran poder sustantivo de influencia en la formulación, establecimiento y ejecución de políticas públicas. Sus presiones se dirigen a mejorar y ampliar las condiciones de “competitividad sistémica”, reivindicando la eliminación de las trabas que bloquean la apertura comercial, así como la desregulación de los mercados, la adopción de programas de desestatización, la “flexibilización de la legislación laboral” y el establecimiento de otros proyectos de “deslegalización” y “desconstitucionalización”.⁹⁵

Ante la imposibilidad de condicionar lo incondicionable, la comunidad mundial se ve obligada a adoptar distinta regulación para llevar a cabo sus negocios. Las reglas más flexibles de la *lex mercatoria*⁹⁶ toman el lugar de las normas escleróticas de derecho estatal. El principio *pacta sunt servanda* se califica cada vez más por la cláusula *rebus sic stantibus*. Se sustituye la decisión judicial por mecanismos como la mediación y el arbitraje. En una palabra, se pone en jaque la distinción clásica entre lo público y lo privado, lo nacional y lo internacional, el norte y el sur.

⁹⁴ Allott, Philip, *op. cit.*, nota 18, p. XXVII.

⁹⁵ Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

⁹⁶ “Los comerciantes de todo el mundo están desarrollando condiciones uniformes para llevar a cabo sus negocios, condiciones que están más o menos desligadas de cualquier sistema legal nacional y que son hechas valer mediante arbitraje”, Seidl-Hohenveldern, “International Economic Law”, *Recueil des Cours*, vol. III, t. 198, 1986, p. 22.

III. EL DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN

La idea de que el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza⁹⁷ deja de tener validez en el mundo global, y quizá ello explica muchos de los fenómenos que se registran actualmente: la incapacidad de los Estados para controlar los límites de la violencia, la desjerarquización de las normas, la privatización de la justicia, la imposibilidad de control eficiente de las migraciones, la aparición de métodos alternativos de resolución de conflictos.

Elemento central para la pérdida de autoridad estatal fue el resquebrajamiento de la política monetaria y fiscal. La capacidad impositiva y de emisión monetaria de los gobiernos fue minada con la transnacionalización de los capitales. Las decisiones de política económica perdieron su autonomía con la universalización de los mercados financieros.

El control de los mercados se perdió por el gobierno y nadie lo tomó ni lo pudo haber tomado, simplemente, las acciones y conductas de los agentes productivos dieron lugar a mercados autorregulados. Los mecanismos jurídicos en materia fiscal y monetaria perdieron efectividad respecto a las manifestaciones reales de las nuevas fuerzas presentes en la sociedad. El resultado de todo ello fue el declive de la capacidad estatal para dirigir el funcionamiento del sistema económico, no obstante el incremento en la emisión de normas.⁹⁸ Esta disfuncionalidad creciente del Estado configura un proceso que ha sido llamado “ingobernabilidad sistémica” o “crisis de gobernabilidad” por los estudiosos de la ciencia política. Los sociólogos y teóricos del derecho la han denominado “inflación legislativa”, “juridificación”, “sobrejuridificación” y “trilema regulatorio”.⁹⁹

⁹⁷ El ejecutar los mecanismos de coacción a nombre de la comunidad jurídica y no a nombre propio es lo que se conoce como el monopolio del uso de la fuerza. *Cfr.* García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes: Derecho internacional/derecho nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 117.

⁹⁸ Ejemplos de esta inflación legislativa los encontramos en México; por ejemplo, de las 211 leyes federales en vigor a diciembre de 2000, 158 habían sido aprobadas, 29 reformadas y 24 habían permanecido sin cambio en el periodo de 1971-2000, es decir, 75% de la legislación federal vigente había nacido en los últimos 30 años. López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, “¡Tan cerca, tan lejos!, Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor *et al.*, *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 519.

⁹⁹ Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 101.

El Estado ha continuado legislando en materia económica, financiera, monetaria, tributaria, de seguridad social, laboral, civil y mercanti; pero lo hace bajo un poder de intervención disminuido, constreñido a compartir la titularidad de su iniciativa legislativa con diferentes fuerzas que trascienden el nivel nacional.

Es importante considerar que el poder de intervención del Estado no ha sido sustituido por el poder de las empresas transnacionales, como ha sugerido cierto sector de la teoría social, sino que se ha presentado una atomización de los diversos poderes; aparentemente en un marco que asemeja a la competencia perfecta, donde ningún agente económico tiene tanto poder como para imponerse sobre los demás. En esta interacción atomizada, los agentes económicos, empresas e individuos han ampliado exponencialmente la producción de sus propias reglas en forma de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios, códigos deontológicos de conducta¹⁰⁰ y, principalmente, contratos homogeneizados de alcance mundial. De esta manera ha ido surgiendo un derecho de manera espontánea, consuetudinario.¹⁰¹

Ante la pérdida de centralidad del Estado-nación como unidad privilegiada y exclusiva de gestión económica, dirección política, control social e iniciativa legislativa, la doctrina legal jurídica se encuentra próxima a un agotamiento paradigmático. Las visiones se tornan catastrofistas y en este sentido se ha dicho que la teoría jurídica, nacida bajo el Estado-nación, afronta un cruel dilema: si ante todos los cambios estructurales generados por la globalización permanece preocupada por su integridad lógica, corre el riesgo de ser funcionalmente ineficaz y, como consecuencia de ello, acabar siendo despreciada y descartada por la realidad; y en caso de que se deje seducir por la tentativa de controlar y disciplinar directamente las nuevas realidades, dejando a un lado su preocupación por

¹⁰⁰ Davidow, Joel y Chiles, Lisa, "The United Status and the Sigue of the Binding or Voluntary Nature of Internacional Codes of Conduct Regarding Restrictive Business Practices", *American Journal of International Law*, vol. 72, núm. 2, abril de 1978, pp. 247-271.

¹⁰¹ Para un análisis de los sistemas jurídicos espontáneos véase Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, University of Chicago, 1973, vol. I; *id.*, *The Political Ideal of the Rule of Law*, El Cairo, National Bank of Egypt, Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, 1955, y Routledge y Kegan, Paul (ed.), *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres, 1967, capítulo 6.

la unidad dogmática, corre el riesgo de desdibujarse como referencia normativa coherente.¹⁰²

Desde nuestro punto de vista, no nos encontramos en un callejón sin salida, sino que existen soluciones. Si continuamos bajo los principios de la teoría jurídica estatal no hay más remedio que morir; pero si nos abstraemos del Estado-nación y sus confines, la nueva teoría jurídica no tiene por qué resquebrajarse ni perder sistematicidad, ya que la lógica no se da solamente en el Estado-nación. La teoría legal puede transformarse y adquirir nuevos cánones y directrices.

A los ojos de muchos, el derecho en la economía global no puede tener lógica y sistema por partir de un escenario descentralizado, mutable y policéntrico.¹⁰³ Lo que subyace detrás de esta preocupación es una lucha entre el centralismo y el pluralismo legal. El primero relacionado con el positivismo, que considera a la norma legal *ex ante*, en la mente del gobernante, sostiene que el derecho de una sociedad es un sistema unificado por el poder.¹⁰⁴ La *Grundnorm* kelseniana, por ejemplo, busca cumplir esta función unificadora del sistema legal. Cada norma contraria a la norma fundamental no puede ser considerada válida y, por lo tanto, no pertenece al sistema jurídico de mérito.¹⁰⁵ Esta visión implica, necesariamente, un cierto concepto de poder central detrás del derecho.¹⁰⁶

Aquí yace el supuesto de que la lógica y sistematicidad del discurso legal solamente puede tener lugar bajo el Estado-nación, lo cual es históricamente falso. Mucho antes del Estado-nación existían teorías jurídicas que no obstante haber sido creadas fuera del crisol nacional no podemos concluir que sean ilógicas. En el mundo global descentralizado, la falta del imperio del Estado no implica pérdida en la lógica del discurso.

Sin duda, la teoría jurídica desarrollada bajo el Estado-nación es dominante. En ésta el individuo abstracto y el Estado soberano resultan ser los elementos capitales. En la teoría jurídica estatal, con sus diversas va-

¹⁰² Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 10.

¹⁰³ González-Posada Martínez, *op. cit.*, nota 75.

¹⁰⁴ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined (1832)*, Nueva York, The Noonday Press, 1954, pp. 9-33.

¹⁰⁵ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge MA, Harvard, 1945, p. 110; *id.*, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California, 1967, p. 163.

¹⁰⁶ Mackaay, E., "Emergence of Legal Rules", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londres, Macmillan, 1998, vol. 2, pp. 29-33.

riantes, los individuos abstractos, el sujeto jurídico, mediante el instrumento del contrato social, se constituyen en pueblo, dando lugar a un Estado que cuenta como característica fundamental con la soberanía,¹⁰⁷ es decir, el no reconocer superior a otro poder sobre un territorio y población. El ordenamiento jurídico estatal adopta la forma de una estructura jerárquica, una pirámide soberana.

La estructura piramidal en la teoría jurídica da cuenta del criterio genético del sistema legal que tiene lugar en el Estado-nación. Dicha pirámide sugiere relaciones genéticas de disposiciones jurídicas generales a particulares. Otros criterios de nacimiento de disposiciones legales surgen fuera del contexto estatal y pueden expresarse mediante diagramas de árbol.¹⁰⁸ El diagrama de árbol se diferencia de la pirámide en dos sentidos: por un lado, está libre de la implicación de que una disposición jurídica particular no pueda autorizar la creación de una disposición jurídica general;¹⁰⁹ en segundo lugar, está fuera de todo contexto donde se requiera una *grundnorm*.¹¹⁰

La globalización constituye el fenómeno jurídico-político más importante de los últimos tiempos; dicho acontecimiento torna más y más borroso el paisaje de pirámides soberanas característico de la teoría del derecho hasta ahora absoluta, transformándolo en una red global, una red de redes, de geometría variable, en la que aparecen englobadas aquellas pirámides, a su vez agrupadas en redes, también de geometría variable, en macrosociedades multilaterales con diferentes grados de conformación.

A su vez, los dos elementos básicos de la teoría del derecho hasta ahora vigente, el soberano y el súbdito, se hacen cada vez más borrosos y difusos. Por el lado del Estado, la globalización provoca la descentralización y fragmentación del poder, difumina las líneas delimitadoras entre lo interno y externo, implica la relativización de los principios y categorías legales, como soberanía, legalidad, jerarquía normativa, derechos subjetivos y ciudadanía.¹¹¹

¹⁰⁷ “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república”, Bodin, J., *Los seis libros de la república (1586)*, Caracas, Universidad de Venezuela, 1966, Libro I, p. 141.

¹⁰⁸ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 97.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 99.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 104.

¹¹¹ Faria, José Eduardo, *op. cit.*, nota 2, p. 9.

El Estado soberano pierde, paulatinamente, su característica básica: la soberanía, y el súbdito pierde su capacidad ciudadana y se reduce a un elemento, entre otros muchos, en esa emergente red de redes. Tanto el Estado como el súbdito se yerguen en reacción. El Estado lucha por no perder su soberanía, el individuo esgrime un “no a la globalización sin representación”, el súbdito, ante la experiencia de los despotismos nacionales, pide un derecho *glocal*,¹¹² que mezcle la personalidad del sujeto jurídico-político de la teoría del derecho aún dominante y el reconocimiento de nuevos sujetos jurídico-políticos junto a ese individuo.

El punto de partida para la apertura del Estado nación al mundo global ha sido, sin duda, el discurso de los derechos humanos,¹¹³ que, como un calcetín que se voltea, ha tornado de adentro hacia fuera los problemas otrora considerados nacionales. Un ejemplo visible y resonante del fenómeno de la globalización jurídica es la consolidación del derecho penal internacional contrapuesto al derecho internacional penal; es decir, la consolidación de los principios de jurisdicción universal y lucha contra la impunidad en contra de las tradicionales teorías de extradición y respecto a las jurisdicciones.¹¹⁴

¹¹² Prada García, Aurelio de, *op. cit.*, nota 68.

¹¹³ Grün, Ernesto, “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, *Revista Temática de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1997-1998, www.filosofiyderecho.com/rtd.

¹¹⁴ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, nota 65, pp. 83-98.