

EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO
Y LA NUEVA *LEX MERCATORIA* EN LA DINÁMICA
CONSTITUCIONAL EUROPEA*

Vittorio OLGIATI**

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *La inestabilidad constitucional de la forma-Estado*. III. *El nuevo pluralismo social*. IV. *El nuevo pluralismo jurídico*. V. (Continúa) *La presencia simultánea de instituciones incompatibles*. VI. (Continúa) *La evolución del fundamentalismo jurídico*. VII. (Continúa) *La tendencia a la interlegalidad*. VIII. *La nueva lex mercatoria*. IX. *La “lucha por el derecho” en la época del capitalismo conocido como “desregulado”*. X. *El mercado como “hecho normativo” en el nuevo espacio constitucional europeo*. XI. *Observaciones finales*. XII. *Referencias bibliográficas*.

I. PREMISA

En este estudio me propongo examinar algunas variables de la experiencia normativa contemporánea en razón por las cuales la Unión Europea está tratando de dirigir la dinámica jurídica del actual capitalismo considerado “desregulado” (*deregolato*), en cuanto resultado de la crisis del ordenamiento estatal y de la afirmación de las grandes corporaciones económicas como fuentes autónomas del derecho.

Sobre esta base será aquí valorado el reconocimiento reciente tanto de los derechos humanos como de las libertades fundamentales en cuanto eje del proyecto de constitucionalización de la Unión Europea.

La clave hermenéutica empleada para los fines de la discusión deriva de la nueva configuración tomada por el pluralismo jurídico contemporáneo

* Traducción de Jorge Alberto Silva.

** Università degli Studi di Urbino (Italia).

y, al interior de esta realidad, por la afirmación de la nueva *lex mercatoria* como expresión sintética, pero altamente emblemática de esa dinámica.

II. LA INESTABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA FORMA-ESTADO

En la teoría jurídica contemporánea una de las cuestiones más debatibles actualmente es sin duda la relacionada con los argumentos de los cambios que a nivel constitucional se han verificado en las relaciones entre los procesos de reproducción económica y los procesos de re-calificación normativa de la forma de dominación política, cambios que desde los inicios del siglo XX aparecían vinculados a la profunda crisis del Estado y a la emergencia de formas siempre más articuladas y penetrantes del corporativismo *intra*, sobre y *supra* estatal. Con relación a tales procesos, ahora se trata de dar cuenta, por un lado, de lo que queda de la potencialidad ordinal (en sentido convencional) de la positivación del derecho mediante la codificación de derivación liberal y, por otro lado, de la evidente acción normativa concurrente de las formaciones corporativas sustancialmente dominantes, o de cualquier modo condicionada fuertemente por la lógica del mercado. En suma, tanto bajo el perfil socioinstitucional como en términos técnico-jurídicos, se trata de descifrar los datos y delinear el cuadro en torno al cual giran las dos cuestiones nodales del actual modelo constitucional: *a*) la consumación memorable del original proyecto jurídico burgués, arraigado en torno a los principios de la economía política clásica y centrado sobre la soberanía del Estado-nación, y *b*) la maduración ordenadora, también memorable, de una pluralidad de agentes económicos siempre más intencionados a imponer, en oposición a los ordenamientos jurídicos vigentes políticamente legitimados, principios y valores esencialmente mercantiles.

En general, la producción reciente de nuevos privilegios ampliados —los así llamados “nuevos derechos” de “cuarta generación”— en auxilio de los derechos originariamente codificados y constitucionalizados como resultado de los movimientos sociales alimentados por las correspondientes fases de desarrollo del industrialismo (revolución mecánico-textil, electro-mecánica y físico-química), no es el ejemplo más sintomático de “reacción normativa” o, si se prefiere, de “modernización jurídica defensiva”, respeto a este estado de hecho: a tal ampliación, en efecto, no corresponde sólo el esfuerzo de gobernar las consecuencias sociojurídicas de la

cuarta revolución industrial (infotelemática y transgénica), sin acentuar el ya difuso desencanto por las promesas incumplidas (de emancipación y participación) implicadas por la pasada fase económico-política, sino también el esfuerzo de afrontar los nuevos desafíos constitucionales que se vislumbran en la relación entre el Estado y el mercado, sin incurrir ni en los errores de perspectiva como en el curso de la precedentes “luchas por el derecho”.

Si es así, se comprende entonces el significado de la más importante operación de revisionismo constructivista realizado a propósito en los últimos tiempos, es decir, la iniciativa conducida a nivel europeo que desea reconducir dentro de un unívoco universo del discurso oficial un cúmulo de valores, y por consiguiente, de intereses, no orgánicamente coherentes bajo el perfil histórico teórico-práctico, de los que tanto “los viejos” como los “nuevos” derechos han sido, y son expresión. Con tal operación, en efecto, se ha declarado la paridad (equiparación) ontológica de todos aquellos derechos y libertades (hasta ahora) estatuidos por los órganos europeos, en cuanto componentes de la “tradición jurídica común” (incluyendo, por lo tanto, también derecho y libertades no formalizados plenamente, si bien comúnmente entendidos implícitamente por los ordenamientos de los Estados miembros) y su posición (catalogación) en el Preámbulo del Tratado Constitucional, en virtud de la afirmación del (nuevo) principio jurídico de la indivisibilidad (axiológica) de la tabla de valores fundamentales por ella misma constituida. Por tal vía, por lo tanto, tales derechos y libertades han sido indistintamente (colectiva y singularmente) declarados, con actos de autoridad, derechos y libertades “fundamentales” de la Unión.¹

No obstante, a la luz de esta operación de ingeniería jurídica —finalizada, como si tratara de mostrar, a neutralizar políticamente tanto la hipostatación normativa de cada derecho o libertad considerados aisladamente, como el impacto social unilateral de cada uno de esos respecto de los otros (y consecuentemente también la acción concurrente de otros “legisladores”)— resulta, paradójicamente, hoy más claro entrever hasta qué punto el más avanzado constructivismo técnico-jurídico contemporáneo se mantiene sobre un “eje de equilibrio” bastante precario; y aún más, de qué modo precisamente esta especie de política del derecho típicamente *responsable*

¹ Magnani, Carlo, “I nuovi diritti nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, de próxima publicación en A. Cantaro (a cura di), *I nuovi diritti nella scienza giuridica europea*, Turín, Giappichelli, 2005.

(esto es, orientada a las consecuencias) es, en realidad, largamente condicionada por fenómenos siempre más contradictorios y difícilmente controlables.

Dado que esta aparente perspectiva es absolutamente hipotética o remota —ya que en las complejas sociedades actuales hasta el postulado de la recíproca correspondencia entre instituciones jurídico-políticas e interiorizaciones psicosociales no es descontado de manera absoluta—, me detendré, después de un breve trazo del cuadro macrosocial de la experiencia jurídica contemporánea (párrafos 3 y 4), sobre tres fenómenos normativos, particularmente relevantes para la comprensión de las cuestiones arriba mencionadas en cuanto reconducibles a aspectos diversos de la más penetrante característica del universo del discurso jurídico contemporáneo, es decir (no ya la “globalización del derecho” sino lo opuesto) la pluralidad de las formas del pluralismo jurídico, o sea: *a*) la simultánea presencia de instituciones incompatibles, *b*) la evolución del fundamentalismo jurídico, y *c*) la tendencia a la interlegalidad (párrafos 5, 6 y 7). Hablando de estos fenómenos, llamaré la atención sobre un aspecto sionormativo particular, elegido por su emblemático estatuto teórico-práctico: la así llamada “nueva” *lex mercatoria* (párrafos 8 y 9). Como se podrá observar, en efecto, la *lex mercatoria* constituye un caso específico, aunque no anómalo en la cuenta de los actos procesales de reproducción jurídica, aun de grado constitucional, en cuanto refleja y condensa la tentativa de las grandes corporaciones económicas de afirmarse como nuevo “poder constituyente universal” de la dinámica social contemporánea. Precisamente por este carácter específico, la *lex mercatoria* ofrece, luego, un punto de observación privilegiado para evidenciar entre qué áreas de problemas va caminando la actual afirmación de los así llamados “derechos fundamentales” como pilar del proceso de constitucionalización de la Unión Europea.

III. EL NUEVO PLURALISMO SOCIAL

Antes de examinar los contornos del pluralismo jurídico contemporáneo y las diversas formas que ahora se presentan como dominantes, es útil y necesario presentar cuando menos una ilustración sintética de la configuración más acreditada de la sociedad pluralista contemporánea. Será de este modo más fácil comprender el nexo existente entre los fenómenos arriba mencionados y entre éstos y la afirmación de los llamados “nuevos derechos”, de los

cuales, paradójicamente, la “nueva” *lex mercatoria* constituye un caso —como se verá en las conclusiones— sólo aparentemente diferente.

Haciendo un recorrido comparativo de los estudios sobre el pluralismo social habidos en las últimas décadas, se advierte un salto brusco analítico o semántico notable cuando los análisis corresponden a la experiencia jurídica del momento.

En síntesis, se puede afirmar que cuando en la actualidad se habla de pluralismo social respecto del sistema jurídico no se desea hacer referencia, como era habitual desde los inicios del último siglo, al problema del acceso ordinario de los nuevos sujetos y de las nuevas clases, ya posicionados en el interior de una determinada estructura territorial nacional, dentro del sistema político-institucional vigente, sino al problema de la afirmación territorial de agrupaciones y organizaciones que, con realismo político, se debería definir verdadera y propiamente “nuevos colonizadores” (siguiendo la lógica *top down* y *bottom up*). De aquí la diversa y bastante compleja configuración del problema del reconocimiento de esos entes dentro de la arena (política, económica y cultural) del Estado como verdaderos y propios actores institucionales.

Por otra parte, y en otro sentido, tampoco se habla ya seriamente de la posibilidad de realizar —dada la obvia falla del modelo— un integral y orgánico *melting pot* entre antiguos residentes y nuevos “transmigrantes” en un cierto territorio nacional, y, por consiguiente, de la integración política-jurídica-cultural del conjunto de ellos al interior de un modelo superior ordinamental capaz de ejercer una verdadera y propia hegemonía ideológica e institucional. En efecto, hasta en el más atrevido modelo de integración existente en la actualidad —el proyecto de unificación europea— se delinean hipótesis de estabilidad y de ciudadanía, pero en el cuadro de estrategias autoritarias apoyadas por la subsidiariedad y por la diversidad de los anteriores ordenamientos establecidos.

Dadas estas precondiciones, sigue que por sociedad pluralista se entiende ahora un contexto social multicultural, multiétnico, y sobre todo, por la misma razón, corporativo en el sentido fuerte. O sea, un contexto en el que, aun en el más alto nivel, no sólo los confines materiales (territoriales, jurisdiccionales, etcétera) sino también los confines valorativos, cognitivos, interpretativos, siempre son menos definidos normativamente de forma coherente y unívoca; en los que las modificaciones sociales derivadas de las nuevas migraciones y de los nuevos asentamientos debilita, en lugar de reforzar, la representación de los intereses y la fuerza política de las alianzas y de las ins-

tituciones de los viejos asentamientos, y, sobre todo, en los que agentes y agencias ligados al poder político-patrimonial de grupos económicos *sans patrie* se ponen abiertamente en términos competitivos en el sentido antagónico como fuentes de producción y regulación jurídica externa, y aun con un respeto superior a la forma de legitimación política estatalmente definida.

Pero aún hay más. Con el término “pluralismo social” hoy se designa no sólo la multiplicidad de las variables en juego, sino sobre todo a la pluralidad de las formas de la “complejidad social” cotidianamente realizada, donde por complejidad se entiende una verdadera y propia “diferencia” (entre tiempos, fuerzas, relaciones, etcétera) existente entre organizaciones, sujetos y sistemas individuales y corporativos, que actúan incesantemente, pero estructurados en razón de diferencias a menudo insuperables, en cuanto originalmente constituidas.

Esta misma complejidad bien puede definirse, a su vez, como una complejidad social “agravada”, ya que tanto la movilización continua (alargamiento y dislocamiento) de tales entidades como la variación inevitablemente conflictual de los intereses relativos, valores, necesidades, etcétera, son siempre más alimentados por la generalizada inestabilidad constitucional de todos los ordenamientos políticos vigentes a nivel planetario, y, en consecuencia, de una no menos generalizada inseguridad existencial. En este escenario institucional y social, no sorprende entonces que aun los grupos sociales dominantes se han fragmentado en grupos antagonistas y que, en forma extrema de ataque y defensa, concurren a difundir formas de fundamentalismo político, cultural religioso.²

Naturalmente, en este mismo contexto, y en razón de eso, se sitúa y se desarrolla también la dinámica del pluralismo jurídico contemporáneo y, más en particular, su nueva articulación interna, caracterizada sobre todo por la presencia de “instituciones incompatibles”, por la evolución del “fundamentalismo jurídico” y por la tendencia a la “interlegalidad”.

IV. EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO

Análogamente a cuanto ha sido observado a propósito del pluralismo social, del mismo modo con relación a los estudios del pluralismo jurídico

² Olgiati, Vittorio, “*Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza del diritto dopo l’11 Settembre*”, *Sociologia del Diritto*, 2005.

se registran en los últimos años cambios analíticos y conceptuales significativos. A los fines del presente trabajo basta señalar la consolidación de la relación histórica entre el corporativismo socioeconómico y el pluralismo jurídico (uno y otro no siendo más que dos caras de la misma moneda): consolidación que se caracteriza, en ambas vertientes, por el pasaje de la coexistencia a la co-varianza de las respectivas evoluciones recorridas.³

En efecto, es en razón de la nueva dimensión ordinamental, transfronteriza y divisional, de las formas contemporáneas de corporativismo socioeconómico (y del agudizarse de la crisis de la capacidad regulatoria del derecho del Estado), que se asiste a la así llamada “explosión” del pluralismo jurídico contemporáneo más allá de la modelística del “pluralismo jurídico gradualista y supletorio” a la Weber, y del “pan-jurisdicismo” a la Santi Romano. Más precisamente, cuanto más el corporativismo socioeconómico se ha puesto en forma estratégica el problema de la dominación organizativa aun con respeto a la definición de los procesos de institucionalización primaria de los sujetos y de la interiorización de nuevas necesidades individuales con acciones de colonización a escala planetaria, ya sea el modelo weberiano de la existencia de una jerarquía de ordenamientos graduada según la racionalidad tecno-lógica del derecho del Estado (presumido como el más fuerte, el más evolucionado, el más estructurado, etcétera), que el modelo romaniano de la co-existencia lógicamente parificada de ordenamientos jurídicos autónomos dotados de una propia identidad individual y estabilidad (capaces de remover del horizonte analítico las tensiones reales existentes entre los diversos grupos sociales), se han visto alcanzados por otras formas de pluralismo, más indeterminados y no menos antitéticas.⁴

³ Olgati, Vittorio, “Positive Law and Socio-legal Orders. An Operational Coupling for an European Sociology of Law”, in Arnaud, A. J. y Olgati, V. (eds.), *On Complexity and Socio-legal Studies: Some European Examples*, in Onati Proceedings, núm. 14, IISL-Onati, 1993 (versión portuguesa: “Direito positive e ordens socio-juridicas. Um “Engate Operacional” para uma sociologia do direito europeia”, en Campos de Oliveira Faria [or.], *Dereito e globalização economica. Implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros 1996).

⁴ Olgati, Vittorio, “Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto e la follia teorico-metodologica di una recente proposta”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1994 (versión francesa parcialmente modificada: “Le pluralisme juridique comme lutte pour le droit: la folie theorique et metodologique d’une recente proposition”, *Revue Canadienne Droit et Société*, 1997, núm. 12/2); “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.),

En general, los contornos y contenidos de este nuevo pluralismo jurídico son algo difíciles de descifrar. Y eso no sólo porque ellos son el resultado precario y ocasional de la diferencia de potencias que compiten en las dimensiones socioinstitucionales ya mencionadas, sino también porque reflejan el grado de complejidad alcanzado por las variables singulares que la componen.

En este cuadro, el derecho no puede ni siquiera configurarse como un sistema. Aun el derecho positivo oficial aparece dominado por una especie de confusión teórico-práctica, como demuestra —por el uso de categorías tradicionales— el actual *mix* de idealismo y materialismo, formalismo e informalismo, realismo y surrealismo, vitalismo y nihilismo jurídico. En otros términos, el derecho positivo oficial aparece como “flexible” no porque carece de voluntad coercitiva, sino porque le falta todo rigor de contenido, ya sea en un nivel teórico, que en un nivel metodológico y técnico.

Una de las características más relevantes del pluralismo jurídico contemporáneo es, en efecto, que tanto los valores, las normas, el procedimiento, la práctica, etcétera, de todo campo jurídico, así como los más diversos agregados entre ellos, pueden de vez en vez interactuar, confundirse o armonizarse o contraponerse en modo oportunista dependiendo del caso, con tal de conseguir fines comunes (relaciones, intereses, etcétera) que se presentan variables, cambiantes, y, hasta el límite, aun antagonistas respecto de aquellos previstos originalmente.

Como es fácil intuir, comprobar esta dinámica no solamente ha corroído y falsificado gran parte de la doctrina jurídica dominante, trastornando los más usuales mapas cognitivos de los juristas y poniendo el problema de la recalificación teórica del mismo concepto del derecho, sino que también ha suscitado resistencias sociales y oposiciones políticas.

Con relación a esto, algunos juristas han observado con preocupación particular la generalización de los procesos de desbordamiento del derecho y de *norm erosion* que amenazan la capacidad de control hermenéutico y operativo del derecho positivo oficial. De este modo, para consolidar el orden constituido, ellos se están empeñando en el diseño de penetrantes iniciativas “autoritarias” para defender los principios de identidad que consi-

deraban irrenunciables e indefectibles. De lo que deriva, luego, también la difusión de la lógica de las “instituciones incompatibles” y del “fundamentalismo jurídico”, en general referida a la acción de grupos políticamente minoritarios o culturalmente marginales, al interior de los mismos bloques históricamente dominantes y de las elites que gobiernan.

Por otra parte, otros juristas están proponiendo, por el contrario, el reconocimiento de la naturaleza compleja del cambio paradigmático que se está verificando, nominándola expresamente. Precisando y extendiendo el análisis del nuevo pluralismo jurídico como “derecho flexible” se llega por consecuencia a definir la nueva realidad normativa con el término de “interlegalidad”. Con tal noción se indica la unión, la reticulación, el englobamiento, más o menos parcial y ocasional, de otras lógicas o prácticas jurídicas en virtud de la “legalidad porosa” o de “porosidad jurídica” que, según ellos, invadiría todo campo de acción normativa: legalidad por medio de la cual se desreagregan o se redescomponen de manera suelta o contingente valores, posiciones y dispositivos esencialmente heterogéneos e incoherentes, pero, por lo mismo, capaces de constreñir con autoridad a ciertas “transiciones” o a ciertos “cumplimientos”.⁵

Naturalmente que cuanto apenas se ha dicho, no puede, ni debe sorprender. El mismo proceso de constitucionalización de la Unión Europea es, a este propósito, un verdadero y propio condensado de las nuevas formas de pluralismo jurídico que hemos indicado. La pluralidad históricamente desorganizada de las fuentes, de los modos de producción y de los contenidos de lo que hoy en día compone *l'aquis communitaire*, ¿no es quizá el más claro ejemplo de la variedad de las formas constitutivas de la fenomenológica contemporánea del pluralismo jurídico? Por otra parte, la pluralidad, diversidad y variabilidad históricamente irreducible —por orígenes, asentamientos, etcétera— de todo grupo social y de las respectivas raíces culturales que desde siempre caracterizan a Europa, ¿quizá no se refleja emblemáticamente en la insuperada dificultad de identificar empíricamente, o de reconocer oficialmente y sin titubeos la subsistencia de una efectiva, unívoca, tradición común?

Pero veamos en detalle los fenómenos del pluralismo que actualmente aparecen más relevantes.

⁵ Sousa Santos, Boaventura, “A Map of Misreading: Towards a Post-modern Concept of Law”, *Journal of Law and Society*, núm. 20, 1987.

V. (CONTINÚA) LA PRESENCIA SIMULTÁNEA DE INSTITUCIONES INCOMPATIBLES

El fenómeno del pluralismo jurídico en la forma de “instituciones incompatibles” es ciertamente uno de los temas más debatidos en el ámbito de aquellas corrientes de la antropología jurídica contemporánea que se han ocupado de los campos normativos propios de la sociedad compleja y, más en particular, de las así llamadas “comunidades de frontera cultural” internas de los países occidentales avanzados.⁶ En tales contextos sociales avanzados, en efecto, siempre más caracterizados por la multietnicidad, el multiculturalismo y por las uniones corporativas, se definen como “instituciones incompatibles” aquellas particulares construcciones simbólico-materiales de las que son portadores ciertos grupos sociales minoritarios, que no sólo aparecen cognitivamente y prácticamente incoherentes y/o incongruentes, sino que resultan también antagónicamente concurrentes respecto a otros análogos constructos de grupos (dominantes), de modo que dan lugar a comportamientos diferenciados, inconciliables e intolerantes y, en consecuencia, precisamente, recíprocamente incompatibles.

Significativamente, los resultados conflictuales propios de las “instituciones incompatibles” —en cuanto en grado de suscitar reacciones incontroladas de indignación, desprecio, repulsión (cívica, moral y social)— no derivan sólo de la persistencia de identidad/alternidad culturales tradicionalmente cultivadas (piénsese en el diverso valor jurídico dado respectivamente por la mutilación vaginal y por la circuncisión, o por la definición de robo del acto cometido como prueba de destreza y como donación dotal de los gitanos de los países *rich countries*), sino también de la verdadera y propia estrategia de política del derecho en sentido antipluralístico, como aquellos que se denominan como *jurisprudence of insurgency* y como *land wars* (piénsese en la reivindicación de títulos ancestrales de las *first nations* en Canadá o en Nueva Zelanda).

Dadas estas características, es un hecho que el impacto normativo de las “instituciones incompatibles” puede dar lugar tanto a “incorporaciones diferenciales” indefinidas e inestables, basadas en la individualización de posibles “puertas de convergencia” respecto a los puntos de rotura, como a lo opuesto, a formas de resistencia y de clausura radicales denominadas

⁶ Motta, Riccardo, “Istituzioni incompatibili e pluralismo”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1999.

“vetocomunitarismo”, o sea, un instrumento de extrema resistencia respecto a formas agresivas de involucramiento hegemónico. En este segundo caso, es intuitivo comprender cómo las reglas y los valores antagónicos de tales comunidades cerradas pueden convertirse en objeto de progresivo desclasamiento normativo, de desarraigo cultural y, no por último, de abierta represión que puede llegar a la total destrucción.

A primera vista estas variables podrían parecer histórica y espacialmente circunscritas. En realidad, no es así. Toda la historia europea, por ejemplo, es una historia de “instituciones incompatibles” en conflicto, como testimonian, en la época moderna, no sólo las guerras de religión, del pasaje del *status* al “contrato”, de la “comunidad” a la “sociedad”, etcétera, sino también por la interminable lucha entre derecho oficial y el derecho viviente al interior del mismo espacio social (piénsese en el bien conocido caso del derecho consuetudinario relativo a la apropiación de la madera, recalificación como delito de hurto en el derecho escrito).

Por otra parte, y en un examen superficial, esta misma historia podría parecer que se desarrolla en la actualidad en Europa principalmente sobre el terreno de la diferencia étnica y cultural, en razón de nuevas olas migratorias. En realidad, en un examen más cuidadoso, se puede advertir que, exactamente en los mismos términos brevemente arriba expuestos, ella se desarrolla con no menor, y aun con mayor fuerza y tal vez con una mayor y relevante incisividad al mismo interior de la clase hegemónica y de las clases dirigentes, ya sea entre los profesionales intelectuales (insurgencia normativa de tipo fundamentalista tanto contra el velo islámico como contra el crucifijo en las escuelas; oposición a las raíces cristianas en la constitución europea, etcétera), que entre los grupos político-financiero (llamado a la lucha contra los *evil empires*, *rouge regimes*; *land tribal wars* para la conquista de cuotas de mercado; para imponer o deponer líderes políticos; etcétera).⁷

En el mismo cuadro socioinstitucional se ubica por consecuencia —como dentro de poco se podrá observar— también la vicisitud de la precedente represión y del sucesivo renacer actual de la *lex mercatoria*.

⁷ Olgati, Vittorio, “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.), *Law and Society...*, cit., nota 4, 2000.

VI. (CONTINÚA) LA EVOLUCIÓN DEL FUNDAMENTALISMO JURÍDICO

Sin duda, se debe a las investigaciones realizadas por los historiadores del derecho y por los teóricos de las instituciones políticas sobre el desarrollo y la declinación de proyecto jurídico liberal-burgués, el actual, creciente, interés por los tiempos y los modos de la construcción artificial de la sociedad mediante el derecho, y, más precisamente, por la lógica típicamente ficcional-funcional de la narración fundamentalista que ha caracterizado y aún caracteriza el universo del discurso de la forma-Estado.⁸

Lo que resulta claro de los estudios sobre esta experiencia no es solamente la construcción, por medio del derecho positivo, de un verdadero y propio “Estado imaginario”,⁹ sino también la pretensión de tal Estado para imponer la disciplina social de los sujetos individuales, no menos que la neutralización política de cualquier otro modelo de orden jurídico, siguiendo principios considerados no sólo exclusivos y absolutos sino universales y eternos.¹⁰

El fundamentalismo absolutista del derecho estatal es muy evidente desde el momento inicial y ascendente del sistema codificador, cuando —dada la combinación dispuesta entre política monopolística y hegemonía cultural— las anteriores sedimentaciones normativas fueron objeto de una sistemática de reinterpretación y, cuando no fueron subordinadas, se les vino a descalificar, si bien sin reprimirles del todo, como meros hechos sociales. Pero también es evidente que en la fase de la crisis y declive del sistema —la así llamada era de la decodificación (especialmente de Weimar en adelante)— cuando los “principios fundamentales” político-jurídico de derivación iluminista debieron oficialmente ser recolocados para hacer posible la funcionalidad política del ordenamiento (pasaje de la forma-Estado monoclasa sobre bases elitistas a la forma-Estado pluriclasa sobre bases neocorporativas; calificación de los derechos humanos y de las libertades individuales de los sujetos como derechos fundamentales de las instituciones; potenciamiento de la actividad “autoritaria” de las cortes de justicia, etcétera). Por último, se asiste hoy, como se dijo, a la promulgación de un tratado internacional —el Tratado Constitucional Europeo— que prefigu-

⁸ Grossi, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milán, 2001.

⁹ Costa, Pietro, *Lo Stato immaginario*, Milán, Giuffrè, 1986.

¹⁰ Natalino, Irti, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.

ra la creación de un nuevo sistema constitucional a nivel continental, pero en cuanto constituye la relación entre la Unión Europea y los Estados miembros como una verdadera y propia forma de doble Estado.

En este último caso se trata, con toda evidencia, de una variante del “pluralismo gradualmente supletorio” derivado de la necesidad de incrementar la capacidad de regulación del contexto de referencia duplicando los planos de acción normativa, de este modo potenciando al mismo tiempo la capacidad de reacción con relación a cualquier otra estructura jurídica, esto es, cualquier otro poder constituyente, considerado no solamente incompatible (respecto de los valores y todos los intereses por esa vía reconstituidos), sino también, y sobre todo, considerados antagónicamente concurrentes sobre el mismo terreno de la hegemonía ideológica-política y de la dinámica institucional.

Significativamente, el carácter de esta construcción está en el hecho de que entre los arreglos ordinamentales antagonistas encontramos, en particular, aquellos creados en los últimos decenios por las grandes corporaciones económico-financieras y por sus articulaciones, cuyo específico fundamentalismo jurídico, por la potencia de sus medios, capacidad de radicación social y vocación universalista, no tiene, en su momento, nada de envidiar respecto a aquellos tradicionalmente pretendidos e invocados por los Estados.

Sobre la relación concurrente y antagónica entre el fundamentalismo jurídico del sistema de derecho positivo de la forma-Estado y el fundamentalismo jurídico de las grandes corporaciones económicas, como dato sobresaliente del actual pluralismo jurídico, nos detendremos más adelante, examinando los características y operatividad de la “nueva” *lex mercatoria*.

Ahora es necesario de cualquier modo llamar la atención sobre el hecho de que, históricamente, el fundamentalismo jurídico del derecho positivo de la forma-Estado no ha sido nunca unidireccional, habiendo sido siempre marcado internamente por una radical ambigüedad normativa: una ambigüedad tan arraigada que ella misma constituye una forma de pluralismo jurídico intraestatal viviente. Se sabe, en efecto, que el problema fundamental del Estado-ordenamiento de derivación iluminista reside en aquella forma de “ambivalencia normativa” que es inherente a su misma, originaria, constitución “liberal”, y que se manifiesta, más que en la pretendida autorepresentación en el sentido democrático, en la recurrente (y nunca resuelta) propensión hacia las más diversas derivaciones autoritarias.

VII. (CONTINÚA) LA TENDENCIA A LA INTERLEGALIDAD

En el ámbito de los estudios de sociología del derecho, constituye un dato científico incontrovertible el hecho de que con la declinación significativa de la técnica codificadora como forma de orden y del monopolio del derecho por parte del Estado, por un lado, y con la afirmación político-patrimonial de los nuevos ordenamientos sociales semiautónomos, por el otro, la experiencia jurídica contemporánea se va moviendo cada vez más en forma diferente de aquella que le ha sido transmitida por la tradición iluminista y positiva liberal.

En particular, dada la creciente dificultad del Estado para disciplinar “racionalmente”, es decir, siguiendo un diseño técnico-político predefinido, la acción práctica de los sujetos sociales y de los organismos institucionales que lo componen, y, por otra parte, dada la posibilidad actual de los sujetos corporativos más fuertes, como son precisamente los ordenamientos sociales semiautónomos, para imponer la propia lógica normativa no sólo a un solo actor individual y colectivo, sino a los mismos Estados, no es posible ni siquiera imaginar en términos utópicos o ficticios ni la certeza ni la calculabilidad y, en consecuencia, ni aun la universalidad de mismo diseño político-cultural a su tiempo elaborado por tales tradiciones. Si a esto se agrega la creciente individualización de los requerimientos y deseos alimentados por las más recientes transformaciones técnico-científicas y geopolíticas, se comprende bien cómo el problema de la pertenencia a una cualquier esfera socioinstitucional se pone como una exigencia eminentemente defensiva, en cuanto admite también, por el contrario, la posibilidad de negociar la propia disponibilidad hacia el exterior, y aun respecto a normas o vínculos ya establecidos —los cuales toman, de este modo, la apariencia de simples recursos, a emplearlos según la ocurrencia.¹¹

En un contexto estructural y funcional semejante, cada tipo de experiencia normativa puede también ser cumplido de hecho como práctica sustancial, como saber/poder contextual. Dentro de los ámbitos espacio-temporal concretos aunque fluidos, todo el derecho viviente aparece y vale como “contexto”, así como todos los espacios sociales están potencialmente abiertos a la normación. Y dado que cada ámbito o actor es simultánea-

¹¹ Commaille, Jacques, “Normes juridiques et regulation sociale. Retour à la sociologie générale”, en Chazel, F. y Commaille, J. (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, París, LGDT, 1991.

mente sujeto y objeto de conocimiento y de práctica vinculante, productor de decisiones jurídicas propias y destinatario de decisiones jurídicas ajenas, estos mismos elementos se combinan entre ellos como variables recíprocamente dependientes.¹²

Para algunos juristas esta realidad normativa, marcada por un evidente pragmatismo gestional, podría haber transformado el derecho positivo oficial en un tipo de “derecho dúctil”. En realidad, esta representación es muy desviada, ya que la composición de hecho de las “redes de legalidad” se determina de cualquier modo por medio de “sujeción negocial” o “negociaciones autoritarias”. Tanto que el mismo derecho positivo oficial reúne en la actualidad formalmente —y no por un mero caso— ya sea procedimientos de negociación (pactación) y de mediación, que cartas constitucionales fundadas en derechos fundamentales, creando así asimetrías que no se resuelven si no es en términos de poder real.

Dicho en otros términos: si a nivel fenomenológico los diversos espacios jurídicos y las respectivas posiciones se sobrepone de este modo, combinados y remodelados en la acción y en la percepción de los sujetos a manera de hacer muy difícil asignar a cualquiera de esos una prioridad absoluta o una significativa efectividad, no por ello, sin embargo, la fragmentación de la legalidad, cualquiera que sea el contexto, aun siendo asincrónica no del todo caótica, porque se trata de una construcción social que como tal obedece a las diversas relaciones de fuerza y de vínculos de posicionamiento espacio-temporal, de la proyección cognitiva y de la simbolización. Se trata, en consecuencia, de una construcción con respecto a la cual todas las fuentes normativas —incluso el Estado— se mide y se contrapone como actor/transportador de intereses políticos no homologados o endeble, sino fuertemente en contraste.

Lo que resulta de todos modos muy significativo es el hecho que de esta dinámica deriva algo que va más allá del mero aspecto coercitivo: se trata más bien de la transformación del modo de reproducción de los “mapas cognitivos” que presiden la experiencia jurídica misma, o sea, la afirmación de expectativas sociales normativamente estructuradas según un “sentido común jurídico” no más condicionado por las tradicionales dicotomías del pensamiento jurídico positivista y estatal; y, entonces, el consolidarse de un modo de “sentir” y “vivir” las órdenes, la sanción, el vínculo

¹² Sousa Santos, Boaventura, “Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1990.

y la libertad de acción según parámetros esencialmente políticos y críticos respecto a los formalismos oficiales dominantes.¹³ De aquí deriva, luego, ya no la ductilidad operativa, sino la intrínseca fragilidad teórico-práctica del mismo fundamentalismo jurídico formalizado en las cartas constitucionales del derecho positivo actual.

Es un hecho, en efecto, que este “sentido común jurídico” vale para todos los contextos sociales, incluyendo también aquellos en los que han estado en vigor “instituciones incompatibles” o en los cuales operan sistemas jurídicos que se declaran fundados en derecho y libertad fundamentales (en consecuencia imprescriptibles e irrenunciables, aun cuando recíprocamente “balanceados”). Pero mientras la resistencia de las “instituciones incompatibles” puede tanto plegarse como reforzarse en razón de un específico ordenamiento político y crítico, esto no vale para los sistemas jurídicos que, aun considerándose incompatibles con respecto a otros, se declaran “universalistas” en términos formales y abstractos, y aseveran esto promulgando textos escritos. Estos sistemas, en efecto, cuanto más están involucrados en la dinámica de la interlegalidad, no pueden sino reforzar antes o después el propio fundamentalismo sustancial para sostener tal universalismo como diferencia de identidad, y por consecuencia perder del todo cualquier *appeal* verdaderamente universal.

Muy diferente, a propósito, es, al contrario, el caso de la *lex mercatoria*. Aquí lo que interesa es sólo el contexto. Es el contexto en sentido material lo que define tanto las expectativas como los intereses recíprocos. A falta de ligazones formalistas, el vínculo antagónico de las relaciones de fuerza real constituye lo que “dicta” el cuadro teórico-práctico que preside ambos. A este caso, por consecuencia, convendrá de aquí en adelante poner atención.

VIII. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*

Como es conocido, por *lex mercatoria* se entiende, desde hace siglos, ese heterogéneo conjunto de reglas, prácticas, usos, costumbres, etcétera, que ha permitido a los mercados del más diverso origen establecer relaciones y resolver eventuales litigios que tengan por objeto obligaciones deri-

¹³ *Idem.*

vadas de transacciones comerciales puestas en ser fuera de los límites de la defendida (o presunta tal) ordinamental (jurisdicción) del propio país de origen.

Con el neologismo “nueva” *lex mercatoria* hoy se confirma la validez y la eficacia de estos típicos caracteres funcionales, en el cuadro del universo del discurso jurídico dominante, para algunos todavía centrado, cuando menos bajo el contorno técnico y doctrinario, sobre la construcción secular del *jus publicum europaeum*. A la luz de este universo del discurso, la nueva *lex mercatoria* se define, de esta forma, como aquel tipo de “derecho consuetudinario especialista transnacional”, que corresponde a aquella parte del “derecho comercial transnacional”, esto es, del “derecho internacional de los contratos comerciales”, que se sitúa espontáneamente y autónomamente no sólo en una posición intermedia y externa, sino también en una posición abiertamente antagónica respecto al área de competencia y de ejecución de análogas relaciones contractuales comúnmente reguladas por el derecho nacional e internacional de los Estados.¹⁴

Como se ve, esta definición es un condensado de la cultura jurídica formalista que, por un lado, elude el tema de la complejidad técnica de la nueva *lex mercatoria*, visto como campo normativo interno al orden disciplinario complejo impuesto por los Estados, y aunque espontáneo, autónomo y concurrente, hasta el límite de la incompatibilidad, respecto a eso; y por otro lado, no da cuenta alguna de la posición de la misma nueva *lex mercatoria* en el cuadro del nuevo pluralismo jurídico contemporáneo. En otros términos, no afronta el problema nodal de su actual importancia a nivel constitucional. Conviene detenerse aquí brevemente para colmar esta laguna.

En la literatura jurídica corriente se indican hoy sólo dos modelos de *lex mercatoria*: aquella “vieja”, que se remonta a los albores del comercio y precede a la época de la moderna positivación del derecho estatal, y aquella “nueva”, actualmente viviente en razón de la crisis de funcionalidad de la justicia ordinaria de la forma-Estado y del creciente activismo económico, político y normativo de las grandes corporaciones económicas. Al interior de esta periodización se sitúa, como una especie de parteaguas, el momento de la represión oficial de la *Lex*, en cuanto institución incompatible respecto al orden constituido por el Estado de derecho, y el momento de la consiguiente redefinición de algunas reglas y de algunas prácticas comerciales dentro del sistema formal de derecho comercial, impuesto como tal

¹⁴ Véase Godman, 1964.

por el absolutismo de la codificación. Dada esta representación histórica, el actual *renacimiento* de la *lex mercatoria* aparece entonces como una forma de *insurgency* de una corporación con fuertes connotados de identidad que reivindica su propio espacio jurídico vital, fundado no sólo sobre la especialidad funcional, sino en su inconmensurabilidad valorativa (hasta el límite de la incompatibilidad) de sus prácticas, de sus intereses y de sus principios, respecto a aquellas impuestas autoritariamente o en cualquier caso difusos en el más amplio sistema social (indiferencia por cualquier *orden público* y desprecio a cualquier sistema jurídico nacional).¹⁵

En realidad, de un examen más cuidadoso, también esta visión, aun cuando en cierta medida realista, es algo insatisfactoria: ante todo porque resume la historia milenaria de este ámbito normativo tomando como criterio de referencia a la evolución histórica moderna solamente la forma-Estado; y en segundo lugar, consecuentemente, porque descuida del todo una cuestión que no es secundaria, es decir, el desarrollo de un nuevo fundamentalismo jurídico —el de las actuales corporaciones económicas— en oposición a aquel propio del derecho positivo oficial.

Respecto a la primera consideración, basta observar que por el uso de dispositivos de naturaleza prevalentemente no convencional, la falta de una precisa configuración formal, y, no el último, por su misma razón de ser, por el hecho de ser, por definición, de todo indiferente a cualquier lógica diferente de la absoluta autonomía de las partes que actúan como actores individuales privados, la “nueva” *lex mercatoria* es de este modo tan evidentemente antitética respecto al ordenamiento (interno e internacional) centrado sobre la forma-Estado que hace no sólo problemática, sino irresoluble su colocación teórico-práctica en el conjunto del derecho positivo. Tan es cierto que, aun, según los más avanzados cánones del derecho internacional, ella constituye conceptualmente todavía hoy un verdadero y propio, insoluble, “enigma”.

En cuanto al segundo aspecto, no se puede dejar de enfatizar el condicionamiento ideológico y normativo que resulta de la afirmación de las grandes corporaciones económicas como nuevas fuentes de producción y de conocimientos jurídicos, abiertamente antagonistas y concurrentes respecto al ordenamiento positivo formal-oficial. Se sabe, en efecto, que ya a partir de los años cincuenta del siglo XX con la descolonización, pero por

¹⁵ Carbonneau, Thomas E. (ed.), *Lex mercatoria and Arbitration. Discussion of the New Law Merchant*, revised edition, The Hague Juris Publ., Kluwer, 1998.

sobre todo, en el curso de los últimos veinte años, con una estrategia sistemática de “liberalización” y “desregularización” del mercado capitalista de los vínculos institucionales establecidos por los ordenamientos nacionales, las grandes corporaciones económicas han creado e impuesto las condiciones simbólicas y estructurales más favorables para volver a proponer a escala planetaria la legitimidad de la creación y ejecución autónomas de normas contractuales relativas a las relaciones comerciales transfronterizas por parte de los operadores comerciales que no toleran los vínculos establecidos por el ordenamiento jurídico positivo.¹⁶

A este propósito, un rol fundamental ha revestido y reviste, en particular, la hipostatización fundamentalista del concepto liberal clásico de “libertad de mercado” y del mercado mismo como sistema autorregulatorio, así como reformulado unilateralmente por las mismas corporaciones económicas con los fines de su propia autolegitimación para actuar. Pero un rol no menor no ha tenido y tiene también la imposición, por parte de las mismas corporaciones, de nuevas agencias y *authorities* supranacionales, creadas a propósito sin algún procedimiento formal de legitimación política, para actuar como verdaderos y propios “sustitutos constitucionales”, alternativos e independientes, respecto a los poderes tradicionales de la misma institución de la forma-Estado.¹⁷

Así estando las cosas, no sorprende entonces que la “nueva” *lex mercatoria* se diferencie actualmente de la “vieja” no tanto por las razones ya evidenciadas, sino porque ahora está más orientada a valorizar la autonomía y la informalidad sustancial de sus estándares, no ya para resolver problemas de “anomia normativa” respecto a casos particulares concretos, sino, por un lado, para eludir las leyes comerciales y los procedimientos judiciales del derecho positivo oficial, y, por otro, para atraer en su campo de operatividad también las relaciones contractuales internacionales reguladas por el derecho positivo, incluso aquellas elaboradas por los mismos Estados.

En suma, lo que convierte en “nueva” *lex mercatoria* respecto a aquella del pasado, es que la autonomía e informalidad sustancial de sus estándares no derivan para nada de un “vacío normativo” a colmar con tal de alcanzar

¹⁶ Olgiati, Vittorio, “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.), *Law and Society...*, cit., nota 4.

¹⁷ Olgiati, Vittorio, “*Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza...*”, cit., nota 2.

un cierto propósito —y aun menos del aislamiento/distanciamiento espacio-temporal de los comerciantes como sujetos individuales—, sino de los procesos de heterodirección y de subsunción a los que ha debido someterse como parte de una política del derecho más amplia, perseguida estratégicamente por las grandes corporaciones económicas a nivel planetario para desvincularse al “yugo” del derecho positivo oficial.

Si esta es la realidad histórico-empírica sobre la cual se rige actualmente el reconocimiento de la *lex mercatoria*, la cuestión que surge es, por consiguiente: ¿cómo se configura hoy la relación entre los dos máximos modelos de “fundamentalismo jurídico” actualmente existentes, o sea, el que desde posiciones defensivas, tiene como pivote la ley del Estado, y el que, desde una posición de ataque, tiene como punto de apoyo las leyes del Mercado?

IX. LA “LUCHA POR EL DERECHO” EN LA ÉPOCA DEL CAPITALISMO CONOCIDO COMO “DESREGULADO”

Como es evidente, en el curso de los últimos decenios, escondido dentro del “velo de la ignorancia” de las más diversas narraciones en torno a la así llamada “globalización”, ha estallando una verdadera y propia “lucha por el derecho” entre el tradicional fundamentalismo jurídico centrado en torno a la forma-Estado y el nuevo fundamentalismo jurídico expresado por las grandes corporaciones económicas.

Una característica indudable de esta lucha, así como de aquella que se combatió a finales del siglo XIX y tematizada por Jhering y Kantorowicz, es la de ser expresión directa de las grandes transformaciones político-institucionales derivadas del industrialismo: en este caso de la revolución infotelemática y trasgénica. A diferencia de aquélla, sin embargo, esta lucha no se refiere sólo al reconocimiento jurídico oficial de tales transformaciones (como lo evidencian las actuales pretensiones de “nuevos derechos”), pero también, y sobre todo, a la pretensión de las mismas corporaciones económicas de obtener pleno reconocimiento jurídico como fuentes autónomas de derecho, y, más precisamente, como legítimos poderes constituidos y constituyentes de rango similar, si no superior (por valor y capacidad) a aquellos de la forma-Estado.

En otros términos, y en breve, la “lucha por el derecho” que se está combatiendo actualmente es, en realidad, una verdadera y propia “lucha por la

investidura” —análoga a aquella combatida en el medievo por la nueva monarquía contra el papado— conducida a nivel mundial por las grandes corporaciones económicas para la conquista de la hegemonía política sobre el entero universo del discurso jurídico contemporáneo.¹⁸

Que de esto se trata, resulta *per tabulas* del modo mismo con el cual las grandes corporaciones económicas, cubiertas por la fórmula ideológica de la “globalización”, han promovido y conducido el *reengineering* técnico-político del ordenamiento jurídico oficial, nacional e internacional, trastornado por la caída del Muro de Berlín, mediante intervenciones específicas orientadas a la sistemática deconstrucción, hasta el límite del deterioro, de cualquier disposición ordinamental reconducible a la soberanía, políticamente legitimada, de la forma-Estado, y, por el contrario, promoviendo de forma agresiva el *enforcement* de sus propios dispositivos normativos derivados de la mera lógica mercantilista.¹⁹

Pero cuanto se ha dicho es aún más evidente si se colocan las mismas observaciones precisamente al interior de los escenarios abiertos por la cuarta revolución industrial. Se sabe, en efecto, que el aspecto saliente de tal revolución es, nada más y nada menos, que la reproducción técnico-científica de los fundamentos de la realidad social primaria: por un lado, la reproducción virtual de la interacción y de la comunicación social; por el otro, la reproducción artificial de la vida biológica. Ahora bien, tales posibilidades técnico-científicas no sólo han quebrantado literalmente el orden simbólico y valorativo hasta hoy socialmente adscrito a tales elementos por una milenaria ritualidad y sabiduría jurídica, sino que también han dado, y dan, modo a las grandes corporaciones económicas detentadoras del relativo *know-how* de imponer a la sociedad entera la realidad virtual-artificial producida por ellas mismas como condición vital absoluta. Eso, sin embargo, presupone la apropiación y la recalificación de aquella milenaria experiencia jurídica. De este modo, para obtener una legitimación política y moral plena al respecto, ellas invocan hoy en términos universalistas el acoplamiento estructural entre libertad de investigación y libertad de mercado como valores/derechos imprescriptibles e irrenunciables en cuanto fundamentales, calificando como fundamentalista cualquier otro principio de orden considerado antagónico.

¹⁸ Olgiati, Vittorio, “Vers une refonte des communautes epistemiques en Europe”, en L. Parini (dir.), *Etats et Mondialisation: strategies et roles*, Paris, L’Harmattan, 2001.

¹⁹ Olgiati, Vittorio, “*Jus communicationis* et *Jus gentium*. L’incertezza...”, *cit.*, nota 2.

Finalmente, aunque no por último, es necesario subrayar con vigor un dato que la literatura corriente suele descuidar, o sea, que no todas las grandes corporaciones económicas están igualmente involucradas en estrategias normativas directamente conectadas a la cuarta revolución industrial, y que, al interior del más amplio sistema económico-social, existen otras grandes corporaciones —nacidas en virtud de las anteriores revoluciones industriales— que continúan persiguiendo el objetivo del control monopolista de los recursos naturales, igualmente primarios, que están en la base de cualquier forma de reproducción social material. Para estas corporaciones el problema no está solamente en la relación entre los vínculos persistentes en las razones de intercambio inequitativo y el tendencial al agotamiento de los recursos más estratégicos, sino también en la creciente insostenibilidad social y económica de los riesgos ecosistémicos derivados de las “quiebras” de la propia “inteligencia organizativa”. En el complejo por consecuencia, también en este caso, se trata de adquirir un grado de legitimación— y por tanto, un mayor margen de maniobra— no sujeto a principios de orden ajenos y contradictorios respecto a los imperativos económicos.

De aquí, luego, la lucha a todo campo por una “investidura” oficial —la recalificación de las corporaciones económicas como verdaderas y propias instituciones sociales— tales que puedan imponer la propia acción con una fuerza aplastante y un *appeal* ideológico más “universal” de aquel alcanzado hasta ahora.

Al interior del escenario arriba descrito se sitúa con precisión el rol instrumental adscrito a la nueva *lex mercatoria*: como se evidencia por la mole de estudios ideológicamente orientados a favor de la “globalización”, en general, y a la “globalización del derecho” en particular, la nueva *lex mercatoria* aparece como el campo jurídico en el cual los agentes del mercado, operando en calidad de *moral entrepreneurs* de la sociedad, crean las condiciones más congruentes —*deal with virtue*— para conseguir un nuevo orden universal finalmente autorregulador del mercado. Así, no sorprende advertir que la misma *lex* es continuamente reclamada como el ejemplo más completo de lo que se entiende por *global law*.

Sólo que, contrariamente a todo lo teorizado por los apolegetas de la globalización, la *lex mercatoria* no puede ser absolutamente considerada un modelo de “derecho global” o la “prueba probada” de la “globalización del derecho”, por el simple hecho de que nunca ha sido, y no es, un campo nor-

mativo semejante. La nueva *lex mercatoria* no sólo es un típico caso de *local legal system*, sino también un caso extremo de “particularismo” jurídico, dados, al mismo tiempo, la especificidad y la no plenitud de sus estándares, y la evolución contextual individual de las relativas calificaciones (en el campo del arbitraje, *lex mercatoria arbitralis*; en las transacciones petroleras, *Lex Petrolea*; en las transacciones marítimas, *lex maritima*, etcétera). En resumen, esa es, en realidad, y para todos los efectos, únicamente una entre las múltiples formas del pluralismo jurídico contemporáneo.²⁰

Lo incontrovertible de esta aseveración —y, más en general, la penetración irreversible del pluralismo a pesar de cualquier pretendida “globalización”— no se da, naturalmente, sin consecuencias. Tan es así, que la “lucha por el derecho” de que se ha hablado aquí ha alcanzado en los últimos tiempos los resultados más extremos: la “autoinversión”, con un gesto de tipo napoleónico, de las mismas corporaciones económicas como nuevo y supremo poder constituyente planetario, como lo demuestra, a un tiempo, el fin de la misma “globalización” como hipótesis del nuevo orden mundial posguerra fría, y el fin de la función normativa del *jus publicum europaeum* como resultado del hecho de haber perseguido el mismo objetivo con otros medios, es decir, con la guerra preventiva: guerra no casualmente conducida, paradójicamente —hay que notarlo— con la más amplia instrumentación político-ideológica de los símbolos universalistas obtenidos de la forma-Estado, cuando tales formas y símbolos resultan adecuados porque se colocan dentro de los intereses estratégicos de las grandes corporaciones.

X. EL MERCADO COMO “HECHO NORMATIVO” EN EL NUEVO ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Si todo cuanto se ha dicho aquí es verdad, queda ahora enfrentar una última, decisiva, cuestión: ¿cuáles consecuencias derivan del proceso de constitucionalización europea? La cuestión es clara: ¿en qué medida la Carta de Niza como parte del Preámbulo del Tratado Constitucional Europeo refleja el conjunto de las dinámicas que hemos desarrollado? Y, por tan-

²⁰ Olgati, Vittorio, “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya & IISL-Onati (eds.), *Law and Society...*, *cit.*, nota 4.

to: ¿cuál es su específica tarea institucional con relación a ellas? En otros términos, y con mayor precisión: ¿cuál es la razón sustancial, o sea, la *ratio status*, que ha inducido a la elite europea a optar en términos estratégicos, aquí y ahora, por una solución normativa radical como es la de la equiparación ontológica de derecho y libertad históricamente diversos por su origen, naturaleza, etcétera, y de la afirmación axiomática de la indivisibilidad de los mismos como derechos y libertad?

Estas preguntas no pueden ser eludidas. No sólo en plan técnico-jurídico, ya que —como es bien conocido— por un lado, el reconocimiento de la “factualidad normativa” de lo social, de la técnica y de la experiencia individual, opera como fuente constitutiva de nuevos derechos, y, por otra parte, de consecuencia, porque —como es también conocido— la evolución de la sociedad, el progreso social y el desarrollo técnico-científico están expresamente indicados como parámetros de referencia a los fines de cualquier intento interpretativo. Pero las mismas preguntas no pueden ser eludidas, ni siquiera sobre el plano sociológico-jurídico, porque es precisamente la “factualidad normativa” que se invoca la que impone una contextualización que no puede ser históricamente determinada.

Refiriéndonos en consecuencia a estos presupuestos, se puede decir desde ahora que si *la ratio iuris* de la Carta corresponde a una exigencia cautelar —de evitar que en el complejo de la dinámica jurídica contemporánea se creen insolubles *conflicts of law* en sentido sociotécnico de hacer surgir prejuicios significativos al desarrollo del proyecto europeo total—, la *ratio status* corresponde, a su vez, a una verdadera y propia pretensión (no hegemónica sino) propiamente “cibernética” —de guía y de control— sobre el conjunto de las fuerzas operantes dentro y a través de la misma dinámica; vale decir, reconocer oficialmente, aun en su espuria materialidad, toda la extensión de la realidad histórico-social, para impedir de tal modo que se pueda sufrir el condicionamiento de otros diversos diseños normativos.²¹

Para dar cuenta de esta afirmación, se puede ante todo observar que los derechos fundamentales aparecen ideológicamente formulados como generalizaciones de premisas factuales consideradas unánimemente como compartidas (porque derivan necesidades sociales primarias) y/o tan penetrantes socialmente (porque inherentes al funcionamiento total de la sociedad) que son percibidas y reconocidas como autoevidentes, y por tanto, “autofundantes”. Lo que, por definición, impide, a su vez, que un ordenamiento

²¹ *Idem.*

cualquiera pueda de algún modo reivindicar sobre ellos una jurisdicción exclusiva, o que algún derecho pueda constituir el punto de coágulo para alimentar situaciones de *insurgencia* vetocomunitaria. Tan es así, que precisamente el debatido técnico-jurídico europeo acerca de los problemas de compatibilidad entre los varios derechos fundamentales contenidos en dicha Carta ya registra posiciones importantes que —aun reconociéndole la diversa naturaleza— excluyen de cualquier modo el conflicto recíproco si no con relación a los costos sociales de la respectiva implementación,²² o bien, admiten, si es el caso, la equitativa ponderación en sede judicial.²³ En suma: concibiendo los derechos fundamentales como expresión de verdaderos y propios “hechos normativos”, se exorciza y remueve —aun sin anularla— la posibilidad de que el fenómeno jurídico de las “instituciones incompatibles” pueda volverse totalmente incontrolado.

Otra prueba de cuanto se ha dicho, es el modo mismo en el que la misma Carta de Niza supera tanto la actual “debilidad” del tradicional fundamentalismo jurídico de la forma-Estado, como el poder del nuevo fundamentalismo jurídico de las grandes corporaciones económicas.

Característica relevante de tal Carta —como es sabido— es, en efecto, la de haber hecho propios los principios que derivan de la pluridecenal acción jurisprudencial de la Corte Europea y de estos ya declarados parte constitutiva de la “tradición jurídica común europea”. Entre estos principios se enumeran ya sea aquellos que se ligan a los derechos así llamados “humanos”, o sea, a los derechos conectados con la reproducción social, como la dignidad, la no discriminación, la asociación, el respeto a la vida familiar, etcétera, que también aquellos relacionados con la libertad estimada socialmente como “fundamental” porque directamente vinculada con el modo de producción dominante, como la propiedad, la libertad de comercio, de industria y de competencia.²⁴ Uniendo paritariamente tales principios, la misma Carta da modo, en consecuencia, a la Unión Europea de equiparar y correlacionar entre ellas las políticas públicas y las exigencias de mercado, haciendo propia la racionalidad sustancial de la más amplia dinámica social interna e internacional, en cuanto compuesta, precisa-

²² Ferrajoli, Luigi, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en Ferrajoli L. *et al.* (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

²³ Moreso, José Juan, “Conflitti tra diritti fondamentali”, *Ragion Pratica*, núm. 18, 2002.

²⁴ Jyranki, Antero, “Fundamental Rights and Community Law: Concern for the Rights of Man” o Power Game of Institutions?, *Turku Law Journal*, vol. 3, 1, 2001.

mente, por necesidades primarias y por necesidades de funcionamiento igualmente ineludible. Y en virtud de esta misma síntesis, la Unión Europea puede, finalmente, reclamar, a su vez, un dinamismo socioinstitucional y una “racionalidad” político-jurídico que no tiene comparación ni en los actuales ordenamientos jurídicos nacionales ni en aquellos de las grandes corporaciones económicas.

Que este resultado se adscriba a la elección original de “legar” entre ellos Estado y mercado, está fuera de toda duda: la Unión Europea (a diferencia de sus Estados miembros) no ha perseguido nunca la ideal doctrina de la pureza del derecho, no habiendo tenido nunca la pretensión de escindir el derecho de la economía mediante códigos compuestos por normas formales y abstractas. Superando los modelos constitucionales nacionales “laboristas”, la Unión Europea ha reconocido desde su inicio, por esta razón, tanto el sistema económico (entendido como un sistema institucional), como las leyes de mercado (entendido como sistema institucional), como hechos/valores apoyadas en su misma evolución normativa. Se debe, por otra parte, a la influencia de la escuela económica de Friburgo y del activismo judicial de la Corte de Justicia —del “derecho pretorio” creado con menoscabo de la soberanía de los sistemas constitucionales nacionales —el ordenamiento cada vez más neto hacia una específica política del derecho en la que dirigismo ordinamental y liberalismo económico sean más compenetrados recíprocamente, y más ligados a la identidad histórico-cultural europea, cuando más fuertes se den, por el contrario, los desafíos planteados y desarrollados por la fuerza unidireccional (mediada por procedimientos formalmente legitimados) de las grandes corporaciones transnacionales. La misma política ha sido conducida, naturalmente, también respecto a tales corporaciones, como se ha demostrado, sobre planos diversos pero convergentes, la elección del euro y de la ampliación de la Unión Europea al Este.

Se aclara de esta manera el sentido general de lo que se puede sin duda definir como la más sofisticada estrategia política constitucional actualmente en acción: el esfuerzo de institucionalizar un modelo de economía política en el cual tanto la complejidad del actual pluralismo social y jurídico como el diseño constitucional de la Unión Europea pueden finalmente desplegarse, en antítesis a otros modelos, como un verdadero y propio fenómeno de “interlegalidad”.

Pero también se aclara de esta manera la importancia decisiva que a esos fines ha revestido y reviste el modelo de *lex mercatoria*, ya sea bajo el per-

fil histórico-político e ideológico-cultural, sea bajo el perfil económico-social. ¿No es tal vez cierto que la *lex mercatoria* sea históricamente parte integrante del *jus commune europae*? Y ¿no es quizá verdad que la *ratio iuris* de la *lex mercatoria* ha sido siempre la de colmar lagunas y superar los vínculos de otros sistemas, de evitar idiosincrasias doctrinarias, de tomar en cuenta la variabilidad de las condiciones que se presentan, de ofrecer condiciones específicas para cada litigio, para combinar ellas diversas normas y principios y, en consecuencia, de reconocer la fuerza de los intereses en juego y la determinación de los actores sociales y mirar directamente al resultado?

XI. OBSERVACIONES FINALES

El hecho de que la relación —mejor: que la formalización de la correspondencia estructural funcional— entre ordenamiento político y ordenamiento económico, que se va realizando en la actual dinámica constitucional europea por medio del reconocimiento de los hechos de la realidad social como “hechos normativos”, se desarrolle no de una manera “dúctil”, sino por medio de “negociaciones autoritarias” y de “sujeciones negociales” implicadas en el fenómeno jurídico de la “interlegalidad”, es de cierto un hecho que se explica fácilmente con la naturaleza misma del derecho, pero que debe ser de todas formas tematizado (discutido) en modo históricamente determinado, sin reticencias ni ficciones. No pudiendo, obviamente, afrontar este, tan importante, problema, me limito, para concluir, a llamar la atención sobre la deriva imperial y totalitaria que tales negociaciones y tales sujeciones pudieran comportar.

Como lo ha resaltado Upendra Baxi, en virtud el entrelazamiento asimétrico y sistemático de los diversos ordenamientos, y entre aquéllos y la creciente difusión de las nuevas técnicas de control social disciplinario, se debe ya admitir “*the possibility that legal pluralism in any society may be as repressive as if, indeed, not more repressive than legal centralism*”.²⁵

Pues bien, si se considera que la actual inestabilidad constitucional que amenaza a la sociedad contemporánea tiene que ver con el proyecto de algu-

²⁵ Baxi Upendra, “Discipline, Repression and Legal Pluralism”, en P. Sack, E. Minchin (eds.), *Legal Pluralism. Proceedings of the Canberra Law Workshop VII*, Canberra, Australian National University, 1986.

nas grandes corporaciones económicas de rediseñar políticamente y normativamente las áreas continentales de mayor interés estratégico, y que tal proyecto es a su vez notoriamente ligado a una situación tendencial de *steady state economy*, no se puede excluir que nuevas formas agresivas de mercantilismo puedan prevalecer también con relación a los procesos de modernización jurídica defensiva y cautelar como el proceso que tiene curso hoy en Europa.

En este sentido, el reconocimiento constitucional, como principios fundamentales, de la libertad de comercio, de industria y de competencia, al lado y en posición paritaria con otros derechos humanos, de muy diverso espesor y significado político y moral, pudiera no ser suficiente para colmar la fractura, hoy existente al interior de los bloques históricos europeos, entre fracciones elitistas todavía ancladas en valores de identidad e intereses económicos territoriales radicales, y fracciones elitistas, por el contrario, que hoy son *san patrie*, porque operan a escala planetaria siguiendo una lógica meramente financiera.

Si así sucediera, la equiparación ontológica y axiomática entre los derechos fundamentales jugaría en detrimento total solamente de los “derechos humanos” en el sentido tradicional.

Para darse cuenta de esta, no muy remota, eventualidad, no es necesario mucho: basta solamente tener un poco de memoria histórica y advertir cómo precisamente la conexión internormativa entre el *ius communicationis ac societatis* y el *ius commercii* de la *communitas orbis*, emparentada por medio del derecho, fue la palanca que permitió a los conquistadores legitimar la colonización y la vigencia sucesiva de los imperios coloniales.²⁶

XII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAXI UPENDRA, “DISCIPLINE, REPRESSION AND LEGAL PLURALISM”, EN P. SACK, E. MINCHIN (EDS.), *Legal Pluralism. Proceedings of the Canberra Law Workshop VII*, Canberra, Australian National University, 1986.
- CARBONNEAU, Thomas E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration. Discussion of the New Law Merchant*, revised edition, Kluwer, The Hague Juris Publ., 1998.

²⁶ Olgiati, Vittorio, “*Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza...*, cit., nota 2.

- COMMAILLE, Jacques, “Normes juridiques et regulation sociale. Retour à la sociologie générale”, en Chazel, F. y Commaille, J. (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, París, LGDT, 1991.
- COSTA, Pietro, *Lo Stato immaginario*, Milán, Giuffré, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en Ferrajoli L. *et al.* (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, Giuffré, 2001.
- JYRANKI, Antero, “Fundamental Rights and Community Law: Concern for the Rights of Man o Power Game of Institutions?”, *Turku Law Journal*, vol. 3, 1, 2001.
- MAGNANI, Carlo, “I nuovi diritti nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, de próxima publicación en A. Cantaro (a cura di), *I nuovi diritti nella scienza giuridica europea*, Turín, Giappichelli, 2005.
- MORESO, José Juan, “Conflitti tra diritti fondamentali”, *Ragion Pratica*, núm. 18, 2002.
- MOTTA, Riccardo, “Istituzioni incompatibili e pluralismo”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1999.
- NATALINO, Irti, *L’età della decodificazione*, Milán, Giuffré, 1979.
- OLGIATI, Vittorio, “Positive Law and Socio-legal Orders. An Operational Coupling for an European Sociology of Law”, in Arnaud, A. J. y Olgiati, V. (eds.), *On Complexity and Socio-legal Studies: Some European Examples*, in Onati Proceedings, núm. 14, IISL-Onati, 1993 (versión portuguesa: “Dereito positive e ordens socio-juridicas. Um «Engate Operacional» para uma sociologia do direito europeia”, en Campos de Oliveira Faria [or.], *Dereito e globalização economica. Implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros, 1996).
- , “Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto e la follia teorico-metodologica di una recente proposta”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1994 (versión francesa parcialmente modificada: “Le pluralisme juridique comme lutte pour le droit: la folie theorique et metodologique d’une recente proposition”, *Revue Canadienne Droit et Société*, núm. 12/2), 1997.
- , “Economic Glocalism and Imprecise Forms of Legal Pluralism. A Coalitional Strategy?”, en Universitat Obierta de Catalunya

- & IISL-Onati (eds.), *Law and Society*, Barcelona, Fundació UDOC, 2000 (versión italiana reducida: “Glocalismo economico e forme imprecise di pluralismo giuridico: una strategia coalizionale?”, en Ferrarri, V., Ronfani, P. y Stabile, S. [a cura di], *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milán, Angeli, 2001).
- , “Vers une refonte des communautés épistémiques en Europe”, en L. Parini (dir.), *Etats et Mondialisation: stratégies et rôles*, París, L’Harmattan, 2001.
- , “The EU Charter of Fundamental Rights. Text and Context to the Rise of a «Public Interests» EU-oriented European Lawyers”, *International Journal of the Legal Profession*, vol. 9, núm. 3, 2002.
- , “Jus communicationis et Jus gentium. L’incertezza del diritto dopo l’11 Settembre”, *Sociologia del Diritto*, 2005.
- SOUSA SANTOS, Boaventura, “A Map of Misreading: Towards a Post-modern Concept of Law”, *Journal of Law and Society*, núm. 20, 1987.
- , “Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Sociologia del Diritto*, núm. 3, 1990.