

NUEVA *LEX MERCATORIA* Y GLOBALIZACIÓN: BREVES NOTAS DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Adrián RENTERÍA DÍAZ*

SUMARIO. I. *Premisa*. II. *De la lex mercatoria al Estado nacional*. III. *Los derechos nacionales y la lex mercatoria*. IV. *Transformaciones de la lex mercatoria: el Estado y la economía*. V. *Nueva lex mercatoria y globalización*. VI. *El Estado frente a la nueva lex mercatoria: posibilidades y problemas*. VII. *Conclusiones*.

I. PREMISA

El objetivo de este trabajo consiste en examinar —en forma ciertamente no exhaustiva— tanto algunos de los presupuestos de los que se origina la nueva *lex mercatoria* como algunas de sus repercusiones más importantes, sobre todo en lo que se refiere a la teoría general del derecho. En la brevedad de esta enunciación, para ser ciertos, se contiene un postulado que aquí puedo sólo explicitar, sin discutirlo, es decir, el hecho de que una teoría del derecho que aspire a ser general, no ligada a un ordenamiento jurídico particular, no puede hacer menos que dar cuenta de las implicaciones que la nueva *lex mercatoria* provoca en nuestras categorías jurídicas fundamentales. Un segundo postulado, que se conecta *in modo* estrecho con el anterior, es que, en efecto, la *lex mercatoria* “produce” ciertos efectos en el derecho. Naturalmente, si existe (y de cierto ello habrá que demostrarse) una nueva *lex mercatoria*, significa que hubo, alguna vez en el tiempo, una “antigua” *lex mercatoria* (a la que me referiré de ahora en adelante simplemente con la expresión *lex mercato-*

* Universidad de Insubria (Como, Italia).

ria, a secas, mientras que usaré “nueva *lex mercatoria*” para referirme al fenómeno moderno y, sobre todo, contemporáneo).

Este trabajo se ha estructurado de la manera siguiente: en el primer apartado, simplemente, trataré de dar una definición de *lex mercatoria*, a fin de establecer desde el inicio de qué nos estamos ocupando. En el segundo apartado (§ 2) examinaré en modo sucinto los orígenes de la *lex mercatoria*, a partir de dos presupuestos principales: la falta de una respuesta en el derecho romano para las necesidades específicas de una regulación mercantil y la proliferación de las fuentes normativas a partir de la caída del Imperio Romano de Occidente hasta el nacimiento del Estado moderno; el objeto de análisis es aquí la *lex mercatoria*, la *lex mercatoria* antigua. En el tercer apartado (§ 3) mi objetivo es analizar en qué modo la nueva *lex mercatoria* se origina, con sus características particulares, a pesar de que con el nacimiento del Estado nacional se asiste a la monopolización de la producción jurídica, y de su aplicación con el uso de la fuerza, lo que haría pensar en un contexto donde la nueva *lex mercatoria* habría encontrado un terreno no fértil. En el cuarto apartado (§ 4) se discutirá acerca de la nueva *lex mercatoria* y de su inclusión como fenómeno normativo autónomo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos (los que nacen a partir de la segunda mitad del siglo XX), así como de sus presupuestos y de sus repercusiones en tales ordenamientos, utilizando una categoría (jurídica, política, sociológica) que ha entrado de lleno en la arena de la discusión de la modernidad: globalización. Ello desde una perspectiva descriptiva, mientras que, por el contrario, desde un punto de vista normativo, en el quinto apartado (§ 5) se tratará de valorar su función y su lugar en la teoría del derecho. Para tratar también, en el mismo apartado, de llamar la atención sobre los riesgos, en un sistema jurídico democrático y constitucional, que se representan los subsistemas normativos autónomos, como es el caso de la nueva *lex mercatoria*.

II. DE LA *LEX MERCATORIA* AL ESTADO NACIONAL

Suele afirmarse, por parte de los estudiosos del derecho interesados por la historia de éste, así como de sus ramificaciones en el derecho mercantil, que la *lex mercatoria* (o *ius mercatorum*) fue una forma de regulación jurídica surgida de la clase mercantil, en su fase de nacimiento y de expansión durante la Edad Media, como una forma de respuesta ante la incapacidad

del derecho romano de colocarse como fuente normativa de frente a una actividad que tendía a desarrollarse en espacios jurídicos muy amplios, más allá de los límites particularistas de las fronteras de los centros políticos del tiempo. Como acertadamente sostiene Galgano, uno de los estudiosos que más energías han dedicado al examen de este fenómeno, la *lex mercatoria* “es tal no sólo porque regula la actividad de los *mercatores*, sino también, y sobre todo, porque es un derecho creado por los *mercatores*, que se origina de los estatutos de las corporaciones mercantiles, de las costumbres mercantiles, de la jurisprudencia de la curia de los mercaderes”.¹ Se trata, luego, de un derecho que, frente a la ausencia de un centro monopolizador de la producción normativa —como sucederá con el Estado nacional a partir de los siglos XVII y XVIII— nace como resultado de una necesidad práctica, la de regular las transacciones de naturaleza mercantil que la producción y la distribución manufacturera habían determinado; y, también, se trata de un derecho que nace al margen del derecho comúnmente reconocido y aplicado, el derecho romano, que no contiene los instrumentos normativos necesarios para afrontar los nuevos retos que el comercio “internacional” comienza a generar.

Es un derecho, la *lex mercatoria*, que nos habla de la historia de un “particularismo” jurídico, es decir, de un proceso de regulación jurídico-normativa que es diferente de cualquier otro proceso de regulación de las relaciones sociales en una comunidad. Un derecho, en otros términos, que se crea por parte de los mismos operadores, en sentido amplio, mercantiles, al margen de la mediación política, y que, como consecuencia, se impone a la colectividad en nombre de una clase social, no en nombre de la entera colectividad.

Entre las razones de este particularismo, que pueden justificar a *posteriori* su “nacimiento,” se pueden identificar al menos dos. En primer lugar, como ya decíamos, la incapacidad del derecho romano para proponerse como instrumento adecuado para la regulación de las actividades de los mercaderes medievales. En segundo lugar, la proliferación de “particularismos” jurídicos durante la Edad Media, generada por la caída del Imperio Romano, y que se prolonga en práctica hasta el nacimiento del Estado nacional, allá por los siglos XVII y XVIII: me refiero al rey, a los nobles locales, a las ciudades, a las corporaciones, a la Iglesia, entidades todas que de algún modo se contendían la regulación normativa.

¹ Galgano, F., *Lex mercatoria*, Bolonia, Il Mulino, 1976, cita de la p. 9 de la edición de 2001.

Por un lado, con la caída del Imperio Romano (siglo V, d.C.), si asiste a la fragmentación de la más formidable de las estructuras jurídico-políticas que el mundo registra. Y sus consecuencias, en el plano jurídico-económico, son el abandono de los grandes núcleos habitados, del comercio, y de las respectivas estructuras regulativas (el derecho romano): todo ello determinado por una economía de subsistencia autosuficiente con relación a los pequeños burgos de la campiña nacidos alrededor del personaje local potente, que hacía del todo superfluo una estructura regulativa. Las ciudades son abandonadas por sus habitantes, que se vuelcan en las campiñas en búsqueda de los satisfactores vitales que la ciudad por sí misma ahora no es capaz de garantizar. Como dice Pirenne, se trata del abandono casi completo del comercio, y, excepto por algunas industrias locales, como la textil en la zona de los hoy Países Bajos, de la casi completa desaparición de toda actividad industrial y de la circulación de la moneda.²

Si se abandona toda actividad mercantil dirigida hacia las tierras internas, como consecuencia de las invasiones bárbaras, lo mismo viene a suceder con la actividad hacia el externo, pues el mar Mediterráneo se convierte prácticamente en un espacio inseguro debido a la fuerte expansión del islam a partir del siglo VII.³ La invasión de los bárbaros no había determinado, a pesar de todo, la total pérdida de la unidad de lo que hoy llamamos “Europa”, en sus relaciones con el Oriente: había generado “solo” un abandono generalizado de toda estructura urbana: de las ciudades, la organización político-jurídica fundamental del Imperio. Ahora, con la expansión del islam (que detiene su marcha triunfal en Europa, emprendida desde los frentes oriental y occidental, en Constantinopla (717) y Poitiers (732), para afirmarse, en Occidente, en la Península Ibérica), se realiza del todo esta pérdida de unidad, en razón de la ocupación del Mediterráneo (el *mare nostrum*, como lo llamaban los romanos) y de las constantes incursiones musulmanas en los puertos europeos. De este modo, se interrumpe también todo contacto, cultural y mercantil, con el Oriente,⁴ y se crea una economía “sin

² Pirenne, H., *Histoire de l'Europe des invasions au XVIème siècle*, París-Bruxelles, 1936. He consultado la traducción italiana *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, Roma, Newton Compton, 1991, p. 81.

³ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

⁴ Como sostiene Pirenne *op. cit.*, nota 2, p. 46, y yo estoy de acuerdo con él, el resultado de esta fractura entre Oriente y Occidente tiene aún grandes repercusiones en el mundo actual.

salida”, caracterizada por la riqueza que deriva de la propiedad de la tierra, del todo ajena a la idea de la plusvalía.

El aislamiento comercial hacia el externo y el abandono de las ciudades, que determinan en práctica el abandono de toda actividad mercantil, persiste por siglos, no obstante la restauración carolingia, sobre todo por la propia debilidad del Soberano, que reina, pero no gobierna, ya que el poder real está en manos de los poderes locales, de quienes a final de cuentas, siendo ellos quienes detentan el poder económico, depende él. Todo territorio, a pesar de la unificación intentada por Carlo Magno, posee su propio sistema de pesos y medidas, su propia moneda, por no hablar de las “fronteras” que de hecho dividen el uno del otro. Cuando, a partir del siglo X, las “repúblicas” marinas italianas (Venecia, Génova, Pisa, etcétera) inician a expandirse comercialmente viajando por el Mediterráneo (combatiendo los musulmanes); cuando con las primeras Cruzadas se abre de nuevo una vía hacia Oriente; cuando también los mares del Norte se abren en virtud del empuje de una Europa que no tiene salida hacia el Oriente, y cuando comienza a nacer la clase de los mercantes, que de esta apertura (comercial y religiosa, no importa) son los primeros en aprovecharse y en impulsarla, es claro que el derecho romano no conserva ninguna validez práctica que lo convierta en un instrumento capaz de regular las transacciones comerciales que en vasta escala se vienen a crear. Los mercantes, los aventureros que al inicio vagan de Oriente a Occidente, transportando y vendiendo mercancías que otros producen, finalmente, cuando el volumen de sus operaciones no es compatible con este frenético movimiento, se ven obligados a detenerse en un lugar, desde donde poder administrar y vigilar: nacen (renacen) así las ciudades, que atraen individuos que sobreviven entre los intersticios del comercio, y nace de esta manera la necesidad de una regulación jurídica, que el derecho romano no puede satisfacer, y que, como hemos visto, se resuelve a final de cuentas en la producción de un derecho, la *lex mercatoria*, autónomo, independiente, generado por la misma clase de los mercantes, al margen de cualquier otro centro alternativo decisionista.

Es claro, entonces, por otro lado, que el renacimiento de las ciudades, con la clase de los mercantes, de la pequeña nobleza, de las corporaciones a las que daba lugar la aglomeración y la satisfacción de las necesidades de una grande cantidad de individuos, sumado a la creciente reivindicación de poder temporal por parte de la Iglesia, que con la dinastía carolingia entra con fuerza en el horizonte de la nueva sociedad, ponía el mercante, pero en realidad también a todo individuo, en la condición de tener que moverse en un

complejo universo de reglas. A nivel general, ello determinará, como sabemos, el nacimiento del Estado nacional, mientras que, en relación con la clase de los mercantes, genera, y no podía ser de otra manera, el surgimiento de la *lex mercatoria*, único instrumento, producido por ellos mismos, capaz de asegurar una flexibilidad y una dinamicidad que son necesarios para una actividad en gran expansión.

III. LOS DERECHOS NACIONALES Y LA *LEX MERCATORIA*

El derecho de los mercantes, luego del nacimiento del Estado nacional, sufre una profunda transformación en lo que respecta a su formación, pues, en efecto, con la formación de los Estados nacionales (a partir del siglo XVII) la clase mercantil cesa de ser artífice de su propio derecho, pues el derecho comercial ahora ya no es, como antes, el derecho de una clase, sino el derecho del Estado, y tampoco es, como antes, derecho universal utilizado en forma indiscriminada en un espacio sin fronteras, sino derecho nacional.⁵ Pero ello no significa, como se podría pensar, que la clase de los mercantes vea así disminuido su poder en la nueva sociedad. No significa, es decir, que venga a menos la sustancia de la *lex mercatoria*, pues lo único que se transforma es la vestidura que asume el renovado derecho de los mercantes, la cual, con nuevas vestiduras, termina por asegurarse más o menos los mismos privilegios, dentro de una estructura fundamentalmente nueva.

Si bien los mercantes no controlan ahora directamente el desarrollo mercantil, que está en manos del poder absoluto del soberano, de cualquier modo la política mercantilista estatal facilita el comercio e invita a sus súbditos a dedicarse a esta actividad y confiere grandes privilegios a los comerciantes⁶ y al mercado, como diríamos ahora. La posición de privilegio de los mercantes se debe a la consideración que la felicidad del pueblo, como afirmó Luis XIV de Francia en 1664, depende de la reorganización del comercio, a través del cual se asegura la abundancia de bienes para distribuirlos entre la población.⁷ Pero se debe, y esto es de una importancia fundamental, a

⁵ F. Galgano, *Lex mercatoria*, *cit.*, nota 1, p. 74.

⁶ Savary, J., *Le parfait négociant*, I, París, 1675, p. 2 (*cit.* por Galgano, F., *Lex mercatoria*, p. 81).

⁷ Luis XIV, *Déclaration du Roy portant établissement d'une Compagnie pour le commerce des Indes orientales* (1664), en *Conférences des Ordonnances de Louis XVI*, II, París, 1719, p. 483 (*cit.* por Galgano, F., *Lex mercatoria*, p. 81).

una estrategia a través de la cual se reconduce el derecho mercantil a la esfera del derecho público. En efecto, a una jurisdicción mercantil, relegada a conocer de las controversias entre mercantes y no mercantes, que pudiera parecer jurisdicción general, se le adjunta, hasta superarla, una jurisdicción “ordinaria” o “consular”, a la que pueden en principio acceder el clero, la nobleza y los terratenientes burgueses que no obtengan satisfacción con la pura jurisdicción mercantil.

El centralismo monárquico-estatal da vida, luego, además de un centralismo administrativo que sustituye la jurisdicción feudal, a una monopolización del derecho en sentido amplio, que se cumple con los movimientos codificatorios que tienen inicio en los primeros años del siglo XIX. Con el Code Napoleón (1804) deviene derecho del Estado, también el derecho civil que hasta entonces había sido considerado como un “derecho de razón” y como un “derecho natural: y como tal fuera del arbitrio del soberano.⁸ Con este proceso, un tanto paradójicamente, se cumple finalmente el diseño de estatalización del derecho por parte de la naciente clase burguesa, que ve coronado de este modo su sueño de incorporar —calificándolas jurídicamente— en la estructura del Estado las modalidades de regulación que garantizan, mediante el reconocimiento de los derechos naturales de los hombres, tanto la autonomía de la sociedad civil frente al Estado como la independencia de la economía con relación a la política. Con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), y con los postulados iusnaturalistas que constituyen su fundamento, no sólo tiene inicio el largo camino que ha conducido a la edad de los derechos fundamentales:⁹ también se afirma con fuerza el ideal burgués, político, jurídico y económico, de la consolidación de la propiedad y de la iniciativa económica. Propiedad e iniciativa que, de esta manera, de privilegio que eran se convierten en derecho. Así, al Estado, considerado una “máquina artificial” por parte de sus primeros teóricos,¹⁰ que es aceptado por la burguesía porque es capaz de asegurar el orden y la estabilidad social, económica y religiosa, se contraponen, por parte de la misma burguesía, la sociedad civil, considerada una sociedad natural que se rige con sus propias leyes, leyes naturales

⁸ Galgano, F., *Lex mercatoria*, *cit.*, nota 1, p. 89.

⁹ Según la afortunada expresión, utilizada también como título para un volumen suyo, acuñada por Norberto Bobbio (*El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991. Tít. orig. *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990).

¹⁰ Hobbes, T., *Leviatán* (1651), trad., introd. y pref. de A. Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1940.

o de razón, inviolables por el Estado. Se ponen, luego, las bases para el renacimiento de la distinción, ya aceptada en el mundo romano, entre *ius publicum* y *ius privatum*, el primero, derecho arbitrario, impuesto por el soberano *ratione imperii* y el segundo, derecho de razón o derecho natural, vigente en cuanto *imperio rationis*.¹¹ A la ley del Estado la burguesía pide, luego, “solamente” que la deje libre, que se (re)instaure el “estado de naturaleza” que el monopolio del derecho y su aplicación por parte del Estado habían cancelado, para que, de ese modo, se elimine cualquier obstáculo que impida el curso natural de las leyes de la economía y del mercado.

Lo “poco” que pide la naciente burguesía, para consolidarse y seguir creciendo, alimentada por siempre nuevos actores sociales, es decir, todo aquello contenido en la fórmula *laissez faire, laissez passer* coincide sustancialmente, si somos capaces de evidenciarlo, con las reivindicaciones actuales que el mercado presenta de frente al Estado: menos Estado, menos intervención pública, menos regulación jurídica. El Code Civil de 1804 concede sin ambages todo esto a la burguesía, que inicia a considerarse a sí misma como una clase autónoma. La codificación francesa, en efecto, transforma las estructuras de la sociedad mediante la prohibición de mecanismos que aseguren el control de la tierra y de los recursos que de ella derivan por parte de la aristocracia nobiliaria, para garantizar, por el contrario, a través del principio de propiedad como un derecho natural, el nacimiento de procedimientos que abren las puertas para que la burguesía acceda a este recurso y se asegure el monopolio de su uso.¹² De forma tal, que a la esfera de la autonomía contractual y negocial de los individuos se atribuye la máxima extensión, y la voluntad subjetiva, en este cuadro, no encuentra otro límite que no sea el del respeto del orden público y de las buenas costumbres.

Si antes el derecho privado —que regulaba las relaciones entre particulares— se ponía en una relación antitética con respecto al derecho público, ahora se viene a configurar una situación paradójica, ya que el derecho privado pasa a ser también, aún con las características que hemos visto, derecho del Estado, derecho público, y ambas esferas se pueden distinguir sólo mediante un acto fuertemente especulativo y teórico. Lo que explica, entre otras cosas, la tensión teórico-explicativa entre estas dos ramas del derecho dentro de la ciencia jurídica, magistralmente relevadas, con una propuesta

¹¹ Galgano, F., *Lex mercatoria*, *cit.*, nota 1, p. 90.

¹² *Ibidem*, p. 92.

original de solución, por Hans Kelsen.¹³ De hecho, en el nuevo contexto la burguesía ve garantizado todo lo que le es necesario para su desarrollo, y la única desconfianza que conserva se resuelve en una hipotética conflictualidad que ya no es política, sino social: no tiene nada que temer, en otras palabras, mientras que las condiciones no cambien, de nuevo profundamente, eliminando —como de hecho sucederá solamente a mediados del siglo XX— el sufragio limitado al hombre, blanco, propietario, para hacerlo universal en su sentido más amplio.

Estamos hablando, es claro, de un contexto en el que a la burguesía —producto de la antigua clase de los mercantes— viene asegurada un amplio espacio de maniobra mediante la introducción de un nuevo particularismo jurídico, idéntico en la sustancia a la *lex mercatoria* medieval, pero que se viste con los ropajes del derecho del Estado, y que toma provecho aun del principio de igualdad, que junto con otros principios fundamentales se pone como base del nuevo orden jurídico. Y que se refleja en una “apertura” hacia la sociedad de la estructura de la clase de los mercantes, de la que, por principio, no se excluye a nadie. Así, la bandera de las libertades económicas, enarbolada por la burguesía escondía, por un lado, el deseo de liberarse de todas las ataduras que el monopolio del derecho en el Estado nacional habría podido generar, en una fase histórica caracterizada por las monarquías absolutas; por el otro, como dice Marx, en cuanto parte de una estrategia mucho más amplia, la burguesía la ve como instrumento de crecimiento y consolidación, que tendía a reclutar fuerzas nuevas entre los estratos más bajos de la población que le permite renovarse y expandirse.¹⁴

Se debe subrayar, sin embargo, que la igualdad fue en realidad más ilusoria que real, pues si bien es cierto que la codificación de 1804 la había establecido formalmente, también es verdad que de hecho en ella sobreviven vestigios que la reniegan: la existencia de los tribunales del comercio para las causas comerciales, así como la presencia de normas especiales para los juicios. Además, con las sucesivas codificaciones, en la segunda mitad del siglo XIX, se reintroduce la duplicidad de sistemas normativos, pasando así de una unidad sistemática sustancial a una condición en la que código

¹³ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Deuticke, 1934, trad. it. a cargo de R. Treves, *La dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1952 (a partir de 1967 reimpr. con el título *Lineamenti di dottrina pura del diritto*). *Idem*, *Reine Rechtslehre* Deuticke, Viena, 1960, trad. a cargo de M. G. Losano, *La dottrina pura del derecho*, Turín, Einaudi, 1966.

¹⁴ Marx, K., *El capital*, libro III, vol. 2, cap. 36.

civil y código de comercio se separan, diseñando sistemas de normas contrapuestos, y que reproducen la antigua separación de las particiones del derecho privado, entre las obligaciones y el contrato, así como el conflicto entre las razones de la burguesía fondiaria (razones de renta) que aún sobreviven y la fuerza de la burguesía mercantil (razones de la plusvalía). Este conflicto, como la historia lo demuestra, se resuelve a final de cuentas con el triunfo de la burguesía mercantil y con la supremacía del código de comercio, al que es necesario referirse en cualquier situación en la que se establecen contactos con la clase de los mercantes, en un proceso que poco a poco, y ahora ya no sorprende a nadie, determina que aun las operaciones de compraventa inmobiliaria se sujeten a esta disciplina. Y con ello, es fácil notar, el código de comercio y el derecho mercantil terminan por romper la frágil unidad que la codificación parecía haber construido, para dar origen, en el curso de la segunda mitad del siglo XIX, a un derecho profundamente desigual, que no podía resolverse en una fractura, a final de cuentas, entre el derecho y la economía.

IV. TRANSFORMACIONES DE LA *LEX MERCATORIA*: EL ESTADO Y LA ECONOMÍA

Se puede decir, entonces, que con la estatalización del derecho, antes, y con la Revolución Industrial, después, se asiste a una ruptura del equilibrio entre las estructuras regulativas del Estado, el derecho y sus normas, y las estructuras mediante las cuales se producen los medios de subsistencia social. Tal ruptura se realiza de una manera que ni siquiera la *lex mercatoria* medieval había podido prever, dentro de su estructura autónoma e independiente. La *lex mercatoria* medieval era la estructura regulativa creada por los mismos mercantes, y que se extendía sin límite alguno, precisamente porque fuera de ella no existía ningún otro instrumento alternativo, ni fronteras físicas entre una realidad y otra. Ahora, con los Estados nacionales, con la Ilustración y la Revolución Industrial, que conducen a la proclamación de las libertades burgueses (el derecho de propiedad principalmente, más la libertad de comercio y de industria) y al nacimiento del capital industrial, las cosas se modifican radicalmente. Estos dos factores (Ilustración y Revolución Industrial) vienen a determinar en efecto que el sujeto activo del sistema económico no sea ya el comerciante, sino el productor; y que el derecho

estatal se vea relegado como mera estructura regulativa de la circulación de la riqueza, es decir, a una sola fase del proceso económico, mientras que la producción y la venta son actividades “privadas”, propias del nuevo sujeto económico. A lo “público”, al derecho del Estado, se le requiere que no intervenga con instrumentos restrictivos de las libertades de la burguesía, en la esfera de lo privado, ya que se confía plenamente en la (supuesta) capacidad autorregulativa del mercado. En esta tarea de separación entre público y privado desempeña, es evidente, un papel fundamental la reflexión económica, destinada a afirmarse como disciplina independiente del pensamiento jurídico.¹⁵

Este proceso de ruptura entre política (el derecho) y economía se debe, además, y en nuestros tiempos esto lo podemos notar con una gran claridad, a la necesidad de expansión que la creciente mecanización en las actividades productivas determina: una producción que excede las necesidades de consumo del contexto en el que nace y que sugiere la necesidad de individuar un “mercado” en otras latitudes, que acojan estas excedencias. En pocas palabras, el Estado nacional y el derecho producido por éste garantizan a la clase burguesa, en un primer momento, la existencia de las condiciones necesarias para su consolidación y crecimiento; pero cuando, en un segundo tiempo, se hace necesario superar las fronteras nacionales para poder dar salida a la producción que no se consume localmente, el derecho estatal ya no es capaz, por su misma naturaleza, de adecuarse a las nuevas condiciones socioeconómicas.

En el Estado nacional, por el propio modo en el que nace y se articula, se desarrollan las condiciones, aunque también en razón del crecimiento de las posibilidades de aplicación a la actividad productiva del conocimiento científico, que a fin de cuentas vienen a favorecer el nacimiento de una nueva *lex mercatoria*. Nueva *lex mercatoria* que, como hemos visto, asume dos características (o más bien reivindicaciones) principales.

Se pide, de un lado, al derecho del Estado que no intervenga más de lo necesario en la economía, dejando en manos de la iniciativa privada la gestión de toda actividad productiva; y se le pide también que abandone cualquier modalidad de intervención en cuanto a la distribución de la riqueza. Justifica todo esto con la idea de que la tarea del Estado no es producir riqueza ni mucho menos distribuirla con los recursos que obtiene, que, por el

¹⁵ Véase al respecto Petit, C., “Mercatura y *ius mercatorum*”, en C. Petit (coord.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Sistema, 1997.

contrario, han de ser destinados a la creación de infraestructuras que faciliten las actividades productivas y distributivas en manos de los particulares (carreteras, puertos, etcétera). La fuerza de esta idea, a cuya difusión concurre con energía buena parte de los organismos internacionales que tienen que ver con el comercio y la economía, la vemos claramente en las políticas de privatización de muchas de las actividades actuadas en varios (tal vez demasiados) países, aun en aquellos sectores que son fundamentales para el Estado: comunicaciones, energía. Y la vemos también en el creciente abandono por parte del Estado de sus tareas de redistribución de la riqueza (subsidios a la desocupación, asistencia sanitaria y pensionística, etcétera) a la población menos afortunada, o, en el peor de los casos, en el mantenimiento de medidas, en la mayor parte de los países, que sólo en una parte mínima asemejan al *welfare state* (el Estado benefactor) mantenido, hasta hace poco, en los países industrializados, principalmente en el norte de Europa.

Se exige también, por otra parte, que las leyes de los estados nacionales no constituyan obstáculos a la libre circulación de un país a otro de los productos de las actividades productivas. Y también, siempre en este ámbito, que no impidan, sino que por el contrario favorezcan, la dislocación de la producción en todo el mundo, que es conveniente en razón de la enorme disparidad de los costos de producción. Ambos aspectos, como es fácil ver, se encuentran estrechamente vinculados, pues la disparidad de los costos productivos, sumada a la disparidad real de capacidad de consumo, convierte en extremadamente conveniente producir en un lado (en los países pobres de Asia o de América Latina) para vender en otro (en Alemania, por ejemplo). No es lo mismo producir en una realidad que no tiene en consideración el impacto ecológico de una industria o que no favorece la sindicalización de los trabajadores, que producir en un contexto, como lo son las realidades del mundo industrializado, donde el costo de la producción se ve influenciado por estos factores.

V. NUEVA *LEX MERCATORIA* Y GLOBALIZACIÓN

Es claro, una vez que hemos llegado a este punto, que la transformación de la *lex mercatoria* en una nueva *lex mercatoria* es un hecho real que se ha desarrollado al margen de la centralización y de la monopolización del de-

recho que han caracterizado el nacimiento del Estado nacional. *Lex mercatoria* y nueva *lex mercatoria* nacen y se desarrollan, a final de cuentas, como respuesta a necesidades más o menos análogas: la necesidad, principalmente, de asegurar la libre circulación de los resultados de la producción. La primera, en este sentido, encuentra facilidades por la incapacidad del derecho romano para erigirse como estructura regulativa general, y por la fragmentación política, no menos que, paradójicamente, por la pluralidad de instancias que, cada una por su cuenta en ausencia de un centro unitario, reivindicaban el poder político. Ni el nacimiento de los Estados nacionales ni la consecuente unificación de poder político, lo hemos visto, detienen completamente este proceso de “separación” de la economía del derecho. La segunda, por otro lado, encuentra facilidades precisamente en este proceso de separación, que se manifiesta inclusive a nivel teórico-reflexivo, y que tiene inicio a pesar de la unificación del poder político y de la monopolización de la producción del derecho por parte del Estado. En efecto, la distinción entre derecho privado y derecho público, generada por el proceso de separación entre economía y derecho, a su vez determinada por la incorporación en la esfera jurídica de lo privado como un derecho natural, servirá como terreno para el crecimiento y la afirmación de un pensamiento (la reflexión liberal) que, llevada a su extremo, ha conducido a la idea de la bondad de una sociedad con menos público y más privado, menos leyes y más libertades.

Estas dos necesidades, innegables en el plano descriptivo, han conducido a una modificación de las estructuras jurídico-regulativas de la sociedad, que se ha manifestado tanto a nivel del derecho interno —estatal— como a nivel del derecho externo, interestatal. A nivel del derecho interno, el derecho nacional, porque el poder intrínseco de las fuerzas económicas, a través de sus expresiones en las articulaciones sociales, ha sabido imponer decisiones al poder político en la dirección que hemos ya evidenciado, es decir, creando las condiciones para que los países sean “atractivos” para los grandes productores internacionales. Y a nivel del derecho externo, el derecho interestatal, porque el derecho internacional, cuyo origen deriva de la voluntad de los Estados nacionales, se convierte poco a poco en una disciplina que se forma al margen de ellos, recayendo más bien en la abstracta “voluntad” del mercado, de los grandes grupos transnacionales y de los países ricos que gobiernan los organismos internacionales (ONU, WTO, Banco Mundial, etcétera).

Se podría entonces afirmar que la nueva *lex mercatoria* va asumiendo la forma del fenómeno conocido como “globalización”, término que indica, como una de sus más acreditadas definiciones señala, “la intensificación de relaciones sociales mundiales que conectan entre sí localidades lejanas, de modo que los eventos locales se modelen por eventos que se verifican a miles de kilómetros de distancia, y viceversa”.¹⁶ En favor de la identificación entre nueva *lex mercatoria* y globalización juegan diferentes razones. Entre ellas, aunque los procesos de la globalización parecen complejos, y tocan ámbitos sociales diferentes como la economía, la comunicación, la política interna e internacional, la ecología, el derecho, las estrategias militares,¹⁷ es posible sin embargo individualizar al menos dos aspectos característicos comunes que parecen funcionar como elementos de simplificación de la complejidad de la globalización, para “acercarla” a la nueva *lex mercatoria*. El primero consiste en el presupuesto de la necesidad de que el Estado se “retire” gradualmente de la esfera privada, limitando la regulación jurídica a actividades relacionadas con el mantenimiento del *status quo*, el orden, la seguridad, la propiedad, sin interferir, sino para beneficiarla, con la economía, que tiene la capacidad de autorregularse; con la convicción, naturalmente, de que de esta manera la sociedad obtendrá mayores beneficios de los que pudiera obtener mediante la acción de un Estado asistencial y benefactor. Este aspecto, obviamente modificado y adecuado a las condiciones actuales, es común, como hemos tratado de evidenciar, a las pretensiones de la nueva *lex mercatoria*, y se remontan en realidad a las de la *lex mercatoria* medieval; con la diferencia, quizá, de que ahora los procesos que acompañan (y/o determinan) la globalización son objeto de minuciosos análisis teórico-conceptuales con el fin de evidenciar, en un plano estrictamente normativo, su carácter benéfico, mientras que la *lex mercatoria* medieval, de cuanto nos es dado saber, es el resultado más que nada de procesos espontáneos, que sólo en un segundo tiempo (pero ésta es una hipótesis) fueron sostenidos mediante una incipiente elaboración teórica. El segundo es, que si bien el término “globalización” se afirma en la literatura a partir del último decenio del siglo pasado, en realidad, para

¹⁶ Giddens, A., *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990 (cito de la trad. it. *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 71.

¹⁷ Sobre este punto véase Zolo, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. VII.

muchos estudiosos el fenómeno de integración socioeconómica que determina tal difusión, si bien sufre una fase de aceleración en la segunda mitad del siglo XX, estaba ya en acto en el mundo occidental durante los inicios de la Revolución Industrial, en los años a caballo de los siglos XVIII y XIX. En efecto, según sostienen Held y McGrew, ya en las reflexiones de estudiosos como Saint-Simon y MacKinder se encontraba la tesis de que la modernización habría de conducir a una progresiva integración mundial.¹⁸ Y, autores respetables como Amartya Sen, por otra parte, remontan al tiempo de los grandes descubrimientos geográficos y al desarrollo del comercio que esos contribuyeron a generar, el nacimiento de la globalización,¹⁹ haciendo mención específica de las conquistas española y portuguesa en el nuevo mundo,²⁰ para establecer, de hecho, una línea de continuidad entre colonialismo, poscolonialismo y globalización. Si tal línea de continuidad existe, y a mí me parece que exista, entonces no parecerá teórica y conceptualmente arriesgado postular la equivalencia entre nueva *lex mercatoria* y globalización, a la luz de cuanto hemos dicho con relación a los orígenes y al desarrollo de la primera.

Se ha sostenido, con razón, que del término “globalización” se ha hecho (y se sigue haciendo) un uso más que nada retórico e ideológico, siendo que denota infinidad de problemas: un mapa de problemas, como sostiene Danilo Zolo.²¹ Problemas que tienen que ver, naturalmente, con la economía, con las comunicaciones de masa y su uso, con la circulación de las mercancías y de las personas, con las políticas internas de un país no menos que con sus opciones de política exterior, con el derecho, la ecología, la guerra, la paz, los derechos humanos. Es obvio que problemas tales determinan precisamente que frente a la globalización se asuma habitualmente una postura neta, de rechazo completo o de apología incondicionada, casi siempre dependiendo de las opciones axiológicas de fondo que quien asume una postura u otra hace propias (muchas veces, hay que decirlo, en modo dogmático).

¹⁸ Held, D. y McGrew, A. G., “The Great Globalization Debate: An Introduction”, en *idem* (eds.), *The Global Transformations Reader*, Cambridge, Polity Press, 2001.

¹⁹ Sen, A., *Globalizzazione e libertà*, Milán, Mondadori, 2002, p. 4.

²⁰ Como Beynon, J. y Dunkerley, D. (eds.), *Globalization: The Reader*, Londres, The Athlon Press, 2000, pp. 7 y 8.

²¹ Zolo, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. VII.

Si se comprende, en razón de los innumerables aspectos que esa toca, que la globalización genera una división entre globalifóbicos y apologetas, lo más importante quizá, en un trabajo teórico, es tratar de ver este fenómeno a contraluz, con el fin de evidenciar el uso retórico del término mediante un esfuerzo de clarificación conceptual. Por un lado, es evidente que la globalización, según la propuesta de definición que hemos hecho, y también a partir de la aceleración que sufre en los últimos decenios del siglo pasado, ha dado lugar a un proceso de compresión del tiempo y del espacio, pues ha contribuido fuertemente a la integración mundial con relación a la circulación casi sin fronteras de información, ideas, cultura, mercancías (y, en menor medida limitada por la disponibilidad material de las personas). Como sostiene el sociólogo italiano Luciano Cavalli, la globalización se declina sobre todo como una intensificación del proceso de formación de una economía mundial, que se configura como un sistema único.²² Esta economía única, como es fácil notar, ha beneficiado en primer lugar aquellos países con mayor capacidad para obtener utilidad de la caída de los “obstáculos” representados por el derecho de los Estados nacionales. Como se sabe, la última frontera de estos obstáculos era la seguridad laboral, en el sentido de que un trabajador podía estar razonablemente seguro de que la única condición para mantener su trabajo era hacerlo bien, de manera eficiente. Ahora, con la desregulación imperante, se abre camino con fuerza la ideología de la precarización de la fuerza productiva, es decir, en el uso instrumental de ella solamente cuando es necesario y sin que exista vínculo alguno por parte de los empleadores. En estas condiciones, a las que se pueden agregar muchas más, es del todo evidente que la globalización no puede no ser vista con ojos favorables por parte de quienes obtienen únicamente beneficios de ella, por lo que se llega hasta a declararla como algo ineluctable, inarrestable, metafísicamente necesario. Por otro lado, lo que sí es inevitable, que si algunos obtienen beneficios en el juego de las cargas y los beneficios del proceso, debe haber necesariamente algunos que lo único que obtienen son perjuicios; y tales son quienes, aun en las economías más fuertes, son simples espectadores del crecimiento de la riqueza de los demás, por no hablar de los habitantes de los países más débiles, a quienes en el mejor de los casos no queda otra sino

²² L. Gallino, “Globalizzazione e sviluppo della rete”, Actas del Convenio *Mappe del '900*, Rimini (Italia), 22-24 de noviembre de 2001, en «I viaggi di Erodoto», suplemento, 2001, pp. 14, 43 y 44.

presenciar virtualmente, a través de los medios de comunicación masiva, modelos socioculturales que no se pueden permitir; o, en el peor de los casos, asistir pasivamente a la depauperación de sus realidades y al saqueo de los recursos de sus países. No sorprende, entonces, que por parte de ellos exista una actitud de abierta contrariedad a la globalización y a sus efectos.

VI. EL ESTADO FRENTE A LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: POSIBILIDADES Y PROBLEMAS

No pudiendo en esta sede afrontar de manera detallada los argumentos de los críticos y de los apologetas de la globalización,²³ aun en aquellos aspectos que no tienen que ver sólo con las ventajas y los perjuicios a nivel sectorial, sino también a nivel global,²⁴ examinaré ahora las relaciones entre la globalización y el derecho como estructura regulativa de la sociedad.

Es innegable que la globalización, en sus características más evidentes, es un fenómeno que por su misma naturaleza tiende a condicionar el derecho, al menos como habitualmente se considera éste. No sólo en lo que respecta directamente el derecho estatal, sino también en lo que concierne al derecho internacional. Por un lado, es evidente que el desarrollo de la globalización se consolida sobre la base de una pérdida del rol central del Estado como centro regulador de la vida social, que se manifiesta, como la experiencia lo demuestra, con el abandono de las actividades productivas controladas por el Estado (las privatizaciones constituyen el paradigma de

²³ Para ello véase Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, pp. 12-26, capítulo intitulado precisamente "Apologeti e critici".

²⁴ Estudios recientes, a nivel empírico, demuestran sin lugar a dudas que la globalización, con la intensificación del desarrollo industrial a partir de los adelantos técnico-científicos, contribuye a que se creen las condiciones de desequilibrio ecológico a nivel planetario. El efecto sierra, la destrucción del ozono, la contaminación del aire, la alteración química de los océanos, la desertificación, la acidificación de las aguas, las variaciones climáticas, entre otros factores, constituyen los índices de este desequilibrio, que según las tesis de algunos de quienes se oponen a la globalización, puede conducir a grandes desastres mundiales. Al respecto véase, además de la obra de Danilo Zolo ya citada, Greco, P. (a cargo de), *Lo sviluppo sostenibile. Dalla Conferenza di Rio alla Conferenza di Johannesburg*, Nápoles, CUEN, 2002; Hurrell, A., "International Political Theory and the Global Environment", en Booth, K. y Smith, S. (eds.), *International Relations Theory Today*, Londres, Polity Press, Cambridge, 1995, pp. 129-153. Oberthur, S. y Hermann, E. O., *The Kyoto Protocol. International Climate Policy for the 21st Century*, Berlin, Springer Verlag, 1999.

ello), y con la anulación de la fuerza del derecho frente a la fuerza de la economía, principalmente en aquellas áreas relacionadas con el trabajo (y que se reflejan sobre todo con la flexibilidad laboral). Por el otro, en el aspecto externo, la fuerza de la globalización se evidencia en el papel agresivo jugado por las grandes *law firms*, sobre todo estadounidenses, en la arena internacional, y en su capacidad de imponer figuras atípicas de negociación privada (por ejemplo el *leasing*) como formas regulativas del comercio internacional, al margen de los derechos estatales. Además, en la fuerza resolutoria que en las controversias entre Estados van asumiendo los arbitrajes internacionales, cuya acción, aunque toma como punto de partida los derechos nacionales de los árbitros, se resuelve sin duda, quizá la mayor parte de las veces, en una dirección determinada por el peso específico que poseen los países contendientes. Todo ello, los dos aspectos que hemos examinado, se encamina hacia una pérdida de las soberanías nacionales, en un proceso que en ausencia de una forma auténtica de poder internacional que no sea monopolizada por los países ricos (con el derrumbe de la ex-Unión Soviética en práctica los Estados Unidos, a los que trata de oponer, hasta hoy con reducido éxito, la Unión Europea), ve aventajarse una forma de regulación internacional que se articula entorno a un núcleo rarefacto, una mera abstracción, como lo es el mercado y la economía internacional. Núcleo que, en cifras, evidencia cómo en los últimos 40 años haya crecido desmesuradamente, casi duplicándose,²⁵ la distancia entre países ricos y países pobres, y que según el *Human Development Report 1998* de la ONU el 20% de la población mundial rica se acapara el 86% del consumo mundial, mientras que el 20% pobre consume solamente el 1.3% de los bienes y servicios.

No es casual, en efecto, que entre los apologetas de la globalización y de sus formas de (des)regulación haya quien abiertamente sostenga que los Estados nacionales han agotado su función, y que para acelerar su desaparición (como estructuras regulativas) es necesario combatirlos con una guerra económica.²⁶ Ideología a la que deben sumarse los organismos internacionales, y que si no lo hacen al menos no deben interferir, a fin de

²⁵ Véanse los datos en UNDP, *Human Development Report 1992*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 1992; UNDP, *Human Development Report 1994*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 1994.

²⁶ Así Gareffi, G. y Korzeniewicz, M. (eds.), *Commodity Chains and Global Capitalism*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1994. Para esta parte me he inspirado en Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, pp. 31 y ss.

que se llegue a la creación de un mercado sin fronteras y sin vínculos. Como afirma Zolo, esto es lo que ha hecho el Fondo Monetario Internacional a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, dejando de lado completamente sus orígenes keynesianos que lo veían orientado hacia “una regulación política de la economía capitalista”.²⁷

Y a quienes se oponen a esta redefinición de la cartografía mundial con base en la geo-economía mundial, como las posiciones marxistas (cuyo crédito teórico está más bien en decadencia) o algunas versiones del pensamiento neocolonialista (como la teoría de la dependencia de Frank y otros más, la teoría del sistema mundial de Wallerstein, la lectura “imperial” de la globalización propuesta por Hardt y Negri),²⁸ se contesta el nexo causal que ellos establecen entre riqueza de los países industrializados y pobreza de los países del tercer mundo, afirmando que la distancia no depende en modo alguno de la explotación internacional ni de la iniquidad establecida por los mercados mundiales, sino más bien “del grado diverso de productividad de los sistemas económicos nacionales, y, en consecuencia, de los niveles de cultura, calificación técnica, capacidad administrativa y espíritu de iniciativa que caracterizan a los diferentes países”.²⁹ En suma, a quienes tratan de oponer al pensamiento único de la globalización la pluralidad de culturas, sistemas políticos y sociales, basándose además en el dato estadístico que evidencia la creciente disparidad entre sociedades ricas y sociedades pobres, se suele responder, en pocas palabras, que si un país es pobre, la culpa es de quienes ahí viven, ya que carecen de capacidad administrativa y técnica, de cultura y de espíritu de iniciativa: la culpa es de los mismos países pobres. Lo que no se toma en cuenta, en mi parecer, es que la disparidad de condiciones que acompañan la globalización en realidad configuran un círculo vicioso. En primer lugar, porque la globalización favorece, aun dentro de los países ricos, sólo a quienes tienen la oportunidad de aprovechar de las condiciones que el abandono de los sectores productivo y de servicios por parte del Estado crea, por ejemplo, con las privatizaciones.³⁰

²⁷ Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, p. 30.

²⁸ Frank, A. G., *Capitalism and Under-development in Latin America: Historical Studies of Chile and Brazil*, Nueva York, Monthly Review Press, 1969; Wallerstein, I., *The Capitalism World-Economy: Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; Hardt, M. y Negri, A., *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

²⁹ Zolo, D., *op. cit.*, nota 21, p. 31.

³⁰ Un ejemplo claro de ello es la enorme fortuna acumulada por quienes tuvieron modo de aprovecharse de la privatización de los servicios telefónicos en nuestro país, en

En segundo lugar, porque esto a su vez determina una enorme disparidad de oportunidades en cuanto a opciones de vida, no sólo con relación al acceso a servicios como la salud, sino también en aquellas áreas que son fundamentales precisamente para la creación de las condiciones que pueden incidir en los factores que se suelen indicar como causas de la disparidad: me refiero a la educación, a la homogeneidad cultural, a la emigración. Áreas todas éstas cuya importancia es fundamental para la valorización del “capital humano”, es decir, para que se creen las condiciones a fin de que, mediante la redistribución de la riqueza, el Estado sea capaz de incentivar las mentes mejores, que no necesariamente se encuentran sólo entre quienes pueden permitirse el acceso a estructuras educativas adecuadas, y sin cuya aportación es muy arduo que en una sociedad se den las condiciones de un cambio social justo.

VII. CONCLUSIONES

La nueva *lex mercatoria*, la globalización como aquí se le ha llamado, se identifica a final de cuentas con el renacimiento del neoliberalismo,³¹ es decir, con ese movimiento que atraviesa el escenario mundial, que pregona la supremacía de la economía y la libertad negocial sobre el derecho, basándose en el presupuesto de que dejando la economía y el mercado al margen de la regulación jurídica (al máximo creando reglas que las favorezcan) los beneficios para la colectividad serán mayores que con un Estado intervencionista. Si se garantiza la mayor circulación posible de productos y servicios, así como de la misma producción, para crear un mercado global sin fronteras, se dice, la riqueza que se produce viene distribuida, de arriba hacia abajo, entre toda la comunidad, con diferencias no esenciales. A mí me parece que el supuesto teórico-filosófico que subyace a un pensamiento como éste radica en la preeminencia que se atribuye al individuo y a su iniciativa personal, y en la consecuente idea de una superioridad intrínseca, casi metafísica, del derecho privado por sobre el derecho público:

un régimen monopólico hasta hace poco, y que aun hoy mantienen costos altísimos, ni siquiera comparables con los de economías más avanzadas.

³¹ En Italia se suele distinguir, adecuadamente en mi parecer, entre el liberalismo economicista (para el cual se reserva el nombre de “neoliberalismo”) y la doctrina política liberal, cuya doctrina individualista y universalista sigue dando sus frutos en la filosofía política.

en la visión de la autonomía personal como un derecho fundamental. Pues bien, como recientemente se ha sostenido, los derechos fundamentales que se reúnen bajo el rubro de “derechos de autonomía”, son derechos secundarios que se manifiestan en formas de poder,³² y que por ello tienen características muy diferentes de las de otros derechos de las personas. A la luz de una reciente reconstrucción de los derechos fundamentales, éstos se dividirían en cuatro tipos: *derechos humanos*, es decir, derechos *primarios* reconocidos a las personas en cuanto tales, como el derecho a la vida y a la integridad física y a la libertad personal; *derechos públicos*, o sea, derechos *primarios* reconocidos a las personas en cuanto ciudadanos en una sociedad, como los derechos de reunión y de asociación, el derecho de residencia; *derechos civiles*, es decir, derechos *secundarios* reconocidos a todas las personas que ven reconocida su capacidad de actuar, como la potestad negocial, la libertad empresarial, el derecho de actuar en juicio, y, en general, todos aquellos derechos en los que se manifiesta la autonomía privada sobre la que se funda el mercado; *derechos políticos*, o sea, derechos *secundarios* reconocidos a las personas en cuanto ciudadanos y en cuanto capaces de actuar, como el derecho de voto, y el derecho a ser votados, y en general todos los derechos relativos a la autonomía pública sobre los que se fundan los principios de representación política y de democracia.³³

Es fácil notar, en esta tipología, que su autor “juega”, combinándolos, con tres *status* de las personas, como factores determinantes para el reconocimiento de los derechos fundamentales: los estatus de persona, capacidad de actuar y ciudadano. Con base en tal combinación, en efecto, se genera una tipología que en cierta medida distingue los derechos fundamentales en cuanto a su importancia y en cuanto a sus posibilidades de efectiva garantía. El

³² Ferrajoli, L., “I fondamenti dei diritti fondamentali”, *Teoria politica*, 2000, 3, ahora en Ferrajoli, L. (a cargo de E. Vitale), *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 279-370, a pp. 288 y ss. Existe una traducción castellana de este volumen, que recoge un debate entre varios autores sobre la teoría de Ferrajoli: Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (edición a cargo de A. de Cabo y G. Pisarello), Madrid, Trotta, 2001.

³³ Ferrajoli, L., “Diritti fondamentali”, *Teoria politica*, 1998, 2, ahora en Ferrajoli, L. (a cargo de E. Vitale), *Derechos fundamentales*, cit., nota 32 (trad. cast. “Derechos fundamentales”, en Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 32). El ensayo de Ferrajoli dio inicio a una vivaz discusión, bien representada en el volumen citado, que contiene algunas de las críticas y dos réplicas de Ferrajoli. Me permito señalar mi artículo “Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, 2003, pp. 241-266.

lugar más alto en esta jerarquía lo ocupan los derechos humanos, que dependen *exclusivamente* del estatus de persona, y que por ello son de toda persona en cuanto tal: son derechos de la máxima importancia, derechos *primarios*. Inmediatamente bajo los derechos humanos se encuentran los derechos públicos, es decir, derechos *primarios* que dependen de la combinación de dos estatus: el de persona y de ciudadano. En otras palabras, si para el reconocimiento de los derechos humanos el requisito es poseer sólo el estatus de persona, para que a un sujeto se le reconozcan los derechos políticos debe poseer sea el estatus de persona que el estatus de ciudadano (en una determinada comunidad política). Bajo los derechos públicos se encuentran los derechos civiles, que son derechos *secundarios* que se reconocen a sujetos que poseen los estatus tanto de ser persona como de tener la capacidad de actuar (que se obtiene normalmente con la mayoría de edad, y que se limita sólo en casos expresamente determinados por la ley, como en situaciones de enfermedades mentales). Por último, tenemos los derechos políticos, que son derechos *secundarios* que se reconocen a personas que poseen conjuntamente los estatus de ciudadanía y de capacidad de obrar.

Los derechos humanos, es fácil notarlo, siendo que dependen solamente del reconocimiento de un solo estatus (el de ser persona), constituyen la categoría más amplia, es decir, se reconocen a todos los seres humanos, y, por ello mismo, son derechos universales e indisponibles en el sentido más amplio de estas expresiones. Los otros tres tipos de derechos (públicos, civiles y políticos) constituyen categorías más circunscritas, pues el universo de sujetos a los que se refieren depende ya no de un solo requisito, sino de dos, y ello determina que los caracteres de universalidad e indisponibilidad sean también diferentes.

Los derechos fundamentales, como esfera que contiene los cuatro órdenes de derechos que hemos visto, se inscriben en los modernos sistemas jurídicos como espacios que no están disponibles para la acción política: en otras palabras, al legislador no le es permitido conculcarlos, ni siquiera mediante la emanación de leyes ordinarias. Esto no quiere decir, naturalmente, que no existan diferencias en el grado de protección y de indisponibilidad, como hemos apenas visto. En efecto, una de las características principales de los derechos fundamentales es que, en sustancia, ellos se resuelven en inmunidades (pues consisten en la protección contra los actos de los demás, especialmente el poder político) y en potestades (pues consisten, además, en el poder de efectuar algunos actos). De este segundo tipo

son los derechos *secundarios* (civiles y políticos), con la diferencia, sin embargo, de que mientras que la práctica de los segundos (los políticos) no determina en ningún caso un crecimiento cuantitativo de la potestad misma, pues por lo más que votemos no “aumentamos” nuestra capacidad de votar, los primeros (los derechos civiles) sí determinan un cambio sustancial cuantitativo, ya que su ejercicio puede dar origen al crecimiento de la potestad misma; por ejemplo, con la acumulación de la riqueza como resultado de la capacidad negocial. Es claro, tratando de reconducir todo esto a las observaciones sobre la nueva *lex mercatoria* y/o la globalización, que en un Estado constitucional de derecho, como lo son casi todos los Estados occidentales a raíz del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, existen límites no sólo para la acción del Estado y sus leyes, sino también (o al menos deberían existir) para la acción de los individuos cuando ellos ejercen sus derechos civiles, derechos *secundarios* relativos a la libertad de empresa. Esto no significa, naturalmente, poner límites que encaucen en modo rígido las actividades económicas de los particulares, pero sí vigilar, mediante la imposición de normas jurídicas, que la libertad de que se goza en el ámbito privado y negocial pueda determinar la acumulación de poderes tales que se atente contra los principios fundamentales de la democracia; por ejemplo, vigilando en sectores estratégicos como la comunicación (radio, televisión, etcétera) a fin de que tal libertad no determine monopolios que puedan constituir instancias de manipulación de la opinión pública, o que se manifiesten directamente en la vida económica de las personas, mediante el alza de los precios de mercancías y servicios, todo lo contrario de cuanto la libre competencia en el mercado debe generar, según los teóricos del libre mercado.

Todo esto, es evidente, se inscribe en una visión seguramente que no es compartida por parte de los apologetas de la nueva *lex mercatoria*, pues es una visión que teoriza que el rol del Estado nacional no se ha agotado, sino que, por el contrario, considera que la fuerza de su acción reguladora es necesaria hoy más que nunca, precisamente para contrarrestar los resultados a los que conduce la desregulación jurídica. Naturalmente, esta visión, a la que aquí se adhiere, se desarrolla y crece en virtud de considerar que en una situación como la actual, en la que parece no ser factible establecer una especie de “gobierno mundial” que no sea expresión de la voluntad de los países más fuertes, la acción de los Estados nacionales constituye quizá una de las opciones, si no la más importante, a fin que se conserve la convi-

vencia civil, que viene puesta a dura prueba por las consecuencias que la globalización determina sobre las personas.³⁴

En resumidas cuentas, la visión que se sigue aquí es una visión que atribuye un fuerte peso al derecho y a sus estructuras, considerando que sólo a partir de un cuadro normativo eficiente es posible crear las condiciones necesarias a fin de que nuestras sociedades se constituyan como el reino de la convivencia pacífica, donde los más débiles no sean siempre cada vez más relegados en las periferias (culturales, sociales, económicas), por unos sectores siempre cada vez más potentes y fuertes, ansiosos de que el Estado no interfiera en modo alguno con sus posibilidades de expansión. El riesgo, si no fuera así, es el retorno precisamente a la ley del más fuerte, a un gobierno de los hombres, abandonando definitivamente el gobierno de las leyes.

³⁴ Fundamental a este propósito es el volumen del sociólogo polaco Zygmunt Bauman, *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, Polity Press-Blackwell Publishers, 1998.